

# **Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión**



# Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

Cristina Sánchez-Rodas Navarro (Directora)

Autores:

Carlos García de Cortázar Nebreda

Eduardo Román Vaca

Juan Antonio Maldonado Molina

Carmen Moreno de Toro

Gillian More

Esperanza Roales Paniagua

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

E. Macarena Sierra Benítez

Andrés Trillo García



**EDICIONES LABORUM**



EDICIONES LABORUM  
FRANCISCO ORTIZ CASTILLO  
*Director editorial*

***Colección Derecho Social Comunitario e Internacional, nº***

**Comité científico:**

ANTONIO OJEDA AVILÉS

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA

*Consejero Coordinador de Trabajo y Asuntos Sociales de la Representación  
Permanente de España ante la Unión Europea*

MIGUEL CARDENAL CARRO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado*

DANIEL I. GARCÍA SAN JOSÉ

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público*

1.ª edición Ediciones Laborum S.L. 2011

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2011

Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2011

La publicación de esta monografía ha sido financiada por la Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía en el marco de la Orden de 16 de marzo de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas para la realización de actividades informativas, divulgativas y de formación relacionadas con la Unión Europea.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISBN: 978-84-92602--

DEPÓSITO LEGAL: MU--2011

*Impreso en España - Printed in Spain*

# Índice

CAPÍTULO I LAS PRESTACIONES DE DEPENDENCIA Y LAS NORMAS DE COORDINACIÓN RELATIVAS A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA . . . . .	7
CAPÍTULO II TRECE AÑOS DE LA PRESTACIÓN DE DEPENDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA CO- MUNIDAD EUROPEA: DEL CASO MOLENAAR AL DE DA SILVA MARTINS (1998-2011). . . . .	23
CAPÍTULO III LEY DE DEPENDENCIA: ZONAS GRISAS. . . . .	55
CAPÍTULO IV LAS PRESTACIONES POR DEPENDENCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL DE PROTECCIÓN SOCIAL . . . . .	71
CAPÍTULO V EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN PARA LA DEPENDENCIA EN ANDALUCÍA. . . . .	129
CAPÍTULO VI LA INCLUSIÓN DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA Y DE LAS QUE NO PUEDEN VALERSE POR SÍ MISMAS EN EL ÁMBI- TO DE APLICACIÓN PERSONAL DEL REGLAMENTO 883/2004	173

CAPÍTULO VII	
LA PROTECCIÓN POR DEPENDENCIA EN ESPAÑA Y EN LA UNIÓN EUROPEA: LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES . . . .	195
CAPÍTULO VIII	
PRESTACIONES DE DEPENDENCIA COORDINADAS Y NO CO- ORDINADAS POR EL REGLAMENTO 883/04: EL PANORAMA ESPAÑOL . . . . .	217
CAPÍTULO IX	
ASPECTOS ADJETIVOS DE LA PROTECCIÓN DE LA DEPENDENCIA. RITOS ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES . . . .	251

# Capítulo I

## Las prestaciones de dependencia y las normas de coordinación relativas a la Seguridad Social en el ámbito de la Unión Europea

GILLIAN MORE<sup>1</sup>

*Legal Officer. DG Empleo. Asuntos Sociales e Inclusión.  
Comisión Europea*

### I. Introducción

Cualquier ponencia sobre las normas de coordinación de la Seguridad Social en el ámbito de la UE tiene que partir siempre de la falta de armonización de la legislación relativa a la seguridad social en la UE. Los Estados miembros, siempre que respeten el principio básico de la no discriminación, son responsables del diseño de sus propios sistemas de seguridad social. El objetivo de las normas europeas es facilitar la libre circulación de las personas y, en la medida de lo posible, salvar los obstáculos que para los ciudadanos puedan derivarse de la existencia de diferentes normas nacionales relativas a la seguridad social. Las normas de la UE, por lo tanto, «coordinan» o ponen en común los sistemas nacionales a través de

---

<sup>1</sup> La autora ha escrito este artículo en nombre propio y las opiniones expuestas son las de la autora. La Comisión no asume ninguna responsabilidad por el contenido del artículo.

la aplicación de determinados principios generales y normas técnicas detalladas.

A menudo se señala que las normas de coordinación son un “trabajo en curso”, ya que están en continuo desarrollo para dar respuesta a las demandas que se les exigen en cada momento. Al igual que los sistemas nacionales se están desarrollando constantemente para satisfacer las exigencias en materia de bienestar social de la sociedad moderna, así también las normas de coordinación de la UE tienen que evolucionar para dar cuenta de dichos cambios.

En este contexto cobra relevancia el tema de esta ponencia: las prestaciones asistenciales de duración indeterminada. A lo largo de los últimos treinta años aproximadamente, se ha desarrollado un nuevo tipo de prestación social que, por lo general, tiene como objeto compensar a las personas con discapacidad y a las personas mayores los costes adicionales que suponen sus cuidados. Estas prestaciones –denominadas generalmente “prestaciones asistenciales de duración indeterminada”– no están dirigidas a costear los tratamientos, sino los costes adicionales de la vida cotidiana de las personas con discapacidad o personas mayores, en concreto, los costes de la preparación de la comida, las compras, la ayuda para la higiene personal, etc. Por una parte, estas prestaciones vienen a sustituir a la ayuda que tradicionalmente facilitaban los miembros de la familia y de la que muchas personas ya no disponen, y por otra parte, responden a la demanda de las personas con discapacidad de tener derecho a una vida independiente y a desempeñar un papel completo en la sociedad.

Estas prestaciones asistenciales de duración indeterminada han ido evolucionando en los diferentes sistemas nacionales y han adoptado diversas formas. En algunos países, se han desarrollado a partir de regímenes de prestaciones por invalidez y los han completado. Las prestaciones asistenciales en este tipo de sistemas pueden adoptar la forma de un pago a una persona que cuida a la persona dependiente. En otros países, las prestaciones asistenciales de duración indeterminada se consideran una extensión de la asistencia



sanitaria, es decir, de las prestaciones por enfermedad. Hay también otros países donde las prestaciones para cuidados son independientes del sistema de seguridad social y adoptan la forma de asistencia social. En la misma medida que el concepto de prestación difiere en los distintos sistemas, así también la forma de pagarla: a veces las prestaciones asistenciales de duración indeterminada se abonan en metálico y otras veces, en especie; de hecho, algunos sistemas nacionales ofrecen «prestaciones combinadas», que permiten el pago de la prestación tanto en metálico como en especie.

Coordinar estas prestaciones cuando las personas circulan libremente entre los diferentes Estados miembros representa un reto considerable para las normas de coordinación de la seguridad social en el ámbito de la UE. Esto se debe, en primer lugar, a que las prestaciones cubren, de hecho, un nuevo riesgo -el riesgo de la dependencia-, que no se recoge en los reglamentos de la UE<sup>2</sup>. En segundo lugar, dadas las diferencias nacionales en relación con las prestaciones asistenciales de duración indeterminada, diseñar normas para coordinar los diferentes enfoques nacionales supone un reto adicional.

Habida cuenta de la inacción por parte del legislador de la UE para incorporar el riesgo de la dependencia al régimen de coordinación de la seguridad social en el ámbito de la UE, los órganos jurisdiccionales nacionales se han dirigido al Tribunal de Justicia para facilitar respuestas sobre cómo coordinar estas prestaciones destinadas a las personas que circulan entre los diferentes Estados miembros. El objetivo de esta ponencia es revisar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la cuestión de las prestaciones asistenciales de duración indeterminada y analizar el modo en que el Tribunal ha desarrollado paulatinamente un sistema de normas de coordinación de la seguridad social para dichas prestaciones. La ponencia concluye con

---

2 Los riesgos cubiertos se recogen en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 883/2004. Esta lista ha sido extraída del Convenio sobre la seguridad social (norma mínima) de la OIT, 1952 (núm. 102), si bien en el Reglamento (CE) n° 883/2004 se han añadido la jubilación y la paternidad.

una serie de observaciones sobre la dirección en que se ha de seguir avanzando. ¿Qué acciones se están realizando a escala de la UE para crear un sistema legislativo destinado a coordinar las prestaciones asistenciales de duración indeterminada?

## **II. El enfoque del tribunal de justicia en relación con las prestaciones asistenciales de duración indeterminada**

Para poder explicar la evolución de la jurisprudencia del Tribunal, resulta útil dividirla en fases. En términos generales, se distinguen tres fases: la fase de clasificación, la fase de confirmación y la fase de refinamiento. Tal y como se recoge al final de la ponencia, ahora parecemos encontrarnos en una fase en la que el Tribunal ha empezado a refinar su jurisprudencia, allanando así el camino de la acción para el legislador de la UE.

### **A. Los asuntos de clasificación**

Los primeros asuntos del Tribunal de Justicia tratan en gran medida la cuestión de cómo se han de clasificar las prestaciones asistenciales, en concreto, si pueden considerarse prestaciones de la seguridad social. En 1995 Alemania introdujo un régimen de seguro de asistencia obligatorio. El principal asunto sobre clasificación, C-160/96 Molenaar, resuelto en 1998, aborda el tema de si las prestaciones asistenciales cubiertas por el régimen alemán están contempladas dentro de las normas de coordinación del ámbito de la UE. El asunto se suscitó como consecuencia de una reclamación de dos trabajadores fronterizos que vivían en Francia y trabajaban en Alemania, a los que se les exigía cotizar al régimen de seguro social alemán de asistencia y sin embargo no tenían derecho a percibir prestación alguna por no estar residiendo en dicho país. El órgano jurisdiccional alemán remitente pidió al Tribunal de Justicia que considerase si el requisito de cotizar al seguro de asistencia era compatible con el

artículo 6 CE (actualmente artículo 18 TFUE) y artículo 48, apartado 2, CE (actualmente artículo 45 TFUE).

El Tribunal empezó por considerar la cuestión de si las prestaciones asistenciales se pueden considerar o no prestaciones de la seguridad social. A este fin, el Tribunal se refirió a su definición estándar de la “Seguridad Social”<sup>3</sup>: “una prestación podrá considerarse como prestación de seguridad social en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento (CEE) n° 1408/71”.

En lo que respecta al primer elemento de esta definición, el Tribunal concluyó, tras un breve análisis, que las disposiciones relativas a la concesión de las prestaciones del seguro de asistencia alemán confieren a los beneficiarios un derecho legalmente definido. En cuanto al requisito de que el riesgo ha de estar incluido en el Reglamento, el Tribunal analizó el objetivo de la prestación. Estimó que dichas prestaciones estaban destinadas a cubrir el coste adicional de los gastos ocasionados por la situación de dependencia del beneficiario tanto en casa, como en un centro especializado o en un hospital. Llegó a la conclusión que prestaciones de estas características: “...están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que están vinculadas desde el punto de vista de la organización”.<sup>4</sup>

Así pues, a pesar de presentar características propias, las prestaciones asistenciales han de considerarse «prestaciones de enfermedad» en el sentido del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y, por lo tanto, prestaciones de la seguridad social.

En relación con la controvertida asignación específica de asistencia alemana, el Tribunal estimó que dicha asignación era una prestación de enfermedad en metálico en el sentido del artículo 19, apar-

---

3 Asunto 249/83 Hoeckx [1985] Rec. 973.

4 Apartado 24 de la sentencia.

tado 1, letra a), artículo 25, apartado 1, letra a) y artículo 28, apartado 1, letra a) del Reglamento (CEE) nº 1408/71. Sobre esta base sostuvo que exigir la condición de la residencia para disfrutar del derecho a la asignación de asistencia era contrario al Reglamento.

En el año 2001 el Tribunal de Justicia dictó sentencia en el asunto C-215/99 Jauch, relativo al régimen austriaco del seguro de asistencia. El señor Jauch era un ciudadano alemán que había trabajado y había estado asegurado la mayor parte de su vida en Austria, a pesar de que vivía al otro lado de la frontera, en Alemania. Percibía una pensión austriaca y ninguna alemana, pero percibía la asignación de asistencia alemana. Tras la sentencia del Tribunal de Justicia en Molenaar, el seguro de enfermedad alemán dejó de reembolsarle la asignación de asistencia. Sin embargo, el señor Jauch no tenía derecho a la asignación de asistencia austriaca, dado que la legislación austriaca exige que tenga su residencia habitual en este país. De hecho, la asignación de asistencia austriaca estaba recogida en el anexo II bis del Reglamento (CEE) nº 1408/71 como una prestación especial no contributiva en el sentido del artículo 4, apartado 2, letra a) de dicho Reglamento. Esta situación propició que el Tribunal revisase si era correcto que la asignación de asistencia austriaca estuviese incluida en la lista de prestaciones especiales no contributivas. Apoyándose en su sentencia Molenaar, el Tribunal estimó que la prestación austriaca era una prestación de seguridad social concedida en función de una situación legalmente definida y referida a alguno de los riesgos enumerados en el Reglamento. Es más, atendiendo al modo de financiación de la prestación austriaca quedó claro que era una prestación contributiva. El Tribunal concluyó finalmente que la asignación de asistencia austriaca no era una prestación especial no contributiva y que, por lo tanto, debería ser exportada al Sr. Jauch a Alemania.

El último asunto de esta tríada de los primeros asuntos relativos a la clasificación es el asunto C-286/03 Hosse. Se refería al pago de una prestación austriaca de asistencia para el hijo discapacitado de

una trabajadora fronteriza que vivía en Alemania pero trabajaba en Austria. Esta asignación también estaba incluida en la lista de prestaciones especiales no contributivas del Reglamento (CEE) n° 1408/71 y, por lo tanto, no era exportable a Alemania. Cinco Estados miembros efectuaron observaciones al Tribunal sobre este asunto, cuatro de los cuales lo instaron a considerar que la asignación para menores discapacitados, a diferencia de la asignación de asistencia objeto de discusión en Jauch, era realmente una «prestación especial» con elementos de la seguridad social y la asistencia social. La prestación, según alegaban, incluía una valoración de la situación de necesidad del beneficiario. El Tribunal de Justicia rechazó esta afirmación: la asignación de asistencia en cuestión era una asignación a tanto alzado, concedida a todas las personas que cumplieran las condiciones requeridas. Por lo tanto, debía considerarse prestación de enfermedad en metálico, y como tal, debía exportarse.

## **B. La fase de confirmación**

Las sentencias del Tribunal en ambos casos (Jauch y Hosse) pusieron de manifiesto que las asignaciones de asistencia –prestaciones destinadas a compensar las situaciones de dependencia– debían dejar de considerarse prestaciones especiales no contributivas. En la propuesta de modificación del Reglamento (CEE) n° 1408/71 de 2005, la Comisión propuso una nueva redacción de la definición de las prestaciones especiales no contributivas y además eliminó todas las prestaciones de asignación del anexo II bis del Reglamento. No obstante, el Consejo volvió a introducir en el Reglamento una serie de prestaciones de dichas características con respecto a Finlandia, Suecia y el Reino Unido. El Parlamento Europeo aprobó la posición del Consejo en este tema. Como consecuencia, la Comisión interpuso un recurso de anulación contra el Reglamento resultante, el Reglamento (CE) n° 647/2005, en la medida en que afectaba a las prestaciones de asistencia impugnadas.

La sentencia del Tribunal sobre el recurso de anulación –asunto C-299/05 Comisión de las Comunidades Europeas contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea– le permitió confirmar categóricamente la posición que había adoptado en la jurisprudencia anterior. El Tribunal examinó cada una de las prestaciones impugnadas enumeradas en el anexo II bis. En lo relativo a las asignaciones para el cuidado de menores en Finlandia y Suecia, se mostró en desacuerdo con la afirmación de que si dicha prestación se concede sobre la base de una evaluación individual de las necesidades se haya de considerar una “prestación especial”. Sostuvo que dichas prestaciones deben clasificarse como prestaciones de enfermedad. El Tribunal también confirmó la posición de la Comisión en relación con las tres prestaciones controvertidas del Reino Unido -subsidio de subsistencia para minusválidos (DLA), subsidio de ayuda y subsidio para cuidadores-, alegando que también son prestaciones de enfermedad y que por lo tanto, no deben ser consideradas prestaciones especiales no contributivas. Cabe señalar un aspecto de su sentencia en este sentido: la prestación DLA del Reino Unido consta de hecho de dos “componentes”: uno para el cuidado y uno para la movilidad, por los que se pagan cuantías separadas. El componente «movilidad» está dirigido a facilitar ayudas a las personas discapacitadas con limitaciones de movilidad. El Tribunal consideró que este componente de movilidad incluía elementos de asistencia social y que, por lo tanto, podría dissociarse del componente de cuidados del DLA y permanecer, como tal, en la lista de prestaciones especiales no contributivas del anexo II bis. Esta opinión fue recientemente confirmada por la respuesta del Tribunal de Justicia a una cuestión prejudicial de un órgano jurisdiccional del Reino Unido sobre la categorización del componente de movilidad del DLA en el asunto C-537/09 Bartlett.

En una segunda confirmación de su opinión, en el asunto C-208/07 Petra von Chamier-Glisczinski contra Deutsche Angestellten-Krankenkasse, se preguntó al Tribunal sobre una combinación de prestaciones de asistencia en especie y metálico en el caso del

miembro de la familia de una persona asegurada que reside en un establecimiento de asistencia a personas dependientes en Austria. La señora von Chamier-Glisczinski percibió en un primer momento prestaciones en metálico y en especie de un organismo de seguro de asistencia alemán con motivo de su estancia en un establecimiento alemán de asistencia a personas dependientes. Posteriormente su marido se trasladó a Austria para buscar trabajo y ella se trasladó a un establecimiento de asistencia a personas dependientes austriaco. Sin embargo, la legislación austriaca no proporcionaba prestaciones en especie a personas en su situación.

La señora von Chamier-Glisczinski intentó que el régimen alemán pagase los costes de su estancia en el centro de asistencia. El organismo de seguro de asistencia alemán se negó a financiar su estancia en Austria sobre la base de que se trataba de una prestación de enfermedad en especie que, por lo tanto, no era exportable. A pesar de ello, el organismo acordó pagarle una mensualidad en metálico por una cuantía de 1 300 DM en concepto de asignación de asistencia. La señora von Chamier-Glisczinski sostenía que las prestaciones alemanas en especie podían exportarse, ya que se podían efectuar en forma de pago en metálico. Alegaba que esta negación suponía una infracción del artículo 39 CE (actualmente artículo 45 TFUE), artículo 18 CE (actualmente artículo 21 TFUE) y artículo 49 CE (actualmente artículo 56 TFUE) relativos a la libertad de prestación de servicios.

El Tribunal no encontró infracción alguna de las disposiciones del Tratado y basó su argumentación con gran firmeza en los términos del Reglamento (CEE) n° 1408/71. Las prestaciones en cuestión eran claramente prestaciones de enfermedad en especie. El artículo 19 y el artículo 22, apartado 1, letra b) del Reglamento (CEE) n° 1408/71 establecen que las prestaciones de enfermedad en especie deben ser proporcionadas con arreglo a la legislación del Estado de estancia o residencia: la institución alemana reembolsó los costes de dichas prestaciones a la institución austriaca. En la actual situación de falta

de armonización de la legislación relativa a la seguridad social en la UE, no puede garantizarse la neutralidad en los desplazamientos entre Estados miembros. La legislación austriaca no preveía prestaciones de asistencia en especie en la situación de la señora von Chamier-Glisczinski, por lo tanto, el organismo de seguro alemán no tenía obligación de exportarlas.

La insistencia del Tribunal en mantener esta distinción fijada en las normas de coordinación también le llevó a rechazar la alegación realizada sobre la base de las disposiciones que el Tratado recoge en materia de ciudadanía. No obstante, en el apartado 55 de la sentencia reconoce, haciéndose eco de la línea que había adoptado en el asunto C-352/06 Bosmann, que por supuesto ninguna interpretación de los artículos 19 y 22 puede impedir a la institución competente conceder las prestaciones en especie en otro Estado miembro. De este modo, el Tribunal sugirió que el acceso de una persona asegurada a las prestaciones en especie en el Estado de residencia puede no estar determinado en exclusiva por dicha legislación.

### C. La fase de refinamiento

La última sentencia del Tribunal, en el asunto C-388/09 Joao Filipe da Silva Martins contra Bank Betriebskasse-Pflegekasse, supone un refinamiento del enfoque del Tribunal y añade elementos importantes a la cuestión de cómo considera que deberían coordinarse las prestaciones de asistencia. La sentencia entronca, aunque no explícitamente, con la «apertura» que el Tribunal dejó manifestada en el apartado 55 de su sentencia Von Chamier-Glisczinski. La sentencia era la respuesta a una remisión de un organismo jurisdiccional alemán relativo a un nacional portugués, el señor da Silva, que había residido durante la mayor parte de su vida laboral en Alemania. Él percibía una pensión portuguesa pequeña y una pensión alemana. Mientras vivía en Alemania había estado asegurado con un organismo de seguro de enfermedad alemán tanto para el seguro de enfer-



medad como de dependencia. Cuando se le concedió la pensión de vejez alemana, también se le concedieron prestaciones de asistencia. El señor da Silva se trasladó a Portugal, en principio, solo de forma temporal. Sobre esta base, el régimen de seguro alemán acordó pagarle una asignación de asistencia mensual de 205 EUR. Sin embargo, cuando la institución de seguro alemán tuvo conocimiento de que el señor da Silva se había trasladado definitivamente a Portugal, canceló su seguro de asistencia y le ordenó devolver parte de la asignación de asistencia que ya le había reembolsado. El señor da Silva impugnó la resolución de cese del pago de la prestación de asistencia, a la que había cotizado durante una serie de años, alegando que infringía los artículos 18 CE, 39 CE y 42 CE (actualmente artículos 21, 42 y 48 TFUE), así como los artículos 19, 27 y 28 del Reglamento (CE) n° 1408/71.

El Hessisches Landessozialgericht consideró que, en principio, el señor da Silva podía continuar percibiendo su seguro de asistencia del organismo alemán sobre la base de afiliación facultativa continuada. No obstante, el Bundessozialgericht identificó obstáculos legales a esta consideración. Dado que el señor da Silva percibía una pensión portuguesa y estaba viviendo en Portugal, estaba sujeto a la legislación portuguesa, en especial, en lo referido a prestaciones de enfermedad. Las normas relativas a la legislación aplicable recogidas en los artículos 27 y 28 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 significaban, por lo tanto, que el señor da Silva no podía seguir estando sujeto al seguro de asistencia alemán. Por otra parte, el artículo 15, apartado 2, del Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la acumulación de diferentes regímenes de seguridad social impedían al señor da Silva seguir con el seguro facultativo.

El Tribunal de Justicia adoptó un nuevo enfoque a las limitaciones impuestas por las normas de coordinación. Explicó que, aun siendo correcto que las prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia deban considerarse prestaciones de enfermedad en el sentido de los Reglamentos de la UE, el Tribunal siempre ha reconocido que

las prestaciones de asistencia son, en su mayoría, complementarias de las prestaciones de enfermedad «clásicas», concretamente prestaciones de enfermedad incluidas stricto sensu en el riesgo de enfermedades enumeradas en el Reglamento<sup>5</sup>. Por ello, a diferencia de las prestaciones de enfermedad stricto sensu, las prestaciones de asistencia son, por lo general, prestaciones de duración indeterminada y pueden presentar características similares a las de vejez e invalidez.

Sobre la base de esta nueva distinción, el Tribunal estimó que la prohibición de estar afiliado a un régimen de seguro obligatorio y facultativo recogida en el artículo 15, apartado 2 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 no podía aplicarse dado que los seguros obligatorio y facultativo en el caso del señor da Silva se referían a riesgos diferentes: el seguro obligatorio en Portugal cubría el riesgo de enfermedad stricto sensu, mientras que el seguro facultativo alemán se refería al riesgo de dependencia<sup>6</sup>.

En lo relativo a la otra cuestión del órgano jurisdiccional remitente en relación con los artículos 27 y 28 del Reglamento n° 1408/71 –relativa al derecho de los titulares de pensiones a percibir prestaciones de enfermedad en especie– el Tribunal subrayó que el Reglamento debía interpretarse a la luz de los objetivos del artículo 48 TFUE, es decir, con el fin de contribuir al establecimiento de la mayor libertad posible de circulación de los trabajadores. Alegó que los objetivos de los artículos 45 y 48 TFUE no podrían cumplirse si el ejercicio de la libre circulación implicaba que los trabajadores perdiesen las ventajas concedidas por la legislación relativa a la seguridad social de un Estado miembro, especialmente cuando se trataba de ventajas por las que habían cotizado. Por este motivo, de conformidad con las disposiciones de los artículos 27 y 28 del Reglamento n° 1408/71, el hecho de que una persona tenga derecho a prestaciones de enfermedad stricto sensu en su Estado miembro de residencia no implica que pierda un derecho basado en períodos de cotización con arreglo

---

5 Apartado 48.

6 Apartado 57-58.

a la legislación de otro Estado miembro en relación con el riesgo de dependencia.

En cuanto a cuál sería la opinión sobre el derecho del señor da Silva a percibir alguna prestación portuguesa de asistencia, el Tribunal respondió que “cuando en el Estado miembro de residencia están previstas prestaciones en metálico correspondientes al riesgo de dependencia por un importe inferior al de las prestaciones por ese mismo riesgo en el otro Estado miembro deudor de una pensión, los principios en los que se inspira el Reglamento nº 1408/71 exigen que una persona en una situación como la del Sr. da Silva Martins tenga derecho, a cargo de la institución competente de ese último Estado, a un complemento de prestaciones igual a la diferencia entre los dos importes”<sup>7</sup>.

En otras palabras, el artículo 27 podría implicar la posibilidad de que el Estado que paga más en concepto de prestaciones de asistencia pague un complemento por la diferencia similar al que se paga en el ámbito de las prestaciones familiares. Esta parte de la sentencia del Tribunal es muy ingeniosa: de hecho, propone una nueva norma de coordinación para los casos en los que se acumulen derechos a percibir asignaciones en metálico en concepto de prestaciones de asistencia en uno o más Estados miembros.

El Tribunal concluyó su sentencia reconociendo que podría haber ciertas dificultades de tipo práctico derivadas del hecho de que una persona tenga derecho a la concesión concurrente de prestaciones de diferentes Estados miembros. Sin embargo, manifestó que la ausencia de normas de coordinación en el ámbito de la UE para las prestaciones de asistencia de duración indeterminada no puede justificar que un trabajador migrante reciba un trato desfavorable en este sentido. El Tribunal subrayó que la ausencia de dichas normas se refería al «estado actual del Derecho de la Unión»<sup>8</sup>. Esta parte de la sentencia sugiere que el Tribunal espera que el legislador de la UE

---

<sup>7</sup> Apartado 83.

<sup>8</sup> Apartado 87.

actúe en algún momento para implantar normas que coordinen las prestaciones asistenciales de larga duración.

### III. Conclusión

Tal y como se indicó al principio, las normas de coordinación de la seguridad social en el ámbito de la UE deberán considerarse un «trabajo en curso». Siempre cabe la posibilidad de ajustarlas a las modificaciones de las legislaciones nacionales y a la evolución de los propios sistemas de la seguridad social. Los anteriores ejemplos de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la asistencia de duración indeterminada ponen de manifiesto la flexibilidad de las normas de la UE y describen el modo en que el Tribunal las interpreta para desarrollar su propio sistema judicial de coordinación de prestaciones asistenciales de duración indeterminada. Sin embargo, tal y como subraya el Tribunal en su resolución del asunto da Silva Martins, la tarea de crear un sistema de coordinación para prestaciones asistenciales de duración indeterminada corresponde al legislador.

En cuanto al impulso para que se produzca un cambio legislativo, existe sin duda el acuerdo –evidenciado por el artículo 34 del Reglamento (CE) n° 883/2004– de que es necesario contar con normativas para la coordinación de la asistencia de duración indeterminada. De hecho, los expertos en seguridad social ya están realizando trabajos preliminares para considerar si se ha de introducir el riesgo de la dependencia en el Reglamento, y en tal caso, estudiar cómo diseñar un sistema equitativo y viable para coordinar las prestaciones relativas a este riesgo. En 2008, el organismo encargado de supervisar el Reglamento, la Comisión Administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social («Comisión Administrativa») creó un grupo ad hoc de expertos nacionales en asistencia de duración indeterminada para estudiar estas cuestiones. Una de las tareas del grupo ad hoc era cumplir el mandato del artículo 34, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 883/2004: la preparación de una lista de todas las prestacio-

nes asistenciales de duración indeterminada en especie y en metálico pagaderas en los Estados miembros.

A la vista de la detallada y exigente naturaleza de este trabajo, la Comisión decidió en 2011 pedir ayuda a su red de expertos en materia de seguridad social (TRESS). Se ha encargado a TRESS la tarea de realizar un estudio analítico que se ha de presentar a la Comisión y a la Comisión Administrativa a finales de 2011. El estudio, además de describir los regímenes nacionales en materia de prestaciones asistenciales de duración indeterminada, también propondrá soluciones prácticas para coordinarlas.

El estudio será presentado a la Comisión Administrativa para su debate. Sobre la base de los resultados del estudio y su valoración por la Comisión Administrativa, la Comisión considerará la posibilidad de presentar una propuesta de modificación del Reglamento (CE) nº 883/2004 para incluir la coordinación de las prestaciones asistenciales de duración indeterminada. No obstante, la decisión sobre si legislar acerca de este tipo de prestaciones y cómo, en última instancia es una cuestión que deberán abordar conjuntamente el Consejo y el Parlamento Europeo.



## Capítulo II

# Trece años de la prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea: del caso Molenaar al de Da Silva Martins (1998-2011).

DRA. ESPERANZA ROALES PANIAGUA  
*Dpto. Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Sevilla*

### I. Preliminar

El objeto del presente trabajo es analizar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo (en adelante TJ) en la protección de la dependencia como riesgo coordinado en Derecho Comunitario desde 1998 hasta 2011. No obstante, me gustaría hacer algunas aclaraciones previas.

En primer lugar, aunque la última sentencia en la materia que nos ocupa es de 30 de junio de 2011 recaída en el asunto C-338/09 entre João Filipe da Silva Martins contra Bank Betriebskrankenkasse – Pflegekasse, el Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, vigente desde el 1 de mayo de 2010 no es aplicable al caso de autos por lo que, necesariamente, hay que atenerse a las disposiciones del Reglamento nº 1408/71. Teniendo en cuenta que el tiempo para resolver los asuntos por el TJ viene a ser aproximadamente de dos años, tendremos que esperar, como mínimo, hasta

finales del año 2012 para poder empezar a encontrar pronunciamientos del Tribunal relacionados con la coordinación de la prestación de dependencia en los que se aplique el Reglamento vigente.

En segundo lugar, aunque existen estudios doctrinales respecto de la jurisprudencia del TJ en materia de dependencia, recaída hasta el año 2006<sup>1</sup>, haré un recorrido por los mismos para que no pierdan contexto los pronunciamientos del TJ de los últimos cuatro años.

## II. La protección de la dependencia en la normativa comunitaria de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social

Es conocido por todos que el Reglamento 1408/71, no recogía en su campo de aplicación material la prestación de dependencia como riesgo protegido por el mismo<sup>2</sup>.

- 1 C. García de Cortázar y Nebreda, << Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea >>, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 47 pág.75 y ss.; J. R. Mercader Uguina, << La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse >> en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 11, 2006; C. Sánchez-Rodas Navarro, << La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sobre el riesgo de dependencia >> en La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema. Murcia, 2006, pág. 605 y ss.; M<sup>a</sup>. Dolores García Valverde, << Prestaciones de Seguridad Social: coordinación comunitaria. A propósito de la STJCE de 21 de febrero de 2006, asunto Hosse>> en Actualidad Laboral nº 16, 2006.  
C. Sánchez –Rodas Navarro, “La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia”, en C. Sánchez-Rodas Navarro (Coord), Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España, Murcia 2007, pág. 23; J.A. Maldonado Molina, << Los ciudadanos comunitarios en España y la Ley de Dependencia>> en C. Sánchez-Rodas Navarro(Coord), Vicisitudes... op. cit. pág. 55.
- 2 En este sentido, J. R. Mercader Uguina, << La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse >>, cit., 4; C. Sánchez –Rodas Navarro, << La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia >>, op.cit., pág. 23; J. A. Maldonado Molina, << Los ciudadanos comunitarios en España y la Ley de Dependencia>>, cit., pág. 55.



Si nos remontamos a 1971, fecha de aprobación del Reglamento 1408/71, el seguro de dependencia no estaba implantado en los sistemas de protección social de los Estados miembros y por tanto su no inclusión en el ámbito del Reglamento 1408 no respondía en palabras de García de Cortázar y Nebreda a “una decisión definida sino a una imposibilidad de facto e de iure”<sup>3</sup>. La atención a las personas dependientes no era una cuestión prioritaria para los Estados, toda vez que se aceptaba que la atención a dichas personas se realizaba por miembros de la familia y casi exclusivamente por los miembros femeninos de las mismas (madres, hijas, sobrinas etc.) debido a la escasa integración de la mujer en el ámbito laboral y a la falta de solidaridad interfamiliar.

Durante los últimos cuarenta años, y sobre todo a partir de 1980, debido a los avances sociales, culturales y sanitarios se ha producido una mayor esperanza de vida y un descenso significativo de la natalidad. Ello provoca un cambio en la estructura de la sociedad en la que hay más trabajadores de edad (entre 55-64 años), más personas mayores jubiladas (entre 65- 79 años) y más ancianos (más de 80 años) y menos niños, jóvenes y adultos en edad de trabajar, cambios demográficos que se aceleran a partir de 2010<sup>4</sup>. Nos encontramos así,

---

El TJCE en la sentencia de 11 de julio de 1996, asunto Otte C-25/95 apartado 22, entre otras, estableció que la enumeración de los riesgos expresamente enunciados en el apartado 1 del artículo 4, tiene carácter exhaustivo, “de modo que toda rama de Seguridad Social que no esté mencionada en ella, escapa a esta calificación”.

- 3 C. García de Cortázar y Nebreda, << El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho español >>, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 77 pág. 51.
- 4 Comunicación de la Comisión, Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones», Bruselas, 2005. En él se establecen las tres prioridades esenciales que se deberían mantener ante los cambios demográficos que se aceleran a partir de 2010: 1º “Recuperar el camino del crecimiento demográfico. Debemos plantearnos dos preguntas muy simples: ¿qué prioridad concedemos a los niños? ¿estamos dispuestos a dar a las familias, cualquiera que sea su forma, el lugar que les corresponde en la sociedad europea? Gracias a una aplicación decidida de la agenda de Lisboa (modernización de los sistemas de protección social, aumento de la tasa de empleo de las mujeres y los trabajadores de edad), medidas innovadoras de apoyo a la natalidad y un recurso controlado a la inmigración, Europa puede crear nuevas oportunidades de

ante una población importante de personas mayores que van perdiendo su autonomía y necesitan de terceras personas para realizar las actividades diarias más básicas o esenciales y cuidados de larga duración<sup>5</sup>.

Los últimos datos de los que disponemos sitúan la media de esperanza de vida entre los países de la UE-27, en 76,4 años para los hombres y 82,4 para las mujeres. La esperanza de vida en nuestro país supera en varios años la media, situándose en 78,7 años para los hombres (sólo superados por los 79.1 años de los italianos) y en 84,9 para las mujeres (solo superados por los 85 años de las francesas)<sup>6</sup>.

Se prevé que el gasto público en cuidados de larga duración aumente un 1,25% del PIB hasta 2060 debido a que las personas de edad muy avanzada (superior a 80) constituirán la categoría de edad que aumentará más rápidamente en el futuro. Sin embargo, los factores demográficos no serán los únicos; junto a ellos, la modificación de las estructuras familiares, la mayor tasa de actividad de las mujeres y la creciente movilidad geográfica, podrían reducir la disponibilidad de la tradicional asistencia familiar informal<sup>7</sup>.

---

inversión, consumo y creación de riqueza”. 2º “Velar por el equilibrio entre las generaciones en el reparto del tiempo a lo largo de toda la vida, la distribución de los frutos del crecimiento y la contribución a las necesidades de financiación vinculadas a las pensiones y a la salud” y 3º “Inventar nuevas transiciones entre las edades. Los jóvenes encuentran dificultades persistentes para abrirse paso en el empleo. Un número creciente de «jóvenes jubilados» desea participar en la vida social y económica. El periodo de estudios se alarga, y los «jóvenes activos» desean dedicar tiempo a sus hijos. Estas evoluciones cambian las fronteras y las transiciones entre periodos de actividad y de inactividad”.

5 Sobre el descenso de la mortalidad en los países de la UE-27 y la esperanza de vida en los mismos vid. European Comisión: Demography report 2010. Older, more numerous and diverse Europeans, Marzo, 2011, pág. 33 y ss. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; La Excedencia Por Cuidado de Familiares. Tirant lo Blanch. Valencia. 2007.

6 Vid. op.et. loc. ult, cit.

7 Cfr. Abordar los efectos del envejecimiento de la población de la UE: Informe de 2009 sobre el envejecimiento demográfico. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

A pesar de los intentos de las instituciones comunitarias, tanto del Consejo como de la Comisión, por impulsar la protección y cuidado de las personas mayores en Informes y Comunicaciones<sup>8</sup> y de que algunos Estados miembros introdujeron en sus legislaciones la prestación de dependencia como una nueva rama de su sistema de protección social<sup>9</sup>, el Reglamento no fue reformado para incluir esa nueva modalidad de protección que se aparta de las ramas clásicas de la Seguridad Social.

Tampoco el actual Reglamento 883/2004, en vigor desde el 1 de mayo de 2010, incluye en su ámbito de aplicación material (artículo 3) la prestación de dependencia. Exclusión que, dada la fecha de aprobación del Reglamento, no puede atribuirse a un olvido sino a la posición interesada de algunos Estados Miembros<sup>10</sup>. En este caso, no hay excusas aceptables para dicha omisión.

---

8 Las de los años 2001, 2002 y 2003, analizadas en Los estudios de J.R. Mercader Uguina, << La prestación de dependencia... >>, cit. y de V. Pérez Menayo, << Situaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea >>, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 47, pág. 295.

Vid también Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2004 - Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del «método abierto de coordinación» Com (2004) 304 final. Esta Comunicación propone ampliar el método abierto de coordinación al sector de la asistencia sanitaria y de larga duración, con objeto de establecer un marco que facilite el intercambio de experiencias y de buenas prácticas, apoyando así a los Estados miembros en sus esfuerzos para reformar la asistencia sanitaria y la asistencia de larga duración. En dicha Comunicación se reafirman las tres orientaciones que se hicieron tras los Consejos Europeos de Lisboa y de Gotemburgo para la reforma de los sistemas de protección social: la accesibilidad a la asistencia sobre la base de los principios de universalidad, equidad y solidaridad; ofrecer una asistencia de calidad, y medidas que garanticen la sostenibilidad financiera de dicha asistencia ( establecidas en la Comunicación de 2001 sobre el futuro de las asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores).

9 Un análisis individualizado de los Estados miembros puede verse en V. Pérez Menayo, << Situaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea >>, cit., pág. 299 y ss y C. García de Cortázar y Nebreda, << El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el Derecho español >>, cit., pág. 44 y ss.

10 Cfr. C. García de Cortázar y Nebreda, op.últ. cit. pág. 51. El mismo autor en su

Sin embargo, aunque la lista de las contingencias establecidas en los artículos 4 y 3 de los Reglamentos 1408/71 y 883/04 respectivamente es taxativa y no meramente orientadora, y en ese sentido se había pronunciado el TJ para excluir a otras prestaciones que no se recogían en dichos artículos<sup>11</sup>, el Tribunal desde el caso *Molenaar* se ha decantado por calificar, a efectos del Derecho comunitario, como prestación coordinada de Seguridad Social la cobertura de la dependencia, al estar comprendidas dentro del seguro de enfermedad.

### **III. La protección de la dependencia en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia (1998-2011)**

#### **A. Prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de necesidad de asistencia: su inclusión como prestación de enfermedad**

##### **1. El caso *Molenaar*: Sentencia de 5 de marzo de 1998 (asunto C-160/96)**

En este primer caso, llamado el verdadero “leasing case”<sup>12</sup>, el Sr. y la Sra. *Molenaar* trabajaban por cuenta ajena en Alemania pero residían en Francia. Estaban afiliados voluntariamente al seguro de enfermedad alemán y quedaron incluidos en el seguro de asistencia

---

artículo << El campo de aplicación del Reglamento 883/2004 >>, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 64, págs. 60 y ss, expone como a pesar de que el Consejo planteó la posibilidad de una regulación propia para el seguro de dependencia, fue un fracaso total. Sólo se admitió un nuevo artículo para la acumulación de prestaciones asistenciales de duración indeterminada (artículo 34), con el único fin de evitar que apareciera el término prestaciones de dependencia. << El Reino Unido se opuso totalmente a este término, dado que muchas de sus prestaciones consideradas como no contributivas de tipo mixto y, por tanto, no exportables, quedarían comprendidas dentro de ese concepto (dependencia), por lo que en base a la sentencia *Jauch* serían exportables>>.

11 Así ocurrió con las prestaciones de prejubilación. Vid. J.A. Maldonado Molina, op. cit., pág. 56.

12 Expresión que utiliza J. R. Mercader Uguina, op. cit., pág. 5.

a partir de 1995 por la Pflegeversicherungsgesetz (Ley reguladora del seguro de asistencia en caso de necesidad de cuidados especiales). No obstante, en diciembre de 1994 y enero de 1995, la Caja de Seguridad Social competente, les informó que mientras que residieran en Francia no podían reclamar el pago de las prestaciones del seguro de asistencia<sup>13</sup>. Ante esta situación, el Sr. y la Sra. Molenaar entablaron sendas demandas destinadas a que se declarara que no estaban obligados a cotizar al régimen de seguro de asistencia mientras no pudieran obtener sus prestaciones. Además alegaron que el requisito de residencia exigido para la obtención de estas prestaciones era contrario a los artículos 6 y 48 del Tratado.

Por otro lado, el Socialgericht Karlsruhe plantea cuestión prejudicial preguntando fundamentalmente si el artículo 6 y el apartado 2 del artículo 48 del Tratado se oponen a que un Estado miembro imponga a trabajadores que prestan servicios en su territorio pero residen en otro Estado miembro la obligación de cotizar a un régimen de Seguridad Social como el del seguro de asistencia aunque excluyendo el pago de las prestaciones de tal régimen en el Estado miembro en que residan estos trabajadores.

Para examinar todas estas cuestiones el Tribunal procede a examinar si el seguro de asistencia está incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento. Así alude a la doctrina establecida en el caso Hughes<sup>14</sup> para recordar que la distinción entre prestaciones excluidas e incluidas del ámbito del Reglamento, se basa esencialmente en “los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional”<sup>15</sup>. Así, considera que una prestación será considerada como de Seguridad Social cuando cumpla al menos

---

13 En virtud del artículo 34.1 del Libro XI del SGB, la obtención de las prestaciones del seguro de asistencia se condiciona a la residencia del asegurado en territorio alemán.

14 Sentencia de 16 de julio de 1992 asunto C-78/91.

15 Vid. Molenaar C-160/96 apartado 19.

dos requisitos: 1º que la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida independientemente de cualquier tipo de apreciación individual y discrecional de sus necesidades personales y 2º que la prestación se refiera a algunos de los riesgos expresamente enumerados en el apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 1408/71<sup>16</sup>.

Por lo que respecta al segundo requisito<sup>17</sup>, el seguro de asistencia alemán da derecho, en primer lugar a prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados prestados a domicilio por terceras personas<sup>18</sup>; da derecho, además, a la asunción de los gastos ocasionados por los cuidados dispensados a los asegurados en establecimientos de asistencia, prestaciones destinadas a suplir la ausencia por vacaciones del tercero que se dedique al cuidado del asegurado, y prestaciones que cubran los gastos ocasionados por la compra de equipamiento especializado o la realización de obras de acondicionamiento en el domicilio del asegurado; y, en determinadas circunstancias se hace cargo del pago de las prestaciones de del seguro de vejez e invalidez y del seguro de accidentes de la persona que se asiste al asegurado.

El Tribunal concluye que las prestaciones del seguro de asistencia están establecidas para proporcionar autonomía, sobre todo económica, a las personas necesitadas de la asistencia para compensarles el incremento de los gastos ocasionados por el estado en que se encuentran. Así, estas prestaciones tienen como finalidad completar las prestaciones del seguro de enfermedad, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales, y

---

16 Vid. Molenaar C-160/96 apartado 20.

17 El primero no se discute en este asunto, pues por el Tribunal consta claramente en las disposiciones relativas a la concesión de las prestaciones del seguro de asistencia. Vid. apartado 21.

18 Estas prestaciones llamadas “cuidados a domicilio” pueden proporcionarse bien en forma de cuidados dispensados por organismos autorizados, bien en forma de subsidio mensual llamado “subsidio de cuidados” que permite al beneficiario elegir la forma de ayuda que considere más adecuada a su situación.

aún cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas como prestaciones de enfermedad en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento 1408/71<sup>19</sup>.

Otra cuestión importante a dilucidar era si las prestaciones del seguro de asistencia alemán, y en concreto el subsidio por cuidados, eran prestaciones “en especie” o “en metálico” del seguro de enfermedad. Cuestión no baladí, pues de su calificación depende que se le aplique la letra a) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento o la letra b) del mismo apartado y artículo. Si las prestaciones son en especie, un trabajador por cuenta ajena que resida en un Estado miembro distinto del Estado en que trabaja, tiene derecho a que se le abonen las prestaciones en especie del seguro de asistencia, en la medida que la legislación del último Estado, establezca prestaciones en especie destinadas a cubrir los mismos riesgos que los cubiertos por el seguro de asistencia del Estado de empleo, “independientemente de la denominación más específica del sistema de protección social en el que se inserte”; si las prestaciones son en metálico, el trabajador tiene derecho a ellas, aunque la legislación del Estado en que resida, no establezca prestaciones de este tipo<sup>20</sup>.

---

19 Cfr. Molenaar C-160/96 apartados 22, 24 y 25.

Según se expone en la propia Sentencia (apartado 16), todas las partes que intervienen en el proceso estaban de acuerdo en que el Reglamento 1408/71 se aplicaba a la controversia establecida en el procedimiento principal. En lo que no estaban de acuerdo era en que apartado iban a ser clasificadas las prestaciones del seguro de asistencia, dentro de la enumeración del apartado 1 del artículo 4. Así, los demandantes del procedimiento principal y los Gobiernos alemán, austriaco y sueco, consideraron que dichas prestaciones podían ser clasificadas entre las “prestaciones de enfermedad”. Los demandante del procedimiento principal consideraron además, la posibilidad de que fueran clasificadas entre las “prestaciones de vejez”. Por el contrario la Comisión entiende que, aunque las prestaciones del seguro de asistencia están incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, no pueden ser clasificadas exclusivamente en una u otra rama de la Seguridad de las mencionadas en el apartado 1 del artículo 4, pues comparten características comunes con las ramas de enfermedad, invalidez y vejez, sin que pueda identificarse en rigor con una u otra de ellas.

20 Los Gobiernos alemán y sueco consideraron que las prestaciones de seguro de asistencia eran prestaciones en especie aunque se abonaran en forma de subsi-

El Tribunal consideró que el subsidio por cuidados presenta características propias que lo apartan de las prestaciones en especie por enfermedad porque su carácter es periódico, su cuantía se fija independientemente de los gastos realmente realizados y el beneficiario goza de una amplia libertad para la utilización de las cantidades que se le abonan.

Por tanto, la disposición contenida en el apartado 1 del artículo 34 del libro XI del SGB, que prohíbe el pago de las prestaciones en metálico en el Estado miembro en que reside el trabajador migrante, infringe lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 19 del Reglamento. Sin embargo esta infracción no exime a los trabajadores migrantes del pago de las cotizaciones destinadas a la financiación del seguro de asistencia, tal como pretendían el Sr. y la Sra. Molenaar, ya que “equivaldría a consagrar, respecto al alcance de los riesgos cubiertos por el seguro de enfermedad, una diferencia de trato entre las persona afiliadas, dependiendo de que residan o no en el territorio del Estado de afiliación”.

## **B. Prestaciones destinadas a cubrir el riesgo de necesidad de asistencia: la mera inclusión en el anexo II del Reglamento 1408/71 no tiene efecto constitutivo suficiente para calificarla como prestación especial no contributiva**

### **1. El caso Jauch: Sentencia de 8 de marzo de 2001 (asunto C- 215/99)**

El Sr. Jauch, alemán que siempre había residido Lindau (Alemania) cerca de la frontera austriaca, había trabajado en Austria desde mayo de 1941 hasta junio de 1958, periodo durante el que estuvo cubierto por el seguro obligatorio y, posteriormente, desde julio de 1958 hasta noviembre de 1981, periodo en el que estuvo afiliado con carácter voluntario al régimen del seguro de pensiones austriaco. Desde el 1 de mayo de 1995, percibía una pensión de jubilación pagada por la Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter.

---

dio mensual, como el subsidio de cuidados; Por otra parte, los demandantes, el Gobierno austriaco y la Comisión, consideraron al subsidio de cuidados como prestaciones en metálico (Vid. apartado 29 y 30).



El Sr. Jauch, no percibía ninguna pensión alemana pues prácticamente no cotizó al seguro alemán, pero entre el 1 de septiembre de 1996 y el 31 de Agosto de de 1998 recibió las prestaciones del seguro alemán de asistencia, pagadas por la Allgemeine Ortskrankenkasse (AOK) Bayern, Pflegekasse Lindau, que dejaron de ser abonadas por esta institución basándose en la Sentencia del TJ, recaída en el asunto Molenaar, al entender que era una prestación en metálico y, por tanto, exportable y debía ser pagada por las autoridades austriacas. La Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter desestimó la solicitud de la concesión de la asignación de asistencia conforme a la Bundespflegegeldgesetz (BPGG)<sup>21</sup> que le había solicitado el Sr. Jauch por entender que ésta era una prestación especial de carácter no contributivo, expresamente incluida en el Anexo II bis del Reglamento n° 1408/71 y, consecuentemente, le era de aplicación el artículo 10bis del mismo. Al considerarse de esa naturaleza la prestación estaba sujeta a las cláusulas de residencia y no era exportable.

El Sr. Jauch interpuso recurso contra tales desestimaciones en ambos Estados miembros.

En el proceso iniciado en Austria, el órgano jurisdiccional (el Landesgericht Feldkirch), decidió suspender el procedimiento y plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, habida cuenta de las especiales circunstancias en las que entró en vigor el procedimiento previsto

---

21 Según el artículo 1 de la BPGG, la asignación de asistencia está destinada a garantizar, mediante una contribución uniforme, ayuda y asistencia a las personas que lo necesitan, con el fin de aumentar sus posibilidades de vivir de forma independiente y con arreglo a sus necesidades. El artículo 3 de la misma Ley establece que las personas afectadas tiene derecho a percibirla siempre y cuando residan habitualmente en Austria. Conforme al artículo 22 BPGG, la asignación de asistencia es abonada por las instituciones del seguro obligatorio de pensiones y accidentes. No obstante, en virtud del artículo 23, el Estado reembolsará a dichas instituciones los gastos que resulten probados de conformidad con lo establecido en la BPGG y que se refieran a la asignación de asistencia, las prestaciones en especie, los gastos de viaje, el servicio del médico asesor y el seguimiento habitual, los gastos de notificación, la parte de los gastos administrativos correspondientes a estos gastos y los gastos diversos.

para la financiación de la asignación de asistencia pues éste coincidió con un aumento correlativo de la cotización al seguro de enfermedad. El Landesgericht planteaba si dicha asignación era efectivamente una prestación especial de carácter contributivo en el sentido del artículo 10 bis del Reglamento que establece que las personas afectadas la obtiene exclusivamente en el territorio del Estado miembro en que residen y con arreglo a su legislación o si el requisito de residencia previsto para su concesión es contrario al apartado 1 del artículo 19 del Reglamento.

El TJ en el análisis de la cuestión prejudicial parte de que las disposiciones del Reglamento deben ser interpretadas con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 de la CE para contribuir a que se consiga la mayor libertad posible en el ámbito del derecho a la libre circulación de los trabajadores migrantes, que no se alcanzaría si como consecuencia del ejercicio de ese derecho, los trabajadores perdieran los beneficios de Seguridad Social que les concede la legislación de un Estado miembro, sobre todo, cuando tales beneficios suponen la contrapartida de las cotizaciones que pagaron<sup>22</sup>.

Aún cuando admite que el legislador comunitario puede introducir excepciones al principio de exportación de las prestaciones de seguridad social, como las establecidas en el artículo 10 bis del Reglamento, éstas tienen que ser objeto de una interpretación restrictiva y sólo puede aplicarse a aquellas prestaciones que reúnan simultáneamente los requisitos fijados en el apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento, esto es, su carácter especial y no contributivo<sup>23</sup>; no es suficiente para calificara una prestación como especial y no contributiva que los Gobiernos las incluyan como tales en el Anexo II del Reglamento, tal como hizo y defendía el Gobierno austriaco. En esto último radica la trascendencia de la sentencia Jauch<sup>24</sup>.

---

22 Vid. apartado 20 de la sentencia.

23 Vid. apartado 21 de la sentencia.

24 Cfr. C. Sánchez –Rodas Navarro, << La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia >>, cit., pág. 28.

La sentencia Jauch propició la modificación del apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento 1408/71, llevado a cabo por el Reglamento n° 647/2005, de 13

Aunque admite que la asignación de asistencia objeto del asunto principal, puede eventualmente estar sujeta en el ámbito nacional a un régimen jurídico diferente<sup>25</sup>, establece que es de naturaleza idéntica a las prestaciones del seguro alemán de asistencia que se trataba en el asunto *Molenaar*, y que también se concede de manera objetiva en función de una situación legalmente definida. De esta manera, apoyándose en la tesis mantenida en la misma considera que, ya sea de carácter contributivo o no contributivo<sup>26</sup>, la asignación de asistencia austriaca es una prestación de enfermedad en metálico, “siendo irrelevante que la asignación de asistencia haya tenido por objeto completar desde el punto de vista económico, habida cuenta de la necesidad de asistencia de una persona, una pensión que se concedió por una razón distinta de la enfermedad”. El Tribunal, por otra parte, opta por su carácter contributivo<sup>27</sup> pero no es una cuestión de gran trascendencia para el Tribunal<sup>28</sup> puesto que ya se había decantado por negar el carácter especial de la asignación de asistencia.

La sentencia *Jauch* propició la modificación del apartado 2 bis del artículo 4 del Reglamento 1408/71, llevado a cabo por el Reglamento nº 647/2005, de 13 de abril de 2005, para precisar los criterios acumulativos que hay que tener en cuenta para que dichas prestaciones

---

de abril de 2005, para precisar los criterios acumulativos que hay que tener en cuenta para que dichas prestaciones puedan aparecer en el Anexo II bis del Reglamento 1408/71 (considerando 3).

- 25 En concreto se refiere a lo dispuesto en el artículo 3.1 de la BPGG, en el que el derecho a percibir la asignación de asistencia sólo se reconoce a los beneficiarios de una pensión como consecuencia de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional o a los titulares de una pensión concedida con arreglo a la Ley General de Seguridad Social (*Allgemeine Sozialversicherungsgesetz*).
- 26 El Tribunal opta por su carácter contributivo (Vid. apartados 29 al 33 de la sentencia), pero no es una cuestión de gran trascendencia para el Tribunal puesto que ya se había decantado por negar el carácter especial de la asignación de asistencia.
- 27 Vid. apartados 29 al 33 de la sentencia.
- 28 En este sentido C. García de Cortázar y Nebreda, “¿Libre circulación de pacientes en la Unión Europea? La atención de los dependientes y la tarjeta sanitaria europea”, cit., pág. 83.

puedan aparecer en el Anexo II bis del Reglamento citado (considerando 3)<sup>29</sup>.

## **2. El caso *Silvia Hosse: Sentencia de 21 de febrero de 2006 (asunto C-286/03)***

En este asunto nos volvemos a encontrar ante una prestación especial de carácter no contributivo notificada por el gobierno austriaco notificada en el Anexo II, sección III, en el que se menciona “Las prestaciones concedidas en virtud de las legislaciones de los “Bundesländer” a favor de los minusválidos y personas sin asistencia”. En este caso el beneficiario era familiar del titular asegurado.

En concreto, el Sr.Hosse, de nacionalidad alemana, era un trabajador fronterizo con un empleo de profesor en Austria, en el Land de Salzburgo. Cotizaba y estaba afiliado al seguro de enfermedad de ese Estado. Residía en Alemania, cerca de la frontera austriaca, con su hija, la Srta Hosse, nacida en 1997 que sufría una discapacidad grave. La madre de ésta, ejerció en su día una actividad económica que le daba derecho al seguro de dependencia alemán. Hasta el final de su permiso parental, en septiembre de 2000, su hija, como beneficiario a su cargo, pudo recibir la asignación de asistencia. No obstante, al finalizar el permiso dejó de abonarse tal asignación porque la madre no volvió a ejercer ninguna actividad económica.

Así, se solicitó para la Srta. Hosse, la asignación de asistencia en

---

29 Al respecto vid. C. Sánchez-Rodas Navarro, “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 64, pág. 128 y ss. También de la misma autora, << Novedades en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la comunidad Europea sobre el Reglamento 1408/71, en El Reglamento Comunitario 1408/71. Nuevas cuestiones, viejos problemas, Murcia, 2008, en especial, pág. 45 y ss, en donde analiza la STJCE de 18 de octubre de 2007 recaída en el asunto 299705, que ha sido la primera que se dicta sobre el Anexo II bis tras reforma introducida en el mismo por el Reglamento 645/2005. Asimismo, cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro; “Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico no Contributivas” en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010; pp. 349-360.

virtud de la SPGG. El Land de Salzburgo deniega la petición, alegando que para recibir dicha asignación, el artículo 3, apartado 1, número 2, exige que la persona dependiente tenga su domicilio en dicho Land.

El asunto resultó controvertido en los propios órganos jurisdiccionales austriacos que tuvieron opiniones radicalmente distintas, cuyas diferencias residían en la aplicación o no de la doctrina establecida por el TJ en el caso Jauch. Así, el órgano de primera instancia desestimó la pretensión declarando que la asignación era una prestación especial de carácter no contributivo, no comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 por lo que no era posible su exportación. Sin embargo, el órgano jurisdiccional de apelación, remitiéndose a la sentencia Jauch declaró que la asignación controvertida constituía una prestación de enfermedad en el sentido del artículo 4, apartado 1 letra a) del citado Reglamento y que por ser una prestación en metálico debía ser exportada con arreglo a los principios aplicables a la asignación de asistencia abonada por Austria. El órgano de apelación estima que el requisito relativo al domicilio, establecido en el artículo 3 del SPGG, cede ante el efecto directo del artículo 19, apartados 1 y 2 del Reglamento.

Por último, el Oberster Gerichtshof, que conoce del recurso de casación planteó al TJC varias cuestiones prejudiciales: por un lado, pregunta si la asignación de asistencia concedida por la SPGG, es realmente una prestación especial de carácter no contributivo excluida del ámbito de aplicación del Reglamento, por aplicación de su artículo 4, apartado 2 ter; y, por otro, si un miembro de la familia de un trabajador por cuenta ajena que presta servicios en el Land de Salzburgo, puede solicitar el pago de la asignación de asistencia conforme a la SPGG como prestación de enfermedad en metálico, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 y otras disposiciones concordantes del Reglamento, cuando cumple los demás requisitos de concesión, con independencia que viva con su familia en Alemania.

En la primera cuestión el Tribunal sigue la misma argumentación mantenida en la sentencia Jauch, y como cuestión preliminar entien-

de que si bien es posible que se establezcan excepciones al principio de exportación de las prestaciones, dichas excepciones y en particular el artículo 4, apartado 2 ter, del Reglamento tienen que ser interpretadas en sentido restrictivo, al excluir del ámbito de aplicación del Reglamento las prestaciones especiales de carácter no contributivo, mencionadas en la sección III del anexo II, cuya aplicación se limita a una parte del territorio del Estado miembro. De lo contrario, sería difícil garantizar el objetivo del artículo 42 CE de alcanzar la plena efectividad del derecho a la libertad de circulación de los trabajadores migrantes<sup>30</sup>.

Aunque la asignación de asistencia cuestionada en el litigio principal, tiene un régimen jurídico diferente del aplicable a las prestaciones del seguro de dependencia alemán (establecido en el asunto *Molenaar*) y de la asignación federal de asistencia austriaca, (establecida en el caso *Jauch*), aprecia el Tribunal que tiene naturaleza idéntica a éstas y debe ser considerada prestación de enfermedad, en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a) del Reglamento ya que se concede de “modo objetivo, en función de una situación legalmente definida, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de la persona dependiente”<sup>31</sup>. Ni los requisitos para su concesión, ni la forma de financiación pueden alterar la naturaleza de las prestaciones.

La calificación dada por las autoridades nacionales, no cambia la verdadera naturaleza jurídica de una prestación, por lo que la mera notificación de una prestación especial de carácter no contributivo por un Estado miembro no es, por sí, suficiente para considerarla como una prestación de este tipo.

En cuanto a la segunda cuestión, partiendo de que la asignación prevista en la SPGG se presenta como una ayuda económica para compensar el incremento de gastos que produce el estado en que se encuentran las personas dependientes, no cabe duda de que estamos ante una prestación en metálico del seguro de enfermedad.

---

<sup>30</sup> Vid. apartados 24 y 25 de la sentencia.

<sup>31</sup> Vid. apartado 38 de sentencia.

Aunque el Tribunal considera que la asignación prevista en la SPGG es un derecho propio de la Srta. Hosse, y no un derecho derivado de su padre, dicha cuestión no impide que se le deba aplicar el artículo 19 del Reglamento<sup>32</sup>, “pues privar a la hija de un trabajador del beneficio a una prestación a la que tendría derecho si residiese en el Estado competente”, va en contra del artículo 19, apartado 2 del Reglamento”.

### **C. La asunción por el seguro de dependencia del pago de las cotizaciones del seguro de vejez del tercero que se ocupa del cuidado de una persona dependiente**

#### **1. El caso Gaumain-Cerri y Barth: Sentencia de 8 de julio de 2004 (asuntos acumulados C-502/01 Y C- 31/02)**

La Sra. Gaumain-Cerri de nacionalidad alemana y su marido, nacional francés, residían en Francia pero ejercían su profesión, como trabajadores fronterizos, en una empresa situada en Alemania. Su hijo, que reside con ellos, sufre una discapacidad y, como beneficiario del seguro de sus padres, percibe del segurote dependencia, la

---

32 Aunque el Tribunal ha declarado que, en virtud del artículo 2 del Reglamento, los miembros de la familia de un trabajador sólo pueden reclamar derechos derivados, es decir, derechos adquiridos en la condición de miembros de la familia de un trabajador, y no derechos propios que se le conceden independientemente de toda relación familiar con el trabajador; el mismo Tribunal ha matizado esa jurisprudencia únicamente a los supuestos en los que un miembro de la familia invoca disposiciones del Reglamento aplicables exclusivamente a los trabajadores y no a los miembros de su familia, como las relativas a las prestaciones por desempleo. Así la citada jurisprudencia no es aplicable al artículo 19 del Reglamento ya que su objeto consiste, en garantizar al trabajador y a los miembros de su familia que residen en un Estado miembro distinto de competente las prestaciones por enfermedad previstas en la legislación aplicable, siempre que los miembros de la familia no tengan derecho a esas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en el que residen. Vid. apartados 52 y 53 de la sentencia. Sobre la jurisprudencia, en ocasiones contradictoria, sobre esta materia Vid. C. Sánchez-Rodas Navarro, << El impacto de la sentencia Cabanis sobre la protección dispensada por el Derecho Comunitario a los familiares del trabajador migrante >>, Temas Laborales n° 45, 1997, pág. 167 y ss.

asignación de asistencia. Sus progenitores asumen el cuidado, gratuitamente y en su domicilio de su hijo. Sin embargo, la entidad aseguradora del riesgo de dependencia, KKh, en este caso, se niega a asumir las cotizaciones del seguro de vejez<sup>33</sup> de la Sra. Gaumain-Cerri y de su marido por su dedicación a actividades de asistencia a persona dependiente porque no residen en territorio alemán. En opinión de la aseguradora, el carácter no profesional de la actividad de que se trata tampoco les confiere la condición de trabajador, para que puedan acogerse al lo dispuesto en el Reglamento.

Por otro lado, la Sra. Barth, de nacionalidad alemana, reside en Bélgica, en la proximidad de la frontera alemana, y se ocupa en este último país a cuidar de un funcionario jubilado, del que percibe una retribución de 400 euros. La actividad de la Sra. Barth también se considera no profesional. La persona dependiente de cuyo cuidado se ocupa recibe sus prestaciones del seguro de dependencia de dos organismos: una de la entidad propia del régimen básico de seguridad social para funcionarios públicos (el Landesamt) y otra de una entidad de seguro complementario de contratación privada y obligatoria, sujetas a condiciones a las aplicables al régimen básico de seguridad social (la Pax). Por motivos relacionados con la residencia fuera de Alemania de la Sra. Barth, el Landesversicherungsanstalt Rheinprovinz, ordenó la interrupción de las cotizaciones que permitían a la Sra. Barth adquirir sus derechos de pensión.

La Sra. Gaumain-Cerri y Barth, recurrieron dichas decisiones, exigiendo que el seguro de dependencia cubriera las cotizaciones al régimen del seguro de vejez s relación con su asistencia a persona dependientes.

Los órganos judiciales presentaron varias cuestiones prejudiciales que pueden resumirse en lo siguiente: primero, si la asunción, por

---

33 En Alemania, la Ley relativa al seguro contra el riesgo de dependencia (la Pflegeversicherungsgesetz) cubre, entre otras prestaciones, las cotizaciones del seguro de vejez e invalidez y del seguro de accidentes de la persona que se ocupa del cuidado del asegurado.



parte de entidad aseguradora del riesgo de dependencia, de las cotizaciones sociales del seguro de vejez del tercero que presta asistencia a domicilio a un persona dependiente, constituye una prestación de enfermedad o de vejez, en el sentido del Reglamento; segundo, si las disposiciones del mismo se aplican cuando la cobertura asegurada deriva de la celebración de un contrato privado de seguro contra el riesgo de dependencia; y, tercero, si dichas prestaciones deben concederse con independencia de que la persona dependiente o su cuidador residan fuera del Estado competente.

El Tribunal recordando de nuevo la doctrina establecida en el asunto Molenaar recuerda que el sistema del seguro de dependencia alemán tiene como finalidad, entre otras, promover el recurso a los cuidados a domicilio antes que los cuidados en residencia, lo que se consigue con la asignación de asistencia. La persona dependiente puede hacer uso de ella, con total libertad, y puede emplearla en retribuir a un tercero para que se encargue de su cuidado. Así considera que las prestaciones destinadas a garantizar la cobertura del riesgo de vejez del tercero que se ocupa de una persona dependiente, también constituyen prestaciones de enfermedad ya que “no existe ninguna circunstancia particular en el presente procedimiento que exija modificar esta apreciación”. También debe considerarse prestación en metálico del seguro de enfermedad porque la asunción de las cotizaciones del seguro de vejez, por su carácter accesorio a la asignación de dependencia propiamente dicha, complementa a la asignación de asistencia propiamente dicha porque facilita enormemente uno de sus fines como es la asistencia a domicilio por un tercero<sup>34</sup>.

La calificación como prestación de enfermedad no queda alterado por el hecho de que el tercero que presta asistencia a la persona dependiente sea beneficiario a título personal de dicha prestación, ya que la persona dependiente tiene derecho a beneficiarse de todas las prestaciones de asistencia para ayudarle a obtener en las mejores condiciones los cuidados que requiere su estado.

---

34 Vid. apartados 20 y 27 de la sentencia.

Por la aplicación del artículo 19. 2 del Reglamento, los familiares de un trabajador que residan en un Estado miembro distinto del Estado competente, podrán beneficiarse en su Estado de residencia de las prestaciones en metálico del seguro de enfermedad concedidas por la entidad del Estado miembro competente, siempre que los familiares no tengan derecho a estas prestaciones en virtud de la legislación del Estado en el que residen. En consecuencia, en el caso de la Sra. Gaumain-Cerri, la entidad alemana competente debe asumir las cotizaciones del seguro de vejez de dicha Sra<sup>35</sup>.

En el caso de la Sra. Barth, el hecho de que una aseguradora privada, sobre la base de un contrato privado sea quien cubra el seguro de dependencia, no impide su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento cuando la celebración de dicho contrato deriva directamente de la aplicación de la normativa de la seguridad social controvertida.

El negarse a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez del tercero que presta asistencia a una persona dependiente, en base a que no reside en el Estado competente supone otorgar un trato diferente a personas que se encuentran en la misma situación. El criterio de residencia de estos terceros no es una diferencia objetiva que justifique un trato diferente, sino una discriminación prohibida por el Derecho comunitario<sup>36</sup>.

En este caso no se discute que deba aplicarse la normativa del Estado competente (también Alemania), donde reside la persona necesitada de asistencia, siendo irrelevante el lugar de residencia del cuidador<sup>37</sup>.

---

35 No consta en el procedimiento que la normativa francesa permita la asunción de las cotizaciones al seguro de vejez de la Sra. Gaumain-Cerri en concepto de la asistencia prestada a su hijo dependiente.

36 C. Sánchez-Rodas Navarro, "La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia", cit., pág. 30, se plantea a raíz de esta sentencia, si los cuidadores informales que no residen en Alemania podrían invocar el Reglamento 1408/71 para causar prestaciones reconocidas por la legislación alemana, al haber estado asegurados por un régimen coordinado de Seguridad Social, cuestión que remitiría a otra como la de determinar si el cuidador puede ser calificado como trabajador a los efectos del Derecho Comunitario.

37 El propio Gobierno alemán consideró que el recurso de la Sra. Barth debió admitirse porque la Sra. Barth, se beneficiaba, en virtud de la normativa alemana,

## D. Prestaciones en especie destinadas a cubrir el riesgo de dependencia: residencia en un Estado miembro distinto del Estado competente

### 1. *El caso Von Chamier-Glisczinski: Sentencia de 16 de julio de 2009 (asunto C-208/07)*

En el presente caso, la Sra. Von Chamier-Glisczinski, alemana, y residente en Múnich, recibía del DAK, organismo de seguridad social en el que estaba asegurada a través de su marido, las prestaciones del seguro de dependencia previstas en el artículo 38 del Libro XI del SGB, esto es, las prestaciones mixtas<sup>38</sup>.

---

de un derecho al pago de cotizaciones al seguro de vejez obligatorio, dado que la actividad de asistencia se desarrollaba en Alemania (apartado 14 de la sentencia).

38 El seguro alemán contra el riesgo de dependencia prevé, en el Libro XI del SGB, tres formas de intervención: 1º.- Las personas que necesiten asistencia y cuidados a domicilio tienen derecho a prestaciones en especie por parte de los empleados de los servicios ambulatorios concertados con la Caja de dependencia. Los gastos de esas intervenciones corren a cargo de esta Caja dentro de un límite máximo, variable en función del nivel de dependencia del beneficiario (establecidas en el artículo 36 del SGB). 2º.- Las personas dependientes pueden disfrutar de una asignación de dependencia mensual, cuando se procuren autónomamente las prestaciones de cuidados y asistencia que necesiten. Esta asignación puede ser utilizada libremente por el beneficiario, bien para el pago de prestaciones no cubiertas por el seguro o realizadas por personal no perteneciente a los servicios concertados (establecidas en el artículo 37 del SGB). Su importe varía en función del nivel de dependencia. 3º.- El artículo 38 del citado texto, establece las prestaciones mixtas, combinación de las dos anteriores, mediante las cuales el beneficiario que no recibe todas las prestaciones en especie a las que tiene derecho, puede obtener también la asignación de dependencia del artículo 37 de cuyo importe se deducirá la parte correspondiente a la utilización de las prestaciones en especie. El beneficiario es el que decide que parte de prestaciones en especie desea percibir. Las prestaciones mixtas.

4º.- En virtud del artículo 43 del SGB, las personas en situación de dependencia tienen derecho a una asistencia total en un establecimiento de personas dependientes cuando las asistencia domiciliaria o una asistencia parcial en dicho establecimiento no sea posible. En este supuesto la Caja de dependencia cubre a tanto alzado los gastos de asistencia, de asistencia médica y de asistencia social. El asegurado que opte por la asistencia total en un establecimiento de personas dependientes a pesar de que la Caja considere que no es necesario, tiene derecho

El 27 de agosto de 2001, el Sr. Von Chamier-Glisczinski, solicitó al DAK, que las prestaciones del seguro de dependencia a las que tenía derecho su esposa en virtud de la normativa alemana, se prestaran en la forma de asistencia total prevista en el artículo 43 del SGB, en un establecimiento situado en Austria, debido a que tenía la intención de hacerse cargo de la gestión de una empresa situada cerca de Salzburgo y deseaba ingresar a su esposa en un establecimiento de asistencia a personas dependientes cerca de esa ciudad.

La DAK, desestimó la solicitud el 31 de agosto de 2001, alegando que la asistencia prevista en el artículo 43 del SGB era una prestación en especie y por tanto no exportable, y que el Derecho austriaco no preveía prestaciones en especie para los afiliados a su régimen de Seguridad Social. Por otro lado, pone de manifiesto que el establecimiento especializado radicado en Austria, no era un establecimiento concertado en el sentido del Libro XI del SGB. Por tanto, sólo tenía derecho a la asignación de dependencia en cuanto prestación de enfermedad en metálico, tal como había establecido la sentencia Molenaar.

No obstante, desde el 17 de septiembre de 2001 al 18 de diciembre de 2003, la Sra. Von Chamier-Glisczinski permaneció en un establecimiento de atención a personas dependientes reconocido por Austria.

A finales de 2003, el Sr. Von Chamier-Glisczinski, declaró una actividad comercial en Laufen (Alemania), cambió su residencia a dicha localidad e hizo trasladar de nuevo a Alemania. A partir de julio de 2004, su esposa pudo obtener asistencia en un establecimiento situado en las inmediaciones de Laufen.

El Sr. Von Chamier-Glisczinski, pretendía que le fueran reembolsados los gastos ocasionados por la estancia en el establecimiento de asistencia austriaco por un importe equivalente a la diferencia entre la asignación de dependencia concedida y la cantidad prevista por la

---

a una ayuda equivalente al máximo previsto en el artículo 36 para la categoría de dependencia al que pertenece.

Las prestaciones que sobrepasen los máximos previstos por el seguro de dependencia corren a cargo de la persona en situación de dependencia.

normativa alemana para la asistencia total establecida en el artículo 43 del SGB.

El tribunal de instancia desestimó dicha pretensión y el órgano jurisdiccional de apelación planteó las siguientes cuestiones prejudiciales.

La primera cuestión radica en determinar si con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19, apartado 1, letra a) del Reglamento, la institución del Estado miembro de residencia del trabajador está obligada a realizar, por cuenta de la institución competente, prestaciones en metálico en forma de reembolso o asunción de gastos, en las situaciones en que el sistema de Seguridad Social de dicho Estado, a diferencia del de la institución competente, no prevea para sus propios afiliados prestaciones en especie. En concreto de lo que se trata es de aclarar sin si los demandantes por el artículo 19 del Reglamento, tienen un derecho equivalente en metálico de las prestaciones en especie ante los organismos de seguridad social de su Estado de residencia.

Aunque el órgano jurisdiccional competente había señalado el artículo 19 del Reglamento como única referencia normativa para la primera cuestión, el Tribunal analizó si para el asunto podía tomarse en consideración el artículo 22 del Reglamento en la medida en que al Tribunal le corresponde deducir de todos los elementos que le proporciona el órgano jurisdiccional nacional los elementos de Derecho comunitario que requieren una interpretación. En las conclusiones presentadas por el Abogado general, éste consideró, sin embargo, que el objeto de la litis encuadraba mejor en el ámbito del artículo 22, apartado 1, letra b, del Reglamento<sup>39</sup>. En efecto, el artículo 19 regula la situación de un trabajador o miembro de su familia que, en el momento en que se materializa el riesgo de que determina el derecho a las prestaciones de seguridad social, reside en un Estado miembro distinto del competente, mientras que en el artículo 22 se establece la situación de un trabajador o un miembro de su familia

---

39 Presentadas el 11 de septiembre de 2008, por el Sr. Paolo Mengozzi. Apartados 35 a 37.

que, después de haberle sido reconocido el disfrute de las prestaciones a cargo de del Estado competente, traslada su residencia a otro Estado miembro.

El Tribunal, sin embargo, no consideró necesario pronunciarse sobre cual de las dos disposiciones era aplicable al caso al entender que aunque ambos preceptos contemplan situaciones y tienen objetivos diferentes, los mecanismos establecidos por ellos tienden a garantizar a los miembros de la familia de los trabajadores las prestaciones en especie servidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de residencia conforme a su legislación aplicable y las prestaciones en metálico conforme a la legislación aplicable a la institución competente<sup>40</sup>.

Conforme a la definición acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las prestaciones destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado, tanto a domicilio como en establecimientos especializados, están incluidas entre las prestaciones en especie a las que se refiere la letra a), del apartado 1, del artículo 19 del Reglamento, tal como se había recogido en la sentencia Molenaar. En este caso, tanto si se aplica el artículo 19 como el 22 del Reglamento, la conclusión a la que se llega es la misma, en el sentido de que cuando la normativa del Estado de residencia no prevea prestaciones en especie para cubrir el riesgo para el que se reclama el derecho a tales prestaciones, el Reglamento no exige servir dichas prestaciones fuera del Estado competente por cuenta de la institución competente.

Sin embargo, lo anterior no significa que el acceso del trabajador a prestaciones en especie en caso de residencia en un Estado miembro distinto del de empleo se regule exclusivamente por la normativa del Estado de residencia. Cuando este último no prevé prestaciones en especie, el Reglamento no impide que la institución del Estado competente pueda conceder tales prestaciones en especie. Entender que el Reglamento prohíbe a un Estado miembro otorgar a los traba-

---

<sup>40</sup> Vid. apartados 45 y 46 de la sentencia.

jadores y miembros de su familia una protección social más amplia que la que se desprende de dicho Reglamento, supone ir más allá de la propia finalidad de la citada norma y “situarse fuera de los objetivos y del marco del artículo 42 CE”<sup>41</sup>. La interpretación en dichos términos conduciría a resultados incompatibles con las finalidades del Reglamento. Así sucedería en el caso de que el “Estado miembro competente para la cobertura de un determinado riesgo, previese sólo prestaciones en especie y el Estado miembro de residencia solamente prestaciones en metálico: en este caso, el trabajador no recibiría prestaciones en metálico por no estar previstas por el Estado competente, obligados a servirlos con arreglo a lo dispuesto en el artículo 19.1.apartado a), ni prestaciones en especie por no estar previstas por el Estado miembro de residencia”. En tal hipótesis, el trabajador recibiría un trato desigual, o bien al de los afiliados al sistema de seguridad social del Estado competente que fueran residentes en dicho Estado, o bien al de los afiliados al sistema de seguridad del Estado de residencia<sup>42</sup>.

La segunda cuestión prejudicial se centra en determinar si en aplicación del artículo 18 CE, o en los artículos 39 y 49 CE, se puede exigir el derecho a que la institución competente, previa autorización, asuma los gastos de un periodo de internamiento en un establecimiento de atención a las personas dependientes de otro Estado miembro, por el importe de las prestaciones que se conceden en el Estado miembro competente.

El Tribunal recuerda que el Derecho comunitario no supone ninguna merma de la competencia de los Estados miembros para ordenar sus sistemas de seguridad social. Dado que no existe armonización de los sistemas a escala comunitaria, corresponde a la legis-

---

41 Cfr. apartado 56 de la sentencia.

Puede verse la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, en la sentencia de 10 de enero de 1980 (caso Jordens-Vosters, asunto 69/79) y en la sentencia de 16 de marzo de 1978 (caso Pierik I, asunto 11/77) analizadas en las Conclusiones del Abogado General, cit., apartados 52 y 53.

42 Vid. conclusiones, apartado 55.

lación de cada Estado determinar los requisitos de la concesión de las prestaciones de seguridad social. En todo caso, al ejercitar dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario. En el presente caso, aunque se ha determinado en la primera cuestión prejudicial que la normativa que regula la prestación de dependencia alemana, es acorde con el Derecho Derivado establecido en los artículos 19 y 22 del Reglamento, dicha aseveración no supone que la citada normativa escape a las disposiciones del Tratado.

La aplicabilidad al asunto del que venimos tratando de los artículos 19 y 22 del Reglamento, no excluye, por sí sola, que el interesado haya solicitado, con arreglo al Derecho primario, la asunción de determinados gastos ocasionados por el internamiento en un establecimiento en otro Estado miembro<sup>43</sup>.

Dado el contexto fáctico del litigio principal, la segunda cuestión prejudicial se limita a interpretar el artículo 18 CE relativo a la libertad de circulación de los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados miembros con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el Tratado CE y en las disposiciones adoptadas para su aplicación<sup>44</sup>.

De la jurisprudencia se desprende que las facilidades concedidas por el Tratado no producirían plenos efectos si se pudiera disuadir a un nacional de un Estado miembro de hacer uso de aquéllas, por los obstáculos a sus residencia en el Estado miembro de acogida derivados de una normativa de su Estado de origen que le penaliza por el mero hecho de haberlas ejercido<sup>45</sup>. Una normativa nacional que

---

43 La Comisión estableció objeciones referidas a la posible aplicación del Derecho comunitario, pues considera que las disposiciones del Tratado, sólo podrían ser de aplicación previa, en el caso de que previamente se declarara la ilegalidad del artículo 19 del Reglamento (apartado 62 de la sentencia). En contra se manifiesta el abogado general en sus conclusiones nº 66.

44 La no aplicación de los artículos 39 y 49 CE, no fue una cuestión controvertida. Los gobiernos alemán, noruego, la Comisión, el Abogado General y el propio Tribunal estuvieron de acuerdo al no darse en el litigio los presupuestos de hecho regulados en dichos preceptos.

45 Vid. apartado 82 de la sentencia y jurisprudencia allí citada. También sentencia de 9 de noviembre de 2006, caso Turpein C-502/04, apartado 22.



perjudicar a unos nacionales por haber ejercido el derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro, provocaría una desigualdad de trato entre nacionales.

En el presente caso, la Sra. Von Chamier-Glisczinski por haberse trasladado a un centro de asistencia para personas dependientes sito en Austria, se le deniega el reembolso, dentro de los límites de la cobertura garantizada por dicho régimen, de los gastos ocasionados por su internamiento en dicho centro, mientras que dicho reembolso se hubiera producido de haber estado internada en un establecimiento concertado situado en el territorio de Estado miembro de afiliación. Ahora bien, dado que el artículo 42 CE prevé la coordinación, no la armonización de regímenes de seguridad social, es legítimo que se establezcan diferencias de fondo y de forma entre ellos.

En este contexto, cuando un asegurado ejercita su derecho a la libre circulación, el artículo 18 CE no puede garantizar que “su desplazamiento sea neutro en materia de seguridad social” y, sobre todo, en lo referente a las prestaciones de enfermedad. Se considera por el Tribunal que dado que la República Federal de Alemania y la República de Austria, pueden establecer libremente sus regímenes del seguro de enfermedad, no puede considerarse que un de ellos es la causa de una discriminación por el mero hecho de que produzca consecuencias desfavorables cuando se aplica, combinándolo con el régimen de otro Estado miembro, conforme a los mecanismos de coordinación<sup>46</sup>.

Consecuentemente declara -en el apartado 88 de la sentencia- que el artículo 18 CE no se opone a que, conforme al artículo 34 del SGB, la institución competente deniegue la asunción de los gastos ocasionados, en forma de reembolso, por la estancia en un establecimiento de asistencia a personas dependientes situado en el Estado miembro de residencia, y por un importe equivalente a las prestaciones a las que la persona tendría derecho si la misma asistencia se hubiera dis-

---

46 Cfr. apartado 87 de la sentencia.

pensado en un establecimiento concertado situado en el territorio del Estado competente.

El Abogado General, en esta segunda cuestión prejudicial, propone al Tribunal que responda a ella en un sentido contrario<sup>47</sup> al que con posterioridad asumiría el Tribunal y que se ha expuesto más arriba. Considera que la diferencia de trato sólo podría estar justificada si se basara en consideraciones objetivas y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido por el Derecho nacional: constatado el incremento de la esperanza de vida en los países comunitarios, las exigencias de planificación vinculadas al mantenimiento de un sistema equilibrado y accesible a todos los centros de acogida para personas que están en una situación de dependencia, y las exigencias de contención de los gastos que soportan los regímenes nacionales de seguridad social, serán argumentos válidos para justificar esa diferencia de trato<sup>48</sup>.

No sería contrario, por tanto, al artículo 18 CE la exigencia de autorización previa para obtener el reembolso de los gastos siempre que los requisitos a los que está supedita la autorización estén justificados en base a “criterios objetivos, no discriminatorios y establecidos previamente, y se atengan al requisito de la proporcionalidad”. Sin embargo, en el caso de autos la denegación del reembolso de los gastos no fue justificada en dichos términos, sino que fue denegada sobre la base única del artículo 19 del Reglamento, por lo que no puede considerarse legítima.

---

47 Vid. conclusiones apartados 73 a 78, inclusivos.

48 Extiende los argumentos recogidos en la sentencia 12 de julio de 2001 (asunto Smits y Peerbooms C-157/99) para los servicios médicos hospitalarios, a las prestaciones de cuidados y asistencia a personas en situación de dependencia realizadas en establecimientos especializados.

## **E. Afiliación al seguro social obligatorio en el estado miembro de residencia. Sobre la posibilidad de continuar afiliado, con carácter facultativo, al seguro de dependencia en el antiguo estado de empleo**

### **1. El caso *Da Silva Martins: Sentencia de 30 de junio de 2011 (asunto C-388/09)***

El marco fáctico del litigio principal es el siguiente: el Sr. da Silva Martins, de nacionalidad portuguesa, después de haber trabajado breve tiempo en Portugal, se estableció en Alemania. Desde 1974 estuvo afiliado a Bank BKK para el seguro de enfermedad y desde el 1 de enero de 1995, para el seguro de dependencia. Percibe una pensión de jubilación alemana y otra portuguesa desde septiembre de 1996 y mayo de 2000, respectivamente. Desde que empezó a percibir una pensión de jubilación en Alemania, el Sr. da Silva Martins estuvo afiliado al organismo del seguro de enfermedad de los jubilados, y a partir de agosto de 2001, la Bank BBK le concedió prestaciones de dependencia en especie. Durante una estancia provisional en Portugal, la citada entidad le concedió una asignación de dependencia desde el 1 de enero de 2002 hasta el 31 de diciembre del mismo año.

Cuando Bank BKK conoció que el Sr. da Silva había presentado una declaración de salida definitiva de Alemania, con efectos desde el 31 de julio de 2002, declaró extinguida su afiliación al seguro de dependencia y posteriormente le reclamó la devolución de las asignaciones de dependencia pagadas durante los meses de agosto a diciembre de 2002.

Según las observaciones hechas por el Gobierno portugués, el Derecho luso no prevé prestaciones específicas para las prestaciones de dependencia<sup>49</sup>.

La cuestión controvertida entre el Sr. da Silva Martins y Bank BKK reside en determinar si el demandante puede continuar afiliado

---

49 El gobierno portugués puntualiza que las prestaciones de ayuda a personas dependientes se proporcionan a lo sumo en forma de prestaciones en especie en el marco de los servicios sociales y del seguro de enfermedad.

al seguro de dependencia alemán en virtud de un seguro facultativo y si en base a él, puede seguir disfrutando de una prestación en metálico correspondiente a dicha afiliación, en el supuesto de que no exista en el Estado miembro de residencia prestaciones correspondientes al riesgo específico de dependencia.

El órgano jurisdiccional alemán encargado del recurso de casación (el Bundessozialgericht), haciendo una interpretación acomodaticia a los intereses alemanes, estima que dado que las prestaciones de dependencia se incluyen en el ámbito del seguro de enfermedad, según la sentencia Molenaar, las reglas de conflicto de leyes previstas en el Reglamento se oponen al mantenimiento de la afiliación del Sr. da Silva Martins al seguro de dependencia en Alemania. En este razonamiento se obvia que aunque el Tribunal de Justicia ha equiparado ciertas prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia a prestaciones de enfermedad en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a) del Reglamento, ha reconocido también que las prestaciones relacionadas con el riesgo de dependencia tienen a lo sumo “ un carácter complementario de las prestaciones de enfermedad clásicas comprendidas, “stricto sensu”, en esa disposición, y no se incluyen necesariamente en ella”<sup>50</sup>. En efecto, a diferencia de las prestaciones de enfermedad “stricto sensu”, las prestaciones de dependencia, aunque deban equipararse a prestaciones de enfermedad en el sentido del artículo 4 de Reglamento, pueden presentar por sus modalidades de aplicación, características que en la realidad “se aproximan también en cierto grado a las ramas de invalidez y de vejez previstas en las letras b) y c) de dicho artículo 4, apartado 1, sin que en rigor puedan identificarse con una u otra”<sup>51</sup>. Esta aproximación a otros riesgos incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento, ha sido puesta de manifiesto por la doctrina<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Vid. sentencia Hosse, apartado 43.

<sup>51</sup> Vid. apartado 48 de la sentencia.

<sup>52</sup> C. Sánchez-Rodas Navarro, “La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia”, cit., pág. 43, aclarando que aunque hasta la fecha la jurisprudencia del TJCE había incardinado el riesgo de dependencia en el riesgo de enfermedad a

El principio de unicidad del régimen de seguridad social persigue que los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia que se desplazan dentro de la Unión queden sujetos al régimen de seguridad social de un único Estado miembro. El artículo 15.1 del Reglamento no será aplicable al caso puesto que las disposiciones contenidas en él sólo serán aplicables en materia de seguro voluntario, cuando para alguna de las ramas expuestas en el artículo 4 del Reglamento no exista en un Estado miembro más que un régimen de seguro voluntario: en el presente asunto, el seguro de dependencia alemán tiene carácter obligatorio. Por otra parte, el artículo 15.2 pretende evitar que una persona tenga que cotizar por un único riesgo a dos regímenes de seguridad social diferentes, uno obligatorio y otro facultativo, sin embargo aunque el riesgo de dependencia sea asimilable al riesgo por enfermedad a efectos del Reglamento, presenta características propias que la distinguen de las prestaciones por enfermedad “*stricto sensu*”.

Se puede afirmar que en este caso el artículo 15 apartado 1 y 2 del Reglamento, no se opone al que el Sr. da Silva pueda mantener una afiliación de carácter facultativo al seguro de dependencia alemán, aún cuando también esté afiliado con carácter obligatorio, al régimen de seguridad social portugués por el mismo periodo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de Reglamento, corresponde a Portugal en cuanto Estado miembro de residencia garantizar las prestaciones de enfermedad. A esta misma solución habría de llegarse en lo que respecta a las prestaciones de dependencia en tanto en cuanto se asimilan a las de enfermedad a los efectos del artículo 4.1.a). Sin embargo, dicho artículo 27 debe interpretarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 48 del TFUE, (antes artículo 42 CE) teniendo en cuenta las particularidades de las prestaciones

---

efectos comunitarios, sería perfectamente posible que las prestaciones reguladas en la Ley 39/2006, aún calificándolas de prestaciones de seguridad social, las vinculara con otro de los riesgos incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento como la invalidez.

correspondientes al riesgo de dependencia en relación con las de enfermedad en sentido estricto. De esta manera, sería contrario a la finalidad pretendida por el artículo 48 TFEU que por tal circunstancia tuviera que perder toda ventaja que constituye la contrapartida de cotizaciones que ha pagado en un antiguo Estado miembro de empleo conforme a un régimen específico de seguro que no cubre el riesgo de enfermedad stricto sensu, sino el riesgo de dependencia. Por consiguiente, al Estado alemán le correspondería seguir pagando la asignación de dependencia al Sr. da Silva, en cuanto prestación en metálico y, por tanto, exportable, aunque la normativa alemana (en concreto el artículo 34 del SGB), establezca que el seguro facultativo continuado, se suspende mientras el asegurado se encuentre en el extranjero.

Por el contrario, si en el Estado miembro de residencia estuviesen previstas prestaciones en metálico correspondientes al riesgo de dependencia, por un importe inferior al de las prestaciones por ese mismo riesgo en el otro Estado miembro deudor de una pensión, el artículo 27 del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que “la persona tiene derecho a cargo de la institución competente de ese último Estado a un complemento de prestaciones igual a la diferencia entre los dos importes”<sup>53</sup>.

---

53 Vid. apartado 88 de la sentencia.

## Capítulo III

# Ley de dependencia: zonas grises

EDUARDO ROMÁN VACA

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

### I. Introducción

No cabe duda de que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante Ley de Dependencia), ha supuesto un hito importante en lo que a nuestro sistema de protección se refiere, ello con independencia de que en algunos-varios-muchos puntos nos pueda parecer parca, ilusoria o –en términos procesales– meramente declarativa.

En cualquier caso, ya de por sí es relevante que el Estado, cumpliendo lo que por otra parte no es sino su función, se ocupe de las personas que “precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria” (según la definición de dependencia del art. 2.2 de la Ley).

Tras casi cinco años de aplicación de la norma, estudios como el resto de los contenidos en esta obra colectiva merecen la máxima atención de los especialistas. Servirán desde luego para hacer un balance de aquella aplicación (en el sentido de si cubre y en qué medida

el objetivo perseguido), y también para ver cómo la práctica ha ido dando respuesta a cuestiones o problemas interpretativos que el texto legal presentaba. Las aportaciones que siguen se ocupan sobradamente de esas cuestiones; la nuestra se centra en poner sobre la mesa algunos puntos cuya regulación presenta controversias, o en apuntar algunos temas que, partiendo siempre de la cláusula de Estado social de nuestra Constitución, no dejan de provocar algunos roces con lo que a nuestro juicio debe ser un sistema público y suficiente de protección de la ciudadanía. Abordamos así la naturaleza del sistema; la universalidad de la acción protectora; la naturaleza de las prestaciones; los niveles de protección y las diferencias que se pueden ocasionar; y, finalmente, algunos riesgos que plantea la configuración principal-subsidiarias de las prestaciones. Nuestra exposición contendrá –lo avanzamos ya– más preguntas que respuestas.

## **II. El sistema para la autonomía y atención a la dependencia: sistema ¿público, público y concertado, privado?**

La Ley nos habla en su art. 3.a) del carácter público de las prestaciones, pero curiosamente no emplea el mismo calificativo al tratar en el art. 1.1 del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, si bien es cierto que una primera lectura nos permitiría concluir que así es, pues se trata de un sistema basado en la “colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas”.

Sin embargo, numerosas alusiones al sector privado permiten también pensar justamente en una naturaleza diferente (de la interpretación que hagamos dependerá hasta qué punto diferente), y apreciar incluso posibilidades ciertas de privatización.

Así, diversas alusiones al sector privado se encuentran ya en las listas iniciales de definiciones y principios (arts. 2 y 3 respectivamente de la Ley).

Entre los principios, recoge la Ley el de “participación del tercer sector en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía



personal y atención a la situación de dependencia” [art. 3.n)]. Aunque se trate de organizaciones privadas, su función –cercana a lo social y alejada de lo comercial- hace que ocupen un papel próximo al que corresponde a los poderes públicos encargados de remover los obstáculos que impidan la igualdad de las personas (art. 9 de la Constitución), pues son “organizaciones ... que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales” (art. 2.8 de la Ley de Dependencia).

Pero el mismo artículo 2 da entrada ya, al tratar los cuidados profesionales, a entidades privadas no altruistas, y ello cuando señala que aquéllos pueden ser prestados tanto por instituciones públicas, como por otras entidades “con y sin ánimo de lucro” (art. 2.6). Y entre los principios se consagra el de “la participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones” [art. 3.m)].

En este mismo sentido apunta la composición del Sistema, que aparece como una red pública, pero integrado por centros y servicios públicos y privados (art. 6.2), algo por demás que en nada afectará a la titularidad, administración o gestión de los centros (art. 6.3).

El art. 14.2, por su parte, indica que la prestación de servicios se hará mediante centros públicos o privados concertados.

Por último, un claro realce del papel privado lo encontramos en la disposición adicional séptima: “El Gobierno...promoverá las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de los servicios de dependencia”.

Todas estas alusiones a los servicios privados creemos justifican por qué el art. 1.1 no calificaba el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: ¿llamar “público” a un sistema con tanta participación privada? Pero además debe darnos una llamada de atención sobre la propia corrección –incluso veracidad- del art. 1.1, que nos hablaba como dijimos de un sistema “con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas”: ¿no faltan en esa definición otros sujetos – las entidades privadas-?, ¿por qué las silencia ahí el legislador?

Es pues más que dudoso que nos hallemos ante un verdadero sistema público. Podría hablarse de un sistema con entidades públicas y privadas concertadas. Pero aun flota una pregunta trascendental: tanta llamada a la iniciativa privada, ¿haría posible de futuro la privatización total de los servicios prestacionales?

Por otra parte, y dado que existen diferentes niveles administrativos de participación o gestión (estatal, autonómico, local), es posible que en algunos de ellos predomine lo público y en otro lo contrario. Pero aún más, las diferencias podrán darse entre diversas Comunidades Autónomas, o entre diversas localidades de una misma Comunidad.

### **III. Universalidad de la acción protectora**

Tradicionalmente, al estudiar los sistemas nacionales de Seguridad Social distinguíamos entre universales (dirigidos a toda la población) y profesionales (en cuanto la acción protectora cubría básicamente a la población trabajadora).

En este sentido, el art. 3.b) de la Ley de Dependencia predica, como principio, el de “universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación”, proclamación que plantea principalmente dos cuestiones, que pasamos a exponer.

Una hace a la nacionalidad. Según el art. 5.1, son titulares del derecho reconocido en la ley los españoles que además cumplan determinados requisitos (situación de dependencia y residencia actual y pasada). Para los extranjeros se establece que se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración (aparte lógicamente de lo que proceda en función de los tratados y convenios internacionales suscritos por nuestro país).

Al menos para los extranjeros residentes –esto es, aquéllos que disfrutaban de las autorizaciones precisas-, no nos plantea mayores

problemas la calificación que hagamos de las prestaciones previstas en la Ley de Dependencia, es decir, si son de Seguridad Social o servicios sociales, y ello por cuanto el art. 14.1 de la Ley de Extranjería (Seguridad Social) señala que los residentes “tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”, y el 14.2 (servicios sociales) que los residentes “tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas, en las mismas condiciones que los españoles”.

Ahora bien, ¿qué sucede con los extranjeros no residentes, que son aquéllos, en la terminología de la Ley de Extranjería (art. 30 bis), que no son titulares de una autorización para residir?

Si nos adentramos, como corresponde al título de esta Jornada, en la normativa de nuestra Comunidad Autónoma, y partiendo de una posible acepción de las prestaciones de dependencia como servicios sociales, la interpretación que en su día hicimos de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, nos llevó a sostener que los extranjeros residentes tienen derecho a los mismos servicios (generales, básicos y específicos) que los españoles; empero para los no residentes la Ley sólo preveía su acceso a los denominados en la norma autonómica servicios sociales básicos<sup>1</sup>

Siendo ello así, y no pareciendo descabellado sostener que las prestaciones de dependencia constituyen un servicio social básico para la población, ¿cabe entender que en nuestra Comunidad tienen derecho a ella también los inmigrantes “irregulares” (terminología como ya dijimos quizás inapropiada, pero desde luego mucho menos desafortunada que la de inmigrantes “ilegales”)?, ¿puede incluso haber un distinto tratamiento según la Comunidad Autónoma de que hablemos? Se trata de preguntas de gran calado, cuyas respuestas otros autores abordan.

---

1 Vid. nuestro “Inmigración y servicios sociales: un ejemplo de legislación con dificultades de interpretación y aplicación”, capítulo VI de VV.AA., Derechos sociales, garantías y restricciones de los inmigrantes en situación irregular en la Unión Europea, Laborum, Murcia, 2008, págs. 123-133.

Por otro lado, y supuesto el carácter universal de las prestaciones, de ello deberá deducirse que van dirigidas o cubren a toda la población. Buen ejemplo de un caso semejante sería hoy en día la asistencia sanitaria.

Si ello es así, es claro que el carácter universal se contradecirá con un otorgamiento en función, por ejemplo, de la capacidad económica del beneficiario. Por eso hay que ser enormemente cauto con la interpretación que se haga del art. 14.6 de la Ley de Dependencia: “La prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada por el grado y nivel de dependencia y, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante”.

Es cierto que la Ley no priva del derecho a quienes gocen de una suficiente capacidad económica, sino que sustituye la prestación que podríamos denominar en especie (la prestación directa del servicio) por la satisfacción de una cantidad económica: “Hasta que la red de servicios esté totalmente implantada, las personas en situación de dependencia que no puedan acceder a los servicios por aplicación del régimen de prioridad señalado, tendrán derecho a la prestación económica prevista en el artículo 17 de esta Ley” (continuación del art. 14.6), prestación esta última dirigida a sufragar el servicio que preste el sector privado:

- “1. La prestación económica, que tendrá carácter periódico, se reconocerá ... únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado ..., en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario ...
2. Esta prestación económica de carácter personal estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio” (art. 17 LD).

Es cierto como decimos que se produce esa sustitución, por lo que, en la intención del legislador, no es la capacidad económica lo que da acceso o no al derecho, sino al tipo de cobertura en que el mismo se materializa. En realidad, toda esta regulación no supone sino el

reconocimiento de la incapacidad del Estado para atender, no ya con medios propios, sino aun concertados, la situación de dependencia (y sin embargo sí parece admitirse su capacidad para sufragar servicios privados). A nadie creo se le escapa la ausencia actual de una red pública capaz de absorber la demanda generada por la propia Ley.

Ahora bien, ¿qué ocurre si resulta insuficiente la oferta puramente privada? Aún más, la oferta privada, en una economía de mercado, ¿puede ofrecer sus servicios a un precio superior a la cantidad dedicada por el Estado a la prestación económica? ¿Seguiremos entonces hablando de universalidad en igualdad de condiciones?

Pero es que, todavía más si se quiere, el art. 33.2 de la Ley dirá que para cifrar las cuantías económicas de las prestaciones se tendrá en cuenta la capacidad económica del posible beneficiario. ¿Seguimos hablando de universalidad? Véase la paradoja: si el Estado tiene suficientes servicios, la capacidad económica es insignificante, y toda la población que lo necesite tendrá derecho a acceder a los mismos en igualdad de condiciones; si en cambio no los tiene y debe entrar en juego la oferta privada, la prestación económica dirigida a cubrir la prestación del servicio sí puede variar.

#### IV. Naturaleza de las prestaciones

Desde la misma aparición de la Ley 39/2006, se preguntó la doctrina por la naturaleza de las diversas prestaciones de dependencia, es decir, si se trata de prestaciones que entran en el ámbito de la Seguridad Social, o caen mejor bajo el concepto de servicios sociales.

La importancia de la respuesta que se dé no es meramente académica, sino que afecta a puntos ciertamente importantes<sup>2</sup>.

Así, por ejemplo, a la atribución competencial. Es sabido que la

---

2 Cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro; "Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico no Contributivas" en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010; pp. 349-360

materia de Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.17ª de la Constitución). De entender que todas o al menos algunas de las prestaciones de la Ley 39/2006 lo son sobre materia de Seguridad Social, las derivaciones que hace a las Comunidades Autónomas vendrían a ser una concesión del Estado, revocable por tanto. La situación en cambio varía si consideramos que se trata de servicios sociales, materia en la que existe una cierta indeterminación competencial, pues ni el art. 149 CE la reserva al Estado, ni el 148 los confiere a las Comunidades Autónomas (es bien conocida una primera polémica sobre si la expresión “asistencia social”, del art. 148.1.20ª CE, equivalía a servicios sociales, inclinándose mayoritariamente la doctrina por la respuesta negativa), con lo que lo único cierto que nos encontramos es, de un lado, una temprana transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas, y de otro que éstas han asumido en sus estatutos competencias sobre servicios sociales. En todo caso, de optar por los servicios sociales como fórmula que da cobertura a las prestaciones de dependencia, el Estado no podrá sin más pretender “recuperar” las competencias ahora reconocidas a las Comunidades Autónomas.

Otra cuestión, en modo alguno intrascendente, hace a la aplicación de los Reglamentos comunitarios 883/2004 y 987/2009, sobre coordinación de sistemas de Seguridad Social. El art. 3.1 del Reglamento 883/2004 contiene un elenco de prestaciones, a saber:

- a) Las prestaciones de enfermedad.
- b) Las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas.
- c) Las prestaciones de invalidez.
- d) Las prestaciones de vejez.
- e) Las prestaciones de supervivencia.
- f) Las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional.
- g) Los subsidios de defunción.
- h) Las prestaciones de desempleo.
- i) Las prestaciones de prejubilación.
- j) Las prestaciones familiares.

Como se ve, no se mencionan expresamente las prestaciones de dependencia. Sin embargo, “pese a no venir expresamente recogida la dependencia en el listado de riesgos coordinados por los Reglamentos comunitarios, hay que resaltar cómo el Tribunal de Justicia desde la sentencia dictada en el asunto Molenaar, pasando por los asuntos Jauch, Graumain-Cerri y Barth, Josse y el asunto 212/06, invariablemente se ha decantado por calificar, a efectos del Derecho comunitario, como prestación coordinada de Seguridad Social a las asignaciones instauradas por el seguro de dependencia”<sup>3</sup>.

A efectos internos sin embargo, la Ley 39/2006 opta claramente por la configuración de estas prestaciones principalmente como servicios sociales. Así, entre los principios se recoge “la colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema” [art. 3.l)], o “la integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas” [art. 3.o)]. También nos sirve el art. 14.2 (“Los servicios del Catálogo ... tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas”) o el 16.1 (“Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas”).

## V. Niveles estatal y autonómicos de protección

El art. 7 de la Ley de Dependencia establece hasta tres niveles de protección:

1. Un nivel de protección general, de carácter mínimo para todo el Estado.

---

3 Cf. Cristina Sánchez-Rodas Navarro, “Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, capítulo I de VV.AA., La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009, Laborum, Murcia, 2010, pág. 34

2. El nivel de protección que se establezca en virtud de convenios a celebrar entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.
3. Finalmente, el nivel adicional que pueda disponer cada Comunidad Autónoma.

A poco que se piense, no podrá dejar de reconocerse que una estratificación tal no deja de plantear problemas, tanto jurídicos como de implementación práctica.

Evidentemente, se dibuja un sistema de prestaciones diferentes en función de la Comunidad Autónoma de residencia. Ya ello queda claro desde el mismo art. 1.1 de la Ley, que, al señalar la existencia de un “contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español”, reconoce implícitamente la posibilidad de diferencias una vez se supere ese nivel mínimo. Pero, ¿hasta dónde pueden llegar esas diferencias?

En principio parece que el contenido del nivel adicional puede suponer la existencia de regímenes diversos de prestaciones entre las diversas Comunidades Autónomas. Pero la cuestión es si también pueden derivar diferencias de los convenios del segundo nivel. Aunque ello no parezca razonable, ¿puede ser diferente el contenido de las prestaciones previsto en los convenios que firme el Estado con una u otra Comunidad Autónoma?

Además, los convenios establecerán en cada caso el correspondiente sistema de financiación (art. 10.4), lo que nos lleva derechamente a la siguiente pregunta: ¿habrá diferentes regímenes atendiendo a Comunidades Autónomas ricas y Comunidades pobres? La respuesta, cuando nos movemos en el tercer nivel, es clara: “Las Comunidades Autónomas ... podrán definir con cargo a sus presupuestos niveles de protección adicional ..., para los cuales podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más oportunas” (art. 11.2).

La disposición adicional tercera de la Ley, en fin, alude a que la Administración General y las Comunidades Autónomas, “de confor-



midad con sus disponibilidades presupuestarias”, podrán establecer acuerdos para la concesión de ayudas o subvenciones para ayudas técnicas o instrumentos para el desenvolvimiento ordinario, o para mejorar el acceso y desplazamiento en el hogar. Esas disponibilidades presupuestarias, ¿harán que las ayudas varíen de una Comunidad a otra?

Por otra parte, la cuestión de la financiación autonómica de la dependencia, o, por mejor decir, de la participación autonómica en la financiación de la dependencia, no dejará de afectar a las relaciones intercomunitarias. Buen ejemplo de ello son las palabras de nuestra consejera para la Igualdad y Bienestar Social:

“Las diferentes velocidades en la aplicación de la Ley debería llevar aparejado un cambio en la financiación, de tal forma que las comunidades que más y mejor la desarrollen reciban más dinero. En este sentido, desde Andalucía pedimos que el reparto del dinero se haga en función de las personas en situación de dependencia realmente atendidas. Esto conllevaría cambiar el criterio de reparto del denominado ‘nivel acordado’ de financiación de la Ley, para distribuirse en función de criterios como el número de habitantes o la dispersión de la población (actualmente supone el 80%) y teniendo en cuenta el número de personas realmente atendidas (que representa un 20%)<sup>4</sup>”.

En este mismo sentido son significativas las conclusiones del IV Dictamen del Observatorio de la Dependencia (enero de 2010, pág. 11), referentes al reparto de la financiación estatal:

“Con los actuales criterios de reparto de la financiación estatal, las diferencias entre Comunidades Autónomas son abismales; así, mientras algunas Comunidades participan con un porcentaje próximo al 50% del coste real de las prestaciones y servicios que proporcionan, otras apenas llegan al 10% (Mur-

---

4 (Entrevista del 2 de junio de 2010, publicada en el portal Balance de la Dependencia –[www.balancedeladependencia.com](http://www.balancedeladependencia.com)-).

cia y Baleares), incluso una Comunidad, Canarias podría estar generando ingresos netos por la aportación estatal para lo que debería ser, y no es, atención a personas en situación de dependencia. En la misma línea, mientras en Comunidades como La Rioja o Cantabria el esfuerzo económico de sus respectivos Gobiernos Autónomos supera los 70 € por habitante en 2009, en Murcia es de 5 €, 4€ en Baleares, y en Canarias por cada persona en situación de dependencia que atiende, no sólo no realiza aportación alguna sino que obtiene un superávit por el exceso de financiación estatal. Estos datos ponen de manifiesto la urgencia de revisar en profundidad los criterios de distribución de los créditos estatales a las Comunidades Autónomas, y la exigencia de que se activen los mecanismos de control para garantizar el cumplimiento de los compromisos efectivos de las Comunidades Autónomas en el desarrollo de esta Ley”.

A todo lo dicho se unen cuestiones de problemática práctica, como los cambios de residencia, debiendo según la Ley “establecerse mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia” [art. 8.2.d)], previsión parece que para desplazamientos temporales, señalando en cambio la norma, para lo que se entienden cambios de residencia definitivos, lo siguiente: «En el supuesto de cambio de residencia, la Comunidad Autónoma de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan a la persona en situación de dependencia” (art. 28.4).

Siendo posibles como hemos visto diferencias en la protección otorgada por las diversas Comunidades Autónomas, ¿la regulación legal –sobre todo la del art. 28.4- incitará a cambios de residencia tendentes a obtener un mejor nivel de protección? Dicho con otras palabras: ¿se producirá aquí un fenómeno parecido al que ocurre con determinados ciudadanos comunitarios, que acuden a nuestro país en busca de mejores servicios sanitarios, con el consiguiente gasto para el Sistema Nacional de Salud?

Ya hemos visto también que las Comunidades Autónomas, al menos para el tercer nivel de protección, “podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas” (art. 11.2). Para estos supuestos que estamos comentando, de traslado de residencia, ¿este precepto autoriza a establecer una protección menor a la del resto de ciudadanos residentes?, ¿se puede disponer un período mínimo de residencia en la Comunidad?

Las preguntas como se ve se siguen acumulando.

## **VI. Servicios principales y prestaciones sustitutorias: ¿la regla convertida en excepción?**

El art. 14.1 de la Ley de Dependencia prevé una doble naturaleza de las prestaciones posibles: servicios y económicas. La norma además viene a disponer hasta cuatro tipos de prestaciones, diferenciando incluso según el carácter de las mismas: principales y subsidiarias, lo que no deja de plantear algunos problemas. Veamos cada uno de esos cuatro tipos.

1. Con carácter prioritario, las necesidades de las personas en situación de dependencia deben satisfacerse a través de los servicios de centros públicos o privados-concertados (art. 14.2). Se trata como se sabe de los siguientes servicios (art. 15.1):

- a) Servicios de prevención de la dependencia y promoción de la autonomía.
- b) Servicio de teleasistencia.
- c) Servicio de ayuda a domicilio:
  - Atención a las necesidades del hogar.
  - Cuidados personales.
- d) Servicio de centro de día y de noche:
  - Centro de día para mayores.
  - Centro de día para menores de 65 años.
  - Centro de día de atención especializada.
  - Centro de noche.

e) Servicio de atención residencial:

- Residencia de personas mayores en situación de dependencia.
- Centro de atención a personas dependientes.

Hasta aquí las prestaciones que la Ley dibuja como principales, a satisfacer como decimos por la red pública de centros asistenciales o, en su caso, haciendo uso de centros privados concertados. Son lo que podríamos denominar (siguiendo una terminología clásica) prestaciones en especie.

2. De no ser posible el tipo de atención anterior (entiéndase insuficiencia de centros asistenciales públicos o concertados), se dispone su sustitución por una prestación económica, destinada a cubrir los gastos que origine un centro privado (arts. 14.3 y 17.2).

Pues bien, como ya señalamos anteriormente, el art. 14.6 de la Ley, al establecer una prioridad para ser atendido por centros públicos y concertados, “hasta que la red de servicios esté totalmente implantada”, viene a reconocer implícitamente la insuficiencia de la red pública o concertada. Esto –creo que a nadie se le escapa– nos enfrenta a un riesgo cierto: la posible despublificación de la atención a la dependencia.

3. Un tercer nivel, de carácter excepcional según la norma, lo dispone el art. 14.4 de la Ley, al indicar que “el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención”. En principio, no parece irrazonable la medida, que tiende a hacer viable el principio de “la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en que desarrollan su vida” [art. 3.i)], es decir, permanecer en el hogar bien atendidas, aunque no lo sean por profesionales.

Sin embargo, la cuestión aquí estriba en que, previsto con carácter excepcional, no parece que este tipo de prestación tenga tal carácter

en la práctica. La consejera andaluza de Igualdad y Bienestar Social, en la entrevista antes referida, aportaba datos contundentes:

“La Ley de Dependencia reconoce que las prestaciones económicas tienen que ser excepcionales. Sin embargo, también prevé que las familias formen parte de la decisión sobre el recurso que se le tiene que aplicar a la persona dependiente.

En Andalucía, hemos priorizado desde el primer momento todo aquello que tiene que ver con la prestación de servicios. Actualmente, el 55% de las prestaciones concedidas son de servicios y el 45% son ayudas económicas para cuidados familiares, porcentajes que se encuentran a cuatro puntos de diferencia con la media nacional, situada en el 51% y 49% respectivamente”.

En el mismo sentido, y ahondando en la razón última de ello, abordaba la cuestión el también citado IV Dictamen del Observatorio de la Dependencia (pág. 16):

“Más de 300.000 personas reciben prestaciones económicas del Sistema, frente a 160.000 que reciben algún servicio. Las prestaciones económicas, que según la Ley deben ser excepcionales, materializan así el derecho a recibir atenciones del sistema en el 65,4% de los beneficiarios, casi dos de cada tres. Una de estas prestaciones, la de cuidados en el entorno familiar y cuidadores no profesionales, la están percibiendo más de la mitad de los beneficiarios del Sistema, 266.398 personas (57,5% del total). Urge una reflexión profunda sobre las causas de esta situación, en la que interactúan, sin duda, las preferencias de las personas afectadas, en una cultura familiarista y con escasa experiencia en prestación de servicios de atención personal de calidad, el escaso desarrollo de servicios adecuados de residencias, centros de día y de noche y de ayuda a domicilio, junto al hecho de que el coste de esta prestación resulta tres veces infe-

rior en términos globales, al coste de un servicio residencial o a 90 horas mensuales de ayuda a domicilio”.

Si el propio Sistema de Atención a la Dependencia prevé la prestación de servicios por centros privados no concertados, y si la excepción de las prestaciones económicas alcanza las cifras aludidas, ¿no nos hallaremos ante un fracaso, desde sus mismos inicios, del propio sistema? Valga también decir, en descargo del Sistema, que ningún camino se empieza por la meta.

4. Una última prestación económica se prevé en la Ley, la de asistencia personal para las personas con gran dependencia, cuyo objeto es la contratación de asistencia durante un número determinado de horas (art. 19).

Nuevamente cabe decir que no parece irrazonable la medida, dirigida en buena medida a hacer factible el principio proclamado en el art. 3.i). Pero tampoco deja de ofrecer a la Administración una excusa para desatender su obligación principal, la creación de centros y servicios públicos adecuados, derivando en cambio recursos públicos a entidades incluso con ánimo de lucro de las mencionadas en el art. 2.6. ¿Una nueva oportunidad en su caso de despublificación?

## Capítulo IV

# Las prestaciones por dependencia en el Sistema Español de Protección Social

JUAN ANTONIO MALDONADO MOLINA

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

### I. Introducción

#### A. Los pilares de la construcción del SAAD

La aprobación de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, significó la puesta en marcha del llamado Sistema para la Autonomía y Atención y Atención a la Dependencia (SAAD), un sistema que debe considerarse inserto dentro del Sistema de Protección Social (como marco general que expresa unitariamente toda la variedad de instituciones destinadas a satisfacer las necesidades de servicios esenciales y la cobertura de riesgos sociales)<sup>1</sup>, y que desde

---

<sup>1</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Presentación” al Código de Protección Social, MTSS, Madrid, 1995, pág. 10. Sobre el alcance de dicho concepto, véase ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Seguridad Social y Protección social: temas de actualidad, Marcial Pons, Madrid, 1996, págs. 11-34. Como es sabido, se trata de una construcción en la que sí tendrán cabida las formas públicas y las privadas, tanto de carácter contributivo como de carácter asistencial (BORRAJO DACRUZ, E.: “De la Previsión Social a la Protección Social en España: Bases Histórico-Constitucionales”).

un punto de vista institucional y funcional es independiente del Sistema de Seguridad Social (aunque desde el punto de vista jurídico-material puede considerarse Seguridad Social)<sup>2</sup>.

El SAAD se apoya en buena medida sobre las estructuras socio-sanitarias preexistentes, estructuras que en nuestro país han estado –y siguen estando– fuertemente descentralizadas territorialmente.

Así, por un lado, se asienta sobre el entramado que ya venía cubriendo esa necesidad social, red iba desde la desvertebrada ayuda institucional prestada por los más variados organismos (incluyendo obviamente la Administración autonómica y local), como por el tradicional cuidado a cargo de la familia, las residencias de iniciativa privada, hasta llegar al aseguramiento privado, pasando por las prestaciones que igualmente contemplaba la acción protectora del Sistema de Seguridad Social<sup>3</sup>.

Por otro lado, la Ley mantiene este carácter descentralizado, ya que articula diversos niveles de protección que se vinculan a las Administraciones competentes (artículo 7), exigiendo un desarrollo normativo autonómico en numerosos aspectos<sup>4</sup>. En consecuencia,

---

tucionales hasta la Constitución”, *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, pág. 13).

- 2 Es Seguridad Social con independencia del hecho de que no forme parte del Sistema Administrativo-institucional de la Seguridad Social (MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA Y GONZÁLEZ DE PATTO, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007, pág. 65). Así, en palabras de CABEZA PEREIRO, “todo este entramado de servicios y prestaciones” debe entenderse que es “interno al sistema de de Seguridad Social” (CABEZA PEREIRO, “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en VV.AA., *La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema*, Laborum, Murcia, 2006, pág. 528).
- 3 MALDONADO MOLINA, J.A., *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 27.
- 4 Al margen del nivel complementario que estaría formado por el aseguramiento privado, hay que estar a tres niveles: el nivel de protección mínimo, que lo asume la Administración del Estado, como condición básica de garantía de este derecho para todos los ciudadanos de España (art. 9); un segundo nivel de pro-



la Ley 39/2006 deja en manos de las Comunidades Autónomas el desarrollo normativo de parte del sistema. No se trata de una mera ejecución de normas estatales, sino que por un lado puede materializarse en una normativa autonómica en la materia (incluyendo una Ley de dependencia autonómica), y por otro en el desarrollo normativo de las cuestiones en las que la Ley 39/2006 llama al legislador autonómico.

De este modo, la cobertura de la dependencia sigue residenciándose en buena medida en las Comunidades Autónomas (y en la Administración Local)<sup>5</sup>. No se ha creado un sistema completamente “ex novo” (formalmente sí), sino que con objeto de facilitar su articulación, se optó por esta vía, en la que se aprovechan estructuras preexistentes, se articula un sistema de coordinación de las mismas, y se comprometen a las diferentes Administraciones en su financiación. El resultado de esta fórmula es el enorme desequilibrio con que se ha implantado la Ley de Dependencia, pudiendo afirmarse que se han creado diecisiete subsistemas de protección de la dependencia, lo que no hubiera sucedido si se hubiera optado por incardinarlo dentro del Sistema de Seguridad Social<sup>6</sup>. Se ha sacrificado la uniformidad en la cobertura a cambio de no dilatar la puesta en marcha del Sistema, y de que su financiación se desligara del Sistema de Seguridad Social (con un eventual incremento de cuotas)<sup>7</sup>.

---

tección asumido a través de la cooperación que se acuerde entre el Estado y las Comunidades Autónomas y que ampliara el ámbito de cobertura de las prestaciones y servicios para las personas dependientes de ese territorio (art. 10); y un tercer nivel adicional de protección que asume, en su caso y en exclusiva, cada Comunidad Autónoma (art. 11.2).

- 5 Las Corporaciones Locales participarán en la gestión de acuerdo con la normativa autonómica y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye.
- 6 Un completo análisis de las consecuencias competenciales de esta opción desde el punto de vista de la Constitución y la doctrina del Tribunal Constitucional, en ALARCÓN CARACUEL, “Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia”, *Temas Laborales*, núm. 89, 2007, págs. 125 y ss.
- 7 MALDONADO MOLINA, J.A., “La protección de la dependencia en Andalucía”, *Temas Laborales*, núm. 100, 2009, pág. 402.

Además de aprovechar las estructuras autonómicas y locales, otro de los pilares clave del SAAD ha sido integrar a los cuidadores no profesionales dentro del Sistema, a través de distintos mecanismos entre los que destaca la prestación económica de cuidados en el entorno familiar, que –como veremos– si bien se configura como algo excepcional, ha venido a ser uno de los grandes logros del SAAD, y que en estos primeros años de puesta en marcha del Sistema no tiene el carácter excepcional que proclama la Ley, sino que es de las más relevantes cuantitativamente.

## B. El Sistema de Seguridad Social y el SAAD

Junto al SAAD, el Sistema de Seguridad Social también la contempla (tanto el los regímenes “internos” como los llamados “externos”, esto es, los regímenes funcionariales), pero de forma insuficiente, lo que ha determinado la necesidad de establecer las nuevas prestaciones por dependencia (optándose por incardinarlas fuera del Sistema de Seguridad Social). Pero no puede hacerse un análisis de las prestaciones previstas para las situaciones por dependencia sin referirse a los mecanismos contemplados por el Sistema de Seguridad Social desde hace décadas.

En efecto, a la hora de diseñar el modelo protector de la dependencia en España, había dos grandes alternativas: bien incardinarla dentro del Sistema de Seguridad Social, bien crear “ad hoc” un nuevo Sistema de protección universal. Pues bien, hasta diciembre de 2005 no hay ningún documento que de forma clara opte por la segunda opción. Hasta esa fecha, la mayor parte de las instancias no dudaban que debía incardinarse dentro del Sistema de Seguridad Social<sup>8</sup>, era

---

8 El Libro Blanco de Atención a las Personas en Situación de Dependencia en España, elaborado bajo los auspicios del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y presentado el 23 de diciembre de 2004, admitía estas dos opciones, reconociendo que hasta ese momento la mayoría de las instancias que se habían pronunciado se inclinaban por el Sistema de Seguridad Social. Así, expresamente alude al Defensor del Pueblo y algunas organizaciones sociales representativas de las personas mayores y de las personas con discapacidad -Consejo Estatal

lo natural, ya que son numerosas del Sistema que ya tenían como beneficiarios a personas dependientes.

Sin embargo, el «Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia» (firmado por CC.OO., UGT, CEPYME, CEOE, y el MTAS), de 21 de diciembre de 2005, apostó por «impulsar un Sistema Nacional de Dependencia mediante una ley que tendrá la condición de norma básica». Tomando como base este Acuerdo social, a los dos días de su firma se presentó al Consejo de Ministros, como Informe del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en Situación de Dependencia, siendo aprobado el 23 de diciembre de 2005. Este Anteproyecto y los textos que lo sucedieron hasta llegar a la Ley optaron por la inserción de la nueva cobertura dentro de un Sistema creado “ex novo”, el Sistema Nacional de Dependencia. Parece claro que en esta decisión tuvo gran peso el hecho de que buena parte de las prestaciones en especie que debían contemplarse ya funcionaban dentro de los Sistemas de Salud y de Servicios Sociales, sistemas cuya gestión se encuentra muy descentralizada territorialmente. E igualmente fue determinante el hecho de su financiación, ya que insertarlo dentro del Sistema de Seguridad Social hubiera supuesto recurrir al incremento de cuotas (para la cobertura de los asegurados, si se seguía el modelo alemán); o a su financiación presupuestaria (conforme al modelo francés), lo que en definitiva era endosar la financiación al Estado de unos servicios que prestarían otras Administraciones.

---

de Personas Mayores, CERMI, UDP, CEOMA, Edad y Vida- y organizaciones sindicales -CCOO y UGT-. En diciembre de 2005, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), con motivo Día Europeo e Internacional de las Personas con Discapacidad, aprobó un manifiesto en el que, entre otros aspectos, propuso la futura Ley debía dictarse «en el marco de las atribuciones de éste en materia de Seguridad Social. La opción por el marco de Seguridad Social radica en que en este sector del Ordenamiento se regulan derechos subjetivos perfectos para las personas beneficiarias –no existiendo tal tradición en el ámbito de las leyes estatales de servicios sociales, que apenas existen- al tiempo que se asegura el grado máximo de equidad territorial».

Bajo estas premisas es como se comprende el hecho de que la cobertura de la dependencia no se haya enmarcado dentro del Sistema de Seguridad Social, sino bajo el nuevo Sistema Nacional de Dependencia. Y esta circunstancia no puede llevar a obtener conclusiones erróneas, como serían que la protección de la dependencia no se incluye dentro del sistema de protección social (como género). En consecuencia, el Sistema de Protección Social es un marco general en el que se incluyen diversos Sistemas, entre los que se encuentran el Sistema de Seguridad Social, el Sistema Nacional de Salud, el Sistema Nacional de Empleo, el Sistema de Servicios Sociales (fuertemente descentralizado) y el Sistema Nacional de Dependencia.

Es decir, se pretende establecer un Sistema independiente desde el punto de vista institucional y funcional. Pero desde el punto de vista jurídico-material estamos ante una Seguridad Social Asistencial, reflejo de la evolución de la Seguridad Social hacia una progresiva asistencialización de sus prestaciones. Es Seguridad Social con independencia del hecho de que no forme parte del Sistema Administrativo-institucional de la Seguridad Social<sup>9</sup>, pudiendo afirmarse que “todo este entramado de servicios y prestaciones” deben entenderse que es “interno al sistema de de Seguridad Social”<sup>10</sup>.

En todo caso, la creación de un Sistema Nacional de Dependencia no ha supuesto que la cobertura de la dependencia sea ajena al Sistema de Seguridad Social clásico. A lo largo de la Historia siempre han existido situaciones de dependencia, situaciones que han estado desprovistas de una cobertura institucional<sup>11</sup>, quedando su atención en el

---

9 MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA y GONZÁLEZ DE PATTO, La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Comares, Granada, 2007, pág. 65.

10 CABEZA PEREIRO, “Cuestiones sobre el seguro de dependencia”, en VV.AA., La economía de la Seguridad Social. Sostenibilidad y viabilidad del sistema, Laborum, Murcia, 2006, pág. 528.

11 Cfr. MALDONADO MOLINA, J.A., El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro, cit., págs. 13 y ss.

seno familiar, y más recientemente dentro de la protección prestada por los servicios sociosanitarios, o de la Seguridad Social, pero de forma indiferenciada, esto es, sin que se considerara un riesgo específico en sí misma. Así, la Seguridad Social española ha contemplado y sigue haciéndolo, prestaciones que dar cobertura a estas situaciones.

## II. Las prestaciones y servicios del SAAD

### A. Servicios y prestaciones según el grado de dependencia. Reglas para su determinación

La Ley 39/2006, en su artículo 14, enuncia dos grandes categorías de prestaciones<sup>12</sup>:

- prestaciones económicas, contempladas en el artículo 14: la prestación vinculada al servicio; la prestación para cuidados en el entorno familiar; y la prestación de asistencia personalizada<sup>13</sup>;
- y prestaciones en servicios, enumeradas en el artículo 15: prevención dependencia y promoción autonomía; teleasistencia; ayuda a domicilio; centros de día/noche; atención residencial.

Ahora bien, una persona declarada dependiente no podrá ser beneficiaria de todas las prestaciones y servicios previstos, sino que hay dos reglas que concretan progresivamente la cobertura que reciba:

- a) En primer lugar, habrá que estar al grado de dependencia reconocido<sup>14</sup>, que delimita de modo genérico la cobertura que potencialmente puede obtener.

---

12 En atención a su naturaleza, porque ámbas comparten objetivos: por una parte, la promoción de la autonomía personal; y por otra la atención a las situaciones de dependencia.

13 A ellas hay que añadir las ayudas económicas que, con la naturaleza de subvenciones, tienen por objeto la mejora de la autonomía personal de las personas dependientes facilitándoles apoyos técnicos, eliminación de barreras arquitectónicas y adaptaciones necesarias en su vivienda, y que asistemáticamente se encuentran fuera del articulado, previstas en la Disposición Adicional Tercera.

14 El artículo 26 contempla tres grados de dependencia, que a su vez se clasifica en

- b) Y a continuación, a lo indicado en el Programa Individual de Atención (en adelante, PIA), que concreta individualmente la cobertura a disfrutar por el dependiente.

De este modo, a cada grado de dependencia se le confieren unos determinados servicios y prestaciones, recogidos en el artículo 2,1 RD 727/2007, de 8 de junio (modificado por RD 175/2011, de 11 de febrero):

- a) Dependencia moderada. Grado I. Nivel 1 y 2
- Servicios: Promoción de la autonomía personal; teleasistencia; ayuda a domicilio (SAD); Centro de Día y de Noche.
  - Prestaciones económicas: Prestación económica para cuidados en el entorno familiar; Prestación económica vinculada al servicio.
- b) Dependencia severa. Grado II. Nivel 1 y 2
- Servicios: Prevención y promoción de la autonomía personal; teleasistencia; ayuda a domicilio (SAD); Centro de Día; Centro de Noche; Atención Residencial.
  - Prestaciones económicas: Prestación económica para cuidados en el entorno familiar; Prestación económica vinculada al servicio.

---

dos niveles (I y II), en función de la autonomía de la persona y de la intensidad del cuidado que requiere. Los tres grados son los siguientes. Grado I de dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias ABVD al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal; Grado II de dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias ABVD dos o tres veces al día pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal; Grado III de gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias ABVD varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. La valoración del grado de dependencia se hace en la actualidad conforme al baremo recogido en el RD 504/2007, norma que dejará de estar en vigor el 18 de febrero de 2012, fecha en la que entra en vigor el RD 174/2011, de 11 de febrero.

c) Gran dependencia. Grado III. Nivel 1 y 2

- Servicios: Prevención y promoción de la autonomía personal; teleasistencia; ayuda a domicilio (SAD); Centro de Día; Centro de Noche; Atención Residencial.
- Prestaciones económicas: Prestación económica para cuidados en el entorno familiar; Prestación económica vinculada al servicio; Prestación económica de asistencia personal.

De forma esquemática, y atendiendo al calendario de aplicación del SAAD, la cobertura por grado de dependencia reconocida sería la siguiente:

- Grado I de dependencia moderada:
  - Prestaciones a las que tiene derecho. Todas menos:
    - Prestación económica de asistencia personal
    - Atención residencial
  - Calendario:
    - Nivel 1: 2013; 2014
    - Nivel 2: 2011; 2012
- Grado II de dependencia severa:
  - Prestaciones a las que tiene derecho. Todas menos:
    - Prestación económica de asistencia personal
  - Calendario:
    - Nivel 1: 2009; 2010
    - Nivel 2: 2008; 2009
- Grado III de gran dependencia:
  - Prestaciones a las que tiene derecho: todas.
  - Calendario:
    - Nivel 1: 2007
    - Nivel 2: 2007

Junto a estas reglas básicas, deben tenerse en cuenta estas otras:

- Con carácter general, la Ley da una preferencia expresa a las prestaciones en servicios frente a las económicas. Así, el artículo 14.2 indica que los servicios del Catálogo del artículo 15 tendrán

carácter prioritario. Esta es una directriz que en teoría debe servir de orientación en la elaboración del PIA, aunque realmente en estos primeros años de puesta en marcha del SAAD las prestaciones económicas no están siendo excepcionales (ante la falta de una infraestructura que posibilite la prioridad de los servicios).

- Hay una participación del beneficiario –aunque débil, eso sí– en la determinación de las prestaciones y servicios que podrá recibir. Así, el artículo 4.2 d Ley 39/2006 declara el derecho de las personas en situación de dependencia a participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sea a título individual o mediante asociación. Ahora bien, no se ha concretado una participación real, sino una mera consulta<sup>15</sup>, señalándose en la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de la Política Social de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, que “en la resolución por la que se reconoce la prestación se tomará en consideración las preferencias manifestadas durante el trámite de consulta por la persona beneficiaria y, en su caso, su familia o entidades tutelares que la representen, siempre que para su determinación concurren los requisitos legalmente establecidos y siempre que dichas preferencias se incardinan en la modalidad o en una de las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de la persona en situación de dependencia”<sup>16</sup>.

Tanto el grado de dependencia como el PIA pueden ser objeto de modificación, cosa que procede, entre otros supuestos<sup>17</sup>, en caso de

---

<sup>15</sup> MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA Y GONZÁLEZ DE PATTO, *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 205.

<sup>16</sup> Criterio tercero, denominado “Participación de la persona beneficiaria”.

<sup>17</sup> El PIA podrá ser objeto de revisión en los siguientes casos: a) a instancia de la persona interesada o de sus representantes legales; b) de oficio, en la forma que determine



traslado del domicilio a otra Comunidad Autónoma<sup>18</sup>, todo lo cual incidirá en las prestaciones que reciba. El que a un dependiente se le otorgue una prestación no significa que vaya a recibirla con carácter vitalicio.

El sujeto no podrá ser beneficiario de todos los servicios y prestaciones económicas, sino que hay que estar al régimen de compatibilidades previsto para cada uno de los servicios y prestaciones. Este régimen de incompatibilidades se contempla parcialmente en el artículo 11 RD 727/2007 (para los servicios) y de modo indirecto en el artículo 14 RD 727/2007 para las prestaciones económicas (no se trata de un régimen de incompatibilidades propiamente dicho, sino de deducción del importe por la percepción de otra prestación de análoga naturaleza y finalidad)<sup>19</sup>.

Así, el artículo 11 RD 727/2007 fija unas reglas básicas de incompatibilidad para el servicio de atención residencial (será incompatible con el servicio de Teleasistencia, con el servicio de Ayuda a Domici-

---

y con la periodicidad que prevea la normativa autonómica; c) como consecuencia del traslado de residencia a otra Comunidad Autónoma (art. 29.2 Ley 39/2006).

- 18 El art. 3 RD 727/2007 recoge las reglas aplicables en tales supuestos, prescribiendo obligaciones para el beneficiario (está obligado a comunicar el traslado con antelación suficiente), para la Comunidad de origen (debe ponerlo en conocimiento de la de destino, y hasta tanto no revise el PIA la de destino mantendrá, durante un máximo de tres meses, el abono de las prestaciones económicas reconocidas y suspenderá el derecho a la prestación cuando se trate de un servicio sustituyéndolas por la prestación vinculada al servicio) y para la Comunidad de destino (deberá revisar el PIA en el plazo máximo de tres meses, a contar desde la fecha en que tenga conocimiento de dicho traslado).
- 19 En los supuestos en que el beneficiario sea titular de cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en otro régimen público de protección social, del importe a reconocer, se deducirán las siguientes prestaciones: El complemento de gran invalidez, el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75 %, el complemento por necesidad de tercera persona de la pensión de invalidez no contributiva, regulados en los artículos 139.4, 182 bis.2c, 145.6 LGSS. Asimismo, se deducirá el subsidio de ayuda a tercera persona, previsto en el artículo 12.2.c, de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI).

lio y con el Centro de Noche), debiendo estarse para las incompatibilidades de los demás servicios a lo dispuesto en la normativa de las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia<sup>20</sup>.

---

20 Puede servirnos como ejemplo el de la Comunidad Autónoma con mayor número de beneficiarios, Andalucía. En ella, las reglas de incompatibilidad de los servicios y prestaciones económicas se recogen en el artículo 11 de la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía (modificada por Órdenes de 7 de marzo de 2008, 6 de abril de 2009, y 26 de julio de 2010):

1. El Servicio de Teleasistencia será compatible con todos los servicios y prestaciones salvo con el Servicio de Atención Residencial y con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de esta misma naturaleza.
2. El SAD será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de: a) El Servicio de Teleasistencia; b) El Servicio de Centro de Día o, en su defecto, la prestación económica vinculada a este servicio, en los casos en que se determine y con carácter complementario.
3. El Servicio de Centro de Día será incompatible con todos los servicios y prestaciones económicas con excepción de: a) El Servicio de Teleasistencia; b) El Servicio de Atención Residencial cuando el Centro de Día sea de terapia ocupacional. c) El SAD o, en su defecto, la prestación económica vinculada a este servicio, en los casos en que se determine y con carácter complementario.
4. El Servicio de Centro de Noche es incompatible con los demás servicios y prestaciones económicas con excepción del Servicio de Teleasistencia.
5. El Servicio de Atención Residencial será incompatible con todos los servicios y prestaciones económicas, con excepción del Servicio de Centro de Día cuando el mismo sea de terapia ocupacional.
6. La prestación económica vinculada al servicio será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción de: a) El Servicio de Teleasistencia, salvo cuando se trate de prestación económica vinculada a la adquisición de un Servicio de Atención Residencial; b) El SAD o, en su caso, la prestación económica vinculada al mismo, cuando se trate de prestación económica vinculada a la adquisición de un Servicio de Centro de Día, de conformidad con lo previsto en la presente Orden.
7. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales será incompatible con todos los servicios y prestaciones, con excepción del Servicio de Teleasistencia.
8. La prestación económica de asistencia personal es incompatible con los demás servicios y prestaciones, con excepción del Servicio de Teleasistencia.

## B. Prestaciones económicas

### 1. Tipos de prestaciones económicas

En la Ley 39/2006 se prevén tres tipos de prestaciones económicas específicas: la prestación vinculada al servicio (art. 17); la prestación para cuidados en el entorno familiar (art. 18); y la prestación de asistencia personalizada (art. 19).

#### a) Prestación económica vinculada al servicio

Se configura con un carácter subsidiario, en el sentido de que solo procede en los casos de imposibilidad de acceder al servicio<sup>21</sup>, público o concertado de la Red del SAAD; condicionándose a la adquisición del servicio requerido. Tiene un carácter periódico, y su objeto exclusivo será la cobertura del coste de dicho servicio en entidades o centros privados debidamente acreditados.

Tendrán derecho a esta prestación, las personas que acrediten dos condiciones: reunir los requisitos específicos previstos para el acceso al servicio o servicios de atención a los que se vincula la prestación; y ocupar o tener reservada plaza u obtener la prestación del servicio en centro o por entidad debidamente acreditados para la atención a

---

21 A estos efectos, se considera que no es posible la atención:

- a) Servicio de Atención Residencial: Cuando no se disponga de plaza adecuada en los centros públicos o privados concertados en el ámbito de la provincia en que resida la persona beneficiaria, si se trata de Centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia, o, en el ámbito autonómico, cuando se trate de Centros de Atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.
- b) Servicios de Centro de Día y de Noche: Cuando no se disponga de plaza o de transporte adecuados para centros públicos o privados ubicados a una distancia máxima de cuarenta y cinco minutos con los medios habituales de locomoción desde el domicilio de la persona beneficiaria.
- c) SAD. La inexistencia o insuficiencia del SAD se certificará por los Servicios Sociales Comunitarios del Municipio de residencia de la persona beneficiaria.

la dependencia. De las prestaciones actualmente reconocidas, solo el 6,28% son de este tipo<sup>22</sup>.

### ***b) Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales***

A diferencia de la anterior, no tiene un carácter subsidiario, sino que la Ley 39/2006 le atribuye expresamente un carácter excepcional, procediendo solo y cuando el beneficiario pueda ser atendido en su domicilio por su entorno familiar, y siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así se establezca en el PIA.

Lo destacable es que se atiende a dos sujetos: al dependiente; y al cuidador, que ve recompensado su atención al reconocerse su papel por el Sistema de Seguridad Social, al quedar encuadrado en su campo protector; y ve cómo se le suministran programas de formación y medidas para atender los períodos descanso (programas de respiro).

El RD 727/2007 regula en su artículo 12 la figura del cuidador no profesional, indicando que con carácter general solo podrá asumir esta condición su cónyuge y sus parientes por consaguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco. Ahora bien, este vínculo de parentesco se dispensa en casos excepcionales, siempre que concurren determinadas circunstancias:

- a) Si se trata de una persona que tenga reconocida una dependencia en grado III y grado II, se requiere:
  - que el dependiente tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención
  - que el cuidador sea una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco exigido generalmente, resi-

---

<sup>22</sup> <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/prestarecsaad.pdf>.

En Andalucía el porcentaje es aún más bajo: el 1,47%.

da en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud.

- b) Si se trata de una persona que tenga reconocida una dependencia en grado I, se requiere que el dependiente tenga su domicilio en un entorno que reúna las características exigidas para el grado III pero que además tenga la consideración de entorno rural.

Para las personas dependientes que tengan reconocido el grado I, el RD 175/2011, de 11 de febrero, ha modificado el RD 727/2007 fijando unos requisitos más restrictivos:

- En el PIA que determine la prestación más adecuada a las necesidades de la persona beneficiaria, se deberán indicar expresamente los motivos por los que no pueda ser propuesto un servicio o, en su caso, la prestación económica vinculada a dicho servicio.
- Si el dependiente viniera recibiendo un servicio de los previstos para su grado y nivel de dependencia, en la resolución de concesión de prestaciones se ha de mantener al menos el mismo servicio u otro servicio con la misma intensidad. En el supuesto de que dicho servicio sea incompatible con la prestación económica de cuidados en el entorno, no se concederá ésta.
- Se exige que la persona beneficiaria esté siendo atendida mediante cuidados en el entorno familiar, con carácter previo a la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia y no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados.
- La persona cuidadora debe convivir con la persona en situación de dependencia en el mismo domicilio, salvo que no se trate de un familiar en el supuesto de que el dependiente tenga su domicilio en un entorno que reúna las características exigidas para el grado III pero que además tenga la consideración de entorno rural.
- No podrá ser cuidador una persona que tenga reconocida la situación de dependencia en cualquiera de sus grados.

Del conjunto de prestaciones reconocidas, porcentualmente es la más numerosa: el 46,38%<sup>23</sup>.

### ***c) Prestación económica de asistencia personal***

Se caracteriza por tener un ámbito subjetivo limitado a las personas que se les reconozca una gran dependencia. Esta prestación se condiciona a “la contratación de una asistencia personalizada” sin que se concrete qué ha de entenderse por tal asistencia - limitándose a establecer los objetivos de la misma-, pero cabe inferir que debe tratarse de una asistencia de orden sanitario, técnico y/o psicosocial o sociocultural exigidos y adaptados a la particulares circunstancias y gravedad de la dependencia. De este modo, se le concede una prestación que redundará de forma amplia en la mejora de su autonomía. Estadísticamente ocupan un porcentaje ínfimo: solo el 0,09% del total<sup>24</sup>.

## **C. Determinación de la cuantía**

La cobertura que obtenga la persona dependiente viene dada por dos reglas, ambas recogidas en el artículo 13 del RD 727/2007, de 8 de junio. La Ley 39/2006 no fija ni el importe inicial, ni las reglas sobre actualización de las mismas. Así, en su artículo 20 –titulado “cuantía de las prestaciones económicas”- se remite a lo que se acuerde por el Consejo Territorial del SAAD, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real Decreto. Por tanto, hay que estar a la regulación reglamentaria, que como hemos indicado está constituida por el RD 727/2007.

Las dos reglas determinan progresivamente el importe, partiendo de un importe máximo fijado por el Gobierno central, importe que

---

23 <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/prestarecsaad.pdf>.

24 <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/prestarecsaad.pdf>.

En toda España hay reconocidas, a 1 de agosto de 2011, 785 prestaciones de este tipo, de las que 624 se han reconocido en el País Vasco, Comunidad a la que le sigue Castilla-La Mancha con 40, Galicia con 38, Andalucía con 30.

sirve de referente para la aplicación de unos coeficientes reductores por las Comunidades Autónomas. Veámoslas, ciñéndonos a la Comunidad andaluza para los coeficientes reductores.

**a) Cuantía máxima general (artículo 13.1 RD 727/2007)**

En su artículo 13.1 indica que la cuantía de las prestaciones económicas del SAAD se establecerá anualmente por el Gobierno mediante real decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, para los grados y niveles con derecho a prestaciones.

A diferencia de los servicios, las prestaciones económicas son objeto de actualización periódica, con objeto de atemperar el riesgo monetario propio de las prestaciones económicas periódicas, otorgando seguridad económica a los ya beneficiarios y manteniendo la intensidad de la cobertura más allá del momento inicial de concesión de la prestación. Por tanto, la cuantía máxima fijada por el Gobierno, al igual que la del nivel mínimo financiado por el Estado, debe actualizarse anualmente. Sin embargo, mientras que para el nivel mínimo de financiación por beneficiario se toma como criterio el IPREM, para la cuantía máxima se recurría al IPC. Este doble criterio se corrigió con el RD 570/2011, de 20 de abril (con efectos de 1 de enero de 2011), optándose por actualizar la cuantía máxima conforme al IPREM (opción restrictiva, ya que el IPREM en el año 2011 no se ha visto incrementado, mientras que el IPC sí, aunque coherente con el hecho de que la capacidad económica del individuo a estos efectos se realice conforme al IPREM, y también es lo que se hace en la cobertura de la dependencia en los regímenes funcionariales, como veremos más adelante).

Para el ejercicio 2011, hay que estar al RD 570/2011, de 20 de abril. Las cuantías máximas de las prestaciones económicas correspondientes al Grado III, Grado II y Nivel 2 del Grado I<sup>25</sup> (que son las que conforme al calendario de implantación son efectivas el año 2011), son las siguientes:

---

25 El límite máximo del Grado I viene igualmente previsto en la disposición adicional tercera y anexo V del RD 727/2007, en la redacción dada por RD 175/2011, de 11 de febrero.

## Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

Grados y Niveles	Prestación económica vinculada al servicio	Prestación económica para ciudadanos en el entorno familiar		Prestación económica de asistencia personal
	Cuantía	Cuantía	Cuota SS+FP	Cuantía
Grado III nivel 2	833,96 €/mes	520,69 €/mes		833,96 €/mes
Grado III nivel 1	625,47 €/mes	416,98 €/mes	162,49 €/mes	625,47 €/mes
Grado II nivel 2	462,18 €/mes	337,25 €/mes	(163,04 + 1,50)	-
Grado II nivel 1	401,20 €/mes	300,90 €/mes		-
Grado I nivel 2	300,00 €/mes	180,00 €/mes	82,27 (81,52 + 0,75)	-

### b) Cuantía individual (artículo 13.2 RD 727/2007)

El importe de la prestación económica a reconocer a cada beneficiario se determina aplicando a la cuantía un coeficiente calculado de acuerdo con su capacidad económica personal<sup>26</sup>, de acuerdo con lo establecido por la Comunidad Autónoma o Administración que, en su caso, tenga la competencia, tal y como prescribe el artículo 13.2 RD 727/2007.

En consecuencia, hay que estar a la normativa autonómica. En este punto nos centraremos en la Administración andaluza, por ser la que tiene un mayor número de beneficiarios, tanto en cifras absolutas como relativas según su población<sup>27</sup>.

26 El artículo 14.7 Ley 39/2006 aclara que la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del SAAD, en atención a la renta y el patrimonio del solicitante. En la consideración del patrimonio se tendrán en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta.

27 <http://www.dependencia.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/diccasaad.pdf>

En cifras absolutas, Andalucía es la Comunidad con mayor número de dictámenes. A 1 de agosto de 2011, en Andalucía se han emitido 371.598 (el total de dictámenes es 1.439.538, y en segundo lugar está Cataluña con 243.553). Y en relación a la población, este número de dictámenes supone el 4,44% de la población an-



En Andalucía, la intensidad de la protección aparece concretada en la Orden de 3 de agosto de 2007, por la que se establecen la intensidad de protección de los servicios, el régimen de compatibilidad de las Prestaciones y la Gestión de las Prestaciones Económicas del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía<sup>28</sup>. En su artículo 17.2 señala que la cuantía de las prestaciones se percibirá íntegramente o se reducirá de acuerdo con la siguiente tabla:

Capacidad económica de acuerdo con la cuantía del IPREM	Prestación económica		
	Vinculada al servicio	Para cuidados en el entorno familiar	De asistencia personal
Menos de 1 IPREM	100%	100%	100%
De una a dos veces el IPREM	90%	95%	90%
De dos a tres veces el IPREM	80%	90%	80%
De tres a cuatro veces el IPREM	70%	85%	70%
De cuatro a cinco veces el IPREM	60%	80%	60%
Más de cinco veces el IPREM	50%	75%	50%

A continuación, fija un límite mínimo a tales importes, indicando que todas las prestaciones económicas, en cualquiera de sus modalidades, tendrán un importe que no podrá ser inferior a la cuantía que a continuación se indica, para cada grado de dependencia, reconocido a la persona beneficiaria:

- Grado III (Niveles 1 y 2): como mínimo, el 100% de la cuantía de las pensiones no contributivas vigente;

---

daluzá, seguida de La Rioja con el 4,13% de su población). Si nos centramos en el número de beneficiarios, el total –a 1 de agosto de 2011– es de 726.230, de los que 192.220 residen en la Comunidad andaluza, a la que le sigue Cataluña con 114.323.

28 BOJA 16 de agosto de 2007. Modificada por Órdenes de 7 de marzo de 2008, 6 de abril de 2009 y 26 de julio de 2010.

## Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

- Grado II (Nivel 2), como mínimo el 75% de la cuantía de las pensiones no contributivas vigente.
- Grado II (Nivel 1), como mínimo el 50% de la cuantía de las pensiones no contributivas vigente.

La determinación de la cuantía individual de las prestaciones para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personal se efectuará en función de la dedicación horaria de los cuidados, de acuerdo con la tabla que se establece a continuación, de tal manera que en la dedicación completa se percibirá la prestación íntegra, en la dedicación parcial el 50% y en la dedicación media será proporcional al número de horas de los cuidados (antes de la Orden de 7 de marzo de 2008 esta regla también se aplicaba a las prestaciones vinculadas al servicio)<sup>29</sup>.

En el caso de las prestaciones económicas vinculadas al servicio, para la determinación de su cuantía se entenderá que la dedicación horaria de los cuidados corresponde a una dedicación completa con los efectos previstos, excepto en el caso del SAD compatible con el Centro de Día, en el que la cuantía será el resultado de dividir el importe de la prestación económica (fijado anualmente por el Gobierno), por el número de horas de intensidad mínima previsto para cada grado y nivel en dicha Orden y multiplicar por el número de horas del SAD establecido en la resolución del PIA<sup>30</sup>. Por otro lado, su cuantía no podrá en ningún caso ser superior a la aportación de la persona beneficiaria por el coste del servicio que recibe. La cuantía de esta prestación económica se revisará cuando se haya constatado que el disfrute de idéntico servicio del Catálogo suponga para la persona beneficiaria una situación económica menos favorable que la resultante de su adquisición, ajustándola en su importe, garantizándose en todo caso el mínimo establecido<sup>31</sup>.

---

29 Dedicación Completa: 160 horas o más al mes; dedicación media: 80-159 horas al mes; dedicación parcial: menos de 80 horas al mes. En todos los casos, corresponde un respiro de 45 días al año.

30 Párrafo añadido por Orden de 7 de marzo de 2008.

31 Párrafo añadido por Orden de 6 de abril de 2009.

La determinación de la cuantía requiere de una importante regla adicional, recogida en los artículos 31 Ley 39/2006 y 14 RD 727/2007. Se trata de una regla de incompatibilidad indirecta, y es que de la cuantía a reconocer que resultara de la aplicación de las normas anteriores, deberá deducirse cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social<sup>32</sup>.

#### D. Pago

Las reglas relativas al pago de las prestaciones económicas se contienen en la disposición final primera de la Ley 39/2006, y en las correspondientes normativas autonómicas en la materia<sup>33</sup>.

Esta disposición fue modificada por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. El cambio legislativo consistió en dejar de tomar como referencia para los efectos económicos el momento de la solicitud del reconocimiento, pasando a estar a la fecha de la resolución aprobatoria del PIA. En efecto, hasta el 1 de junio de 2010, los efectos económicos tenían lugar a partir del inicio de su año de implantación (de acuerdo con el calendario del apartado 1 de la disposición final primera Ley 39/2006), o desde la fecha de la solicitud de reconocimiento de la persona interesada, si ésta era posterior al citado inicio. Tras la entrada en vigor del RD-L 8/2010 las solicitudes presentadas después de 1 junio de 2010, no se retrotraen al momento

---

32 En particular, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 de la Ley 39/2006, se deducirán las siguientes: el complemento de gran invalidez, regulado en el art. 139.4 LGSS; el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, previsto en el art. 182 bis.2.c, LGSS; el complemento por necesidad de tercera persona de la pensión de invalidez no contributiva, previsto en el art. 145.6 LGSS; el subsidio por ayuda de tercera persona, previsto en el art. 12.2.c, LISMI.

33 En el caso de Andalucía, artículo 18 de la Orden de 3 de agosto de 2007, precepto redactado conforme a la Orden de 26 de julio de 2010 para adecuarlo al Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo.

de la solicitud (como ocurría hasta entonces), sino que se retrotraen a la fecha de la resolución en la que se reconozca la concreta prestación a percibir por la persona beneficiaria. No obstante, el derecho a percibir la prestación económica de dependencia que, en su caso, fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo de seis meses indicado sin que se hubiera notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación que corresponda percibir a la persona beneficiaria<sup>34</sup>.

Además, junto al cambio de fecha de efectividad del pago, se fijó el aplazamiento del pago de los efectos retroactivos de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (la más numerosa de todas las prestaciones económicas) de aquéllas personas que hubieran solicitado la prestación antes de la entrada en vigor del cambio legislativo introducido por el RD-L 8/2010 (disposición adicional sexta del RD-L 8/2010, de 20 de mayo)<sup>35</sup>.

---

34 Disposición final primera, núm. 3, Ley 39/2006, en la redacción dada por el RDL 8/2010, de 20 de mayo.

35 Así, con carácter general la cuantía adeudada a la persona beneficiaria en concepto de efectos retroactivos de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, será el importe de la cantidad devengada desde la fecha de efectividad establecida en la resolución por la que se aprueba el PIA hasta la mensualidad inmediatamente anterior a la fecha de dicha resolución. A estos efectos, la fecha de efectividad será el día siguiente al cumplimiento del plazo máximo de tramitación del procedimiento previsto en el artículo 18.2 sin que se hubiera notificado la resolución por la que se aprueba el PIA reconociendo la prestación económica.

No obstante, para las solicitudes presentadas antes de 1 de junio de 2010, a las que se haya reconocido una situación de dependencia de Grado III o Grado II, cuando en la resolución aprobatoria del PIA se establezca esta prestación, la fecha de efectividad será desde primeros del año de su implantación o desde la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia si esta es posterior a dicha fecha. En tales casos, será objeto de aplazamiento la totalidad de la cuantía. El pago de la cuantía objeto de aplazamiento se periodificará durante los cinco años siguientes a aquel en que se haya dictado la resolución aprobatoria del PIA reconociendo esta prestación. Las cuantías periodificadas serán todas del mismo importe y se abonarán en anualidades consecutivas. El abono de la primera anualidad se hará efectivo en un solo pago en el mes de marzo del año siguiente a aquel en que se hubiera dictado la resolución de reconocimiento de

Por lo demás, la periodicidad del pago se realizará en doce mensualidades anuales.

### III. Los servicios

El artículo 15 recoge el catálogo de servicios a recibir por las personas dependientes, servicios que como el artículo 14.2 se encarga de advertir, se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados<sup>36</sup>. De este modo, se residencian en el ámbito de los servicios sociales autonómicos. Y es que no se trata de servicios totalmente novedosos, sino que algunos de ellos funcionaban desde hace décadas, y siguen haciéndolo de forma independiente al nuevo SAAD, en el marco de los servicios sociales comunitarios y especializados, aunque algunos de estos mecanismos se han adecuados a la Ley de Dependencia.

La Sección tercera del Capítulo II del Título I Ley 39/2006 define los servicios enumerados en el artículo 15, aunque sin concretar la

---

la prestación económica. El abono de las restantes anualidades se hará efectivo en un solo pago en los meses de marzo.

En el supuesto de que la persona beneficiaria falleciera con anterioridad a la percepción de la integridad de la cuantía aplazada, se continuará aplicando lo establecido en la presente disposición, además de las normas aplicables para los supuestos de pago de cuantías adeudadas a personas fallecidas. En todo caso, previa solicitud, y una vez constituida la correspondiente comunidad hereditaria, se harán efectivas las cantidades pendientes de abono a través de un solo pago a la mencionada comunidad hereditaria.

<sup>36</sup> Abundando en esta idea, el artículo 16.1 de la Ley 39/2006 indica que “Las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas. La red de centros estará formada por los centros públicos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal para la promoción de la autonomía personal y para la atención y cuidado de situaciones de dependencia, así como los privados concertados debidamente acreditados”.

intensidad de los mismos, cuestión que deja al desarrollo reglamentario<sup>37</sup> (sin que –a diferencia de las prestaciones económicas– se actualice anualmente). Junto a esta norma reglamentaria estatal, hay que estar a las normas autonómicas en la materia.

## **A. Servicios de prevención de las situaciones de dependencia y de promoción de la autonomía personal**

Los servicios de prevención de la dependencia y de promoción de la autonomía personal tienen en común estar ligados al llamado “envejecimiento activo”<sup>38</sup>, enunciándose conjuntamente en el catálogo de servicios del artículo 15 Ley 39/2006, aunque tienen una regulación singular tanto en la propia Ley 39/2006 como en el RD 727/2007. Estadísticamente representan actualmente un porcentaje poco significativo del total de prestaciones reconocidas<sup>39</sup>, cuestión que se explica –entre otras razones– por el hecho de que el calendario de implantación del SAAD haya dado prioridad a la atención de situaciones de dependencia más graves, quedando en un segundo plano la prevención de la misma. Al quedar cubierto el Grado I desde 2011,

---

37 El artículo 10.3 de la Ley 39/2006 establece que el Gobierno, mediante real decreto, aprobará los criterios establecidos por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para determinar la intensidad de protección de los servicios y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos. Éste es el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio.

38 La Organización Mundial de la Salud define “envejecimiento activo” como “el proceso por el que se optimizan las oportunidades de bienestar físico, social y mental durante toda la vida, con el objetivo de ampliar la esperanza de vida saludable, la productividad y la calidad de vida en la vejez”. De este modo, son varias las facetas que interactúan, tanto desde la medicina (salud física, mental y psicológica) como desde la política social, la psicología social, la cultura y el deporte. Y en todo caso, es la principal vía de prevención de las situaciones de dependencia, mejorando la autonomía de los mayores.

39 Según datos estadísticos ofrecidos por el Ministerio de Sanidad y Política Social de los cuatro primeros años de aplicación del SAAD, de las 800.009 prestaciones reconocidas a 1 de enero de 2011, solo 11.604 corresponden a la prevención de la dependencia y promoción de la autonomía personal.

la prevención de la dependencia ha pasado a ser prioritaria para ese nivel. En todo caso, son dos los servicios a analizar en este bloque:

### ***a) Servicios de prevención de las situaciones de dependencia***

El artículo 21 Ley 39/2006 indica que tienen por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, mediante el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos.

El RD 727/2007, en su artículo 6, no concreta su intensidad sino que –por un lado– indica que la prevención debe incluirse en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial; y por otro, se remite en cuanto a la intensidad a los Planes de Prevención elaborados por las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia en su correspondiente ámbito territorial.

El RD 727/2007 fue modificado por el RD 175/2011, de 11 de febrero (con efectos de 1 de enero de 2011), adecuando la idea de la prevención al grado I (que conforme al calendario de aplicación empezó en 2011). Así, se ha incorporado una nueva disposición adicional segunda, en la que se indica que “la prevención será prioritaria para las personas en situación de dependencia en grado I, con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado y nivel de dependencia, por lo que debe formar parte de todas las actuaciones que se realicen en el ámbito del SAAD”.

Hasta 2011, las Comunidades Autónomas han carecido de Planes de Prevención propios<sup>40</sup>, estando al “Programa de Prevención de la

---

40 MALDONADO MOLINA, J.A., “La protección de la dependencia en Andalucía”, op. cit., pág. 418.

Dependencia”, que desarrolla la Obra Social La Caixa con distintas Administraciones, incluyendo quince Comunidades. El RD 175/2011, de 11 de febrero, en la nueva disposición adicional segunda ha indicado que “Los planes de prevención de las situaciones de dependencia, elaborados por las comunidades autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia, determinarán en su correspondiente ámbito territorial los criterios, recomendaciones y condiciones mínimas que establezca el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”.

### ***b) Servicios de promoción de la autonomía personal***

Uno de los aspectos más destacables de la Ley 39/2006, que se reflejó en su propia denominación, es que junto con la atención a las situaciones de dependencia, incluyó la promoción de la autonomía personal<sup>41</sup>.

La Ley recoge la noción de autonomía en el artículo 2.1, definiéndola como la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria. De este modo, alude a dos cuestiones:

---

41 Su origen se encuentra en una propuesta realizada por la organización CERMI el 3 de diciembre de 2005, con motivo Día Europeo e Internacional de las Personas con Discapacidad, en el que, entre otros aspectos, propuso que la futura normativa incorporara la visión de la autonomía personal, equilibrando los dos núcleos objeto de la Ley: autonomía personal, por un lado, y situaciones de dependencia. Esta perspectiva fue acogida favorablemente, siendo numerosas las enmiendas parlamentarias que se hicieron eco de la misma (enmiendas núm. 196, 267, 333, respectivamente del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, Esquerra Republicana, Partido Popular). Se tradujo en un cambio de la denominación que hasta ese momento venía usándose, proponiendo «Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Situaciones de Dependencia». Cfr. MONEREO PÉREZ, MOLINA NAVARRETE, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA Y GONZÁLEZ DE PATTO, cit., págs. 126 y 127; y MALDONADO MOLINA, J.A., “La protección de la dependencia en Andalucía”, op. cit., pág. 420.



uno, el querer vivir conforme a lo que el propio sujeto decida (elemento volitivo); y otro, el poder desarrollar las actividades básicas de la vida diaria (elemento objetivo). En consecuencia, la promoción de la autonomía solo se entenderá cumplida en la medida en que el sujeto pueda organizar su propia vida, sea soberano de su devenir sin que las limitaciones físicas a las que se encuentre sometido impliquen una limitación de su poder de decisión. Se trata de potenciar el apoyo no solo para las personas en situación de dependencia en orden a las actividades básicas de la vida diaria, sino también los apoyos en orden a su autonomía personal, plena integración en todos los ámbitos de la vida.

Siguiendo estas premisas, el artículo 6 RD 727/2007 indica que los servicios de promoción de la autonomía personal tienen por finalidad desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria.

En concreto, son servicios de promoción para la autonomía personal: 1) los de asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria; 2) los de rehabilitación, los de terapia ocupacional, 3) así como cualesquiera otros programas de intervención que se establezcan con la misma finalidad.

La intensidad de este servicio se adecuará a las necesidades personales de promoción de la autonomía, a la infraestructura de los recursos existentes y a las normas que se establezcan por las correspondientes Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia.

El RD 175/2011, de 11 de febrero, modificó el RD 727/2007 (con efectos de 1 de enero de 2011), concretando los servicios de promoción de la autonomía personal de los dependientes en grado I (dependencia moderada), grado que por corresponder un estadio inicial es donde la promoción de la autonomía personal puede ser más

efectiva. En particular, los servicios que responden a su promoción de la autonomía personal son los siguientes: 1) Los de habilitación y terapia ocupacional; 2) Atención temprana; 3) Estimulación cognitiva; 4) Promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional; 5) Habilitación psicosocial para personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual; 6) Apoyos personales y cuidados en alojamientos especiales (viviendas tuteladas).

La intensidad de este Servicio para el grado de dependencia moderada se fija –con carácter general, pudiendo ser mejorada y complementada por cada comunidad autónoma– conforme a unas orquillas horarias recogidas en el Anexo I del RD 727/2007<sup>42</sup>, orquilla que servirá de límite al PIA<sup>43</sup>. Por tanto, será en el PIA donde se concrete su intensidad, de conformidad con las horas mensuales que establezca el correspondiente dictamen técnico en función de las actividades de la vida diaria en las que la persona en situación de dependencia precise apoyos o cuidados.

### ***c) servicio de ayuda a domicilio***

El SAD es una fórmula con una larga tradición en nuestra historia protectora<sup>44</sup>, y que no es exclusiva del SAAD, sino que sigue contemplándose dentro de los servicios sociales comunitarios para quienes no tengan reconocida la situación de dependencia conforme a la Ley 39/2006, o teniéndola reconocida no le corresponda la efectividad del derecho conforme al calendario establecido.

---

42 Hay que distinguir tres tipos de servicios para el Grado I:

a) Servicio de promoción. Las horas de atención oscilan entre 20 y 30 horas mensuales (nivel 2) y entre 12 y 19 horas mensuales (nivel 1)

b) Atención temprana. Un mínimo de 6 horas mensuales (tanto para el nivel 2 y 1)

c) Servicios de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional. Un mínimo de 15 horas mensuales (tanto para el nivel 2 y 1).

43 Para el servicio de promoción se fijan límites mínimos y máximos, mientras que para la atención temprana y los servicios de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional se fijan solo límites mínimos.

44 ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., La asistencia social y los servicios sociales en España, BOE, Madrid, pág. 271.

Comprende servicios muy heterogéneos, tanto domésticos (lavantería, limpieza, alimentación, etc.), como de atención social a domicilio (atención psico-social y compañía). En definitiva, como indica el artículo 23 Ley 39/2006, el SAD está constituido por “el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función:

- a) Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros; b) Servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria”

Al igual que el servicio de teleasistencia, tiene como objetivo posibilitar la permanencia de la persona dependiente en su domicilio, evitando las situaciones de desarraigo que provocarían un internamiento temprano, e incrementando su autonomía. En este sentido, el SAD está configurado principalmente para las personas con un menor grado y nivel de dependencia.

La intensidad del SAD estará en función del PIA y se cuantifica en un módulo temporal, en concreto “horas de atención mensual”, mediante intervalos según grado y nivel de dependencia<sup>45</sup>.

El número de horas a recibir por el sujeto será el que se haya indicado en la Resolución aprobatoria del PIA. Estas horas de SAD se concretan en actuaciones bien de carácter doméstico, bien de carácter personal, o de ambas. Son las llamadas “actuaciones básicas”: actividades de carácter doméstico (higiene personal, limpieza del hogar, alimentación, lavado de ropa, etc.); - actividades de carácter personal (procurar resolver las situaciones específicas de dificultad para la relación interpersonal y graves problemas de aislamiento).

---

45 Grado III Gran Dependencia/Horas de atención: Nivel 2 Entre 70 y 90 horas mensuales; Nivel 1 Entre 55 y 70 horas mensuales. Grado II Dependencia severa/Horas de atención: Nivel 2 Entre 40 y 55 horas mensuales; Nivel 1 Entre 30 y 40 horas mensuales. Grado I Dependencia moderada/Horas de atención: Nivel 2 Entre 21 y 30 horas mensuales; Nivel 1 Entre 12 y 20 horas mensuales.

b) Servicio de Teleasistencia

Con este servicio se busca dar respuesta a los distintos problemas derivados de la vida en soledad (situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento), con el fin de favorecer la permanencia de las personas usuarias en su medio habitual, recurriendo al uso de tecnologías de la comunicación y de la información, observando las medidas de accesibilidad adecuadas para cada caso y con apoyo de los medios personales necesarios<sup>46</sup>. En realidad es una modalidad de SAD, y como tal está pensado para los dependientes que viven en su domicilio, siendo un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio (esto suele ser lo habitual). Obviamente, no se prestará a las personas que reciban servicios de atención residencial.

Su intensidad será fijada por cada comunidad autónoma o Administración que, en su caso, tenga la competencia. Son las Comunidades Autónomas las que fijan la aportación económica que deba realizar el beneficiario, previéndose supuestos para los que el servicio es gratuito<sup>47</sup>.

Para las personas a las que se haya reconocido el grado I, de dependencia moderada, el servicio de teleasistencia se prestará como servicio complementario al resto de prestaciones contenidas en el PIA excepto en el caso de servicios de teleasistencia avanzada con apoyos complementarios, cuyo contenido se determinará por la Comisión Delegada del Consejo Territorial del SAAD.

c) servicio de Centro de Día y de Noche

Este servicio tiene una doble finalidad: atender a la persona dependiente (de modo integral, según precisa la Ley 39/2006 en su artículo 24)<sup>48</sup>; y en segundo lugar ofrecer un respiro a las familias o cuidadores.

---

46 Artículo 22 Ley 39/2006 y artículo 7 RD 727/2007.

47 Para el régimen de financiación de la teleasistencia en Andalucía, véase MALDONADO MOLINA, J.A., Los servicios sociales comunitarios, en MONEREO PÉREZ (Dir.), Derecho social de la Comunidad Autónoma de Andalucía, Comares, 2009.

48 Según precisa el artículo 24 Ley 39/2006, este servicio cubre, desde un enfoque

Los artículos 15.1.d y 24.2 Ley 39/2006 clasifican los centros en cuatro categorías: Centro de Día para mayores; Centro de Día para menores de 65 años; Centro de Día de atención especializada; y Centro de Noche. Los centros de día se adecuarán para ofrecer a las personas en situación de dependencia atención especializada de acuerdo con su edad y a los cuidados que requieran, teniendo en cuenta su grado. Los Centros de Noche tienen por finalidad dar respuesta a las necesidades de la persona en situación de dependencia que precise atención durante la noche. Los servicios se ajustarán a las necesidades específicas de los beneficiarios atendidos.

En todo caso, la intensidad del servicio de Centro de Día o de Noche estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su PIA, servicios y programas que vendrán determinados por las Comunidades Autónomas competentes. No obstante, la intensidad del centro de día para las personas a las que se haya reconocido el grado I, de dependencia moderada, será como mínimo de 25 horas semanales, en caso de Nivel 2; y de 15 horas semanales si se trata del Nivel 1.

## **B. Servicio de atención residencial**

El artículo 15.1.e Ley 39/2006 diferencia dos modalidades de servicio de atención residencial: residencia de personas mayores en situación de dependencia; y centro de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad.

En ambos casos, este servicio ofrece, desde un enfoque biopsicosocial, servicios continuados de carácter personal y sanitario. La prestación de este servicio puede tener carácter permanente, cuando

---

biopsicosocial, las necesidades de asesoramiento, prevención, rehabilitación, orientación para la promoción de la autonomía, habilitación o atención asistencial y personal. El Centro en cuestión adecuará estos servicios a las necesidades de las personas en situación de dependencia atendidas según su grado y nivel (art. 9.1 RD 727/2007).

el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales. El servicio de estancias temporales en centro residencial estará en función de la disponibilidad de plazas del SAAD en cada Comunidad Autónoma y del número de personas atendidas mediante cuidados en el entorno familiar.

La intensidad del servicio Atención Residencial estará en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su PIA. Es un servicio que se presta principalmente a personas con un alto grado de dependencia<sup>49</sup>.

#### IV. Las prestaciones del Sistema de Seguridad Social

Como ya hemos indicado, el Sistema de Seguridad Social contempla desde antiguo las situaciones de dependencia, aunque de una forma inadecuada para la actual coyuntura socio-demográfica.

Parte de esta inadecuación de las prestaciones a la cobertura de la dependencia encuentra su causa en factores histórico-legislativos, en los orígenes mismos de la protección por dependencia. Ello es así porque sus antecedentes se enmarcan en la protección por contingencias profesionales<sup>50</sup>, que, como se sabe, constituye el germen de los mecanismos organizados para la protección de los denominados «riesgos sociales». De este modo, las consecuencias invalidantes del accidente de trabajo son nuestro punto de partida. Ello determina que originariamente no se atendiera a toda situación de dependencia, sino sólo aquella que aunara dos elementos: por un lado, que la sufra

---

49 Según datos estadísticos ofrecidos por el Ministerio de Sanidad y Política Social de los cuatro primeros años de aplicación del SAAD, una de cada cuatro personas reconocidas como grado III Nivel 2 recibe este servicio.

50 AZNAR LÓPEZ, M., «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», Foro de Seguridad Social, núm. 5, 2001, pág. 50.

un trabajador; y por otro, que suceda con ocasión o por consecuencia del trabajo ejecutado<sup>51</sup>. En definitiva, que la dependencia resultara de un accidente de trabajo, precisándose que la gran invalidez se caracterizaba por dos notas: la incapacidad para el trabajo, y la imposibilidad de realizar los actos más necesarios de la vida<sup>52</sup>.

Pues bien, estas serán las bases de la protección por gran invalidez, y por extensión de la dependencia, hasta la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (en adelante, LISMI), que no sólo eliminó el requisito de tener previamente declarada una IPA<sup>53</sup> (con lo que la Gran Invalidez aparece como un grado autónomo), sino que incluyó un subsidio por ayuda de tercera persona, desvinculado de la condición de trabajador del minusválido (art. 12.2 y 16 LISMI), lo que constituye el antecedente directo del actual complemento de la pensión de invalidez no contributiva<sup>54</sup>, y sin fijar ningún límite máximo de edad, por lo que los ancianos podían ser beneficiarios. Sin embargo, la Ley 26/1990 derogó este régimen estableciendo el límite máximo de los 65 años.

---

51 En esta línea, la OIT adoptó en 1925 el convenio núm. 17, relativo a la reparación de los accidentes de trabajo, contemplando un suplemento de indemnización a las víctimas de accidentes que queden incapacitadas y necesiten la asistencia constante de otra persona. Su ratificación en 1928 motivará la incorporación de una prestación específica para inválidos dependientes (gran invalidez), cosa que hasta la fecha no se había contemplado ni por la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 y sus reglamentos de desarrollo, ni en la reforma de 1922. Será con la Ley de 4 de julio de 1932 (base séptima y artículo 24 del Texto Refundido) cuando se prevea el derecho a una indemnización complementaria si por la incapacidad resultante el trabajador necesitara asistencia constante de otra persona. Cfr. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Invalidez Permanente y Seguridad Social*, Civitas, Madrid, 1982, págs. 47,94 y 99; y AZNAR LÓPEZ, M., «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op. cit., pág. 50.

52 SSTS de 23 de enero de 1941, RJ 1941\55, y 10 de marzo de 1943, RJ 1943\358

53 AZNAR LÓPEZ, M.; AZÚA BERRA, P.; NUÑO RÁEZ, E., *Integración Social de los minusválidos. Comentario a la Ley 13/1982*, de 7 de abril, INSERSO, Madrid, 1982, págs. 233 y 244; y GARCÍA NINET, J.I., «Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez», *Tribuna Social*, núm. 114, 2000, pág. 5

54 AZNAR LÓPEZ, M., «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op. cit., pág. 52.

El resultado de esta evolución legislativa será que la dependencia de tercera persona sólo se cubre si el sujeto tiene la condición de trabajador o la minusvalía acontezca antes de la edad de jubilación. Teniendo en cuenta la edad a la que frecuentemente afloran las enfermedades determinantes de la necesidad de ayuda de tercera persona, es fácil colegir la inadaptación de las actuales prestaciones económicas del Sistema a la situación de dependencia, habiendo sido imprescindible la articulación de un sistema protector diferenciado para tales situaciones.

Por tanto, el Sistema de Seguridad Social contempla prestaciones específicamente orientadas a la cobertura económica de situaciones de dependencia, aunque de una forma dispersa y heterogénea. No son suficientes para cubrir la dependencia en los términos que hoy la conocemos, entre otras razones porque la mayor parte de estas prestaciones no atienden la dependencia de los mayores, sino la de los menores de 65 años. En cualquier caso, estas son las prestaciones que dan una cobertura, más o menos directa, a situaciones de dependencia en nuestro Sistema de Seguridad Social, advirtiendo de ante mano que aunque la enumeración pueda parecer amplia, en realidad suele establecerse la incompatibilidad entre todas ellas, debiendo optar el beneficiario por una sola de ellas.

Junto a las prestaciones del Sistema de Seguridad Social, también haremos una breve referencia a las previstas en los regímenes especiales funcionariales.

## **A. Prestaciones del Sistema de Seguridad Social**

### **1. Gran invalidez**

Protege a los trabajadores incapacitados permanentemente que, no sólo están impedidos de realizar cualquier profesión u oficio, sino que además necesitan la ayuda de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos. Esta es la definición que se acogía expresamente de la



dependencia en la LGSS hasta la reforma operada por la Ley 24/1997, y que sigue admitiéndose a falta del desarrollo reglamentario previsto por el artículo 137.2 LGSS<sup>55</sup>. Es una enunciación meramente orientativa, abierta, «que deja en manos de los jueces el ir definiendo caso a caso y día a día lo que considera como actos más esenciales para la vida, lo cual no deja de suponer un alto grado de relativización»<sup>56</sup>.

La concesión de la prestación se condiciona a la edad del sujeto. En efecto, nuestro sistema veda la protección por incapacidad permanente a los mayores de 65 años (o la que corresponda con la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto), y lo hace arbitrando un doble mecanismo según que el sujeto fuera o no inválido al cumplimiento de la edad pensionable, de modo que los ya beneficiarios de incapacidad verán modificada la denominación de su prestación, y los que a partir de los 65 años sufran un proceso incapacitante de carácter permanente causarán -como regla general- la protección por vejez<sup>57</sup>. De este modo, se prevén dos conversiones: en el origen, o producida *ex post facto*<sup>58</sup>, aunque en puridad sólo puede hablarse de conversión en los supuestos en que el sujeto previamente es beneficiario de incapacidad permanente.

---

55 ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Comentario al artículo 137 LGSS», en MONE-REO PÉREZ y MORENO VIDA (Dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, págs. 1340 y 1341.

56 GARCÍA NINET, J.I., «Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez», *op. cit.*, págs. 5 y 6. Una relación de supuestos calificados jurisprudencialmente como de gran invalidez, en GARCÍA NINET, J.I., «En torno a la gran invalidez. Consideraciones doctrinales y jurisprudenciales del concepto, con especial referencia a la ceguera», *Trib. Soc.*, núm. 5, 1991, págs. 25 y ss.; GONZÁLEZ GOYANES, D., *Diccionario de Invalidez Provisional y Permanente*, PPU, Barcelona, 1994, págs. 562-576.

57 MALDONADO MOLINA, J.A., *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 365.

58 MARTÍN VALVERDE, A., «El régimen jurídico de la pensión de jubilación en la Ley de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social», *RMTAS*, núm. 4, 1997, págs. 55 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., «La jubilación: un quebradero de cabeza permanente», *Foro de Seguridad Social*, núm. 2, 2000, pág. 41.

Por lo que respecta a la recalificación nominal de las prestaciones de incapacidad permanente al cumplir la edad de 65 años (o la que corresponda con la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto)<sup>59</sup> (artículo 143.4 LGSS), el cambio de denominación no implica modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo. De este modo, es un cambio que no tiene incidencia en la cuantía de la prestación, ni en su tratamiento fiscal<sup>60</sup>, que no se ve modificado.

En cuanto a la imposibilidad de lucrar una pensión de incapacidad permanente a quienes hayan cumplido los 65 años en la fecha del hecho causante de la incapacidad permanente y acrediten todos los requisitos para causar la pensión de jubilación (artículo 138.1,2 LGSS)<sup>61</sup>, parece presumirse que todas las lesiones que acontezcan a partir de la edad de jubilación son connaturales con la edad del sujeto, y protegibles en consecuencia mediante la prestación de jubilación. El inválido anciano sólo interesa al Sistema por su vertiente de anciano, obviando su carácter de inválido, quizá por entender -con unos planteamientos que ya deberían estar totalmente superados- que todo anciano tiene algo de incapaz. Hasta el RD-L 16/2001, de 27 de diciembre, esta limitación se extendía a toda incapacidad fuera cual fuese la contingencia de la que derivara. Sin embargo, esta situación -injusta a todas luces- se corrigió, aunque sólo parcialmente, ya que debería haber incluido el accidente no laboral.

Respecto a la cuantía, es un aspecto que se vio modificado por la Ley

---

59 Respecto a la edad en la que opera la conversión, será la edad pensionable, que con carácter general será los 65 años, como indica el artículo 143.4 LGSS.

60 Si bien la pensión de jubilación con carácter general está sujeta a tributación, no sucede lo mismo si se trata de una pensión que pasa a calificarse de jubilación por el mecanismo de conversión de pensiones. En efecto, las pensiones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez que pasan a denominarse de jubilación al cumplimiento de los 65 años están exentas de tributar (salvo en Álava y Guipúzcoa).

61 Al respecto, véase Resolución de la Dirección General del INSS de 6 de junio de 2000, que da una nueva redacción a la Circular 3/1998 en lo relativo a los solicitantes de incapacidad permanente con 65 o más años.

40/2007, de 4 de diciembre. Antes de la reforma, en caso de gran invalidez, procedía una prestación del 150 por ciento de la base reguladora, de la que el 50 por ciento era un complemento que estaba destinado a remunerar al cuidador, pero cuyo importe se obtenía de la base reguladora de la IPA del discapacitado. Era una fórmula criticable, ya que no tenía sentido que fuera un porcentaje sobre la pensión que recibe como renta sustitutiva de su trabajo, dado que lo que se atiende no es la sustitución de rentas de activo por unas de pasivo, sino la compensación de la asistencia de una tercera persona, y eso no debe cuantificarse en relación a la base reguladora que tuviera el trabajador, sino baremarse objetivamente para todos los cuidadores informales (que son los destinatarios últimos del incremento del 50%, al menos conforme al espíritu de la Ley, ya que el titular del incremento es el pensionista)<sup>62</sup>.

Con la nueva regulación, parece que se desvincula del importe de la pensión de incapacidad permanente absoluta, aunque finalmente no es del todo así. En efecto, el importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 por ciento de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 por ciento de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia de la que derive la situación de incapacidad permanente. Ahora bien, en ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45 por ciento de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

La finalidad específica de este incremento hace que no tenga naturaleza de pensión, sino de prestación asistencial<sup>63</sup> (y en ningún caso tiene naturaleza salarial, pese a ser contraprestación de unos servicios)<sup>64</sup>, no siéndole de aplicación el límite máximo de las pensiones, como indica el RD de revalorización de pensiones para cada ejercicio<sup>65</sup>.

---

62 En este sentido, MALDONADO MOLINA, El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro, cit., pág. 34

63 STS de 3 de marzo de 1989, RJ 1989\1787.

64 AZNAR LÓPEZ, M., «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op. cit., pág. 56.

65 El artículo 3.4 del RD 2007/2009, de 23 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social para el ejercicio 2010, establece

Hasta el 1 de enero de 2008, fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, el artículo 139 LGSS contemplaba la posibilidad de que a petición del gran inválido o sus representantes legales, pudiera autorizarse la sustitución del incremento por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos, siempre y cuando se considere beneficioso (por la Entidad Gestora) para el gran inválido. Sin embargo, tal posibilidad ha sido suprimida.

Por otro lado, y como elemento de coordinación entre el Sistema de Seguridad Social y el SAAD, el RD 504/2007, de 20 de abril, en su disposición adicional 1ª, establece que a las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez, se les reconocerá además la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo establecido.

*a) Complemento del 50% previsto para la invalidez no contributiva*

Las personas que cumplan los requisitos de la invalidez no contributiva (personales<sup>66</sup> y económicos), obtendrán un complemento equivalente al 50% de la pensión ordinaria si cumplen dos requisitos: en primer lugar, estar afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al setenta y cinco por ciento; en segundo lugar, que se encuentren en situación de dependencia,

---

que la revalorización de las pensiones de gran invalidez se efectuará de manera separada a la pensión y al incremento. Igualmente, a efectos del límite máximo, se computará únicamente la pensión sin incremento. Para 2011 no ha tenido lugar la revalorización de las pensiones (salvo las mínimas y las no contributivas), por lo que no se ha recogido esta previsión.

66 Entre ellos queremos subrayar el de edad: mayor de 18 y menor de 65 años de edad, conforme al artículo 144.1 a) y 145.6 LGSS, por lo que no sólo no cabe causar esta prestación a partir de esa edad, sino que las causadas antes de esa edad no pueden consolidar la cuantía de la prestación al cumplir los 65 años, ya que la conversión de pensiones prevista en el artículo 148.3 opera a todos los efectos de la pensión salvo para el complemento que se condiciona a la edad: la pensión se convierte en jubilación, pero el complemento no es parte integrante de la pensión, sino otra prestación complementaria que no debe ser objeto de conversión.

definida a estos efectos en términos similares a los que empleaba la LGSS para la Gran Invalidez antes de su nueva redacción en 1997<sup>67</sup>.

Este no es el único punto de conexión entre la modalidad contributiva y la asistencial, sino que incluso se coordinan los grados de minusvalía exigidos, ya que la Disposición Adicional 3, núm. 2, del RD 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, indica que cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido la de gran invalidez, se presumirá a efectos de la modalidad no contributiva que cumple tanto el requisito del grado de minusvalía como la necesidad del concurso de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Otro elemento de conexión se encuentra en la posibilidad de que el procedimiento puede iniciarse de oficio cuando el INSS deniega la solicitud de incapacidad permanente en su modalidad contributiva. En estos casos, la Entidad gestora viene obligada a cursar al Organismo encargado del reconocimiento del derecho a la pensión no contributiva copia de la solicitud y de la resolución denegatoria para que, en su caso, y previa conformidad del interesado, tramite el oportuno expediente en orden al eventual otorgamiento de la pensión no contributiva<sup>68</sup>. Así pues, la modalidad asistencial de la invalidez aparece como subsidiaria de la contributiva, de forma que no sólo la asistencial opera cuando se deniega la contributiva, sino que la asistencial no procederá si se reúnen los requisitos exigidos en el nivel contributivo. No se otorga al ciudadano un derecho de opción para elegir entre ambas modalidades. Si se trata de un sujeto incluido en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social, deberá previamente solicitar la prestación contributiva, y en caso de su denegación se procederá de oficio según se acaba de describir<sup>69</sup>.

---

67 Se requiere que, como consecuencia de pérdidas anatómicas y funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

68 Si finalmente se concediera esta última, la fecha de efectos económicos será el día 1 del mes siguiente a aquella que hubiera correspondido a la pensión contributiva (Disposición adicional tercera RD 357/1991).

69 Teniendo en cuenta la existencia de los complementos para mínimos de la pen-

La conexión entre niveles dota al Sistema de coherencia interna, pero sin que ello signifique que haya dependencia normativa del nivel asistencial hacia el contributivo, ya que cada nivel tiene su procedimiento autónomo de calificación de la incapacidad, siendo competencia de órganos adscritos a administraciones diferentes<sup>70</sup>.

Así, el artículo 148.2 LGSS precisa que la situación de dependencia se determinará mediante la aplicación de un baremo aprobado por el Gobierno, que se recogió en el Anexo 2 del RD 1971/1999, de 3 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. El Anexo 2 incluía el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona, valorando ponderadamente la imposibilidad de realizar diversas actividades de la vida diaria, a los que se le asignaba una puntuación que oscila entre uno y cinco puntos, de cuya suma resulta una cifra que sólo si es superior a 15 puntos se entiende que hay necesidad de tercera persona, cifra perfectamente asequible para las personas que reúnen el 75% de minusvalía, que era el otro requisito que se les exige, y que es el más restrictivo. Las actividades a evaluar según el Anexo 2 eran seis. Sin embargo, este baremo ha quedado derogado por el RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006. No obstante, debe tenerse en cuenta que las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona, de acuerdo con el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, continuarán disfrutando de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier Administración o entidad pública o privada, en tanto no les sea reconocido el grado y nivel de dependencia que le corresponda conforme al nuevo baremo

---

sión de incapacidad permanente contributiva, lo cierto es que siempre le resultará más beneficioso al trabajador solicitar la contributiva, y sólo como último recurso acudir al nivel asistencial.

<sup>70</sup> Cfr., en este sentido, BLASCO LAHOZ, J.F., *Las pensiones no contributivas (Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 82.

previsto en el RD 504/2007 (disposición adicional primera, apartado 3, RD 504/2007).

El artículo 18 RD 357/1991, y la Disposición Transitoria Sexta de la LGSS establecen que la condición de beneficiario de las modalidades no contributivas de las pensiones de la Seguridad Social es incompatible con la percepción de las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio (suprimidas por la Ley 28/1992, de 24 de noviembre)<sup>71</sup>, así como con la de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona establecidos en la LISMI, y regulados por RD 383/1984, de 1 de febrero. En tal supuesto, añade el Reglamento, deberá ejercitarse opción en favor de alguna de las prestaciones declaradas incompatibles<sup>72</sup>.

## **2. Prestaciones por hijo discapacitado a cargo**

Las prestaciones familiares por hijo o menor acogido a cargo tienen un régimen específico para los supuestos en que el hijo o menor acogido sea discapacitado, en cuyo caso no se exige límite de rentas (art. 182.3 LGSS), y el importe de la asignación es considerablemente mayor, estando en función de la edad y grado de discapacidad del hijo<sup>73</sup>.

Para la determinación de la situación de dependencia y la necesi-

---

71 En este caso, la opción entre prestaciones se resuelve según el nivel de rentas del sujeto, ya que los requisitos económicos son más altos en las actuales pensiones, aunque su cuantía también es superior.

72 Sobre el derecho de opción entre invalidez no contributiva y subsidio de garantía de ingresos mínimos, vid. STSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de enero de 1998, AS 92.

73 Pues bien, si éste es mayor de dieciocho años y está afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, el importe de la prestación será 4.177,20 € (cuantía según disposición adicional primera Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de PGE para 2011). Si es mayor de esa edad pero el grado de discapacidad es igual o superior al 75 por ciento, y «como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos» (art. 182 bis LGSS), recibirá una prestación de 6.176,40 € anuales por hijo para el ejercicio 2011.

dad de concurso de tercera persona, el artículo 182 ter LGSS se remite a la baremación contenida en la reglamentación aprobada por el Gobierno, que estaba constituida por el Anexo II del RD 1971/1999, de 3 de diciembre, y que ha sido sustituido por el RD 504/2007, de 20 de abril por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006.

Respecto a la titularidad del derecho, hasta la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de medidas específicas en materia de Seguridad Social, ésta era de los padres, y no de los hijos, porque precisamente lo que se protege es tener un hijo a cargo. De este modo, los sujetos causantes de la prestación son los hijos minusválidos, pero no los beneficiarios, pese a que el hijo sea mayor edad y tenga plena capacidad de obrar. Sólo eran ellos los beneficiarios si se trata de huérfanos absolutos o abandonados, pero nunca fuera de estas situaciones<sup>74</sup>. Su cobertura autónoma debía venir a través de la pensión de invalidez no contributiva, pero con la sustancial diferencia de que en tal caso se le exigirá no superar un umbral de rentas, cosa que no ocurre en las asignaciones por hijo a cargo. Es decir, se daba la paradójica situación de que si el minusválido convive con sus padres, siendo dependiente de ellos físicamente, la cobertura se otorga a los padres, con lo que pasará a ser también dependiente económicamente de ellos, al no disponer de rentas propias, acentuándose «lo que se trata de paliar, al adicionar la dependencia económica a la dependencia física»<sup>75</sup>. Con la Ley 52/2003 se corrigió esta situación, y desde enton-

---

74 BARRIOS BAUDOR, G.L., Prestaciones Familiares por Hijos a Cargo, Aranzadi, Pamplona, 2001, pág. 82. En este sentido, véase SSTSJ de Andalucía de 20 de octubre de 1994 (AS 4007) y Castilla-León de 22 de junio de 1998 (AS 6313), así como Criterio de aplicación 93/56 (Régimen jurídico de las prestaciones. Criterios de aplicación en supuestos consultados, INSS, Madrid, 1993, págs. 161 y 162). En contra, entendiendo que los mayores de 18 años siempre son los titulares de la asignación, SSTSJ de Castilla-León de 14 de abril de 1998 (AS 1989), 19 de enero de 1999 (AS 1057) y 23 de febrero de 1999 (AS 5429).

75 AZNAR LÓPEZ, M., «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op. cit., págs. 59 y 62.



ces “también serán beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres, los hijos minusválidos mayores de dieciocho años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar”.

En el fondo, este problema deriva de plantear como alternativas dos prestaciones que deben ser complementarias: la compensación de los cuidadores informales (los padres, en este caso), y las propias personas dependientes que conviven con sus progenitores. Sin embargo, en nuestro régimen actual las asignaciones son incompatibles con la percepción por parte del hijo minusválido de la pensión de invalidez o jubilación no contributiva, así como con las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, o de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda de tercera persona previstos en la LISMI. En estos supuestos deberá optar por una de ellas (art. 8.3 RD 356/1991).

### ***3. Prestaciones por muerte ligadas a la dependencia***

Dentro de esta categoría hay que referirse en primer lugar a las pensiones en favor de hijos o hermanos que acrediten una dedicación prolongada al cuidado del dependiente fallecido. En efecto, la Ley reserva una cobertura específica derivada por la muerte de la persona que necesitó una dedicación prolongada por parte de un familiar. En este caso no se compensa en vida el esfuerzo, sino a la muerte del sujeto asistido, y sólo en atención a que hubiera una convivencia y dependencia económica del cuidador respecto de asistido.

Sin embargo, la Ley contempla esta situación con unos límites muy estrechos, ya que no extiende la cobertura a todos los familiares, sino sólo a los hijos o hermanos<sup>76</sup>, y no todos, sino sólo los que siendo mayores de cuarenta y cinco años<sup>77</sup> y solteros, divorciados o

---

76 Si bien originariamente los beneficiarios eran sólo las hijas o hermanas, la Ley 26/1990 eliminó la distinción por sexo, siendo declarado posteriormente inconstitucional por la STC 3/1993, de 14 de enero.

77 Esta edad se exige en el momento del hecho causante, que es la del fallecimiento

viudos, convivieran con el causante y a su cargo sin tener medios propios de vida, si acreditan una dedicación prolongada a su cuidado. Además, circunscribe la atención a los familiares de pensionistas de jubilación contributiva o incapacidad permanente. Como se observa, un corsé muy estrecho, y sin una justificación razonable<sup>78</sup>.

Por lo demás, en este caso la Ley no habla de situación de dependencia, sino únicamente de pensionista que requiere cuidado, asistencia, por lo que puede extenderse a situaciones menos incapacitantes, sin precisar grado de minusvalía ni necesidad de ayuda para la realización de los actos elementales de la vida diaria. La cuantía de la prestación se obtiene de aplicar el porcentaje del 20% a la base reguladora, conforme a las reglas previstas para las pensiones de orfandad y viudedad<sup>79</sup>.

Junto a la prestación anterior, hay que referirse a la cobertura prevista para los incapacitados mayores de 18 años con el grado de gran invalidez cuyos padres (pensión de orfandad), abuelos o hermanos (pensión en favor de familiares) fallezcan. Si con la prestación anterior nos referíamos a una pensión concedida al cuidador de una persona dependiente (sujeto causante), ahora nos encontramos con el supuesto inverso: pensión cuyo beneficiario es la persona dependiente cuyo cuidador fallece.

En efecto, el apartado 1) del artículo 22.1 de la Orden de 13 de febrero de 1967 contempla como beneficiarios de la pensión en favor de familiares a los nietos y hermanos que tengan reducida su capacidad de trabajo en el grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, con lo que de forma refleja las personas dependientes se protegen de modo cualificado ante el fallecimiento del abuelo o

---

del familiar asistido (STS de 17 de septiembre de 1993, RJ 1993\6883). Cfr. CRUZ VILLALÓN, J. y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L., «Comentario al artículo 176 LGSS», en MONEREO PÉREZ y MORENO VIDA (Dir.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 1619.

78 AZNAR LÓPEZ, M., «Notas sobre la protección de la dependencia en la Seguridad Social española. Aspectos retrospectivos y prospectivos», op. cit., pág. 58.

79 Cfr. Arts. 23, 17.1 y 9 OMS.

hermano que económicamente les atendía. Igualmente, el artículo 9.1 RD 1647/1997 extiende la cobertura de orfandad a los mayores de dieciocho años (o veintidós) a los incapacitados en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez<sup>80</sup>. Estas edades deberán entenderse modificadas con la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

La cobertura de los hijos, nietos y hermanos del fallecido tiene como principales destinatarios a los menores de dieciocho años (o veintidós, si sus rentas son inferiores al 75% del SMI). No obstante, como ocurre en tantas otras prestaciones, se equipara la situación de los menores de edad con los incapacitados, si bien en este caso se especifica el grado de reducción de la capacidad de trabajo exigido: absoluto o gran invalidez, sin fijar límite de edad en estos supuestos.

Sin embargo, en el caso de los nietos y hermanos, además de la incapacidad, deben cumplir otros cuatro requisitos: ser huérfano absoluto, convivir con el causante y a sus expensas al menos con dos años de antelación al fallecimiento de aquél, no tener derecho a pensión pública, y carecer de medios de subsistencia (rentas inferiores al SMI)<sup>81</sup>, sin que haya familiares con obligación y posibilidad de prestarle alimentos según la legislación civil<sup>82</sup>.

---

80 Cfr. STS de 21 de julio de 2000 (RJ 2000\8198), que refiere la incapacidad a los grados de absoluta o gran invalidez para supuestos de hecho anteriores al RD 1647/1997.

81 Ante el silencio normativo al respecto, la jurisprudencia del TS acudía al límite de rentas previsto para el subsidio asistencial de desempleo, es decir, el 75 por 100 SMI (SSTS de 9 de noviembre de 1992, RJ 1992\8791; 28 de octubre de 1995, RJ 1995\9837; y 12 de marzo de 1997, RJ 1997\3389). Sin embargo, a partir de 1998 cambió su criterio, declarando que es el SMI, y no su 75%, el importe de los ingresos del beneficiario que puede valorarse como tener medios de subsistencia, dado que se está ante una pensión contributiva, y no asistencial o residual (SSTS de 9 de diciembre de 1998, RJ 1998\10496; 18 de enero y 25 de junio de 1999, RJ 1999\809 y 5785; 3, 20 y 27 de marzo de 2000, RJ 2000\2594, 5137 y 3422).

82 Se cumple este requisito de que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestar alimentos cuando los ingresos del conjunto de los miembros de la unidad familiar de la que forma parte, dividido por el número de miembros que la componen, no alcancen el límite de rentas del subsidio asistencial por desempleo (75% SMI), según recoge la doctrina del TS (SSTS de 28 de octubre

Se trata de unas prestaciones que no requieren demostrar una dedicación directa y personal al cuidado del dependiente por parte del fallecido, sino que presupone que si había dependencia económica, la atención prestada era a su cargo. Tampoco se exige que el sujeto dependiente sea beneficiario de una pensión de gran invalidez: sólo toma como referente del grado de incapacidad para el trabajo el que se exige para las pensiones contributivas de incapacidad absoluta o gran invalidez, sin que, por tanto, deba acreditar otros requisitos propios de esas prestaciones. Por lo demás, la cuantía representa el 20% de la base reguladora.

#### ***4. Subsidio por ayuda de tercera persona***

Dentro de la acción protectora prevista en la LISMI se contemplaban unos subsidios para los supuestos en que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, el minusválido necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 16 LISMI), es decir, los actos que se consideraban esenciales a efectos de la gran invalidez, que en este punto tomaba como referente. Sin embargo, a diferencia de la prestación contributiva de invalidez, no se exigía tener la condición de trabajador, ni se establecía ningún límite máximo de edad<sup>83</sup>.

Estos subsidios fueron suprimidos por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre (disposición adicional novena), pero continúan perviviendo para los beneficiarios que los tuvieran reconocido con anterioridad y no hubieran pasado a percibir una pensión no contributiva (Disposición Transitoria Undécima LGSS), fijándose la cuantía para 2011 en 58,45 euros al mes. Es incompatible con las prestaciones no contributivas y con las asignaciones por hijo a cargo minusválido<sup>84</sup>.

---

de 1995, 12 de marzo de 1997 y 16 de marzo de 1999, RJ 1999\3001, y STS de 27 de marzo de 2000, RJ 2000\3422).

83 Al definir a las personas minusválidas en su artículo 7 no indicaba ningún límite de edad, aunque el artículo 16 fijaba un mínimo: ser mayor de edad.

84 Art. 18 RD 357/1991 y art. 8.3 RD 356/1991.

Se requieren dos requisitos: por un lado, acreditar una minusvalía igual o superior al 75% (igual que el nivel contributivo); y por otro, necesitar la ayuda de tercera persona, lo que resulta de sumar 15 puntos conforme a un baremo previsto al efecto. No hay derecho al subsidio cuando las personas minusválidas se encuentran atendidas en centros en régimen de internado, lo cual si bien es justificable si el centro fuera público (siguiendo el mismo criterio de la pensión por gran invalidez), no lo es tanto si el centro es privado<sup>85</sup> y el motivo de su ingreso es la no disponibilidad de plazas públicas en la zona geográfica de su domicilio.

## V. Prestaciones de los regímenes funcionariales

Antes de la puesta en marcha del SAAD, dentro de la acción protectora de la Seguridad Social de los funcionarios públicos ya se contemplaban ayudas de atención socio-sanitaria orientadas a la cobertura de mayores y discapacitados. Tras la aprobación de la Ley 39/2006, tales ayudas se han mantenido, pero extendiendo su cobertura a nuevas situaciones de necesidad, al quedar cubiertas las situaciones de dependencia por unas ayudas específicas<sup>86</sup>.

En efecto, una de las constantes históricas de la protección social de los funcionarios públicos ha sido el estar dotados de un régimen protector privilegiado, pero que además ha sido pionero en el establecimiento de mecanismos de cobertura<sup>87</sup>. En materia de atención sociosanitaria a los mayores, y como desarrollo de las previsiones

---

85 En este sentido, ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Ed. BOE, Madrid, 2000, pág. 499.

86 MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, GONZÁLEZ DE PATTO, *Manual de Derecho de la Dependencia*, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 244.

87 Ya las primeras intervenciones públicas de atención económica a la muerte encuentran en los funcionarios a sus primeros destinatarios (véase, Montepíos funcionariales del siglo XVIII), característica que también se predica de la atención a la vejez (que se sitúa a comienzos del siglo XIX para los empleados públicos).

que en materia de asistencia social recogía para el régimen de funcionarios de la Administración Civil del Estado la ya derogada Ley 29/1975, se aprobaron ayudas de protección sociosanitaria desde el año 1997<sup>88</sup>, ayudas que se mantuvieron con la aprobación de la nueva Ley de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado en 2000 (Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio).

Con el SAAD se mantuvieron las ayudas de atención a los mayores y otros colectivos específicos, pero se establecieron unas específicas para los dependientes. Así, MUFACE viene aprobando desde 2008 Resoluciones que prevén programas en tal sentido<sup>89</sup>. Igualmente, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), dentro sus prestaciones sociales, prevé expresamente una ayuda económica adicional a las contempladas por el SAAD, amén de otras ayudas para mayores y discapacitados, que se pueden enmarcar claramente dentro de la atención a la dependencia. Por su parte, la Mutualidad General Judicial (MUGEJU) no contempla un programa específico de atención a los dependientes, pero sí a los mayores, dentro del cual se prevén ayudas económicas para el apoyo domiciliario, estancia en residencia o centro de día y servicio de teleasistencia (además de podología y termalismo social, que puede considerarse como mecanismos de prevención de la dependencia y por ende de promoción de la autonomía personal). Veamos las prestaciones previstas por ambos regímenes especiales de funcionarios.

### A. Prestaciones de MUFACE

La acción protectora de MUFACE incluye una cobertura específica para las situaciones de dependencia, aunque Ley reguladora de la Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado no la prevé.

---

88 Resolución de 10 de febrero de 1997, de la Dirección General de MUFACE, por la que se convoca la concesión de ayudas de protección sociosanitaria durante el año 1997.

89 Resolución de 4 de febrero de 2008; 30 de enero de 2009; 24 de febrero de 2010; 25 de febrero de 2011.

Esta Ley de 2000 contempla ayudas sociosanitarias, en su artículo 30, así como en el artículo 135 del Reglamento General del Mutualismo Administrativo, aprobado por Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo. Anualmente se viene aprobando una Resolución de la Dirección General de MUFACE detallando los requisitos, procedimiento y cuantía (para 2011, Resolución de 25 de febrero de 2011).

Actualmente se contemplan cuatro grandes programas, dos de los cuales son renovación y prolongación de ayudas concedidas en el año anterior. Los otros dos son los siguientes:

- Programa de nuevas ayudas adicionales a los servicios y prestaciones económicas del SAAD.
- Programa para facilitar la autonomía personal.

### ***1. Programa de nuevas ayudas adicionales a los servicios y prestaciones económicas del SAAD***

Contempla las siguientes modalidades de ayudas:

- Ayudas para servicio de atención residencial o correspondientes a la prestación económica vinculada al servicio.
- Ayudas para servicio de centro de día y de noche o correspondientes a la prestación económica vinculada al servicio.
- Ayudas para servicio de teleasistencia domiciliaria o correspondientes a la prestación económica vinculada al servicio.
- Ayudas para servicio de ayuda a domicilio o correspondientes a la prestación económica vinculada al servicio.
- Ayudas para contratación de asistencia personal.
- Ayudas para cuidados en el entorno familiar.

Las ayudas tienen como objeto el reintegro de gastos abonados por los asegurados, por lo que se requiere la presentación de las facturas originales, o, en su caso, recibos correspondientes ambos a gastos realizados. Su finalidad es la de contribuir a la financiación de aquella parte del coste de la protección, que exceda de la cobertura del SAAD, que se dispense a los mutualistas y demás beneficiarios

de MUFACE con cargo a los servicios sociales incluidos en el catálogo de servicios y prestaciones económicas, que se especifican en los artículos 15, 18 y 19, respectivamente, de la Ley 39/2006. Las ayudas, por tanto, tienen un carácter complementario, ya que se condicionan a que los mutualistas y demás beneficiarios de MUFACE sean beneficiarios del derecho a las prestaciones del SAAD y les haya sido reconocida la situación de dependencia por los órganos responsables de la Comunidad Autónoma o Administración pública que, en su caso, tenga la competencia; y son prestaciones compatibles con las mismas, obviamente<sup>90</sup>.

Para facilitar el “respiro” de los familiares cuidadores, se posibilita que los beneficiarios de ayudas para cuidados en el entorno familiar o para asistencia a centros de día y de noche, transitoriamente pue-

---

<sup>90</sup> Respecto del importe, MUFACE abonará a cada titular solicitante una ayuda económica mensual calculada de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Si el beneficiario es receptor de una prestación económica del SAAD: el 70 % del importe de la prestación económica mensual que le haya sido reconocido al dependiente por la Comunidad Autónoma o Administración Pública que, en su caso, tenga la competencia, conforme a sus propias normas y para el año 2011.

Se entenderá que, para la determinación del importe de la prestación económica mensual reconocida, se ha aplicado el coeficiente reductor según la capacidad económica del dependiente, con arreglo a lo establecido en la normativa estatal común y la específica de desarrollo de la administración competente que haya dictado el acuerdo de reconocimiento.

En la determinación del importe de la base para el cálculo del 70% señalado se computarán aquellas prestaciones económicas de MUFACE de las citadas en el artículo 31 de la Ley 39/2006, que hayan sido objeto de deducción debidamente acreditada.

b) Si el beneficiario es receptor de un servicio del Sistema: el 70% del importe de los pagos que el beneficiario haya tenido que efectuar como participación en el coste mensual de los servicios prestados por los medios propios o concertados del Sistema.

c) El importe de la ayuda de MUFACE, resultante de la aplicación de las reglas a) y b) anteriores, aisladamente o sumado al de la prestación económica del SAAD, no podrá superar el precio del servicio que se presta. Asimismo, el importe de la ayuda de MUFACE no podrá sobrepasar el 70 por ciento de las cuantías máximas de las prestaciones económicas por Grado y Nivel establecidas por la normativa estatal para el año 2011 por situación de dependencia.



dan cambiar de modalidad de ayuda. Esta suspensión podrá realizarse solo durante un mes natural, que además deberá corresponder a los meses de junio, julio, agosto y septiembre. Y durante ese tiempo pasará a recibir la correspondiente a la modalidad de ayuda adicional a la prestación económica vinculada al servicio de atención residencial. El importe de la ayuda de sustitución consistirá en la ayuda sustituida incrementada en el porcentaje diferencial, según Grado y Nivel de dependencia, entre las cuantías máximas establecidas reglamentariamente para la prestación económica vinculada al servicio y la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar derivadas de la Ley 39/2006.

## **2. Programa para facilitar la autonomía personal**

Se contemplan dos modalidades de ayudas:

- Ayudas para mantenimiento y potenciación de la capacidad residual.
- Ayudas para eliminación de barreras arquitectónicas y para medios técnicos.
- Ayudas para mantenimiento y potenciación de la capacidad residual<sup>91</sup>.

---

91 Los requisitos para ser beneficiarios de estas ayudas son los siguientes:

- a) Ser titular en alta o en situación asimilada al alta o ser beneficiario del mutualismo administrativo, dentro del Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.
- b) Estar afectado por un grado de discapacidad que, de acuerdo con el RD 1971/1999, sea igual o superior al 33 por 100, o bien valorado en cualquiera de los grados y niveles de dependencia, mediante aplicación del baremo de valoración de la situación de dependencia aprobado por RD 504/2007. A este respecto, quienes estén jubilados por incapacidad permanente para el servicio, se considerará que cumplen este requisito.
- c) Estar acreditada, a través del informe del facultativo responsable de la asistencia al beneficiario de la prestación, la procedencia de los servicios contemplados en esta modalidad.
- d) No encontrarse incluidas las técnicas empleadas o las actividades desarrolladas para prestar dichos servicios en los Concierdos o Convenios suscritos por MUFACE para la prestación de la asistencia sanitaria.

Se trata de ayudas para contribuir al pago de los gastos de los siguientes servicios:

- a) Tratamientos de carácter médico-funcional, dirigidos a evitar un mayor deterioro y, si es posible, desarrollar las potencialidades físicas y sensoriales afectadas por la discapacidad padecida.
- b) Terapia de mantenimiento y ocupacional.
- c) Actividades formativas dedicadas a facilitar a la persona con discapacidad psíquica o sensorial las habilidades adecuadas para su desenvolvimiento en la vida diaria y familiar así como en los ámbitos social y laboral.
- d) Estimulación precoz dirigida a evitar el proceso degenerativo y a potenciar las capacidades físicas, psíquicas o sensoriales de los menores con discapacidad, cuya edad habrá de ser inferior a 7 años.

El importe de las ayudas, que tendrán periodicidad mensual, se fijará de acuerdo con un baremo que distingue el importe según la capacidad económica mensual del beneficiario<sup>92</sup>.

- Ayudas para eliminación de barreras arquitectónicas y para medios técnicos<sup>93</sup>.

---

<sup>92</sup> Menos de un IPREM: 321,30 euros mensuales; De una a dos veces el IPREM: 257,04 euros mensuales; De dos a tres veces el IPREM: 192,77 euros mensuales; De tres a cuatro veces el IPREM: 128,51 euros mensuales; De cuatro a cinco veces el IPREM: 64,25 euros mensuales; Más de cinco veces el IPREM: 32,13 euros mensuales.

<sup>93</sup> Para ser beneficiarios se exige:

- a) Ser titular en alta o en situación asimilada al alta o ser beneficiario del mutuo administrativo, dentro del Régimen especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado.
- b) Estar afectado por un grado de discapacidad que, de acuerdo con el RD 1971/1999, sea igual o superior al 33 por 100 o bien valorado en cualquiera de los grados y niveles de dependencia, mediante aplicación del baremo de valoración de la situación de dependencia aprobado por RD 504/2007. A este respecto, quienes estén jubilados por incapacidad permanente para el servicio, se considerará que cumplen este requisito. Asimismo, en caso de haber sido calificados

Tienen como objeto contribuir a la financiación del coste de la eliminación de barreras arquitectónicas y la adquisición de medios técnicos para autonomía personal, que tengan como propósito:

- a) Contribuir a la eliminación de barreras arquitectónicas para facilitar a la persona con discapacidad el acceso y movilidad en su propia vivienda, así como en las zonas comunes que afecten a la misma, en la parte que le corresponda. Las obras a realizar deberán ir destinadas a evitar dificultades de maniobra o las existentes para salvar desniveles, para controlar el equilibrio o para manipular elementos del inmueble.
- b) La potenciación de relaciones y comunicaciones de la persona con discapacidad con su entorno a través de la utilización de medios o ayudas técnicas, entendiéndose por tales los aparatos o utensilios diseñados para solucionar las dificultades que la persona con discapacidad pudiera encontrar en la realización de las actividades de la vida diaria.

Las ayudas tienen un carácter anual, y su cuantía estará en función del grado de discapacidad y de la capacidad económica del bene-

---

por el órgano de valoración correspondiente con una incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, dicha consideración implicará que su grado de discapacidad es igual al 65 por 100. Ello sin perjuicio de que, si a su interés conviniera, el interesado pueda aportar la calificación precisa del grado de discapacidad, a los efectos de la aplicación del baremo correspondiente para la determinación del importe de la ayuda.

c) Estar acreditada la necesidad de las obras, o la procedencia de los medios o ayudas técnicas, a través del informe detallado del facultativo especialista responsable de la asistencia al causante de la prestación, así como de una memoria razonada y de la valoración de la ejecución en el caso de las obras.

d) En los supuestos de medios o ayudas técnicas, que los que se soliciten no figuren incluidos en la Orden APU/2245/2005, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones complementarias de la asistencia sanitaria en la MUFACE y se establece el procedimiento de financiación de bombas portátiles de infusión subcutánea continua de insulina.

ficiario de la prestación (recogidas en la Resolución de 25 de febrero de 2011).

Las ayudas de este Programa son compatibles con el disfrute por el mismo beneficiario de las ayudas contempladas en los otros tres Programas de esta convocatoria y con las prestaciones económicas o servicios del SAAD; así como con las ayudas económicas para esta misma finalidad reguladas por la disposición adicional tercera de la Ley 39/2006, en el tramo de su cuantía que no resulte coincidente y con los límites del gasto realmente realizado.

Sin embargo, son incompatibles las ayudas para mantenimiento y potenciación de la capacidad residual con el percibo de la ayuda complementaria por asistencia a centro especializado de la prestación de asistencia a discapacitados, a extinguir, o el complemento absorbible de la prestación por hijo discapacitado, derivado por transformación de la anterior prestación, cuyo abono, en ambos casos, se realiza por MUFACE.

## B. Prestaciones del ISFAS

Al igual que MUFACE, la acción protectora del ISFAS incluye una cobertura específica para las situaciones de dependencia, aunque tampoco su Ley reguladora de la Seguridad Social de los miembros de las Fuerzas Armadas no la prevé (RDLegislativo 1/2000), aunque sí las prestaciones de asistencia social y servicios sociales (igualmente su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 1726/2007, de 21 de diciembre. Se prevén en la Instrucción 4Bo/19065/2010, de 15 de diciembre, de la Gerencia del Instituto Social de las Fuerzas Armadas, por la que se regulan las prestaciones sociales del ISFAS (BOD nº 248, de 23 de diciembre)<sup>94</sup>.

Se contempla un amplio abanico de prestaciones de asistencia a la tercera edad, algunas de las cuales pueden enmarcarse dentro de la

---

<sup>94</sup> MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, GONZÁLEZ DE PATTO, Manual de Derecho de la Dependencia, cit., pág. 251.

prevención de la dependencia, al promocionar la autonomía personal (como sería el termalismo social y las vacaciones), y otras directamente se dirigen a la atención de las situaciones de dependencia. Así, éstas son las prestaciones previstas:

- Ayuda económica por estancia en residencias asistidas.
- Ayuda económica por estancia en centro de día o de noche.
- Ayuda para el servicio de asistencia a domicilio.
- Ayuda económica adicional a la del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (SAAD) para asistencia a domicilio.
- Servicio de teleasistencia.
- Ayuda económica a personas mayores.
- Ayuda económica por tratamientos termales.
- Programas vacacionales y de ocio para la tercera edad.

### C. Prestaciones de MUGEJU

Se regulan en la Circular 72 (BOE 19 de diciembre de 2002), modificada y actualizada por Resoluciones de la Gerencia de la Mutuallidad General Judicial de 5 de diciembre de 2007 (BOE de 19 de diciembre de 2007) y 22 de diciembre de 2008 (BOE 3 de enero de 2009)<sup>95</sup>. Se contemplan dos modalidades:

#### ***-Ayuda económica para apoyo domiciliario, estancia en residencia o centro de día***

Su finalidad el reintegro, en todo o en parte, de los gastos derivados de la necesidad de disponer de apoyo domiciliario, estancia en residencia o centro de día. Por tanto, no es una prestación en servicios, sino económica, de reembolso de los gastos afrontados por el asegurado.

En cuanto a los requisitos, se exige:

---

<sup>95</sup> MONEREO PÉREZ, MORENO VIDA, MALDONADO MOLINA, GONZÁLEZ DE PATTO, Manual de Derecho de la Dependencia, cit., pág. 255.

## Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

- a) Ser mutualista o beneficiario en alta de la Mutualidad General Judicial.
- b) Ser mayor de 65 años y tener reconocida una minusvalía igual o superior al 65%, o si es menor de 65 años pero mayor de 50, acreditar tener reconocida una minusvalía igual o superior al 75%.
- c) Dependier de otras personas para el desarrollo normal de la vida diaria como consecuencia de las limitaciones físicas y/o psíquicas padecidas.
- d) Obtener un mínimo de 28 puntos, conforme a la valoración de las variables que se bareman en la Circular 72, siendo imprescindible que como mínimo 13 puntos correspondan a la situación de dependencia, 2 puntos a la socio-familiar y 1 a la edad.

La puntuación obtenida no solo condiciona el derecho, sino también la cuantía de la ayuda. Así, el importe mensual difiere en función de la puntuación:

- De 70 puntos en adelante: 760 euros mensuales
- De 60 a 69 puntos: 628 euros mensuales
- De 50 a 59 puntos: 495 euros mensuales
- De 40 a 49 puntos: 363 euros mensuales
- De 28 a 39 puntos: 231 euros mensuales

En cuanto a la duración como máximo se percibirá la ayuda durante las 12 mensualidades del año que se solicita (de enero a diciembre), lo cual solo procederá si la solicitud se realiza antes del 30 de abril de cada año.

### - **Servicio de teleasistencia**

Pese a denominarse “servicio”, en realidad es una ayuda económica, cuya finalidad es financiar la instalación del servicio de Teleasistencia, y en casos excepcionales también el coste mensual del servicio.

Los requisitos exigidos son los siguientes:

#### Capítulo IV. Las prestaciones por dependencia en el Sistema español...

- a) Ser mutualista o beneficiario en alta de la Mutualidad General Judicial.
- b) Vivir solo o en pareja, cuando la media de edad de ésta sea superior a 70 años.
- c) Vivir con hijos u otros familiares que, por razones de trabajo pasan gran parte del día fuera del domicilio familiar, quedando sola la persona mayor.
- d) Que los ingresos de la unidad familiar, según la tabla económica incluida en la Circular 72, sean inferiores a 725 €/mes.

Respecto a la cuantía, con carácter general se subvenciona el coste del equipo de Teleasistencia y su instalación, con un tope máximo de 180,30 €, previa presentación de factura. Excepcionalmente, solo y cuando los ingresos de la unidad familiar sean inferiores a 545 €/mes, se hará cargo la Mutualidad del abono de la cuota mensual de dicho servicio, con un tope de 36,06 €/mes.





## Capítulo V

# El sistema para la autonomía y la atención para la dependencia en Andalucía

CARMEN MORENO DE TORO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Córdoba*

### I. Introducción

La atención a las personas que, por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayuda importante a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria, es decir, a aquellas personas que se encuentran en situación de dependencia<sup>1</sup>, se ha convertido en un objetivo fundamental y en un reto actual de las políticas sociales de los poderes públicos.

El cuidado de tales personas, que no son sólo personas mayores sino también menores de edad<sup>2</sup> e incluso podríamos hablar de todas las edades<sup>3</sup>, ha sido asumido tradicionalmente por las familias, lo

---

1 Atendemos a la definición de “dependencia” contenida en la Recomendación (98) 9 a los Estados miembros del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 18 de septiembre de 1998.

2 Menores que necesitan ayuda bien por malformaciones congénitas, bien por accidentes domésticos, de tráfico...

3 Como señala MICAELA NAVARRO “...las situaciones de dependencia recorren toda la estructura de edades de una población”, en “Atención a las situaciones de dependencia en Andalucía: una visión panorámica”. RMTAASS nº 60/2006, pg.

que hoy constituye el denominado “sector o apoyo informal”, y que se identifica esencialmente con las mujeres: madres, hijas, nueras... Ahora bien, es fácil constatar el cambio social que se está produciendo desde unos años atrás en la estructura familiar, fundamentalmente, por la incorporación al trabajo de la mujer, por la disminución del número de hijos..., lo que ha planteado el problema de la atención a estas personas dependientes. A ello se une que el número de tales personas es creciente como consecuencia del alargamiento de la esperanza de vida. Si la población mayor de 60 años en el año 1991 alcanzaba los 7,5 millones de personas, en el 2010 se incrementa a 9,6 millones, se espera que para 2020 alcanzará los 10,9 millones y culminará con 14 millones en el 2040<sup>4</sup>; en Andalucía se prevé que la tasa de población mayor de 65 años se duplique en el plazo de cuatro décadas, llegando a suponer el 29% en el año 2050; además, hay que resaltar desde una perspectiva de género, que el sector femenino va a ser el más afectado al gozar de una mayor esperanza de vida, lo que se denomina “feminización de las situaciones de dependencia”<sup>5</sup>. De ahí que la dependencia no sea ya un problema familiar sino de la

---

95. Vid. también ARENAS VIRUEZ M., “El estado de la cuestión. La población dependiente destinataria de la ley de dependencia en Andalucía. Caracteres”, en AAVV (Coord. González Ortega) “La aplicación de la Ley de Dependencia en Andalucía”. CARL. Ed. Mergablum 2008. Sevilla, pg. 43.

4. Vid. PANIZO ROBLES J., “La cobertura social de la dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia)”. Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF n° 286, 2007, pgs. 49 y ss.
5. En efecto, en el 2050, el número de mujeres mayores de 80 años en Andalucía será de 256.373 y el de hombres sensiblemente inferior, de 150.190, nos pone de relieve M. NAVARRO. Vid. op. cit., pg. 96. Según el IMSERSO, en Datos estadísticos del SAAD, a 1 de julio de 2011, en la solicitud de la situación de dependencia, los varones alcanzan un 34% y mujeres un 66%; respecto a las personas beneficiarias de prestación, los varones representan el 33% y las mujeres el 67%; en cuanto a la edad, las personas beneficiarias con prestación mayores de 80 años, mujeres, representan el 62,47% y los varones el 38,71% mientras que los menores de tres años representan, respectivamente, el 0,19% y el 0,48%. En el período de los últimos cuatro años, de implantación del SAAD, los beneficiarios mayores de 80 años representan el 56,23% y el de menores de tres años el 0,24%.

sociedad y, por tanto, de los poderes públicos que han de arbitrar los medios necesarios para cubrir esta situación de necesidad.

La Constitución española (CE) hace referencia a ello en los artículos 41, 39, 43.2, 49 y 50, ya al establecer un régimen público de Seguridad Social, ya al hacer recaer sobre los poderes públicos la protección social de la familia y la obligación de prestar una atención especializada a los disminuidos de cualquier índole así como la tutela de la salud pública mediante medidas preventivas y prestaciones y servicios necesarios y de promover el bienestar y pensiones adecuadas a la tercera edad, convirtiéndose, de esta manera, la atención a estos colectivos de población en un objetivo más de política social para el Estado. En el 2003, la renovación del Pacto de Toledo ya planteó la cuestión de prestar una protección especial para el colectivo de personas dependientes que respondiera a los criterios europeos de universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implantaran<sup>6</sup>. Esta necesidad social ha cristalizado en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de “Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” (en adelante, LP). Como ha venido a decir SEMPERE, la creación de un sistema público de atención a las personas dependientes basado en el desarrollo del sistema vigente de servicios sociales permite la admisión de nuevos derechos de ciudadanía, permite la incorporación femenina al mercado laboral y refuerza los principios de igualdad, justicia y solidaridad propios de un régimen democrático<sup>7</sup>. No cabe duda que la Ley responde a una demanda so-

---

[http://www.dependencia.imserso.es/dependencia\\_01/documentacion/estadisticas/datos\\_estadisticos\\_saad/index.htm](http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/documentacion/estadisticas/datos_estadisticos_saad/index.htm)

[http://www.dependencia.imserso.es/dependencia\\_01/documentacion/estadisticas/datos\\_estadisticos\\_saad/ano\\_2010/index.htm](http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/documentacion/estadisticas/datos_estadisticos_saad/ano_2010/index.htm)

6 “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”, recoge la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

7 Vid. del autor, “Presupuestos, antecedentes y gestación de la Ley”, en “Comentario sistemático a la Ley de Dependencia”, AAVV (Sempere Navarro A.V. Dtor.). Thomson Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2008, pg. 80.

cial existente y trata de establecer las directrices básicas en la materia comunes a todo el Estado español<sup>8</sup>.

La misma Ley se ocupa de dar una definición de lo que sea dependencia cualificándola como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones 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”<sup>9</sup>. La Exposición de Motivos señala que esta Ley regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas<sup>10</sup>. Esta participación de las Administraciones Públicas es la que nos lleva a plantearnos la cuestión de la

---

8 Viene a colación realizar una breve descripción del contenido de la Ley. Después de una acertada Exposición de Motivos, se estructura la Ley en cuatro Títulos con un total de cuarenta y siete artículos, dieciséis Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitoria y nueve Disposiciones Finales. El Título Preliminar contiene las disposiciones generales y perfila en cinco artículos el objeto de la ley, las definiciones de términos fundamentales, los principios que presiden la regulación, los derechos y obligaciones de las personas en situación de incapacidad y quiénes son los titulares de derechos. Contiene a continuación cinco Títulos; el primero dedicado al “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” en el que se describen, en sus capítulos, la “Configuración del Sistema”, se señalan las “Prestaciones y el Catálogo de servicios de atención del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, “La dependencia y su valoración”, el “Reconocimiento del derecho”, la “Financiación del Sistema y aportación de los beneficiarios”; el segundo dedicado a “La calidad y eficacia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”, que comprende “Medidas para garantizar la calidad del Sistema”, “Formación en materia de dependencia” y “Sistema de Información”, “Actuación contra el fraude” y “Organos consultivos del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”. El tercer Título contiene las “Infracciones y Sanciones”.

9 Art. 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

10 Art. 1.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

distribución de competencias entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas (CCAA) y, en concreto, con la Comunidad Autónoma andaluza.

## II. La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas

De manera concisa hemos de decir que el art. 2 de la CE reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y el art. 143 CE la constitución de las CCAA entre provincias limítrofes con características comunes. No obstante la delimitación de competencias entre el Estado y las CCAA contenida en los arts. 148 y 149 de la CE, se han planteado divergencias al respecto en esta materia. Hay que decir que a las CCAA no le corresponden sólo las competencias enumeradas en el art. 148 CE sino también las no expresamente atribuidas al Estado a tenor del art. 149.3 e, incluso, pueden dictar normas en materia de competencia estatal bien dentro del marco de los principios, bases y directrices fijados por una ley estatal, bien por delegación o transferencia mediante una ley orgánica, como establece el art. 150.1 y 2 CE. Ahora bien, entre las competencias exclusivas de las CCAA se encuentra la “asistencia social”, término usualmente utilizado por parte de la doctrina como equivalente a servicios sociales o bienestar social<sup>11</sup>; en todo caso, los servicios sociales no aparecen como ma-

---

11 Para otros, asistencia social es un mecanismo de protección social pública más amplio que la técnica prestacional específica de los servicios sociales. Vid. AAVV (Monereo, Moreno Vida, Maldonado, Glez. de Patto) “Manual de Derecho de la Dependencia”. Ed. Tecnos. Madrid, pg. 48. Para ALARCON, los servicios sociales no tienen dimensión institucional alguna sino que son “una de las técnicas prestacionales –prestaciones en especie- que pueden ser dispensadas por aquellas instituciones de protección social, tanto por la Seguridad Social como por la Asistencia Social”. Vid. del autor, “Cuestiones competenciales en la Ley de Dependencia”. Temas Laborales. Monográfico sobre la Protección Social de la Dependencia n° 89/2007, pg. 132 y ss. Sobre estos conceptos, KAHALE CARRILLO, D.T., “El sistema para la autonomía y la atención a la dependencia: un estudio global”, en Derecho y Salud vol. 16 n° 1 en.-jn. 2008, pg. 38 y ss.

teria exclusiva del Estado sino que más bien pueden atribuirse a las CCAA mediante una interpretación amplia de lo que sea asistencia social (art. 148.1.20º CE) o bien en tanto no está atribuida de manera exclusiva al Estado (art. 149.3 CE).

A pesar de esta competencia de las CCAA en la materia, el Estado elabora la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, la Ley de Dependencia, recogiendo una modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social si bien es externa a la misma y con un alcance subjetivo universal<sup>12</sup>. Se ampara para ello en la Disposición Final 8ª de la Ley al señalar que la misma “se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al art. 149.1.1º de la Constitución”, que no es sino una habilitación al Estado para que éste condicione el ejercicio de las competencias autonómicas en aras de la igualdad<sup>13</sup>.

---

12 Como señala el Tribunal Constitucional, “la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de la Seguridad Social y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 CE y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas”. (STC 76/1986, de 9 de junio (RTC 1986, 76). Las razones de dejar al margen a la Seguridad Social seguramente radiquen en el coste de su aplicación que ahora es compartido entre el Estado y las CCAA y las dificultades que podrían derivarse para las relaciones entre ambos entes públicos. A favor de que esta materia hubiera quedado dentro del ámbito de la Seguridad Social en base a una interpretación amplia del art. 149.1.17ª CE, vid. AAVV. (Monereo, Moreno Vida, Maldonado, Glez. de Patto) op. cit., pg. 46. También, vid. ARENAS VIRUEZ M., “La cuestión competencial: la distribución de competencias entre el Estado y la Comunidad autónoma andaluza en materia de atención a las situaciones de dependencia. Las previsiones del Estatuto de Autonomía para Andalucía”, en AAVV (Coord. González Ortega) op. cit., pg. 84 y ss.

13 Como puntualiza MARTIN JIMENEZ R., citando las SSTC 98/2004 y 178/2004 (RTC 2004, 98 y 178) que señalan que el art. 149.1.1ª CE “... lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas “condiciones básicas” uniformes- el ejercicio de esas

Lo cierto es que, hasta esa fecha, las CCAA habían ejercido sus competencias en materia de asistencia social sin coordinación entre ellas; esta Ley garantiza la igualdad en las condiciones básicas de la protección a las situaciones de dependencia<sup>14</sup>. Esta garantía no excluye la intervención de las CCAA, como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional<sup>15</sup>. Si con anterioridad a la Ley se producían desigualdades territoriales al regular las CCAA de diferente forma la materia asistencial, aquéllas no desaparecen por la Ley 39/2006; en efecto, lo que la Ley garantiza es una igualdad en la protección mínima de la dependencia pero a partir de ahí las CCAA son libres para prestar una mayor protección. Y ello ha sido aceptado por el Tribunal Constitucional al decir que “la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento” y que no se impone “que todas las CCAA tengan que ejercer sus competencias de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes”<sup>16</sup>.

De esta manera, a la luz de la Ley de Dependencia, existe un nivel mínimo de protección que es igual para todo el territorio nacional y financiado por la Administración General del Estado (AGE) y dos niveles más en los que se introducen las diferencias<sup>17</sup>; un segundo nivel

---

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”. Vid. del autor, “Título competencial y encuadramiento del modelo de protección social de la dependencia”, en “Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia”, op. cit., pg 114.

14 Tal necesidad de coordinación la pone de relieve CAVAS MARTÍNEZ; vid. del autor “Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, en AS nº 13, 2006 (BIB 2006, 1351).

15 El art. 149.1.1º CE “...permite al Estado una regulación, aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico” (STC 61/1997, de 20 de marzo).

16 Vid. SSTC 37/1981, de 16 de noviembre y 150/1990, de 4 de octubre.

17 Conforme al RD 569/2011, de 20 de abril, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del SAAD para el ejercicio 2011, tal mínimo de protección garantizado es el siguiente:

Grado III Gran Dependencia, nivel 2.- 266'57 euros y para el nivel 1.- 181'26 euros

que se acuerda entre aquélla y la Comunidad Autónoma y se plasma en un convenio<sup>18</sup>, el cual fija los objetivos a alcanzar y también los recursos aportados por la Comunidad Autónoma, que no podrán ser inferiores a los aportados por la Administración Central para el nivel mínimo de protección más la parte que acuerden la Administración autonómica y el Estado. Las cuantías han ido en ascenso desde 2007; así, los créditos de la AGE para Andalucía, han sido para el nivel mínimo, en el 2007, 33.544.119'56 euros y en el 2010, 378. 234.791'64 euros; para el nivel acordado, fueron 36.246.571 euros en el 2007 y en el 2010 han sido 61.329.121 euros, estableciéndose para el primer año un fondo general a repartir de 220.000.000 euros mientras que para 2010 ha sido de 283.197.420 euros<sup>19</sup>.

Junto a éstos, existe la posibilidad de crear un tercer nivel adicional por las Comunidades Autónomas.

### **III. Las competencias de la Comunidad Autónoma andaluza: evolución histórica**

Las Comunidades Autónomas juegan un papel esencial en la protección de las situaciones de dependencia hasta el punto de anticiparse en su previsión normativa a la Ley estatal de Promoción de la autonomía y Atención a la dependencia. En el ámbito que nos ocupa, las Comunida-

---

Grado II Dependencia Severa, nivel 2.- 103'02 euros y para el nivel 1.- 70'70 euros  
Grado I Dependencia moderada, nivel 2.- 60'00 euros

18 Art. 10.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

19 [http://www.dependencia.imserso.es/dependencia\\_01/documentacion/estadisticas/datos\\_estadisticos\\_saad/ano\\_2010/index.htm](http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/documentacion/estadisticas/datos_estadisticos_saad/ano_2010/index.htm). Hay que citar la Resolución de 15 de junio de 2011, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publica el Acuerdo por el que se actualizan las variables previstas en el Marco de Cooperación Interadministrativa y criterios de reparto de créditos de la Administración General del Estado para la financiación durante 2010-2013 del nivel acordado, y se aprueba el reparto de créditos de la Administración General del Estado, para la financiación durante el ejercicio 2011 del nivel acordado previsto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia.



des Autónomas han desarrollado sus competencias en materia de asistencia social dentro de la cual estarían las situaciones de dependencia.

Como precedentes autonómicos a la regulación estatal, podemos citar en Andalucía la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales, la cual estableció en el art. 4 que: “Los servicios sociales comprenden aquellos recursos, actividades y prestaciones organizadas para la promoción del desarrollo de los individuos y grupos sociales para la obtención de mayor bienestar social y una mejor calidad de vida, así como para la prevención y eliminación de la marginación social. A estos efectos, los servicios sociales estarán coordinados con aquellos otros medios públicos o de iniciativa social que, en el área de bienestar social, tengan como finalidad favorecer el libre desarrollo de la persona dentro de la sociedad”. Esta Ley presta atención especial a la vejez promocionando su bienestar y creando los servicios sociales especializados para este sector de población.

La Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad de Andalucía, establece que la misma “tiene como objeto regular las actuaciones dirigidas a la atención y promoción del bienestar de las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, con el fin de hacer efectiva la igualdad de oportunidades y posibilitar su rehabilitación e integración social así como la prevención de las causas que generan deficiencias, discapacidades y minusvalías”; define la Ley a la persona con discapacidad como la “que tenga una ausencia o restricción de la capacidad de realizar una actividad como consecuencia de una deficiencia”, y ésta es la pérdida o anomalía de una estructura o función psíquica, fisiológica o anatómica; a la persona con minusvalía la define como “aquella que, como consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, se encuentra en una situación de desventaja que le limita o impide el desempeño de un papel, que es normal en su caso, en función de su edad, factores sociales y culturales y así haya sido calificada la minusvalía por los órganos de las Administraciones Públicas que tengan atribuida esta competencia, de acuerdo con la legislación vigente”<sup>20</sup>.

---

20 Art. 7 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad de Andalucía.

También hay que citar la Ley 6/1999, de 17 de julio, de atención y protección a las personas mayores, que ha tratado de dar una respuesta a los problemas específicos de estas personas.

Al amparo de esta legislación, la Consejería de Igualdad y Bienestar Social ha ofrecido ayudas y servicios a las personas en situación de dependencia<sup>21</sup>; de ello es exponente el “Plan de apoyo a las Familias andaluzas”, los “programas de estancia diurna y respiro familiar”, el “Servicio de ayuda a domicilio” que se ha gestionado por los Servicios Sociales Comunitarios de las Entidades Locales de Andalucía, el “Plan Andaluz de Servicios Sociales para Alzheimer”, se implantan el “Sistema de control de errantes” y el “Servicio Andaluz de Teleasistencia” así como “Programas piloto para el apoyo en el hogar de cuidadores y cuidadoras familiares de personas en situación de dependencia”, contando, pues, con la intervención de las Entidades Locales y del tercer sector de acción social<sup>22</sup>.

Más adelante, aparecida la Ley 39/2006, se pondrá de relieve en ella la importancia de la actuación de las CCAA; así, señalará en su Exposición de Motivos que la competencia exclusiva que le reconoce el art. 149.1.1º CE “justifica la regulación de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la colaboración y participación de las Administraciones Públicas y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del art. 148.1.20 CE”; esta integración se refleja en los principios que inspiran la Ley, pues, uno de ellos será

---

21 Vid. NAVARRO M., op. cit., pg. 101 y ss.

22 La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, atribuye a estas Entidades competencia en la prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social (art. 25.1.k) y, de otro lado, con el tercer sector nos referimos a todas las organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales (art. 2.8 L 39/2006).

“la colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del SAAD que se establecen en la presente Ley y en las correspondientes normas de las CCAA y las aplicables a las Entidades Locales” y otro principio será, “la integración de las prestaciones establecidas en esta Ley en las redes de los servicios sociales de las CCAA...”<sup>23</sup>; en el art. 14 sigue contando con la acción de las CCAA al decir que los servicios sociales de promoción de la autonomía y atención a la dependencia, es decir, el Catálogo de servicios del art. 15, “se prestarán a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas...” y redundando en ello en el art. 16 al decir que “las prestaciones y servicios establecidos en esta Ley se integran en la Red de Servicios Sociales de las respectivas Comunidades Autónomas en el ámbito de las competencias que las mismas tienen asumidas”. Ello exige la necesaria articulación del SAAD con los recursos existentes en las CCAA<sup>24</sup>.

De otro lado, la Ley a la hora de estructurar la protección a la dependencia, atribuye un primer nivel de protección al Estado pero los siguientes niveles de protección los deja, para su prestación, a las CCAA<sup>25</sup>, naturalmente, con la correspondiente cooperación interadministrativa, que se plasmará en Convenios<sup>26</sup>. Además, fija expresamente la participación de las CCAA en el Sistema al atribuirle expresamente una serie de funciones como son: a) Planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia; b) Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia; c) Establecer los procedimientos de coordinación so-

---

23 Art. 3 l) y o) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

24 Como pone de relieve L.F. ANGUAS ORTIZ; vid. del autor, “El sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía”. “Documentación administrativa” nº 276-277. Sept.-dic. 2006; en-abr. 2007. Ed. INAD. Pg. 271.

25 Art. 7 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

26 Art. 10 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

ciosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención; d) Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad; e) Asegurar la elaboración de los correspondientes Programas Individuales de Atención; f) Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios; g) Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo y h) Aportar a la Administración General del Estado la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación contenidos en el artículo 32<sup>27</sup>.

El propio Estatuto de Autonomía de Andalucía, después de su reforma por la LO 2/2007, de 19 de marzo, recoge en su art. 10.3.15 como uno de sus objetivos: “la especial atención a las personas en situación de dependencia” y el art. 37.1.4 fija como uno de los principios rectores de las políticas públicas de la Comunidad “la especial protección de las personas en situación de dependencia que les permita disfrutar de una digna calidad de vida”. Y en su art. 61 señala que: “Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que, en todo caso, incluye:

- a) La regulación, ordenación y gestión de los servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementaria de otros sistemas de protección pública.
- b) La regulación y aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.

Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, reinserción y rehabilitación”.

---

27 Art. 11 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Y el art. 24 del mismo expone que “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”.

Evidentemente, la Comunidad ha de desarrollar las competencias que tiene reconocidas aunque ahora en el marco dibujado por la Ley de Dependencia.

Para la coordinación entre estas Administraciones la Ley prevé un órgano específico: el Consejo Territorial del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia; es éste un órgano colegiado y representativo del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, constituido por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (hoy de Inmigración), por representantes de las CCAA que serán mayoría y recae en nuestra comunidad autónoma en el/a titular de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social y por representantes de los diferentes departamentos ministeriales; además, el Consejo fijará la participación de las entidades locales<sup>28</sup>.<sup>29</sup>.

---

28 Arts. 8 y 12 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

29 Como funciones de este órgano el art. 8 hace una enumeración de las mismas, sin perjuicio de otras reconocidas a lo largo del articulado de la Ley, y son las siguientes: a) Acordar el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el artículo 10; b) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos de acuerdo con los artículos 10.3 y 15; c) Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas previstas en el artículo 20 y en la disposición adicional primera ; d) Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios; e) Acordar el baremo a que se refiere el artículo 27, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración; f) Acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos; g) Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema; h) Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes; i) Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia; j) Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y en especial las normas previstas en el artículo 9.1; k) Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.

Pero, además, la cooperación interadministrativa se facilita con la celebración de convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas; en el Convenio se fijan los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones; se reflejan los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo y la compatibilidad e incompatibilidad de los mismos, además de su financiación<sup>30</sup>. La Resolución de 14 de febrero de 2007 de la Secretaría General Técnica publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de programas que tengan por objeto la atención a las personas en situación de dependencia mediante la realización de los proyectos dirigidos a personas con dependencia que, independientemente de la edad, requieren de atención para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, con el objetivo de que, en la medida de lo posible, permanezcan en su entorno afectivo y social habitual si éste es su deseo y el de su familia así como a las propias familias cuidadoras<sup>31</sup>.

La Comunidad Autónoma de Andalucía, siempre en el ámbito de sus competencias, garantiza las prestaciones establecidas en la Ley de Dependencia integrándolas en el Servicio Público de Servicios Sociales de Andalucía conforme ordena la Ley de Dependencia en su art. 16.1. La red de servicios sociales engloba a los centros públicos de las CCAA y de las Entidades Locales, los centros de referencia estatal y los centros privados concertados debidamente acreditados<sup>32</sup>. Son, pues, los Servicios Sociales los que han asumido la atención a la dependencia.

---

30 Art. 10 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

31 Cláusula 1ª del Convenio contenido en la Resolución. (BOE nº 50 de 27 de febrero de 2007).

32 Los servicios sociales en Andalucía aparecen regulados por la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales en Andalucía y están integrados por los Servicios Sociales Comunitarios y por los Servicios Sociales especializados. Los primeros

## IV. La titularidad del derecho

La Ley consagra un derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Producida y acreditada la situación de necesidad, la persona tiene derecho a ser protegida. El derecho está basado en el principio de universalidad en el acceso de todas las personas en situación de dependencia en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación<sup>33</sup>, algo que recoge también la norma autonómica andaluza al garantizar “el derecho de todos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones de un sistema público de servicios sociales”<sup>34</sup>.

La Ley de Dependencia concreta quiénes sean los titulares de este derecho: los españoles que se encuentren en situación de dependencia, residan en territorio español en el momento de solicitar el reconocimiento del derecho y lo hayan hecho durante cinco años de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud y, si lo solicitan en Andalucía, que residan en algún municipio de esta Comunidad al tiempo de la solicitud. Mas la Ley hace una referencia especial a los extranjeros que se encuentran en España y a los españoles no residentes en España y emigrantes retornados. Sobre estos extremos, sólo vamos a hacer unas breves precisiones.

Así, de acuerdo con la Ley de Extranjería<sup>35</sup>, los extranjeros residentes en España tienen derecho a las prestaciones y servicios sociales

---

incluyen: los Servicios de Información, Valoración, Orientación y Asesoramiento; Ayuda a Domicilio; Convivencia y Reinserción Social; Cooperación Social y otros; los segundos, tienen su razón de ser en la existencia de colectivos que requieren una atención específica, pudiendo mencionar: las residencias y Unidades de Día para personas mayores, los centros y servicios de Estimulación Precoz y de recuperación médico-funcional, los centros residenciales y ocupacionales para personas con minusvalía.

33 Art. 3 b) de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

34 Art. 23.1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

35 Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

“tanto generales y básicos como a los específicos”, en las mismas condiciones que los españoles mientras que los extranjeros “irregulares” sólo tienen derecho a las prestaciones y servicios básicos. La cuestión radica en determinar cuáles sean los básicos y cuáles los específicos; si atendemos a la legislación autonómica, la Ley de Servicios Sociales al definir los Servicios Sociales Comunitarios los define diciendo que “constituyen la estructura básica del sistema público de los servicios sociales de Andalucía”, de manera que a éstos tendrían acceso los extranjeros no residentes si se encuentran en una situación de necesidad mientras que los residentes accederían a todos los servicios sociales dispensados en la Comunidad Autónoma<sup>36</sup>.

En relación a los españoles no residentes en España, la Ley reguladora del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior<sup>37</sup> dedica un precepto a las personas dependientes encargando a los poderes públicos la extensión de la red de servicios sociales, la adopción de medidas encaminadas a su bienestar y el apoyo a las asociaciones españolas constituidas para este fin; sin embargo, la dificultad que esto entraña hace necesaria la firma de acuerdos bilaterales con los países en que se encuentren a fin de que puedan acceder a los servicios nacionales existentes al respecto<sup>38</sup>.

En cuanto a los emigrantes españoles retornados, la Ley señala que el Gobierno, previo acuerdo con el Consejo Territorial del SAAD, establecerá las condiciones de acceso de estas personas al Sistema de Atención a la Dependencia. Ello lo fijó en el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia.

---

36 Vid. BLASCO RASERO Cr., “El derecho a la protección del sistema de autonomía y atención a la dependencia. Titularidad y prestaciones económicas”, en AAVV (Coord. González Ortega) “La aplicación de la Ley de Dependencia en Andalucía”. CARL. Ed. Mergablum 2008. Sevilla, pg. 112 y ss.

37 Ley 40/2006, de 14 de diciembre.

38 Sobre las ayudas y subvenciones para los españoles emigrantes residentes en el extranjero, vid. Orden TAS/561/2006, de 24 de febrero, Orden TAS/874/2007, de 24 de marzo y RD 8/2008, de 11 de enero.



Hay que señalar que, en general, se les reconoce, una vez determinada la situación de dependencia, las mismas prestaciones y servicios que a cualquier español y esta protección se extiende a sus familiares con nacionalidad española<sup>39</sup>. Esta línea es seguida por la normativa andaluza; así, el Decreto 168/2007, de 12 de junio<sup>40</sup> permite, en su Disposición Adicional 1ª, el acceso a las prestaciones del SAAD a todas las personas que tengan la condición de emigrantes a los que no se exigirá un período de residencia previa de cinco años de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud<sup>41</sup> aunque sí se les exige haber residido fuera de Andalucía un período igual de tiempo y fijar su residencia en esa Comunidad Autónoma al retornar<sup>42</sup>. Estas prestaciones se extinguirán cuando el emigrante retornado resida en territorio español el tiempo exigido por la Ley de Dependencia, en cuyo caso accederá a las prestaciones del SAAD.

## **V. Situación actual en la Comunidad Autónoma de Andalucía: la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía**

La Comunidad Autónoma andaluza, con competencia exclusiva en servicios sociales (art. 61 EA), ha ido desarrollando esta competencia a lo largo del tiempo en cumplimiento de los objetivos marcados en su propio Estatuto de Autonomía en este campo como son la mejora de la calidad de vida de sus habitantes, la cohesión social mediante un eficaz sistema de bienestar público, encaminado a la superación de la exclusión social, la atención a las personas en situación de dependencia y la integración social, económica y laboral de las personas con discapacidad (art. 10).

---

39 Vid. al respecto BLASCO RASERO Cr., op. cit., pg. 116 y ss.

40 Por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD, así como los órganos competentes para su valoración.

41 Art. 5.1 c) de la Ley de Dependencia.

42 Vid. art. 48 de la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el mundo.

Un gran impulso en su desarrollo lo ha supuesto la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, disponiendo la Comunidad los mecanismos necesarios para la puesta en marcha del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía cumpliendo el calendario previsto en esta Ley.

En un principio, no se optó por crear una Consejería específica para la atención a la dependencia sino que la responsabilidad recayó sobre la Consejería de Igualdad y Bienestar Social que la ha encauzado a través de sus distintas Direcciones Generales, interviniendo en distintas fases del procedimiento en función de la materia. Así, la Dirección General de Servicios Sociales e Inclusión asumió los Servicios Sociales Comunitarios; la Secretaría General Técnica, la gestión de las prestaciones económicas; las Direcciones Generales de Personas Mayores o Personas con Discapacidad responsables de la gestión de Centros de Día o Residencias y a ello se suman las ocho Delegaciones Provinciales de la Consejería.

Actualmente, la Junta de Andalucía ha llevado a cabo una reforma de reordenación del sector público a través de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, que da lugar a la modificación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía en su Título III sobre “Entidades instrumentales de la Administración de la Junta de Andalucía”, introduciendo las llamadas agencias públicas empresariales. De esta manera en el sector de servicios sociales se crea la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía por la Ley 1/2011, de 17 de febrero (art. 18) dependiente de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social y que asume las competencias antes diseminadas entre las distintas Direcciones Generales.

Con la creación de esta Agencia se modifica la estructura de la Consejería al suprimirse la Secretaría General para la Atención a la Dependencia y adscribirse a ella esta Agencia con la competencia en materia de la dependencia<sup>43</sup>.

---

43 El Decreto 102/2011, de 19 de abril modifica el Decreto 174/2009, de 19 de mayo que establecía la estructura de la Consejería adscribiendo a la misma el Insti-

## A. Los principios de actuación de la Agencia

Serán éstos los principios que presiden el funcionamiento de la Administración de la Junta de Andalucía como la eficacia, jerarquía, descentralización funcional, desconcentración funcional, buena fe, transparencia, imparcialidad, no discriminación, responsabilidad por la gestión pública, tal como señala la Ley 9/2007, de 22 de octubre de la Administración de la Junta de Andalucía<sup>44</sup>; éstos unidos a los que presiden la actuación de los servicios sociales como son: solidaridad, igualdad y universalidad, participación, prevención, globalidad, es decir, la consideración integral de la persona a tenor de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía<sup>45</sup> y la más reciente Ley de Dependencia como el carácter público del Sistema, la transversalidad de las políticas que se sigan en la atención a las personas en situación de dependencia, personalización de la atención...<sup>46</sup>.

## B. Fines generales

La agencia pública empresarial “Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía” tiene personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad jurídica y de obrar, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión en los términos previstos en la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

La Agencia está adscrita a la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social y se rige por lo dispuesto en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, por la Ley 9/2007, de 22 de octubre, por los Estatutos de la entidad, por la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía, según el texto refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de

---

tuto Andaluz de la Mujer, de la Juventud y la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía.

44 Art. 3 de la Ley.

45 Art. 2 de la Ley.

46 Art. 3 de la Ley.

2 de marzo y por las demás normas generales aplicables a las agencias públicas empresariales.

Como fines de la misma se le atribuye, en primer lugar y en cuanto a nosotros nos interesa: “El desarrollo de las actividades de organización y prestación de los servicios necesarios para la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía”. En segundo y tercer lugar se le atribuyen:

- La promoción, desarrollo y gestión de recursos de atención social a las personas, a las familias y a los grupos en que éstas se integran para favorecer su bienestar, así como la gestión de recursos y el desarrollo de actuaciones en materia de protección a la infancia.
- La atención a las drogodependencias y adicciones y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social<sup>47</sup>.

Además, ejercerá y desarrollará las competencias, funciones y actuaciones que le confieran sus Estatutos, la Consejería a la que está adscrita la Agencia y las demás normas habilitantes que le puedan ser de aplicación.

La atribución de estos fines ha originado, de acuerdo con el Decreto, la extinción de dos Fundaciones: la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención a las Drogodependencias e Incorporación Social y la subrogación de la citada Agencia en las relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones de los que son titulares estas fundaciones según la Disposición Adicional 1ª del Decreto; esta Disposición dispone, también, la subrogación de la Agencia en la totalidad de los derechos y obligaciones de la Consejería en materia de igualdad y bienestar social.

El ejercicio efectivo de las competencias y funciones atribuidas se inicia en el momento de entrada en vigor de los Estatutos, que ha sido al día siguiente de su publicación en el BOJA.

---

47 Art. 18 de la Ley 1/2011, de 17 de febrero y art. 7 de sus Estatutos.

### C. Potestades administrativas

La Agencia tiene las potestades administrativas necesarias para el cumplimiento de sus fines y, en concreto, como señala el art. 8.2.f) de su Estatuto, “las correspondientes para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia”<sup>48</sup>.

El ejercicio de las actuaciones relativas a las potestades administrativas corresponde al personal funcionario adscrito funcionalmente a la Agencia y las tareas de dirección relacionadas con el ejercicio de las funciones públicas serán ejercidas por el personal directivo de la Agencia que deberá ostentar la condición de funcionario de carrera<sup>49</sup>.

### D. Competencias, funciones y atenciones

A la Agencia, en materia de desarrollo de las actividades de organización y prestación de los servicios necesarios para la gestión del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, le corresponde:

- a) La planificación, ordenación, coordinación y dirección de los servicios de promoción de la autonomía personal, prevención y atención a las personas en situación de dependencia.
- b) La gestión de los servicios, recursos y prestaciones necesarios para la valoración, promoción de la autonomía, prevención y atención a la dependencia.
- c) La coordinación de los Servicios Sociales con los Servicios Sanitarios en la valoración de la dependencia así como en las prestaciones y servicios dirigidos tanto a la prevención y aten-

---

48 Otras potestades administrativas serán: a) autoorganización b) fe pública c) revisión de oficio de sus actos y acuerdos d) gestión, recaudación e inspección de precios públicos y demás ingresos de Derecho público no tributarios e) autotutela y recuperación del dominio público.

49 Art. 8 del Estatuto.

ción a la dependencia como a la promoción de la autonomía personal.

- d) La acreditación de Centros y Servicios al objeto de garantizar el cumplimiento de los requisitos y estándares de calidad.
- e) La acreditación de las entidades gestoras del servicio de ayuda a domicilio.
- f) Sin perjuicio de las competencias que corresponden a los Servicios sociales comunitarios, la elaboración de los Programas Individuales de Atención, con determinación de los servicios y prestaciones que correspondan a las personas beneficiarias así como su control, seguimiento y revisión.
- g) La evaluación periódica del funcionamiento del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en Andalucía.
- h) El control, seguimiento y revisión de la calidad en la atención, tanto en los centros como en el domicilio de las personas en situación de dependencia.
- i) Velar por el respeto de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de las personas beneficiarias del Sistema.

Hay que resaltar que corresponde también a la Agencia, en esta materia, la promoción de la investigación y de la innovación y de la formación de las personas que prestan sus servicios en las áreas de su competencia; la promoción de la participación de instituciones, entidades, sectores y personas relacionadas con los servicios sociales y la dependencia y la colaboración con las Administraciones Públicas en el ámbito de sus fines<sup>50</sup>. Además, corresponde a la Agencia promover la mejora continua de la calidad de la atención a las personas usuarias de los servicios y prestaciones de los servicios sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

---

<sup>50</sup> Art. 9 del Estatuto.

## E. Gestión

La agencia implanta un modelo de gestión que permita optimizar la prestación del servicio público que ofrece a los ciudadanos de acuerdo con los fines que tiene encomendados, basado en la gestión por procesos, la gestión por competencias en sus recursos humanos, la adopción de sistemas de calidad y la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación. Además, tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de la Consejería a la que está adscrita<sup>51</sup>.

## F. Organización de la Agencia

No vamos a entrar a analizar los distintos órganos de funcionamiento de la Agencia; pero sí decir que, de acuerdo con los artículos 11 a 21, se estructura en los siguientes órganos: 1.- Órganos de Gobierno que estarán integrados por una Presidencia, una Vicepresidencia y un Consejo Rector. 2.- Órgano de dirección que será la Dirección-Gerencia. 3.- Órgano de control: la Comisión de control y 4.- Órgano consultivo: será el Comité consultivo.

En su estructura territorial destacan los servicios centrales y los servicios territoriales; respecto a éstos últimos destacamos que las Delegaciones provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social mantienen el relevante papel que ostentaban con anterioridad a la creación de la Agencia. De esta manera, los servicios territoriales dependientes de las Delegaciones desarrollarán y ejecutarán los planes de actuación así como las tareas y funciones que les sean atribuidas en el ámbito correspondiente. Las Delegaciones Provinciales conservarán las competencias que les venían atribuidas por el Decreto 168/2007, de 12 de junio, en concreto el art. 21 del Estatuto menciona que les corresponde: dictar las resoluciones que determinan el grado y nivel de dependencia, las resoluciones de aprobación

---

<sup>51</sup> Art. 24 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

de los Programas Individuales de Atención, las resoluciones de los procedimientos de revisión del grado o nivel de dependencia y del Programa Individual de Atención así como las resoluciones del procedimiento para la revisión de las prestaciones reconocidas.

## G. Planes de la Agencia

Hemos de distinguir tres tipos de planes: el plan anual de actuación, el plan plurianual de gestión y el plan de acción anual. El primero de ellos recoge los objetivos a conseguir, los resultados a obtener y la gestión a desarrollar; determinará los plazos para la elaboración de los planes de prevención de riesgos laborales, igualdad, calidad y el de responsabilidad social corporativa; como subsidiaria se aplica la Ley que regula la Administración de la Junta de Andalucía –Ley 9/2007, de 22 de octubre- que indica que el Plan recogerá también los recursos personales, financieros y materiales para el funcionamiento de la entidad y tendrá una duración de cuatro años<sup>52</sup>. Este Plan ha de ser aprobado por la persona titular de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

Una vez concluida la vigencia de este Plan, la Agencia continúa sus actividades conforme a lo establecido en los planes plurianuales de gestión que tienen el mismo contenido que hemos señalado. La Dirección-Gerencia elaborará una propuesta del mismo que será previamente aprobada por el Consejo Rector y, posteriormente, por la persona titular de la Consejería mencionada.

El plan de acción anual fijará los objetivos a alcanzar y las acciones a desarrollar en ese año, además de los resultados a obtener. Establecerá los recursos –personales, materiales y presupuestarios - necesarios para lograr los fines señalados, los sistemas y mecanismos de seguimiento y medición de los indicadores asociados para conocer los resultados, el plan de formación del personal y, por último, los efectos derivados del grado de cumplimiento unido a la responsabi-

---

<sup>52</sup> Art. 58 de la Ley y art. 30 del Estatuto.



lidad por la gestión y la masa salarial destinada al complemento de productividad del personal laboral. El control de su eficacia corresponde a la Consejería.

La persona titular de la Dirección-Gerencia elaborará este plan que elevará al Consejo Rector y éste a la persona titular de la Consejería para su aprobación.

## H. Régimen económico

Hemos mencionado que esta Agencia es heredera de la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y la Fundación para la Atención de las Drogodependencias e Incorporación Social; los bienes de estas Fundaciones, creada la Agencia y extinguidas éstas, se han incorporado al patrimonio de la Comunidad Autónoma; no obstante, la Comunidad se ha comprometido a adscribir a la Agencia todos los bienes necesarios para el cumplimiento de sus fines. Los recursos asignados a la Agencia provienen de las dotaciones asignadas por la Comunidad Autónoma; de las asignaciones provenientes de los presupuestos de otras Administraciones o entidades públicas; de las rentas de sus bienes, valores o de la enajenación de sus bienes; de los préstamos u otras operaciones financieras que pudiera concertar con la autorización correspondiente de la Consejería de Hacienda y, finalmente, de cualesquiera otras donaciones o ingresos que pudieran realizarle conforme a la legislación aplicable.

Tanto sus presupuestos como su programa de actuación, inversión y financiación se plasmarán en una propuesta realizada por la persona que ostente la Dirección-Gerencia de la Agencia, serán sometidos al Consejo Rector y se remitirán a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social que los remitirá para su aprobación a la Consejería de Hacienda<sup>53</sup>.

---

53 Arts. 37 y 38 de los Estatutos.

## **VI. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones en la Comunidad Autónoma de Andalucía**

### **A. Inicio del procedimiento**

La creación de la Agencia no altera en sí el procedimiento contemplado en la Ley de Dependencia. Sí hay que resaltar que las competencias de las Delegaciones Provinciales de la Consejería para Igualdad y Bienestar Social pasan a los Servicios Territoriales de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía si bien la persona titular de la Delegación Provincial pasa a ser el representante de los Servicios Territoriales de la Agencia.

El procedimiento lo regula el art. 28 de la Ley que establece que la resolución, expedida por la Administración autonómica, deberá contener:

- el reconocimiento del grado y nivel de dependencia
- los servicios y prestaciones a que tiene derecho el solicitante

La iniciación del procedimiento corresponde a la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o por quien ostente su representación o patria potestad y ha de cumplir dos requisitos:

- Ser mayor de tres años pues la protección a los menores de esa edad consiste en cubrir las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, otorgar prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar<sup>54</sup>,
- Cumplir con el requisito de residencia, ya mencionado.

La resolución la expedirá el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente en atención a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado. En Andalucía, esta

---

54 DA 13ª de la Ley 39/2007, de 14 de diciembre.

materia aparece regulada en el Decreto 168/2007, de 12 de junio, vigente después de la creación de la Agencia.

Así, los Servicios Sociales Comunitarios conocerán del inicio de la tramitación y ante ellos se presentará la solicitud extendida en modelo oficial<sup>55</sup> y se acompañará de una serie de documentos como son:

- DNI o documento acreditativo de su personalidad
- Documento acreditativo de la representación, si fuera el caso
- Certificado de empadronamiento acreditativo de la residencia del solicitante en un municipio de Andalucía y de residencia en territorio español durante cinco años de los cuales dos serán inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud o, tratándose de menores de tres años, de las personas que ejerzan la patria potestad.

Conforme al Decreto, corresponde a las Delegaciones provinciales de la Consejería la valoración de la situación de dependencia y a ellas se remitirá la documentación.

## B. Valoración de la dependencia

El procedimiento de reconocimiento de la situación de Dependencia continúa en el Servicio de Valoración de la Dependencia de cada Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social. Este órgano determinará el grado y nivel de dependencia, correspondiéndole las siguientes funciones:

- Recabar el informe sobre la salud de la persona solicitante conforme al modelo que se establezca
- Aplicar el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para menores de tres años establecidos en el RD 504/2007, de 20 de abril<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> Orden de la Consejería de 23 de abril de 2007 (BOJA nº 83, de 27 de abril).

<sup>56</sup> Este Real Decreto ha sido modificado por la Resolución de 29 de junio de 2010 de la Secretaría Técnica de Política Social y Consumo, por la que se publica el acuerdo del Consejo Territorial del SAAD.

- Establecer la correspondencia entre el resultado del baremo citado con la información relativa a las condiciones de salud
- Formular ante la persona titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social la propuesta de resolución sobre el grado y nivel de dependencia
- Prestar asistencia técnica y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en los que sea parte la Administración de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.
- Aquellas otras funciones que le sean legal o reglamentariamente atribuidas.

Ahora bien, no sólo se va a valorar la salud del solicitante sino también su entorno para cumplir el objetivo de que el dependiente continúe en su entorno habitual siendo la excepción el ingreso en un centro. Para ello, recibido el informe de salud del SAS, el órgano de valoración comunicará a la persona solicitante el día y la hora en que el personal profesional de dicho órgano acudirá a su domicilio o lugar de residencia para efectuar la valoración. De forma excepcional, los órganos de valoración podrán llevar a cabo la valoración en unas instalaciones diferentes al domicilio de la persona solicitante. Se producirá la caducidad del procedimiento cuando la valoración fuese imposible por causas imputables a la persona del solicitante<sup>57</sup>.

---

57 Así lo establece el art. 92.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor, "En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes".

### C. Resolución del procedimiento

Una vez realizada la valoración, el Servicio de Valoración presentará una propuesta de resolución que presentará, a su vez, a la persona titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social para que emita la correspondiente resolución. Dicha resolución contendrá, en primer lugar, el grado y nivel de dependencia del solicitante y se indicará la efectividad del derecho conforme al calendario establecido en la Disposición Final 1ª de la Ley de Dependencia y también, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se fije; y en segundo lugar, contendrá los servicios o prestaciones que correspondan en su caso a la persona interesada de acuerdo con su grado y nivel de dependencia.

Esta resolución debe dictarse y notificarse a la persona solicitante o a su representante, si lo tuviera, en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de entrada en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al municipio de residencia de la persona solicitante. Si no se produce la notificación, la solicitud debe entenderse desestimada, no obstante la obligación de la Administración de resolver expresamente. La efectividad de la resolución se extiende a todo el territorio nacional, debiendo ser comunicada a los Servicios Sociales correspondientes. Aún así, la resolución no va a ser eficaz hasta que se apruebe el Programa Individual de Atención.

El RD 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, modifica el apdo. 2 de la Disposición Final 1ª de la Ley 39/2006, estableciendo que el plazo máximo entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que la Administración competente haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones; además, a tenor del apdo. 3, el reconocimiento del derecho contenido en las resoluciones de las Administraciones Públicas competentes genera-

rá el derecho de acceso a las prestaciones correspondientes previstas en los arts. 17 al 27 de la Ley de Dependencia a partir de la fecha de la resolución en que se reconozca la prestación a la persona beneficiaria y si transcurrido dicho plazo no se hubiera notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación, el derecho de acceso a la prestación económica que, en su caso fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del plazo máximo indicado<sup>58</sup>.

Contra la resolución cabe recurso de alzada ante la persona titular de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social.

Como hemos mencionado, el grado y nivel de dependencia es susceptible de revisión en el caso de que concurren las siguientes causas:

- Mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia
- Error en el diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo

Esta revisión se iniciará a instancia de la persona beneficiada, de su representante, si lo tuviera o de oficio por la propia Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social.

## **D. El programa individual de atención en Andalucía**

Los servicios sociales comunitarios que hayan iniciado el procedimiento elaborarán la propuesta de Programa Individual de Atención (PIA) siempre, naturalmente, que en el año en que se hubiera dictado la resolución deba producirse la efectividad del derecho a tenor de lo dispuesto en la Disposición Final 1ª de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre; en otro caso, se elaborará la propuesta en los tres meses anteriores al inicio de su año de implantación. Para la elaboración del PIA se inicia, pues, de oficio un segundo procedimiento administrativo<sup>59</sup> y estará regulado por el Decreto 168/2007, de 12 de junio<sup>60</sup>.

58 Art. 5º del RD 8/2010, de 20 de mayo.

59 Como resalta L.F. ANGUAS ORTIZ; vid. del autor, “El sistema para la autonomía y atención a la dependencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía”, op. cit., pg. 283.

60 La Orden de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de 1 de octubre de 2007

En esta fase del procedimiento los servicios sociales comunitarios deberán realizar un informe social en el que se detalle la situación social, familiar y del entorno de la persona en situación de dependencia; se dará, también, participación a la persona beneficiaria o, en su caso, a las personas que la representen. Se trata de que el PIA tenga en cuenta lo más posible las condiciones en que se encuentra la persona dependiente.

Además, conforme al art. 17 del Decreto, requerirán a la persona beneficiaria a que presente la siguiente documentación en el plazo de diez días hábiles:

- la declaración del Impuesto sobre la Renta (antes también del Patrimonio) del período impositivo inmediatamente anterior, con plazo de presentación vencido, a la fecha de efectividad del derecho, conforme al calendario establecido en la Ley de Dependencia. El que no estuviera obligado a ello deberá aportar certificado de rendimientos percibidos o, en su defecto, declaración responsable de ingresos y declaración sobre la titularidad de bienes inmuebles así como de los bienes muebles que reglamentariamente se determinen.
- Documentación acreditativa de las circunstancias personales y familiares alegadas por la persona interesada.

A continuación, los servicios sociales comunitarios remitirán a la Delegación Provincial la propuesta de Programa Individual de Atención, las declaraciones realizadas, la documentación acreditativa del trámite de audiencia y el informe social sobre la situación familiar y del entorno de la persona declarada en situación de dependencia.

La remisión deberá producirse en el plazo de dos meses a contar desde que se reciba la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia. Recibida la documentación, el Delegado Provincial

---

aprueba los modelos de informe social, trámite de consulta y de la propuesta de Programa Individual de Atención del SAAD. (BOJA nº 208, de 22 de octubre de 2007).

de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, hechas las comprobaciones oportunas, dictará resolución aprobando el Programa Individual de Atención.

El Programa Individual de Atención tendrá el siguiente contenido a tenor del art. 18.2 del Decreto 168/2007, de 12 de junio:

- a) Datos y circunstancias personales y familiares de la persona en situación de dependencia
- b) Servicio o servicios prescritos, con indicación de las condiciones específicas de la prestación de éste, así como de la participación que en el coste del mismo pudiera corresponder a la persona en situación de dependencia según su capacidad económica
- c) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, prestación económica vinculada al servicio
- d) Excepcionalmente, prestación económica para cuidados familiares, cuando la persona beneficiaria esté siendo atendida en su entorno familiar y se reúnan las condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.
- e) En su caso, prestación económica de asistencia personal, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.

El PIA se notificará a la persona interesada o sus representantes legales en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los servicios sociales comunitarios y se comunicará asimismo a los servicios sociales comunitarios. Excepcionalmente, en el supuesto de que una persona beneficiaria de otra Comunidad Autónoma traslade su domicilio de forma permanente a Andalucía, los servicios sociales comunitarios dispondrán de un plazo de tres meses para elaborar el Programa Individual de Atención<sup>61</sup>.

---

61 Art. 18.6 del Decreto 168/2007, de 12 de junio.



Cabe, por supuesto, la revisión del PIA, la cual puede realizarse a instancia de la persona interesada o de sus representantes debiendo acreditar el motivo por el que se solicita la revisión o cabe también, una revisión de oficio por la Delegación Provincial a solicitud de los servicios sociales comunitarios, o cuando las circunstancias lo aconsejen y, en todo caso, cada tres años o en el caso de traslado de residencia del dependiente a la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Los servicios sociales comunitarios serán los encargados del seguimiento del PIA y de la aplicación de las prestaciones, ayudas y beneficios; cabe, además, la revisión de la prestación pudiendo ésta ser modificada o extinguida cuando varíen los requisitos exigidos para su reconocimiento o por incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en la Ley de Dependencia. La revisión se iniciará de oficio o a instancia de la persona beneficiaria a la que siempre se le dará audiencia, correspondiendo dictar la resolución al Delegado Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social<sup>62</sup>.

## VII. Los servicios y las prestaciones

### A. Los servicios

Visto el procedimiento, se puede analizar la cobertura que corresponde a cada uno de los grados que pueden ser reconocidos. Los servicios de atención a la dependencia varían según la intensidad de la protección y se determina por el contenido prestacional de cada uno de los servicios asistenciales y por la extensión o duración del mismo según el grado y nivel de dependencia fijado, tras el proceso de valoración, en la resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social. La clasificación de aquéllos es la siguiente:

- Dependencia moderada. Grado I. Nivel 1 y 2: teleasistencia; ayuda a domicilio; centro de día (UED) y de noche (UEN); es-

---

62 Vid. los artículos 20 y ss. del Decreto 168/2007, de 12 de junio.

tancias residenciales temporales en centros residenciales; prestación económica vinculada al servicio; prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

- Dependencia severa. Grado II. Nivel 1 y 2: teleasistencia; ayuda a domicilio; centro de día (UED) y de noche (UEN); atención residencial; estancias residenciales temporales en centros residenciales; prestación económica vinculada al servicio; prestación económica para cuidados en el entorno familiar.
- Gran dependencia. Grado III. Nivel 1 y 2: teleasistencia; ayuda a domicilio; centro de día (UED) y de noche (UEN); atención residencial; estancias residenciales temporales en centros residenciales; prestación económica vinculada al servicio; prestación económica para cuidados en el entorno familiar y prestación de asistencia personal<sup>63, 64</sup>

A nivel autonómico andaluz, la intensidad de la protección de los servicios y el régimen de compatibilidad de las prestaciones, indicando los centros que dispensarán las mismas, aparecen contenidos en la Orden de 3 de agosto de 2007, dentro del marco perfilado por el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley de Dependencia<sup>65</sup>.

---

63 Las Unidades de Estancia Diurna atienden tanto a las personas mayores como a las discapacitadas; para éstas hay UED especializadas ya tengan discapacidad intelectual, física o visual o parálisis cerebral, con trastornos de conducta, autistas o con enfermedad mental así como de terapia ocupacional. En Andalucía hay abiertos 168 centros de día que dependen directamente de la Junta para la promoción del envejecimiento activo y que cuentan con alrededor de 600.000 personas socias. Todos ellos cuentan con aulas de informática y ofrecen una amplia oferta de actividades de ocio y tiempo libre. (<http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial>).

64 El RD 174/2011, de 11 de febrero, aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia al que se refiere la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

65 La Orden de 3 de agosto de 2007 ha sido modificada por la Orden de 7 de marzo de 2008 en materia de incompatibilidades y por la Orden de 26 de julio de 2010

La Ley 39/2006 señala, en su art. 14, que la atención a la dependencia podrá realizarse a través de servicios y a través de prestaciones económicas; a continuación, establece el Catálogo de Servicios y hace referencia a tres tipos de prestaciones económicas: para la adquisición de un servicio que procederá de manera supletoria para el caso de que no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y para la contratación de una asistencia personal a fin de promocionar la autonomía de las personas con gran dependencia y, por último, ayudas para la financiación de necesidades específicas. La prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada por el grado y nivel de dependencia y, a igual grado y nivel, por la capacidad económica del solicitante.

La red de centros y servicios que establece la Orden de 3 de agosto de 2007 son los siguientes:

- Centros y servicios públicos de titularidad de la Administración de la Junta de Andalucía y de sus Organismos y Entidades dependientes
- Centros y servicios públicos de titularidad de las Entidades Locales de Andalucía
- Centros y servicios privados concertados del tercer sector definidos en el art. 2.8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre
- Centros y servicios privados concertados de la iniciativa privada con ánimo de lucro.

Los centros y servicios privados concertados y los centros y servicios privados no concertados que colaboren con el Sistema en la atención a las personas en situación de dependencia deberán estar acreditados conforme a la normativa autonómica aplicable<sup>66</sup>.

---

en su art. 18, añadiendo una Disposición Adicional 1ª y una nueva Disposición Transitoria.

<sup>66</sup> Hay que señalar que el Decreto 153/2011, de 10 de mayo, modifica el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los servicios sociales de Andalucía; teniendo en cuenta

La Orden de 3 de agosto de 2007, en su art. 11, hace una enumeración de las incompatibilidades que se producen para los servicios y prestaciones; entre ellas podemos destacar la compatibilidad del servicio de Teleasistencia con todas las prestaciones y los servicios salvo con el servicio de atención residencial y con la prestación económica vinculada a la adquisición de un servicio de la misma naturaleza; por el contrario, se establece la incompatibilidad del servicio de ayuda a domicilio con todo lo demás salvo con el servicio de Teleasistencia y con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal durante el período vacacional de cualquiera de éstos.

## **B. Las prestaciones económicas**

Junto a los servicios, la Ley de Dependencia y, en el ámbito andaluz, la Orden de 3 de agosto de 2007 hacen referencia a las prestaciones económicas<sup>67</sup>.

### ***Tipos***

La norma autonómica, siguiendo la pauta legal, distingue tres tipos de prestaciones:

#### ***1. Prestación económica vinculada al servicio***

Está prevista sólo para aquellos casos en los que no sea posible el acceso a los servicios públicos o concertados necesario para la persona dependiente de acuerdo con lo fijado en su Programa Individual de Acción. Contribuye, pues, a la financiación del coste de

---

la experiencia adquirida durante la vigencia del citado Decreto 87/1996, de 20 de febrero, se determina la necesidad de proceder a la revisión del mismo para su adaptación a la nueva realidad, reduciendo las cargas administrativas a los titulares de centros o servicios sociales sin que se vea perjudicado el principio de seguridad jurídica.

67 En los artículos 17 y ss. y 12 y ss. respectivamente.

los servicios que no pueden prestarse en el correspondiente ámbito territorial.

Tratándose del servicio de Atención Residencial, se considerará que no puede prestarse el servicio cuando no se disponga de plaza adecuada en los centros públicos o privados concertados en el ámbito de la provincia en que resida la persona beneficiaria si se trata de centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia o, en el ámbito autonómico, cuando se trate de centros de atención a personas con discapacidad. Si se trata de centros de día o de noche se considerará que no es posible la atención cuando no se disponga de plaza o de transporte adecuados para centros públicos o privados ubicados a una distancia máxima de cuarenta y cinco minutos con los medios habituales de locomoción desde el domicilio de la persona beneficiaria. La inexistencia o insuficiencia del servicio de ayuda al domicilio se certificará por los servicios sociales comunitarios del municipio de residencia de la persona beneficiaria.

Para que se conceda esta prestación es necesario que el posible beneficiario cumpla los requisitos específicos previstos para el acceso al servicio de atención al que se vincula la prestación o que ocupa o tiene plaza en centro debidamente acreditado.

## ***2. Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales***

Implica el reconocimiento de una prestación económica para cuidados familiares, de manera que el beneficiario recibe una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, debiendo darse las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y que lo establezca su Programa Individual de Atención.; sólo se produce de forma excepcional cuando no pueden prestarse los servicios por la comunidad<sup>68</sup>. Cubre, por tanto, esta prestación los gastos derivados de la atención prestada al dependien-

---

68 Arts. 14.4 y 18 de la Ley de Dependencia y art. 14 de la Orden de 3 de agosto de 2007.

te por un cuidador no profesional. Este deberá ajustarse a las normas de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, si bien, como señala la norma autonómica, el Estado asume el coste de la cotización a la Seguridad Social y las acciones de formación de esta persona<sup>69</sup>.

Para tener acceso a esta prestación es necesario que el beneficiario reciba los cuidados propios de su situación de dependencia en su domicilio habitual y se adecuen a sus necesidades según su grado y nivel de dependencia y, por otro lado, que se den las condiciones de convivencia y habitabilidad necesarias ya mencionadas.

### ***3. La prestación económica de asistencia personal***

En tercer lugar, se contempla esta prestación económica para supuestos de gran dependencia con la finalidad de promover la autonomía de esta persona y facilitar el acceso a la educación y al trabajo. A tales efectos, ha de contratarse un asistente personal y la prestación servirá para cubrir el coste de sus cuidados. Se limita, pues, la prestación a las personas calificadas en el grado III y las mismas han de ser capaces para determinar los servicios que requieren, ejercer su control e impartir instrucciones al asistente social. Además, ésta ha de prestar sus servicios mediante contrato con empresa prestadora de estos servicios o directamente mediante contrato laboral o de prestación de servicios con la persona beneficiaria que recogerá las condiciones de ésta e incluso, una cláusula de confidencialidad<sup>70</sup>.

## **C. Acceso a las prestaciones**

El Delegado Provincial de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social es el responsable de la ejecución de la resolución del Programa Individual de Atención por la que se reconozca el derecho a alguna

---

69 Los requisitos exigidos a la persona cuidadora no profesional aparecen en el art. 14.4 de la Orden de 3 de agosto de 2007.

70 Los requisitos que ha de reunir esta persona, asistente personal, aparecen en el art. 15.4 de la Orden de 3 de agosto de 2007.

de estas prestaciones; el mismo podrá requerir la presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos para estas prestaciones bien a los servicios sociales comunitarios, bien a la persona dependiente, a su representante o familiares.

#### **D. Determinación de la cuantía, abono y deducciones de las prestaciones**

La cuantía de las prestaciones económicas las fija el Gobierno mediante Real Decreto cada año, previo acuerdo del Consejo Territorial; ahora bien, el importe de la prestación económica que se reconoce a cada persona se determina aplicando a la cuantía mencionada un coeficiente calculado de acuerdo con su capacidad económica personal<sup>71</sup>; en ningún caso, una persona beneficiaria en situación de dependencia de Grado II podrá tener una prestación económica inferior a la cuantía fijada en la LPGE para la pensión no contributiva; de otro lado, la cuantía estará en función de la dedicación horaria de los cuidados.

La Orden de 3 de agosto de 2007 establece, en su art. 18, que el abono de estas prestaciones se efectuará en doce mensualidades anuales y preferentemente mediante transferencia bancaria a la cuenta designada por la persona beneficiaria, su representante o familiares. No obstante, este precepto, en el apartado siguiente, ha sido modificado por la Orden de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social de 26 de julio de 2010<sup>72</sup> como consecuencia de la modificación de la Disposición Final 1ª de la Ley 39/2006 por el RD 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público; así, respecto a los efectos económicos de la prestación reconocida, dispone que los tendrá a partir de la fecha de la resolución aprobatoria del Programa Individual de Atención;

---

71 De conformidad con la tabla publicada en el Orden en relación con el Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (IPREM).

72 BOJA nº 155, de 9 de agosto de 2010.

mas, en caso de que no se hubiera notificado la resolución de reconocimiento de la prestación en el plazo máximo de seis meses a contar desde la solicitud, la prestación tendrá efectos desde el día siguiente al cumplimiento del plazo máximo indicado.

Por último, establece la norma autonómica que es necesario que concurran todos los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación en el momento de la efectividad de la misma; en otro caso, los efectos económicos se producirán a partir del día primero del mes en que concurran los mismos.

Sin embargo, hay que señalar que la Orden de 26 de julio de 2010 ha establecido un aplazamiento del abono de los efectos retroactivos de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales contenido en una nueva Disposición Adicional 1ª que añade; establece la misma que la fecha de efectividad será el día siguiente al cumplimiento del plazo máximo de tramitación del procedimiento previsto en el art. 18.2 de la Orden de 3 de agosto de 2007, es decir, de seis meses. Este aplazamiento no rige para las solicitudes presentadas con anterioridad del RD 8/2010, de 20 de mayo, a las que se haya reconocido una situación de dependencia de Grado III o Grado II cuando de establezca en el PIA una prestación económica del tipo mencionado y, en tales casos, la fecha de efectividad será la fijada con anterioridad a la modificación, es decir, desde primeros del año de su implantación o desde la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia si ésta es posterior a dicha fecha.

Por otra parte, la Orden prevé deducciones en caso de percibir otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social<sup>73</sup>.

---

73 En concreto, se refiere al complemento de gran invalidez, al complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, al complemento por necesidad de tercera persona de la pensión de invalidez no contributiva y al subsidio por ayuda de una tercera persona.



## **E. Ayudas para facilitar la autonomía personal**

Esta prevista, en la Orden de 3 de agosto de 2007, la posibilidad de obtener ayudas complementarias –subvenciones- a fin de facilitar la autonomía personal y la permanencia en la residencia habitual; de ahí que deban de estar destinadas bien a la adquisición, renovación y reparación de ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de la vida ordinaria, bien a la realización de obras necesarias para facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar para mejorar su capacidad de desplazamiento.

## **VIII. Conclusiones**

El hecho de que una persona necesite de otra por carecer de autonomía personal por alguna razón física, psíquica o intelectual constituye una necesidad que ha cobrado relevancia social y a la que los poderes públicos han tratado de responder ofreciendo una protección para la misma; a ello responden la Ley de Dependencia y la normativa autonómica en la materia, creando vías para lograr aquella protección.

La Junta de Andalucía, con anterioridad a la Ley, ya había tomado conciencia de este riesgo social arbitrando medidas en colaboración con las Corporaciones locales y en aras a su competencia reconocida en el ámbito sanitario, de asistencia social y servicios sociales. No obstante, el Estado ha condicionado estas competencias autonómicas aprobando la Ley de Dependencia que establece unas “condiciones básicas” uniformes para todas las Autonomías en base al art. 149.1.1ª CE; ello sólo garantiza una igualdad de protección entre los españoles a nivel mínimo pudiendo la Junta de Andalucía y el resto de las CCAA completar esta protección. En todo caso, la Ley impone una intensa cooperación interadministrativa que se plasma en los convenios celebrados en el seno del Consejo Territorial del SAAD.

Hay que recordar que el Sistema de Autonomía y Atención a la

Dependencia da una prioridad a la obtención de servicios del Sistema frente a las prestaciones económicas que, en todo caso, han de estar necesariamente destinadas a la obtención del servicio, además de que su quantum estará en relación inversa a las posibilidades económicas del solicitante. Por otro lado, el objetivo es que el dependiente permanezca el mayor tiempo posible en su entorno habitual. Encargados de hacer llegar estos servicios a sus destinatarios serán tanto el sector privado como el público; éste dará apoyo económico a aquél que gozará, además, de beneficios y exenciones fiscales.

La creación de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía supone la culminación de un proceso que resalta la importancia de la materia en tanto en cuanto los Servicios Sociales constituyen el cuarto pilar del Estado de Bienestar. Adscrita a la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, asume las competencias en materia de dependencia. Las Delegaciones Provinciales van a seguir jugando un papel fundamental en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones que se refleja en el Programa Individual de Atención.

Además, con anterioridad a la creación de la Agencia, existía una separación entre el ejercicio de las potestades administrativas en materia de dependencia asumidas por la Consejería y la mera ejecución material de las prestaciones que en algunos casos eran llevados a cabo por la Fundación Andaluza de Servicios Sociales y en otros por las Delegaciones Provinciales; hoy se concentran las potestades administrativas y ejecutivas en una sola entidad simplificándose el procedimiento.

Andalucía ha sido la primera en desarrollar un marco normativo propio y es la Autonomía que atiende a un mayor número de personas en situación de dependencia en relación al resto del territorio nacional; así, una de cada tres valoraciones y prestaciones, el 60% de la teleasistencia y la mitad de la ayuda a domicilio se presta en Andalucía, donde funciona uno de cada tres centros de día de España. Hay abiertos 168 centros de día que dependen directamente de la Junta y

que atienden a más de 600.000 personas socias con las que se llevan a cabo programas de envejecimiento activo<sup>74</sup>.

Desde la aprobación de la Ley, más de 188.000 personas se benefician de las 248.000 prestaciones reconocidas por la Junta, ya sea por Ayuda a domicilio, Teleasistencia, estancia diurna, residencia y prestaciones económicas. Ello significa que la Comunidad andaluza aglutina el 30% de las valoraciones, prestaciones y personas beneficiarias de la Ley de la Dependencia en toda España. Se han creado 20.000 plazas financiadas por la Junta, en centros para personas mayores o con discapacidad.

Hay que resaltar que, de las prestaciones concedidas, el 55% se refiere a servicios, residencia, ayuda a domicilio, teleasistencia, centro de día y el 45% a prestaciones económicas, lo que supone un tres por ciento menos que la media nacional. La Junta invierte 2'5 millones de euros al día en el Sistema de Atención a la Dependencia, medio millón más que en el año 2009.

Favorece a la Junta el nuevo criterio de distribución de fondos aprobado en el Consejo Territorial en el 2010, con un carácter plurianual hasta 2013, por el cual se prima la atención real y efectiva de personas en situación de dependencia en detrimento de los criterios poblacionales y geográficos. Ello hace que Andalucía reciba este año 2011, 70'7 millones de euros de fondos del Estado en el nivel acordado para la financiación de la atención a las personas en situación de dependencia lo que supone 9'3 millones más que en el 2010, es decir, un 15% de incremento. Esta cantidad implica que recibirá un 25% de los 283 millones que el Estado destina a las Comunidades Autónomas, en el nivel acordado, para la atención a la dependencia.

En el momento actual, hay un efecto colateral de la aplicación de la Ley de Dependencia muy positivo y es que ha generado, en la Comunidad Autónoma andaluza, 47.000 empleos; sólo la Ayuda a domicilio ha generado más de 16.000 empleos.

---

74 <http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Dependencias/HTML/index.html>

Es de interés destacar que el 51% de las personas beneficiarias en Andalucía reside en municipios con menos de 20.000 habitantes y casi la cuarta parte vive en ayuntamientos con menos de 5.000 habitantes, lo que pone de relieve la preocupación de la Junta, a través de la Consejería, en que la atención llegue a todos los andaluces.

Entre las actividades y proyectos llevados a cabo por la Consejería hay que mencionar que ha sido de gran interés la creación de la Tarjeta Andalucía Junta sesentaycinco que, desde 2001, ha permitido a las personas mayores titulares de la misma, descuentos en el servicio de Teleasistencia, comidas en centros de día, transporte interurbano, en la compra de gafas, montura, cristales, orientación jurídica etc. Podemos mencionar también el programa de Turismo Activo para personas mayores con pocos recursos económicos con 12.480 plazas de las que, este año, 580 van destinadas al extranjero: Londres y Lisboa. De otro lado, una de las preocupaciones de la Junta ha sido la formación de los cuidadores, especialmente, no profesionales; se han organizado cursos al efecto y desde el 2009 se ha utilizado el llamado "Cuidabus", que es un aula itinerante que trata de cubrir este fin y que ha formado a más de 20.600 personas.

Por último, hay que resaltar la publicación por la Consejería del Libro Blanco del Envejecimiento Activo, pionero en Europa, que analiza las necesidades de la población mayor a fin de diseñar las políticas y actuaciones que den respuesta a sus necesidades, proponiendo 130 medidas a seguir en el campo de la salud, educación, seguridad, etc. que refleja el interés de la misma por este colectivo de personas dependientes.

Todos estos datos, pues, reflejan el interés de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería de Igualdad y Bienestar Social, de dar cumplimiento a la Ley de Dependencia y atender a los sectores necesitados.

## Capítulo VI

# La inclusión de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia y de las que no pueden valerse por sí mismas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
*Universidad de Sevilla*

### I. El ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004

Desde la promulgación del Reglamento 3/58, pasando por el Reglamento 1408/71 hasta llegar al actual Reglamento 883/2004, las numerosas reformas efectuadas respecto al ámbito de aplicación personal de estos Reglamentos sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social han culminado con la inclusión “de todas las personas aseguradas, activas o no”<sup>1</sup>.

Dispone el artículo 2.1 del Reglamento 883/2004 que el mismo “se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”.

---

<sup>1</sup> Carlos García de Cortázar y Nebreda; “El Campo de Aplicación del Reglamento 883/2004”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 64/2006; p.55.

Por su parte, el artículo 2.2 del citado Reglamento prevé que “asimismo, el presente Reglamento se aplicará a los supervivientes de las personas que hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supervivientes sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros.”

Si se confronta este precepto con el artículo 2.1 del Reglamento 1408/71<sup>2</sup> lo primero que puede resaltarse es que los términos trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia y estudiante han sido sustituidos por la expresión “persona”.

Al igual que ocurría en el Reglamento 1408/71, ostentar la nacionalidad de un Estado miembro no es requisito sine qua non para ser incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

El elemento clave para que una persona sea sujeto protegido por el Reglamento 883/2004 sigue siendo el hecho de que esté o haya estado sometida a un régimen coordinado de Seguridad Social, igual que sucedía con el Reglamento 1408/71.

En efecto, por lo que se refiere a los “trabajadores” incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 el Tribunal de Justicia había defendido que el concepto comunitario de trabajador a los efectos del Reglamento 1408/71 comprendía a “cuantos, sea bajo la apelación que sea, se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social” incluso si no ostentan en el presente un empleo pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral<sup>3</sup>.

Como tempranamente resaltó la sentencia Pierik<sup>4</sup>, aunque no ejerzan actividad profesional alguna, por el simple hecho de encon-

---

2 “El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes”.

3 STJCE de 19.3.1964, -75/63, (Unger) Rec.1964, p.347.

4 STJCE de 31.5.1979, -182/78, (Pierik) Rec., p.1977.

trarse afiliados a un régimen de Seguridad Social, los beneficiarios de una pensión o de una renta que deba abonarse al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, para el Derecho de la Unión no resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado o no al régimen correspondiente, siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable<sup>5</sup>.

Asimismo, era indiferente a los efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71, el motivo que impulsó los desplazamientos del “trabajador”<sup>6</sup>.

Por tanto, vigente el Reglamento 1408/71 ya se afirmaba con toda rotundidad que a los efectos de la delimitación de su ámbito de aplicación personal prevalecía el concepto de Seguridad Social de sujeto protegido frente al concepto estrictamente laboral de trabajador.

A la vista de las consideraciones anteriormente expuestas, respecto del artículo 2 del Reglamento 883/2004 si bien ha de ser bien recibida la simplificación que introduce en cuanto a su redacción, lo cierto y verdad es que la pretendida reforma efectuada por el Reglamento 883/2004 en cuanto a la delimitación de su ámbito de aplicación personal ha tenido un carácter más formal que sustancial, puesto que en la práctica no hay cambios por lo que respecta a los sujetos protegidos por los Reglamentos de coordinación.

E, incluso, en algunos casos, dicha simplificación es puramente nominativa puesto que, como señala TREJO CHACÓN cuando se aborda el tema de las contingencias profesionales más que de personas “sólo podemos hablar de trabajadores”<sup>7</sup>.

---

5 STJCE de 15.12.1976, -39/76, (Monthaan) Rec., p.1901.

6 STJCE de 9.12.1965, -44/65, (Singer) Rec., p.1191.

7 M<sup>a</sup> Fernanda Trejo Chacón; “Las Prestaciones de Invalidez en el Reglamento 883/2004” en: VV.AA.; La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Laborum. Murcia. 2010; p.185.

## II. La dependencia como “riesgo social” excluido del Sistema de Seguridad Social español

Es innegable que unos de los mayores retos a los que se enfrenta el Estado del Bienestar es dar respuesta a las necesidades que demandan las personas en situación de dependencia<sup>8</sup>. Y es que, como señala MERCADER UGUINA, “el Estado que se ha hecho cargo de la procura existencia (Daseinvorsorge) es decir, de llevar a cabo las medias que aseguran al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tiene ahora la necesidad de facilitar la autonomía vital de sus ciudadanos”.

En este contexto, una pluralidad de Estados de nuestro entorno tempranamente procedieron a regular prestaciones para hacer frente a las situaciones de dependencia. Es el caso de Alemania, Luxemburgo, Bélgica, Austria y Francia<sup>9</sup>.

Con la ley 39/2006 de 14 de diciembre, España se dotó de una normativa específica para “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a

---

8 Julio Alberto Torres Pérez; “Libro Blanco para las Personas en Situación de Dependencia en España”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 60/2006; p.49; “el Consejo de Europa define por persona en situación de dependencia aquel estado en el que se encuentran personas que, por razones ligadas a la falta o pérdida de la autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes para realizar las actividades de la vida diaria”.

9 Fue Alemania la pionera, con la introducción en 1995 del seguro de cuidados a las personas dependientes. En 1998 Luxemburgo creó su seguro de dependencia; en 2001 se creó el seguro de dependencia flamenco en Bélgica; en 2002 Francia estableció una prestación especial de autonomía. Cfr. Vicente Pérez Menado; “Prestaciones de Dependencia:

situación comparada en la Unión Europea”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 47; pp. 295-311.

Pero que la situación de “dependencia” no es un riesgo europeo sino universal lo demuestra el hecho de que Japón en el año 2000 introdujera en su legislación un seguro de dependencia, inspirado en el modelo austriaco.

Un estudio de la experiencia alemana y francesa es objeto de análisis por Juan Antonio Maldonado Molina; *El Seguro de Dependencia. Presente y Proyecciones de Futuro*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003; pp.70-78



la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”<sup>10</sup>.

Por lo que respecta a las prestaciones instauradas por la ley 39/2006, a la vista de la redacción dada a su artículo 1, se infiere que el ejercicio del derecho a la promoción de la autonomía personal se concibe como un derecho subjetivo. Según CAVAS MARTÍNEZ, “debe valorarse positivamente que la norma haya caracterizado como derecho subjetivo el acceso a las prestaciones de dependencia, el cual queda garantizado sin entrar en consideración de disponibilidades presupuestarias ni otros parámetros propios de la caridad o beneficencia”<sup>11</sup>.

Respecto a la naturaleza jurídica de la situación de dependencia, SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTÍNEZ<sup>12</sup> destacaron que la misma había sido calificada en numerosos estudios como un “nuevo riesgo social, propio de las sociedades maduras –o si, se prefiere, post-modernas-, que desde hace tiempo viene demandando un espacio de protección pública típico y diferenciado”.

PÉREZ MENAYO<sup>13</sup>, sin embargo, matiza “que la dependencia en cuanto a capacidad reducida de autocuidado no es un riesgo típico como la incapacidad laboral, la enfermedad profesional, la maternidad, el desempleo o incluso la vejez. Se puede decir que es un riesgo derivado y concomitante que surge en el contexto de un riesgo principal”.

En todo caso, interesa destacar ahora el hecho puesto de relieve por la doctrina de que la ley 39/2006 pretende excluir a las prestaciones de dependencia del sistema de Seguridad Social.

---

10 Artículo 1 de la Ley 39/2006.

11 Faustino Cavas Martínez; “Aspectos Fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”. *Aranzadi Social* n° 13/2006, p.27.

12 Antonio V. Sempere Navarro y Faustino Cavas Martínez; *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*. Thomson-Aranzadi. Pamplona; 2007; p.21

13 Vicente Pérez Menayo; “Políticas Públicas en materia de Dependencia: Situación Comparada en la Unión Europea” en: Santiago González Ortega y M<sup>a</sup> Gema Quintero Lima (Coord.); *Protección Social de las Personas Dependientes*. La Ley. Madrid. 2004; p.69.

Innegable prueba de ello es que el título competencial invocado por la ley 39/2006 no es el artículo 149.1.17, sino el artículo 149.1.1 de la Constitución.

De lo que se deduce, siguiendo a SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTÍNEZ<sup>14</sup> que “ni la dependencia es una contingencia protegida por la Seguridad Social (no se modifica por ello el artículo 38 de la LGSS para ampliar la acción protectora) ni son de Seguridad Social las prestaciones de dependencia que en la ley se contemplan”.

### **III. El cuidador no profesional en la Ley 39/2006**

El término “cuidador no profesional” se infiere del artículo 2.5 de la Ley 39/2006 que define los cuidados no profesionales en los siguientes términos: “la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada”.

#### **A. Delimitación del cuidador no profesional frente a otras figuras de la Ley 39/2006**

La figura del cuidador no profesional se yuxtapone, en primer lugar, al concepto de cuidador profesional (artículo 2.6)<sup>15</sup> que, como afirma GONZÁLEZ ORTEGA<sup>16</sup> presta los servicios de atención en el marco de una institución de la red de servicios, o concertada o acreditada para esta tarea y a las que a las que es necesario acudir para recibir el servicio que financia la prestación económica vinculada (art. 14.3)”.  

---

14 Antonio V. Sempere Navarro y Faustino Cavas Martínez; Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Op. cit.; p.73.

15 “Cuidados profesionales: los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro”.

16 Santiago González Ortega; “El Cuidador No Profesional de las Personas en Situación de Dependencia en la Ley 39/2006”. Temas Laborales nº 89/2007; p.305 y 299.

El cuidador no profesional también se ha de diferenciar del “asistente personal”

quien, como se infiere del artículo 2.7 de la Ley 39/2006, se caracteriza porque presta servicios consistentes en realizar o colaborar “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”.

Pero el elemento más relevante en cuanto al diferente régimen legal aplicable al cuidador no profesional y al “asistente” es que conforme al artículo 19 de la Ley 39/2006<sup>17</sup> ha de existir un vínculo contractual entre la persona en situación de dependencia y su “asistente”.

## **B. La inexistente relación contractual entre el cuidador no profesional y la persona en situación de dependencia**

A diferencia de lo que ocurre con respecto al “asistente personal” la ley 39/2006 al regular la figura del cuidador no profesional no menciona, ni aun menos exige, que exista vinculación contractual con el familiar en situación de dependencia.

Que el legislador descarta como regla general que en el caso de cuidados en el entorno familiar exista relación contractual entre la persona en situación de dependencia y su cuidador se deduce de la propia terminología escogida para designarlo, pues el término cuidador “no profesional” evoca que quien desempeña esta tarea lo hace de manera altruista por razón del vínculo de parentesco y afectivo con la persona en situación de dependencia y que, además, quien presta estos servicios lo hace con carácter no profesional, esto es, no laboral.

---

<sup>17</sup> “La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, 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. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”.

A mayor abundamiento, de la obligación contenida en el artículo 18.3 de la Ley 39/2006 que prevé la inclusión en el sistema español de Seguridad Social del cuidador no profesional GONZÁLEZ ORTEGA concluye la inexistencia de vinculación contractual, pues la previsión del citado artículo 18.3 sería “innecesaria si tal cuidador fuera contratado, supuesto en que la afiliación sería obligatoria por exigencias de la LGSS”<sup>18</sup>.

### **1. El carácter no retribuido de la prestación de cuidados**

Todos los argumentos expuestos anteriormente, por sí mismos, no serían suficientes para excluir a estos cuidadores de la esfera laboral en caso de que se cumplieran los requisitos exigidos en el Estatuto de los Trabajadores para calificar la prestación de asistencia a la persona en situación de dependencia como relación laboral común o especial.

Sin que, por otro lado, el mero hecho de la existencia de parentesco entre quien presta cuidados y quien los recibe sea causa automática de exclusión de la esfera laboral por cuanto que la exclusión del trabajo familiar contenida en el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores admite prueba en contrario de la laboralidad del vínculo.

Para determinar si existe, o no, relación laboral el elemento que va a resultar decisivo va a ser la verificación de si la Ley 39/2006 prevé o no el carácter retribuido de la prestación de cuidados por parte del cuidador no profesional.

#### **a) La prestación económica para el cuidado en el entorno familiar**

El artículo 14.4 de la Ley 39/2006<sup>19</sup> prevé que, “el beneficiario, podrá excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser

---

18 Santiago González Ortega; “El Cuidador No Profesional de las Personas en Situación de Dependencia en la Ley 39/2006”. Op. cit.; p. 299.

19 Por su parte el artículo 18 establece que “excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de

atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención<sup>20</sup>.

Los autores insistentemente han resaltado el carácter excepcional de esta prestación económica frente a otras alternativas contenidas en la propia Ley 39/2006.

Como se infiere del artículo 14.4 transcrito, el beneficiario de esta prestación económica es la persona en situación de dependencia y no el cuidador no profesional.

Al margen de cómo se quiera calificar a esta prestación económica –que en todo caso no puede reputarse de prestación de Seguridad

---

acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso.

- 20 El artículo 20 de la Ley 29/2006 “señala que la cuantía de las mencionadas prestaciones económicas se acordará por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante real decreto.

El Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, determina en el artículo 13.1 que la cuantía de las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerá anualmente por el Gobierno mediante real decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), para los grados y niveles con derecho a prestaciones, actualizándose en función del incremento del Índice de Precios de Consumo (IPC). El artículo 13.1 del citado real decreto ha sido modificado por el Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia”.

Socia puesto que la dependencia no es un riesgo protegido por el sistema español de Seguridad Social- una primera lectura superficial del precepto induciría erróneamente a considerar que la finalidad de esta prestación es compensar económicamente al cuidador no profesional por la labor que presta.

Sin embargo, una interpretación sistemática de la Ley 39/2006 obliga a concluir que no existe base legal alguna para interpretar que el cuidador no profesional tenga un derecho subjetivo a reclamar el importe de esta prestación económica que a la persona en situación de dependencia se le puede reconocer cuando recibe asistencia de su entorno familiar.

Tampoco ninguna previsión legal obliga a la persona en situación de dependencia a destinar esta prestación económica a una finalidad concreta (a diferencia de lo que el artículo 19 previene respecto al “asistente personal”<sup>21</sup>), por lo que el beneficiario puede disponer de la misma con entera libertad.

Todo lo cual lleva a concluir, siguiendo a GONZÁLEZ ORTEGA, que “la prestación económica no sirve para recompensar al cuidado no profesional; al menos no necesariamente, dependiendo que así sea de la voluntad del dependiente”<sup>22</sup>.

---

21 Artículo 19. Prestación económica de asistencia personal: “...su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, 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.

22 Santiago González Ortega; “El Cuidador No Profesional de las Personas en Situación de Dependencia en la Ley 39/2006”. Op. cit.; p. 308.

“la prestación personal del cuidador es el pretexto de la prestación económica que se atribuye al dependiente, quedando a su arbitrio hacer de la misma lo que estime oportuno: ahorrarla, destinarla a otros consumos o gastos, compensar (total o parcialmente, simbólica o efectivamente) al cuidador familiar, dedicarla a contratar laboralmente a personas, no profesionalizadas en la asistencia a la dependencia (en los términos ya vistos de la LD), que incorpora a su entorno. Como sucede con la gran invalidez del sistema de Seguridad Social (regulada por el art. 139.4 de la LGSS) no hay ningún instrumento o previsión legal orientada a controlar la eficacia tuteladora de la prestación, su destino efectivo a la finalidad para la que fue creada”.

En conclusión: faltando la nota de la retribución, no es posible calificar la prestación de cuidados como laboral, por lo que huelga plantearse la concurrencia de los restantes elementos que configuran legalmente una relación laboral por cuenta ajena.

### C. La protección social del cuidador no profesional

Se encuentra regulada por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo.

El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, dio nueva redacción al artículo 1 del Real Decreto 615/2007<sup>23</sup>.

De conformidad con el artículo 2.1 del RD 615/2007, los cuidadores no profesionales quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción del convenio especial regulado en este Real Decreto<sup>24</sup>. La suscripción del convenio especial no precisará de la acreditación de periodo de cotización previo.

Dispone el artículo 3 del RD 615/2007 que la situación de asimilación al alta “será a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de ac-

---

23 “A los efectos de lo previsto en los artículos 2.5, 14.4 y 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, tendrán la consideración de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, aquellos que sean designados como tales en el Programa Individual de Atención y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 12 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”.

24 Art. 2.3 RD 615/2007: no existirá la obligación de suscripción del convenio especial regulado en este real decreto por los periodos en que el cuidador no profesional esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de cotización efectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

cidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza”.

Por su parte, el artículo 4.5 del mismo cuerpo legal establece que “la cotización a la Seguridad Social, así como la correspondiente a las acciones formativas a que se refiere el apartado anterior, será asumida directamente por convenio con la Tesorería General de la seguridad social por la administración general del Estado”.

En relación con esta última cuestión destacar que el Real Decreto 570/2011, de 20 de abril<sup>25</sup>, en su artículo primero, apartado segundo, ha establecido que “las cuotas a la Seguridad Social y por Formación Profesional establecidas cada año en función de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, serán abonadas conjunta y directamente por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social”.

#### **D. El cuidador no profesional regulado por la Ley 39/2006 es sujeto protegido por el Reglamento 883/2004**

Desde el momento en que el cuidador no profesional es sujeto protegido por el régimen general de Seguridad Social español, aunque sólo lo sea en relación con ciertas contingencias, ha de calificarse como sujeto incluido en el ámbito personal del Reglamento 883/2004. Todo ello independientemente de que no pueda ser considerado como trabajador a efectos de la legislación española.

---

25 Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y se establecen las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2011.



Al faltar la nota de la retribución, no podrá sin embargo invocar el derecho a la libre circulación de trabajadores que es un pilar del derecho de la Unión y que actualmente está desarrollado por el Reglamento 492/2011 (que ha sustituido al célebre Reglamento 1612/68)<sup>26</sup>.

#### **IV. El cuidador no profesional de familiares que no pueden valerse por sí mismos (art. 46.3 ET)**

El Estatuto de los Trabajadores dispone en su artículo 46.3, segundo párrafo, que los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida<sup>27</sup>.

##### **A. La excedencia como requisito para el reconocimiento de la prestación familiar contributiva**

Bajo la equívoca rúbrica de prestaciones familiares de modalidad contributiva, el artículo 180.2 TRLGSS establece que se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad “el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares...”.

---

26 José María Miranda Boto; “El Reglamento (UE) N° 492/2011: Un Arreglo Cosmético del Reglamento (CEE) N° 1612/68”. Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Iustel. N° 26/2011.

27 Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; La Excedencia por Cuidado de Familiares. El Régimen Jurídico de los Cuidadores No Profesionales. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. En la citada obra se aborda igualmente el derecho a la excedencia por cuidado de familiares de los empleados públicos.

No cabe duda de que obstaculiza el estudio de esta prestación familiar “contributiva” el hecho de que la determinación de los posibles beneficiarios no venga dada directamente por las normas de Seguridad Social, sino por las normas laborales reguladoras de esta modalidad de excedencia. Es por eso que aunque no puede concebirse esta situación sin que el trabajador esté afiliado y en situación de alta<sup>28</sup>, habrá quienes cumplan estos requisitos y, sin embargo, no puedan invocar el artículo 18o TRLGSS. Tal sería el caso de los trabajadores autónomos, de los sujetos incluidos en el Régimen Especial de Estudiantes, o de los sujetos asimilados a efectos de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena (artículo 7.1.a) TRLGSS).

En resumen, el derecho a la prestación no económica de Seguridad Social se encuentra subordinado al ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos, por lo que los trabajadores excedentes serán también los beneficiarios de esta prestación de Seguridad Social. Paralelamente, los familiares que no pueden valerse por sí mismos para cuyo cuidado se solicita la excedencia son los sujetos causantes de esta prestación no económica.

## **B. Contenido de la prestación familiar “contributiva”**

Las prestaciones familiares contributivas de Seguridad Social reguladas en el artículo 18o TRLGSS han sido desarrolladas por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre.

Conforme al artículo 6.1 del citado Real Decreto 1335/2005, el período considerado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, y para el cálculo de la cuantía de determinadas prestaciones de Seguridad Social<sup>29</sup>.

---

28 Guillermo Barrios Baudor; “Prestaciones Familiares por Hijo a Cargo” en: Antonio V. Sempere Navarro (Dir.); Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Laborum. Murcia. 2003; p. 950.

29 Pese a la dicción literal del artículo 6.1 hay que insistir en que no estamos ante una situación de alta sino asimilada al alta.

Asimismo, durante el período computable como de cotización efectiva los beneficiarios mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social (artículo 6.2 del Real Decreto 1335/2005).

En el supuesto de que el período de excedencia lo fuera por un plazo inferior al legalmente previsto como de cotización efectiva, sólo se computará como cotizado el período efectivamente disfrutado (artículo 5.3 del Real Decreto 1335/2005).

Por lo que respecta a la base de cotización, el artículo 7 del citado Real Decreto establece que la base de cotización estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia laboral. Y, caso de que no acreditara el citado período de seis meses de cotización, se computará el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia, que resulten acreditadas.

En relación con este último punto, sin embargo, hay que tener en cuenta que conforme al artículo 180.4 TRLGSS si la situación de excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos hubiera estado precedida por una reducción de jornada en los términos previstos por el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores “a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo”.

En todo caso, corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social el reconocimiento de las “cotizaciones ficticias”. Y, aunque tales períodos se consideren como cotizados, el empresario habrá “de cursar el parte de baja en el régimen que corresponda, al no existir trabajo ni salario y por tanto tampoco obligación de cotizar<sup>30</sup>”.

En otro orden de idas, la Disposición Final Cuarta Dos del cita-

---

30 M<sup>a</sup> Antonia Pérez Alonso; La Excedencia Laboral. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995; p..69.

do Real Decreto 1335/2005 también ha dado una nueva redacción al apartado primero de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1251/2001: “tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal y maternidad, el período de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, de acuerdo con la legislación que resulte de aplicación, que exceda del período considerado como de cotización efectiva en el artículo 18o del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio”.

Por tanto, la conclusión que se alcanza es que:

- 1) Por lo que se refiere a las prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, la situación asimilada al alta se extiende a todo el período de excedencia laboral y no únicamente al período considerado como de cotización efectiva.
- 2) A efectos de la prestación por maternidad y paternidad sólo se considera situación asimilada al alta el período considerado como de cotización efectiva.
- 3) La excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos en ningún caso es situación asimilada al alta para acceder a la prestación de incapacidad temporal.
- 4) Por lo que respecta a las prestaciones por desempleo, el apartado 2º de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, se remite al artículo 4<sup>31</sup> de la Ley 4/1995, de 23 de marzo<sup>32</sup>.

---

31 Dicho artículo prevé que la situación de excedencia para atender a cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de ese cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

32 STSJ de 30.3.2000 (AS. 3113): “el artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo consi-

Sobre la posibilidad de aplicar las previsiones contenidas en dicho precepto a la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos<sup>33</sup> se pronunció la STSJ de Cataluña de 31.5.2002 (AS.1994) en los siguientes términos: “en cuanto a la consideración del período de excedencia a los efectos del desempleo, es la Ley 4/1995 la que los regula refiriéndose tan sólo a la excedencia para cuidado de un hijo, sin embargo la voluntad del legislador de equiparar ambas situaciones también en este extremo de la prestación por desempleo acaba evidenciándose con el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”. La Sala, concluye reconociendo la procedencia de “retrotraer el cómputo del período de los seis años para la determinación de la carencia y período de la prestación por desempleo solicitada a la fecha en que cesó la obligación de cotizar”.

En resumen, que respecto al reconocimiento de las prestaciones por desempleo, “todo el período de excedencia tendrá la consideración de situación asimilada al alta pero no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener dichas prestaciones. Para el cómputo del período de cotización exigible se podrá retrotraer el período de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento

---

dera la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo como situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo, al igual que lo hace el artículo 36.1 del RD 84/1996, de 26 de enero.”

Respecto a un supuesto de reingreso antes de concluir el plazo de 3 años de la excedencia por cuidado de hijos, la STSJ de 2.4.2001 (AS.2091) señaló que el período posterior de situación de expectativa de reingreso “debe quedar igualmente protegido y considerarse situación asimilada al alta”.

- 33 José Fernando Lousada Arochena; “Permiso Parental y Seguridad Social”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 83/1997; p.386: hay “que entender ese período como tiempo muerto, para verificar las carencias a contar desde la fecha del hecho causante”.

En el mismo sentido, Jesús R. Mercader Uguina; “Prestaciones Económicas por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo. Comentario al Real Decreto 1251/2001, de 16 de Noviembre, por el que se Regulan las Prestaciones Económicas del Sistema de la Seguridad Social por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”. Relaciones Laborales 2002-I; p.1304.

en que cesó la obligación de cotizar por el tiempo en el que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa”.

Como señala FERNÁNDEZ PROL, “un efecto derivado de la asimilación al alta es la consideración del período asimilado como tiempo no computable para verificar las carencias exigidas”<sup>34</sup>.

### **1. ¿Prestación de Seguridad Social?**

Respecto a la prestación familiar contributiva se ha destacado que se trata de una prestación “cuyo contenido únicamente se actualiza cuando hay necesidad de justificar su existencia”<sup>35</sup>, ya sea porque quién disfrutó de la excedencia con reserva de puesto de trabajo reclama una prestación por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad o paternidad.

Es del todo evidente que no se trata de una prestación en especie.

Tampoco puede ser calificada de prestación en metálico.

En opinión de GARCÍA ROMERO<sup>36</sup>, “aunque aparece configurada como una prestación no económica no deja de estarse ante una más de las situaciones asimiladas a la de alta, sujeta a reglas propias y con igual finalidad de hacer posible la subsistencia o nacimiento de la protección frente a determinadas contingencia”.

Profundizando un poco más podríamos interrogarnos sobre si estaríamos ante lo que ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA<sup>37</sup> denominan prestación indirecta, entendiendo por tal el supuesto que se produce durante la percepción del subsidio de des-

---

34 Francisca Fernández Prol; “Excedencia por cuidado de Familiares y Seguridad Social”. Revista de Derecho Social nº 21/2003; p.107.

35 Guillermo Barrios Baudor; Prestaciones Familiares por Hijo a Cargo. Aranzadi. Pamplona. 2001; p.951.

36 Belén García Romero; “La Protección Familiar en el Sistema Español de Seguridad Social”. Aranzadi Social 2000-V, p.816. Para dicha autora, “semejante construcción deviene inevitable en orden a explicar el mantenimiento de una cotización, aunque sea ficticia, pues no hay tal si no preexiste un alta o situación asimilada”.

37 Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Santiago González Ortega; Compendio de Seguridad Social. 3ª ed. Tecnos. Madrid.1989; p.108.

empleo y en el que la Seguridad Social “se abona a sí misma las cotizaciones correspondientes a ese desempleado”.

Pero, en el supuesto contemplado en el artículo 18o TRLGSS ni tan siquiera existe obligación legal de “autocotizar” por parte de la Seguridad Social durante el período de duración de la excedencia con reserva de puesto de trabajo.

A la vista de las consideraciones expuestas habrá que concluir – salvo mejor opinión- que se trata de períodos de cotización ficticios que sólo desplegarán eficacia respecto de algunas concretas prestaciones de Seguridad Social que tienen como denominador común el que su reconocimiento está subordinado al cumplimiento de un período mínimo de carencia y/o su importe depende de la carrera de seguro del trabajador/a.

Por tanto, en virtud de lo prevenido en el artículo 18o TRLGSS, al solicitante de prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad (y paternidad), se le habrán de computar, además de las cotizaciones reales que acredite, el período o períodos de excedencia con reserva del puesto de trabajo de que hubiera disfrutado dentro de los límites legalmente establecidos.

## ***2. ¿Los períodos de cotización ficticia como períodos de seguro a efectos del Reglamento 883/2004?***

La obligación legal de computar cotizaciones ficticias a los efectos del cálculo de una prestación de Seguridad Social no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Caso emblemático son los denominados años de bonificación, que designan “el tiempo de cotización anterior a 1960 que, según la edad cumplida el 1.1.1967, otorga la ley para las pensiones de jubilación de los trabajadores que efectuaron cotizaciones al SOVI o Mutualismo Laboral antes de 1967, para superar las dificultades de prueba de las cotizaciones anteriores a 1960”<sup>38</sup>.

---

38 Manuel Rojas Castro; Años de Bonificación que se Deniegan Injustamente a los Trabajadores Emigrantes Jubilados. AMER. Málaga. 2000; p.15.

Tales años de bonificación son períodos de seguro a efectos del artículo 1, letras r) y s) del Reglamento 1408/71, tal y como el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo (TJ) tuvo ocasión de confirmar en su sentencia Barreira Pérez<sup>39</sup>. Conclusión que debe mantenerse inalterada tras la entrada en vigor del Reglamento 83/2004.

### **3. Suscripción del convenio especial**

Dado que la duración de la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos prevista en el artículo 46.3, segundo párrafo, del Estatuto de los Trabajadores no coincidirá necesariamente con el período computable como de cotización efectiva de un año regulado en el artículo 18o TRLGSS, habrá que plantearse si una vez finalizado este último y continuando en situación de excedencia podría el trabajador/a cotizar para evitar futuros perjuicios en su carrera de seguro.

Si bien la respuesta a esta cuestión ha de ser positiva, hay que distinguir dos situaciones diferentes:

- 1) Si la persona que no puede valerse por sí mismo se encuentra en situación de dependencia a los efectos de la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal, el cuidador no profesional que esté disfrutando de los períodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares está obligado a suscribir el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, que regula la Seguridad Social de los Cuidadores de las Personas en Situación de Dependencia, tal y como se infiere del artículo 2.3 del citado Real Decreto.
- 2) En el supuesto de que la persona que no pueda valerse por sí misma no pueda jurídicamente calificarse en situación de dependencia a los efectos de la ley 39/2006, una vez que trans-

---

39 Sobre la calificación de tales períodos como períodos de cotización a efectos del Reglamento 1408/71 se pronunció en sentido positivo la STJCE de 3.10.2002, -347/00 (Barreira Pérez) Rec.; p.I-8191; así como las SSTs de 26.6.2001 (RJ.6384); y 15.11.2001 (RJ.9760).



curra el período considerado de cotización efectiva a los efectos del artículo 180 TRLGSS el trabajador/a en situación de excedencia por cuidado de familiares que no puedan valerse por sí mismos podría suscribir el convenio especial regulado en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

Tal y como dispone el artículo 1.2 de la citada Orden “el convenio especial con la Seguridad Social tendrá como objeto la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes...”. Para poder suscribir este convenio se requiere, entre otros requisitos, acreditar un período de cotización previo (artículo 3.2). Y la obligación de cotizar recae sobre quien suscriba el convenio especial (artículo 8).

### **C. El cuidador no profesional de familiares que no pueden valerse por sí mismo es sujeto protegido por el Reglamento 883/2004**

Desde el momento en que el trabajador que disfruta de un período de excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos es sujeto protegido por el régimen general de Seguridad Social español, aunque sólo lo sea en relación con ciertas contingencias, ha de calificarse como sujeto incluido en el ámbito personal del Reglamento 883/2004. Todo ello independientemente de que no pueda ser considerado como trabajador a efectos de la legislación española.

Al faltar la nota de la retribución, no podrá sin embargo invocar el derecho a la libre circulación de trabajadores que es un pilar del derecho de la Unión y que actualmente está desarrollado por el Reglamento 492/2011<sup>40</sup>.

---

40 José María Miranda Boto; “El Reglamento (UE) N° 492/2011: Un Arreglo Cosmético del Reglamento (CEE) N° 1612/68”. Op. cit.



## Capítulo VII

# La protección por dependencia en España y en la Unión Europea: los cuidadores no profesionales

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ  
*Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
de la Universidad de Sevilla*

### I. Introducción

En las últimas décadas hemos experimentado en España, como en el resto de los países de la Unión Europea, unas profundas transformaciones sociales que generan la emergencia de nuevos riesgos sociales o estados de necesidad de la ciudadanía<sup>1</sup>. Cambios sociales como el envejecimiento de la población o la incorporación de la mujer al mercado laboral constituyen un factor determinante del au-

---

<sup>1</sup> Cruz Villalón, Jesús, «La protección social de la dependencia», *Temas Laborales*, núm. 89/2007, p. 9; González Ortega, Santiago, «La protección Social de las Situaciones de Dependencia» en González Ortega, Santiago; Quintero Lima, M<sup>a</sup> Gema (coord.), *Protección Social de las Personas Dependientes*, La ley, Madrid, 2004, p.10; Sempere Navarro, Antonio V.; Cavas Martínez, Faustino, *Ley de dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 21; Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», en Sánchez Rodas-Navarro, Cristina (coord.), *Vicisitudes de la aplicación del derecho comunitario en España*, Laborum, Murcia, 2007, p 22. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; *La Excedencia por Cuidado de Familiares*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

mento de la población demandante de atención y cuidados por razón de la edad, enfermedad o discapacidad<sup>2</sup>. Estas necesidades son cubiertas en su mayor parte por personas no profesionales allegadas al entorno de la persona dependiente, tradicionalmente un miembro femenino de la familia con una edad aproximada a los 50 años<sup>3</sup>. El entorno familiar y privado cubre las necesidades de cuidado de las personas necesitadas de atención<sup>4</sup>. No obstante, los importantes cambios sociales en el modelo de familia y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo hacen necesario un mayor protagonismo de las instituciones sociales y políticas, para que la nueva realidad social sea asumida por el Estado, si bien este protagonismo -en la práctica- es más formal que real<sup>5</sup>.

En este sentido, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de

- 
- 2 El 67,2% de estas personas presenta limitaciones para moverse o trasladar objetos, el 55,3% tiene problemas relacionados con las tareas domésticas y el 48,4% con las tareas de cuidado e higiene personal, vid. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. 2008, INE.
  - 3 Aproximadamente unas 600.000 mujeres entre 45 y 64 años. El 63,7% de los cuidadores residentes en el hogar que no están empleados en él ha reducido su tiempo de ocio para atender a la persona con discapacidad; y para un 54,4% ha tenido consecuencias en su vida laboral o situación económica, en Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística, 10/2009, p. 4. Según la Encuesta mayores 2010 del Ministerio de Sanidad y Política Social, los hijos proporcionan a los padres la mitad de los cuidados, de los cuales el 40% vienen a cargo de las hijas. El mayor nivel formativo influye en las preferencias por cuidados profesionales. La preferencia por los cuidados familiares tiende a bajar excepto en el medio rural (83% frente al 48% en el entorno urbano).
  - 4 El 88% de los cuidadores principales está constituido por un miembro del hogar, vid. Martínez Buján, R., «La reorganización de los cuidados familiares en un contexto de migración internacional», Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 94.
  - 5 Vid. Molina Navarrete, Cristóbal, «El régimen “cuasi-profesional” de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer», Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 69, 2007, p. 42; Rodríguez Cabrero, Gregorio, «Políticas de atención a la dependencia en los Regímenes de Bienestar de la Unión Europea», Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 29, núm. 1, 2001, p. 15; p. 20

los principales retos de la política social de los países desarrollados. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LD)<sup>6</sup>, trata de configurar un “nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española, potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales”. La ley crea un Sistema de Atención de la Dependencia como uno de los instrumentos fundamentales para la mejora de los servicios sociales, que responda a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades<sup>7</sup>. En concreto, y ciñéndonos al objeto de nuestro estudio, contempla excepcionalmente la posibilidad de que el beneficiario de la prestación pueda recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda, y así lo establezca su Programa Individual de Atención (arts. 14.4, 18 y DA 4ª LD). La ley entiende por cuidados no profesionales “la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada” (art. 2.5 LD).

En España la protección por dependencia no se incluye en el ámbito del Sistema de Seguridad Social, ni se vincula directamente a una prestación del Sistema<sup>8</sup>, por lo que habrá que estudiar si el Regla-

---

6 BOE núm. 299, 15 de diciembre.

7 Exposición de motivos 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

8 Vid. “Regímenes especiales de la Seguridad Social. Seguridad social de trabajadores migrantes en la Unión Europea”, DOC/2008/587, base de datos Westlaw, p. 26. En Cruz Villalón, Jesús, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2010, p. 584, “la intervención pública de atención a las situaciones de dependencia integra también el reconocimiento de las prestaciones económicas,

mento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social<sup>9</sup> se aplica a las prestaciones españolas de dependencia<sup>10</sup>. Por ejemplo, habrá que plantearse si cabe la negativa por parte de los organismos responsables de un Estado de la Unión Europea a cubrir los gastos causados por la necesidad de asistencia del asegurado cubierto por la prestación de dependencia en el caso de que el asegurado o el cuidador residan en otro país miembro. Antes de responder a este interrogante, vamos a detenernos en el estudio de la prestación de dependencia en la Unión Europea y en el Derecho comparado, para finalizar con la figura de los cuidadores no profesionales y su inclusión o no en el Reglamento Comunitario sobre la coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social.

---

que se mantienen en la esfera de la asistencia social no calificada como Seguridad Social”; Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, «La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia» en Roqueta Buj, Remedios (coord.), *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.41; Monereo Pérez, José Luis; Molina Navarrete, Cristóbal; Moreno Vida, M<sup>a</sup> Nieves; Maldonado Molina, Juan Antonio; González de Patto, Rosa M<sup>a</sup>, «La dependencia y sus modelos de protección social» en AAVV; *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, Granada, 2007, p.68; Cavas Martínez; Faustino, «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», BIB 2006\1354, base de datos Westlaw, p.6. Cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro; “Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico no Contributivas” en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum. Murcia. 2010; pp. 349-360.

9 DOUE de 30 de abril 2004, L 166.

10 Vid. Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, “Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social”, en Sánchez-Rodas Navarro (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010, p. 34; y también de la misma autora, *La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia*, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, *Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España*, obra cit., pp. 17 a 51.

## II. La protección por dependencia en los países de la Unión Europea y en el derecho de la Unión

En líneas generales, el modelo social europeo de atención a la dependencia responde a distintas políticas sociales integradas por formas mixtas de socialización, familiarización e individualización del riesgo. Sin embargo, en ningún modelo de dependencia sustituye el Estado los cuidados familiares. Las nuevas políticas de cuidado de larga duración “refuerzan, reconstruyéndolo, el modelo tradicional de cuidados tanto por la vía de las prestaciones monetarias (modelo anglosajón), como mediante servicios y programas de conciliación de la vida familiar y personal con el empleo (modelo nórdico) o mediante la integración de los cuidadores informales en el sistema de Seguridad Social (modelo continental, caso español) o, como suele suceder con una combinación de todos ellos cuya estructura depende del tipo concreto de régimen y Estado de Bienestar”<sup>11</sup>. El papel de la familia en la atención de la dependencia no deja de ser relevante, aun cuando los distintos sistemas de protección social asuman una postura neutral, incentivadora o desincentivadora de la intervención de la familia y del cuidador informal<sup>12</sup>. En general, la protección de la dependencia en Europa no responde a un sistema único y rígido, sino a la inclusión en los modelos Bismarck (financiados por trabajadores y empresarios creando ramas propias separadas de la Seguridad Social y completadas por la asistencia social para los no asegurados) y Beveridge (protección en el ámbito de la asistencia social), o en las distintas variedades surgidas de las combinaciones de estos modelos (con características de Seguridad Social y asistencia social)<sup>13</sup>. Se trata

---

11 Rodríguez Cabrero, Gregorio, «Políticas sociales de atención a la dependencia en los Regímenes de Bienestar de la Unión Europea», obra cit., p. 19.

12 Sobre el nivel de intervención de la familia en los eventuales modelos de protección de las situaciones de dependencia, vid. Quintero Lima, María Gema, «Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia», *Temas Laborales*, núm. 89/2007, pp. 95 y 96.

13 En este sentido, García de Cortázar y Nebreda, Carlos, «El seguro de depen-

de tres grandes modelos vigentes en los países nórdicos y Holanda (modelo universal financiado mediante impuestos y cotizaciones, orientado por norma a los servicios sociales); en Alemania, Austria y Luxemburgo (modelo bismarkiano de países centroeuropeos); y en los países del sur de Europa (modelo de protección asistencial). Y así, en el ámbito de la Unión Europea se puede distinguir entre cinco modelos: Continental (reconocen sistemas protectores fundamentados en la Seguridad Social); Anglosajón (del tipo *beveridgeano* sujeto a la condición de la ausencia de recursos); Nórdico (modelo universal no asistencial con una red sólida de servicios sociales comunitarios); Mediterráneo (basado en la asistencia social y en la asistencia familiar o vecinal no institucionalizada); y Soviético o del eje de Varsovia (sistemas de protección inespecíficos apoyados en las estructuras sanitarias y de servicios sociales, altamente centralizados)<sup>14</sup>. El modelo español es un modelo mixto entre el modelo nórdico y el continental, “a los que en cierto modo ha seguido, partiendo de la existencia de un conglomerado o rama de atención histórica en el que confluían el sistema sanitario, los servicios sociales y las prestaciones de la

---

dencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho Comunitario en el seguro español», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 77, pp. 44 a 47.

14 En Quintero Lima, María Gema, «Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia», obra cit., pp. 97 y ss. Igualmente, existen otros estudios comparados como Pérez Menayo, Vicente, «Prestaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 47, 2003, pp. 295 a 323; también del mismo autor, «Políticas públicas en materia de dependencia: situación comparada en la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2004, tomo 2, 2004; pp. 271 y ss; Hellsten, Katri; Kallioma-Puha, Laura; Komu, Merja; Sakslin, Maija, «Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2004, tomo 2, pp. 363 y ss.; Köbl, Ursula, «El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2004, tomo 2, pp. 293 y ss; Kerschen, Nicole, «La Dependencia como nuevo riesgo de la Seguridad Social: el ejemplo de la creación del seguro de dependencia en Luxemburgo», *Relaciones Laborales*, núm. 17, tomo 2, pps. 317 y ss; Kessler, Francis, «El cuidado de las personas dependientes en Francia: la reforma permanente sin solución», *Relaciones Laborales*, núm. 17, tomo 2, pp. 341 y ss.



Seguridad Social<sup>15</sup>. En lo referente al régimen jurídico del cuidador no profesional, nuestro modelo contempla la prestación económica para el cuidado del entorno familiar (art. 18 LD), y otra prestación de asistencia personal (art. 19) independiente de los cuidadores profesionales y de los no profesionales, pero prestando la asistencia mediante contrato. La existencia de contrato va a excluir a los asistentes del modelo del cuidador no profesional, “pero, igualmente, la flexibilidad con que se plantea esa contratación lo acerca al cuidador no profesional”<sup>16</sup>.

Por otro lado, en la Unión Europea la armonización de los regímenes nacionales del seguro de dependencia, salvo las Directivas de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, es casi inexistente. Esto es debido a la heterogeneidad y multiplicidad conceptual del seguro de dependencia en los distintos países de la Unión Europea, si atendemos al diferente tratamiento jurídico dispensado por los países comunitarios, como hemos señalado más arriba<sup>17</sup>. El art. 3 del Reglamento 883/2004 no incluye dentro del campo de aplicación material la prestación por dependencia, por lo que el Reglamento y, por lo tanto, los principios de exportabilidad y totalización de períodos, no serían de aplicación<sup>18</sup>. Es decir, no sería posible que opera-

---

15 Rodríguez Cabrero, Gregorio, “Políticas sociales de atención a la dependencia en los Regímenes de Bienestar de la Unión Europea”, obra cit., p. 35.

16 González Ortega, Santiago, “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, 89/2007, p. 300.

17 García de Cortázar y Nebreda, Carlos, «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 48. Sobre la ampliación del método abierto de coordinación al sector de la asistencia sanitaria y la asistencia de larga duración, vid. Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2004 –Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del «método abierto de coordinación» [COM (2004) 304 final- no publicada en Diario Oficial].

18 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social», obra cit, p. 34.

ra la coordinación de regímenes de Seguridad Social, o lo que es lo mismo que “una persona pueda recibir prestaciones, en especie o en metálico, aunque no se encuentre o resida en el Estado competente o de aseguramiento o en el territorio de la institución deudora de la pensión” y, por lo tanto, se impediría la movilidad de las personas que sufren las minusvalías o deficiencias (art. 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ex. art. 42). No se garantizará que un ciudadano comunitario “pueda continuar con los beneficios y derechos a los que podría tener derecho si no se hubiese producido desplazamiento alguno (temporal o permanente)”<sup>19</sup>.

En este sentido, podemos decir que la dependencia no es una prestación incluida expresamente en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004, máxime cuando la Ley 39/2006 ha incluido la cobertura de la dependencia en un sistema autónomo, el Sistema Nacional de Dependencia, fuera de la cobertura de la Seguridad Social<sup>20</sup>. La calificación que se otorgase a la prestación de dependencia como de Seguridad Social o como asistencia social, sería determinante para incluir la aplicación o no del régimen de coordinación comunitario<sup>21</sup>. Incluso cabría incluirse dentro del art. 34, en relación a la acumulación de prestaciones asistenciales en metálico de duración indeterminada<sup>22</sup>.

---

19 García de Cortázar y Nebreda, Carlos, «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 49.

20 Monereo Pérez, José Luis, Molina Navarrete, Cristóbal, Moreno Vida, María Nieves, Maldonado Molina, Juan Antonio; González de Patto, Rosa M<sup>a</sup>, La protección jurídica de las situaciones de dependencia, obra cit., p. 170.

21 Cardenal Carro, Miguel; Hierro Hierro, Javier, «Implicaciones de la doctrina del TJCE sobre las prestaciones del SAAD en el Estado Autonomo», BIB 2008\3093, base de datos Westlaw, p. 10.

22 En “Regímenes especiales de la Seguridad Social. Seguridad Social de trabajadores migrantes en la Unión Europea”, DOC\2008\587, base de datos Westlaw, p. 26. El art. 34.1 establece que “en caso de que un titular de prestaciones asistenciales en metálico de duración indeterminada que deban ser consideradas prestaciones de enfermedad y, por lo tanto, hayan de ser facilitadas por el Estado miembro que sea competente para las prestaciones en metálico en virtud del artículo 21 o del artículo 29 tenga, simultáneamente y con arreglo al presente capítulo, derecho a solicitar a la institución del lugar de residencia o estancia de

Esta controvertida cuestión ha sido tratada por el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, que en varios pronunciamientos ha venido a rechazar la no aplicación de esta prestación en el ámbito de las normas de coordinación en materia de Seguridad Social. Existe una jurisprudencia reiterada del Tribunal de la Unión Europea que considera como prestación de la Seguridad Social toda aquella que se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a algunos de los riesgos expresamente enumerados en el Reglamento comunitario<sup>23</sup>. En concreto, considera que el riesgo de dependencia se incluye en el seguro de enfermedad<sup>24</sup> y, por lo tanto, pueden aplicarse las normas y reglas previstas en el Reglamento 883/2004 [SSTJUE 5 de marzo de 1998, C-160/96 (Molenaar); 8 de marzo 2001, C-215/99 (Jauch); 21 de febrero, C-286/2003 (Hosse)]<sup>25</sup>. En la primera sentencia se consideró que la prestación era coordinable por el Reglamento

---

otro estado miembro prestaciones en especie con idénticos fines, y una institución del primer Estado miembro deba reembolsar el coste de estas prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35, será de aplicación la disposición general de no acumulación de prestaciones establecida en el artículo 10, únicamente con la siguiente restricción: si el interesado solicita y recibe la prestación en metálico el importe de la prestación en especie exigido o exigible a la institución del primer Estado miembro que deba reembolsar el coste”.

- 23 Monereo Pérez, José Luis; Molina Navarrete, Cristóbal; Moreno Vida, María Nieves; Maldonado Molina, Juan Antonio; La protección por dependencia de las situaciones de dependencia, obra cit., p. 170, con cita de las SSTJCE 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249/83, Rec. pág. 973, apartado 12 a 14; Scrivner, 122/84, Rec. pág. 1027, apartados 19 a 21; de 20 de junio de 1991, Newton, C-356/89, Rec. pág. I-3017, y Hughes, apartado 15.
- 24 El art. 3.1 del Reglamento contempla dentro del campo de aplicación material las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimilada, invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional, defunción, desempleo, prejubilación y las prestaciones familiares.
- 25 In extenso Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., pp. 25 a 33, incluyendo la STJCE 8 de julio de 2004, C-502/01 y 31/02 (Gaumain y Barth); Mercader Uguina, Jesús R., “La prestación de dependencia en la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse, Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 11, 2006, www.iustel.com, pp. 1 a 23.

1408/1971, sustituido por el actual 883/2004, declarando que “una prestación puede considerarse como una prestación de Seguridad Social comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4.1 del Reglamento 1408/71”. Y, por lo tanto, “las prestaciones del seguro de asistencia están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad»”. En definitiva, se trata de pronunciamientos judiciales que, a efectos del Derecho comunitario, vienen a calificar como prestación coordinada de la Seguridad Social las asignaciones de asistencia pertenecientes al seguro de dependencia en Alemania y Austria<sup>26</sup>. Según la doctrina<sup>27</sup>, las razones que justifican que a los efectos del Reglamento 883/2004 las prestaciones contempladas en la LD han de calificarse como prestaciones coordinadas son: a) la aplicación uniforme del principio del Derecho comunitario; b) las prestaciones de dependencia de la Ley 39/2006 como derechos subjetivos para sus beneficiarios; c) el carácter neutro de las vías de financiación de una prestación a efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación material del Reglamento comunitario aplicable a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos<sup>28</sup>; y d) la incardinación

---

26 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., p. 25.

27 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., pp. 35 a 43.

28 Vid. Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «Las prestaciones no contributivas y el

de las prestaciones por dependencia entre los riesgos protegidos por el Reglamento comunitario.

En definitiva, una vez que hemos justificado que la prestación contemplada en la LD se puede calificar como prestación coordinada, nos queda por tratar si los cuidadores no profesionales pueden estar protegidos por el Reglamento 883/2004<sup>29</sup> para causar prestaciones reconocidas por la legislación de un Estado miembro. Para ello estudiaremos las cuestiones relacionadas con la regulación de los cuidadores no profesionales en la LD y sus normas de desarrollo.

### **III. La prestación de atención a la dependencia: los cuidadores no profesionales**

#### **A. La insuficiencia del régimen jurídico de los cuidadores no profesionales en la Ley 39/2006**

La LD contempla que las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas que irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal, y por otra a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria (art. 14.1). Esto no impide que, excepcionalmente, el beneficiario de la prestación económica la reciba para ser atendido por cuidadores no profesionales, «familiares o personas de su entorno», siempre que se den los siguientes requisitos: que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda, y que así lo establezca su Programa Individual de Atención<sup>30</sup> (art. 14. 4).

---

Reglamento 883/2004», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, 2006, pp. 115 a 133.

29 Vid. en esta misma obra Sánchez Rodas-Navarro, Cristina “¿Los cuidadores no profesionales como sujetos protegidos por el Reglamento 883/2004?”

30 Se trata de un programa individualizado en el que se determinan las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades del beneficiario de entre los servicios y prestaciones económicas que prevea la resolución para su grado y

Se trata de una excepción en los casos en que el beneficiario está siendo atendido por su entorno familiar, siempre que se reúnan los requisitos anteriormente señalados<sup>31</sup>. Igualmente, la LD contempla la incorporación de los cuidadores no profesionales en el Régimen de Seguridad Social, dado que debe ajustarse a las normas sobre afiliación y cotización que se determinan reglamentariamente (art. 18.3 y DA 4<sup>a</sup>) en el Régimen General, y en situación de asimilada al alta mediante suscripción del convenio especial establecido en el RD que lo regula<sup>32</sup>. En este sentido, observamos que la LD dedica una escasa atención al régimen jurídico de los cuidadores familiares<sup>33</sup>, si bien es cierto que la regulación reglamentaria posterior intenta cubrir esa carencia tratando de evitar los problemas delimitadores con otras figuras como, por ejemplo, el colectivo de las empleadas de hogar o la realización de una actividad contractual, y para ello concreta quiénes son las personas de la familia o del entorno del beneficiario

---

nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario, familia o entidades tutelares.

- 31 La norma contempla que, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica (art. 18.2).
- 32 RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE 12 de mayo de 2007, núm. 114), modificado por RD 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE 18 de febrero de 2011, núm. 42). En la Comunidad de Madrid, Orden 626/2010, de 21 de abril, por la que se regula la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales para personas en situación de dependencia de la Comunidad de Madrid (BOCM 21 de abril 2010, núm. 102).
- 33 Fernández Orrico, Francisco Javier «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 74, 2008, p. 82.

de la prestación económica<sup>34</sup>. En esta nueva regulación se establece que podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco<sup>35</sup>. En este caso habrá que añadir las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento<sup>36</sup>. Con respecto a las personas cuidadoras del entorno familiar que no tengan el grado de parentesco señalado, la administración competente podrá excepcionalmente permitir estos cuidados por parte de una persona del entorno del beneficiario que, aun no teniendo el grado de parentesco anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de la presentación de la solicitud. Esta persona realizará este tipo de cuidados cuando la persona en situación de dependencia reconocida en grado III y grado II tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, por la despoblación o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención<sup>37</sup>.

La normativa reglamentaria contempla expresamente que este

---

34 Vid. Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE 18 de febrero 2011, núm. 42).

35 Nueva redacción del art. 12 del RD 727/2007, de 8 de junio dada por el Real Decreto de 11 de febrero (BOE 18 de febrero 2011, núm. 42).

36 Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 12 de marzo 2010, núm. 62).

37 Nueva redacción del art. 12 del RD 727/2007, de 8 de junio dada por el Real Decreto de 11 de febrero (BOE 18 de febrero 2011, núm. 42).

tipo de cuidadores no podrán tener la consideración de empleada o empleado de hogar en el domicilio de la persona beneficiaria, ni la atención y cuidados podrán desarrollarse en el marco de cualquier otra relación contractual, ya sea laboral o de otra índole<sup>38</sup>. El legislador es plenamente consciente de los problemas delimitadores con la relación laboral especial de los empleados de hogar, y con la actividad del trabajo doméstico, e intenta evitarlos declarando expresamente lo que los cuidadores no pueden ser, sin entrar a valorar o justificar cuál es el verdadero carácter o naturaleza de esta prestación<sup>39</sup>. Concretamente, nos podemos detener en el interés del legislador por el carácter excepcional y reducido de la realización de la prestación por persona no familiar<sup>40</sup>. El art. 1.3 e) del ET que excluye los trabajos familiares del ámbito de aplicación del ET presume el carácter familiar de la prestación si el familiar hasta el segundo grado convive con el beneficiario. Esto nos plantea diversos interrogantes, como ¿qué consideración tendría el cuidado por el familiar del tercer grado?, ¿qué naturaleza tiene la contraprestación recibida por el cuidador: salarial o una mera compensación de tipo civil?<sup>41</sup>, o ¿en qué se dife-

---

38 Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 12 de marzo de 2010, núm. 62).

39 Molina Navarrete, Cristóbal «El régimen “cuasi-profesional” de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer», obra cit., p. 76, considera que estamos ante “una relación triangular de utilidad y solidaridad socio-familiar jurídicamente relevante, que organiza un modo de intercambio, no mercantil sino “desmercantilizado”, de prestaciones y contraprestaciones entre tres sujetos.

40 Vid. Martín Palomo, M<sup>a</sup> Teresa «Domesticar el trabajo: una reflexión a partir de los cuidados», Cuadernos de Relaciones Laborales, 2008, 26, núm. 2, pp. 13 a 44.

41 Sobre la posibilidad del carácter retribuido González Ortega, Santiago «El cuidador no profesional en situación de dependencia en la Ley 39/2006», obra cit.; pp.10 y 11. A favor de una compensación que otorga el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia por la labor del cuidado gratuito, Molero Maraño, M<sup>a</sup> Luisa «El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales», obra cit.; p. 16; comparándola con el derecho civil de alimentos, Quin-



rencia de la relación laboral de carácter especial en el caso de que la empleada se dedique al cuidado de una persona del hogar?. Hay que tener en cuenta que entre las tareas propias de esta relación laboral especial se incluyen la de acompañar a una persona mayor y atender su casa y comida<sup>42</sup>. La organización de los cuidados sigue estando en manos de la familia, y más concretamente de las mujeres. En este sentido, “la única reestructuración que se advierte en la provisión de la asistencia es la que aparece cuando se decide mercantilizar esta tarea y de entre todas las opciones existentes (residencias, empresas privadas...) la preferida es el servicio doméstico”<sup>43</sup>. En todo caso, si la casuística permite presumir, de acuerdo con las notas del art. 1.1 del ET, que existe una relación laboral ¿este concepto sería trasladable a la noción de trabajador a efectos comunitarios?<sup>44</sup>.

## **B. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales**

Como hemos señalado más arriba, la LD establece dos tipos de prestaciones de atención a la dependencia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: prestaciones de servicios y prestaciones económicas (art. 14). Las primeras tienen carácter prioritario y son prestadas a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas; y las segundas tienen carácter excepcional y se conceden a la persona dependiente con objeto de que pueda “retribuir presumiblemente a su cuidador”, en el caso de no ser atendida adecuadamente por los

---

tero Lima, María Gema, «Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia», obra cit., p. 96.

42 Sempere Navarro, Antonio V.; Cardenal Carro, Miguel (direc.), Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 139.

43 Martínez Buján, Raquel «La reorganización de los cuidados familiares en un contexto de migración internacional», obra cit., p. 102.

44 Vid. Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., pp. 30 y 31.

servicios sociales<sup>45</sup>. Al respecto, en el ámbito comunitario los servicios sociales deberían ser considerados prestaciones en especie (art. 15 y 17 LD)<sup>46</sup>, no exportables, y las prestaciones económicas como prestaciones en metálico (arts. 18 y 19)<sup>47</sup> que, “según las normas de coordinación, no están sujetas, en principio, a cláusulas de residencia y que, por tanto, deben ser abonadas en su caso, fuera del territorio nacional”<sup>48</sup>. Pese al silencio del legislador, estas prestaciones son exportables, y “los beneficiarios conservarían el derecho a las mismas en caso de trasladar su residencia a otro Estado en que el Derecho comunitario resultare aplicable”. Esto significa que si la dependencia es un riesgo coordinado por el Reglamento 883/2004, y a efectos del Derecho comunitario se integra como una prestación de la Seguridad Social (Asunto Moleenar), la prestación contemplada en el art. 18 LD es exportable y, por lo tanto, se le aplica el principio

---

45 Fernández Orrico, Francisco Javier «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales», obra cit., p. 83.

46 Vid. Decisión nº 175 de junio de 1999 para la interpretación del concepto «prestaciones en especie» en caso de enfermedad o de maternidad (...) de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la seguridad social de los trabajadores migrantes (DOCE 19 de febrero de 2000, L 47/32).

47 En la STJCE de 8 de marzo de 2001, C-215/99 (Asunto Jauch) relativa a la exportación de las prestaciones en metálico de Austria del seguro de dependencia declaró que “es irrelevante que la asignación de asistencia haya tenido por objeto completar desde el punto de vista económico, habida cuenta de la necesidad de asistencia de una persona, una pensión que se concedió por una razón distinta de la enfermedad. Así, ya sea de carácter contributivo o no contributivo, esta asignación debe considerarse, como señala por otra parte el Gobierno alemán, una «prestación de enfermedad» en metálico en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71 y, en consecuencia, no está incluida en el apartado 2 bis del mismo artículo”.

48 García de Cortázar y Nebreda, Carlos «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 57. Art. 7 del Reglamento “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

de supresión de las cláusulas de residencia por impedir la libre circulación<sup>49</sup>.

Al respecto, la STJUE de 30 de junio de 2011, C-388/2009 (Felipe da Silva Martins) declaró que la normativa comunitaria no se opone a que una persona que percibe una pensión de jubilación tanto de su Estado miembro de origen como del Estado miembro en el que ha transcurrido la mayor parte de su vida profesional, y que se ha trasladado de este último Estado miembro a su Estado miembro de origen, pueda seguir disfrutando, en virtud de una afiliación continuada a un régimen específico de seguro de dependencia en el primero de los Estados, una prestación en metálico correspondiente a dicha afiliación, en particular en el supuesto de que no existan en el Estado miembro de residencia prestaciones correspondientes al riesgo específico de dependencia. En el caso de que la normativa del Estado miembro de residencia prevea prestaciones en metálico correspondientes al riesgo de dependencia, pero sólo por un importe inferior al de las prestaciones por ese mismo riesgo en el otro Estado miembro deudor de una pensión, del art. 27 Reglamento 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 118/97, según su versión modificada por el Reglamento 1386/2001, debe interpretarse que dicha persona tiene derecho, a cargo de la institución competente de ese último Estado, a un complemento de prestaciones igual a la diferencia entre los dos importes. Así, en el asunto *S. Hosse v. Land Salzburg*<sup>50</sup> el Tribunal reitera que “las prestaciones, concedidas de modo objetivo, en función de una situación legalmente definida, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida y de las personas dependientes, están fundamentalmente destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad y deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido del art. 4, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71<sup>51</sup>”.

---

49 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina “La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia”, obra cit., p. 47.

50 STJCE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-286/03).

51 Con cita de los asuntos *Molenaar* y *Jauch*.

Teniendo en cuenta que la prestación económica por dependencia (art. 18 LD) se considera una prestación que complementa el seguro de enfermedad, en el caso que el beneficiario decida trasladarse a otro país miembro habrá que estar a las reglas establecidas en el Reglamento y en la doctrina del Tribunal de la Unión Europea. Conforme a la doctrina del caso *Molenaar*, que menciona cuales son los rasgos propios de prestaciones en metálico (que el pago sea periódico; que no esté supeditado ni a la realización previa de determinados gastos de cuidados, ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados; que la cuantía sea fijada con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades esenciales de la vida; que el beneficiario disponga de un amplia libertad en la utilización de las cantidades abonadas), la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18 LD) debe considerarse como prestación en metálico<sup>52</sup>, a la que “no cabe aplicar cláusulas de residencia y probablemente tampoco requisitos de nacionalidad, por lo que no hay que descartar que los cuidados en otro país comunitario prestados por un nacional de un tercer Estado queden cubiertos por la interrelación del Derecho comunitario-Derecho nacional)<sup>53</sup>.

Como ha afirmado la doctrina, esta cuestión es de gran interés para el Derecho español, porque somos un país receptor de una considerable población europea que puede estar necesitada de estos cuidados no profesionales, estando protegida por un seguro de dependencia, de acuerdo con su legislación nacional<sup>54</sup>. En esta materia es muy interesante la STJCE de 8 de julio 2004, asuntos 502/01 y 31/02 (*Gaumain-Cerri y Barth*), que obliga al Estado Alemán “a acep-

---

52 Maldonado Medina, Juan Antonio «Los ciudadanos comunitarios en España y en la Ley de dependencia», Sánchez Rodas-Navarro (coord.), *Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España*, Laborum, Murcia, 2007, p. 77.

53 García de Cortázar y Nebreda, Carlos «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 65.

54 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., p. 29.

tar el aseguramiento de un cuidador a cargo de la propia Seguridad Social”, con una dedicación de al menos 14 horas a la semana, aun cuando ni el dependiente ni el cuidador residen en Alemania<sup>55</sup>. En este caso, el Tribunal declaró que “negarse a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un tercero que presta asistencia a una persona dependiente basándose únicamente en que no reside en el territorio del Estado competente, cuya legislación se aplica, supone otorgar un trato diferente a personas que se hallan en la misma situación, a saber, que ofrecen sus cuidados de forma no profesional, en el sentido de la legislación del Estado competente, a beneficiarios del seguro de dependencia regulado por esa misma legislación. En dicho contexto, a la vista del objetivo de la actividad ejercida por los terceros que prestan asistencia a personas dependientes, el criterio de residencia de estos terceros no establece, en efecto, una diferencia objetiva de situaciones que justifique un trato distinto, sino que supone una diferencia de trato de situaciones comparables que constituya una discriminación prohibida por el Derecho comunitario”<sup>56</sup>. Igualmente, manifestó que en el caso de prestaciones, como las del

---

55 García de Cortázar y Nebreda, Carlos «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 64; Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., p. 29.

56 STJCE de 8 de julio de 2004: la Sra. Gaumain-Cerri, de nacionalidad alemana, y su marido, nacional francés, residen en Francia y ejercen su profesión a tiempo parcial, como trabajadores fronterizos, en una empresa establecida en Alemania. Como tales, están afiliados al seguro de dependencia alemán. Su hijo, que reside con ellos, sufre una discapacidad y, como beneficiario del seguro de sus padres, percibe prestaciones del seguro de dependencia (asignación de asistencia que es prestada por sus padres). La entidad del seguro de dependencia se niega a asumir las cotizaciones del seguro de vejez de la Sra. Gaumain-Cerri y de su marido por dedicación a actividades de asistencia a persona dependiente, debido a que no residen en Alemania. La aseguradora entiende que el carácter no profesional de la actividad de cuidado y el hecho de no residir en territorio nacional no les da ni derecho ni obligación al seguro de vejez. Por otro lado, la Sra. Barth, de nacionalidad alemana, reside en Bélgica, en la proximidad de la frontera alemana, y se ocupa en este último país del cuidado de un funcionario jubilado, del que percibe una retribución anual de 400 euros.

seguro de dependencia alemán, otorgadas a un asegurado residente en el territorio del Estado competente o a una persona que reside en el territorio del otro Estado miembro, tanto el Tratado como el Reglamento comunitario se oponen a que la entidad competente se niegue a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un nacional de un Estado miembro que actúa como tercero que presta asistencia al beneficiario de las referidas prestaciones, basándose en que dicho tercero o tal beneficiario residen en un Estado miembro distinto del Estado competente.

En definitiva, este tipo de prestaciones económicas es exportable de un estado miembro a otro, y tanto los cuidadores no profesionales como los propios dependientes deben estar cubiertos por el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004. Con ello queda salvaguardado el principio de libre circulación de los ciudadanos europeos dentro de la Unión, y garantizada la supresión de las cláusulas de residencia en los términos del art. 7 del propio Reglamento.

### **IV. Consideraciones finales**

En la Carta de los Derechos Fundamentales, la Unión Europea reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la dependencia o la vejez, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. Este reconocimiento implica que toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales (art. 34)

La jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea considera que el riesgo de dependencia se incluye en el seguro de enfermedad y, por lo tanto, la aplicación de las normas contempladas en el Reglamento 883/2004 en la medida en que esa prestación se refiere a uno de los

riesgos enumerados expresamente en el mencionado Reglamento (ex Art. 4 R, 1408/71). En concreto, estableció como prestación coordinada de la Seguridad Social las asignaciones de asistencia pertenecientes al seguro de dependencia en Alemania y Austria. Conforme a esta doctrina, hemos visto que el Estado Alemán está obligado a aceptar el aseguramiento de un cuidador a cargo de la propia Seguridad Social, aun cuando ni el dependiente ni el cuidador residen en Alemania.

Igualmente, en el caso de que una persona se traslade del Estado miembro en que ha transcurrido la mayor parte de su vida profesional a su Estado miembro de origen, se ha declarado que puede seguir disfrutando, en virtud de una afiliación continuada a un régimen específico de seguro de dependencia en el primero de los Estados, de una prestación en metálico correspondiente a dicha afiliación, en particular en el supuesto de que no existan en el Estado miembro de residencia prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia y, en su caso, a un complemento de prestaciones a cargo del Estado miembro deudor de la prestación, cuando la prestación económica del Estado miembro de residencia sea inferior.

En definitiva, nos encontramos con pronunciamientos suficientes para entender que los cuidadores no profesionales deben estar protegidos por el Reglamento 883/2004.





## Capítulo VIII

# Prestaciones de dependencia coordinadas y no coordinadas por el Reglamento 883/04: el panorama español

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA

*Consejero Coordinador de Trabajo e Inmigración*

*Representación Permanente de España ante la Unión Europea*

*Puedo creer en lo imposible pero no en lo improbable*

*Gilbert Keith Chesterton*

I. Según un estudio reciente<sup>1</sup>, en el año 2050, los mayores de 80 años superarán, en los países de la OCDE, el 10% del conjunto de la población. Este incremento geométrico (en 1950 el colectivo de mayores de 80 años no alcanzaba el 1%) llevará aparejado una multiplicación de las situaciones de dependencia con el consiguiente coste para los presupuestos de los distintos Estados. Si a estos datos y a esta tendencia, ya de por sí significativos, unimos la proverbial longevidad de los españoles (la expectativa de vida de nuestros conciudadanos es junto con los nacionales de Japón, Francia e Italia, la más alta del mundo) podremos colegir que la dependencia va a incidir notablemente en nuestra sociedad, en nuestras finanzas, en nuestras familias y en nuestra vida privada.

---

<sup>1</sup> Colombo, F, et al. (2011), Help Wanted? Providing and paying for long-Term care, OECD Health Policy Studies, OECD Publishing  
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264097759-en>

De todos modos, el factor español de la longevidad no sería definitivo ni concluyente si la fecundidad coyuntural se mantuviera en los valores que se consideran necesarios para alcanzar la denominada “tasa de sustitución” (2,1). Para bien o para mal, la tasa de fertilidad en España es de 1,3, lo que entraña una modificación sustancial de la pirámide poblacional y augura un futuro de declive demográfico con un escenario adverso.

Un tercer elemento vendría a sumarse a este panorama esbozado en párrafos precedentes: la repercusión de la enfermedad y de las dolencias invalidantes en la población mayor de 65 años. Está constatado que las personas mayores sufren afecciones de mayor intensidad y frecuencia que las personas más jóvenes. Baste un simple dato significativo: el gasto anual “per cápita” para los pensionistas españoles sextuplica al correspondiente de las personas en edad de trabajar. En este sentido, conviene recordar que las enfermedades de las personas de edad se caracterizan, además de por su habitualidad y diversidad, por su cronicidad, lo que encarece todavía más los tratamientos a facilitar. A este respecto según un estudio realizado en los Países Bajos por Svanborg<sup>2</sup>, la conexión dependencia-edad es un hecho comprobado. Así, solamente el 17% de los hombres y el 20% de las mujeres de 65 a 69 años necesitan ayuda para sus actividades cotidianas. En cambio, el porcentaje se incrementa hasta el 38% en los hombres y el 53% en las mujeres después de los 80 años. Estos datos pueden ser completados con unas estadísticas del Ministerio federal de trabajo alemán: aproximadamente el 85% de las personas dependientes en la República federal de Alemania superaban la edad de 60 años. Todo ello viene a configurar la tesis de que si bien el envejecimiento de la población, por si solo, no implica el aumento de las situaciones de dependencia, su influencia es constatable por lo que la sociedades europeas deben prepararse para este reto, evaluando las soluciones deseadas y los medios disponibles<sup>3</sup>.

---

2 Ageing and technological advances. Livingston y Birren.

3 Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; *La Excedencia Por Cuidado de Familiares*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

II. Todavía queda otro elemento de especial importancia. Nuestro país no es ajeno a la revolución social que se está produciendo en el seno de las familias. En efecto, la aparición de estructuras más reducidas e inestables (familias de pocos miembros, monoparentales, etc.) puede afectar a las redes de solidaridad e imposibilitar o, al menos, dificultar los cuidados proporcionados dentro del ámbito del hogar. Esto podría suponer un incremento cualitativo de prestaciones de asistencia de larga duración a cargo de las arcas del Estado o de la Seguridad Social. Además, y teniendo en cuenta la exigencia del nuevo rol de la mujer (que suele ser la que proporciona los cuidados a los dependientes en el hogar), a la que se le exige una integración plena en el mercado de trabajo<sup>4</sup> (para conseguir que la población activa se mantenga o al menos no disminuya considerablemente y garantizar la buena marcha de la economía y la sostenibilidad de las pensiones), podemos colegir que se van a producir o se están produciendo ya, unas transferencias de obligaciones desde el ámbito familiar al ámbito social, que comportarán, especialmente para la Seguridad Social, un enorme desafío a corto y medio plazo. Asimismo, el incremento de la edad mínima legal de jubilación a 67 años, va a obligar a un colectivo, todavía con buena salud que podría ocuparse de sus ascendientes necesitados de cuidados, a continuar su vida laboral, dejando para terceros, profesionales o no, el cuidado de las personas dependientes. No es de extrañar, por tanto, que en las previsiones laborales figure el sector de la dependencia como el que generará probablemente más empleo en los próximos años.

III. Antes de proseguir con esta exposición convendría definir el seguro de dependencia con el fin de acotar conceptos y encontrar puntos de referencia comunes que permitan un análisis compartido. Para ello, hemos elegido la definición de la OCDE (aceptada asimismo por la Unión Europea) que enuncia el seguro de dependencia como “el conjunto de políticas y prácticas interrelacionadas e inter-

---

4 La estrategia Europa 2020 tiene fijado como objetivo que la tasa de empleo femenina alcance en la Unión Europea el 75% y más concretamente en España el 74%.

dependientes que contemplan una serie de servicios para que personas necesitadas y dependientes de ayuda puedan desarrollar actividades básicas de su vida cotidiana”. Probablemente esta definición podría ser completada con la que para mí es la mejor del derecho comparado europeo: la recogida en nuestro ordenamiento jurídico: Dependencia: 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(¡enhorabuena a los redactores;) De estas definiciones podemos reconocer como integrantes de esta nueva rama elementos tales como rehabilitación, servicios médicos, asistencia a domicilio, ayuda social, alojamiento, transporte, alimentación, actividades ocupacionales y de capacitación, participando todos estos elementos en el desarrollo del catálogo de prestaciones en metálico y en especie del seguro de dependencia.

IV. Como en casi todo el ámbito de la protección social en la Unión Europea, la configuración y organización de los distintos sistemas nacionales corresponden en exclusiva a los Estados miembros. Por ello, no se ha procedido a una armonización de los regímenes de Seguridad Social que, consecuentemente, mantienen sus características propias dentro de lo que podríamos denominar “modelo social europeo”. Ergo, aunque la problemática del envejecimiento y de la dependencia es similar en los distintos países, las soluciones que se están aportando no están armonizadas por lo que varían sustancialmente en cuanto a los medios y a los instrumentos. Ahora bien, aunque no exista una armonización, las prestaciones del seguro o de la rama de dependencia pueden y deben ser coordinadas actualmente por el Reglamento 883/04, sin que puedan escapar, sea como sea su ubicación jurídica (seguridad social, asistencia social, protección so-

cial o de naturaleza mestiza), de la vis atractiva del derecho europeo que permite plena libertad a nivel nacional pero que, en el momento que aparece un elemento transfronterizo, reclama y exige un tratamiento comunitario unificado (Reglamento 883/04) que limita y restringe las veleidades interpretativas de los Estados Miembros<sup>5</sup>. Y aquí, para abrir boca, la primera declaración de principios que adelanta ya las respuestas a la pregunta implícita en el título de este artículo: Todas las prestaciones de dependencia que respondan a los esquemas y principios emanados de la jurisprudencia del TJE caen dentro de la coordinación comunitaria. Consecuentemente la línea a seguir a la hora de analizar lo coordinable o no de una prestación, no es el derecho nacional, que tiene libertad para decidir sobre la naturaleza jurídica de sus prestaciones, sino el derecho comunitario que impone unas reglas de obligado cumplimiento para todos. Con esto quiero remarcar que los análisis puramente nacionales de nada valen cuando nos adentramos en la procelosa senda del derecho de coordinación. La realidad es otra. Cuando se activa el elemento transfronterizo, lo que en el orden interno ha podido ser una prestación asistencial de incapacidad, puede mutar en una prestación de seguridad social de dependencia en el ámbito comunitario. Y es que la gravedad comunitaria atrae a los electrones libres nacionales.

V. Aceptada la premisa de la competencia exclusiva de los Estados Miembros en el diseño de sus sistemas de seguridad social (por supuesto, los ordenamientos nacionales deben ser siempre compatible con los principios del derecho comunitario), no es de extrañar que el panorama del derecho comparado europeo destaque precisamente por su variedad y heterogeneidad. En este sentido, como se señala en un estudio publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales<sup>6</sup> : “La protección social de las personas mayores es menos

---

5 Cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro; “Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico no Contributivas” en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010; pp. 349-360.

6 “Debate sobre la protección social de la dependencia de las personas mayores

uniforme de lo que cabría esperar. Existen grandes diferencias en los sistemas de protección social de los diferentes países considerados (...), los cambios que se están realizando tienden a centrarse más sobre la diversificación. (...) Es obvio que cuando tienen lugar debates en los diferentes países sobre el seguro de dependencia, el contexto es completamente diferente en cada caso. (...) Esto implica que las soluciones pueden diferir de país a país“. Por tanto, también en la rama de dependencia la multiplicidad y diversidad vencen por goleada a la uniformidad y a la unicidad. Mejor para el modelo social europeo que se enriquece y se dota de facetas nuevas y dinámicas. Recomiendo encarecidamente el análisis doctrinal de la profesora Quintero Lima “Modelos comparados en Europa de protección de la situación de dependencia”<sup>7</sup> que profundiza en los sistemas nacionales y que describe cinco modelos europeos en un intento logrado de sistematizar y ordenar la pluralidad y diversidad europea.

VI. Consecuentemente, la protección de la dependencia en Europa no responde a un esquema único y rígido sino que ofrece alternativas varias que se adaptan a cada situación o necesidad. Y esto es lógico. En efecto, si no es posible encontrar en Europa unos sistemas de Seguridad Social uniformizados ni armonizados, tampoco debe pretenderse que lo que a partir de ahora vamos a denominar “seguro de dependencia” se aleje de esta constante distintiva y polícroma. De hecho, a pesar de su reciente creación, esta nueva rama de protección social va a quedar informada, en mayor o menor medida, por los modelos Bismarck y Beveridge y sus infinitas combinaciones. Así, mientras los sistemas tradicionalmente Beveridge integran mayoritariamente esta protección en el ámbito de la asistencia social, los sistemas Bismarck, en los que la financiación por parte de trabajadores y empresarios es total o predominante, se aprestan a crear ramas

---

en los países de la Unión Europea y Noruega: España en la perspectiva europea”. Jozef Pacolet, Ria Bouten, Hilde Lanoye y Katia Versieck. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2000.

7 Temas Laborales núm. 89/2007.

propias separadas de Seguridad Social con financiación específica. Por último, otros Estados han optado por crear un “*tertius genus*” con características de Seguridad Social y asistencia social, desarrollando un nuevo concepto, Protección Social, que aspira a consolidarse de manera independiente.

VII. Al mismo tiempo, la configuración de las prestaciones, dentro de las distintas contingencias, varía de Estado a Estado. Así, Alemania y Luxemburgo se orientan más hacia el seguro de enfermedad mientras otros Estados, entre los que destaca Austria, prefieren una integración en el seguro de invalidez. Sin embargo, en el escenario europeo es el mestizaje el valor en alza por lo que, con carácter general, los Estados que no han desarrollado una rama propia y separada, se apartan de encuadramientos estancos y distribuyen su protección entre el seguro de enfermedad, la asistencia social o el campo indeterminado de los servicios sociales en un “*mix*” de gran eficacia práctica pero de difícil catalogación jurídica. Asimismo, desde la perspectiva de la financiación, conviven regímenes contributivos con no contributivos, distinción ésta que responde más a una filosofía que a una simple forma de financiación. Tampoco el dato del porcentaje de gasto sobre el producto interior bruto de los distintos seguros de dependencia europeos responde a criterios armonizados. Así, las cifras oscilan entre el 3,5% del PIB en Suecia, 3,4% en Países Bajos y el 0,1% en Portugal<sup>8</sup>, siendo la media de gasto comunitario del 0,9%. Sin embargo, lo que sí es común a todos los Estados miembros es la estimación del incremento progresivo del gasto que, para el 2050, podría alcanzar el 2,3%<sup>9</sup>, según estimaciones de la Comisión Europea, o de 2,9%, según los cálculos de la OCDE<sup>10</sup>. En este sentido, serán aquellos Estados con procesos de envejecimiento más pronunciados (Grecia,

---

8 Colombo, F. et al. (2011), *Help Wanted? Providing and paying for long-Term care*, OECD Health Policy Studies, OECD Publishing  
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264097759-en>.

9 Información recogida del Comité de Protección Social. Reunión del 13 de diciembre de 2007.

10 OCDE. Gastos de salud 2006.

España, Italia, Bélgica y Finlandia los que deban afrontar las mayores cargas porcentuales en los próximos años.

VIII. La mayoría de los Estados no condiciona el acceso a las prestaciones a la cobertura de periodos de seguro o de residencia. No obstante, tampoco en este caso es posible realizar afirmaciones categóricas y el panorama europeo está repleto de excepciones. Así, Alemania exige cinco años; Grecia 4.050 días; Italia cinco años.; Irlanda 156 contribuciones; Luxemburgo un año para los asegurados voluntarios. Consecuentemente, no solo en España existe este requisito de períodos mínimos.

Con respecto al ámbito de aplicación territorial, la norma general es la aplicación uniforme en todo el espacio geográfico nacional. Sin embargo, existen excepciones significativas. Así, Bélgica ha establecido únicamente en la región de Flandes un seguro de dependencia mientras que en la región de Valonia y en la región de Bruselas no se ha optado por esta solución. Igualmente en Austria, Alemania e Italia existen diferencias regionales. También en España, en un futuro, podrían desarrollarse normativas autonómicas que dibujasen una España con contrastes marcados en el mapa de la dependencia. En los Países nórdicos las diferencias son municipales, al tener las comunas competencia en este ámbito.

En la opción entre prestaciones en especie y en metálico, la paleta de ofertas se abre y extiende, no siendo posible realizar una clasificación o distinción por razones finalistas o de objetivos. En efecto, lo que se protege en un Estado a través de prestaciones en especie, corresponde a prestaciones económicas en otro Estado. Y es esta, precisamente una de las dificultades que deben encarar las normas de coordinación comunitaria para evitar desprotección o sobreprotección.

IX. Aunque la armonización de los regímenes nacionales de dependencia en el contexto comunitario, ante la competencia exclusiva de los Estados Miembros en el ámbito de la Seguridad social, es en la realidad mínima o inexistente, no sería correcto describir el panorama comunitario como un desierto legislativo yermo. En efecto,



en paralelo a la armonización aparece la normativa de coordinación de regímenes de seguridad social, o lo que es lo mismo, la respuesta comunitaria en el ámbito de la seguridad social a la libre circulación de trabajadores y de ciudadanos que se activa o comienza a operar cuando entra en juego el elemento transfronterizo, territorial o personal. La coordinación posibilita, en el campo de la dependencia, que una persona pueda recibir prestaciones, en especie o en metálico, aunque no se encuentre o resida en su Estado competente. La coordinación aspira a garantizar que cuando un ciudadano comunitario se encuentre o resida fuera de su Estado de aseguramiento o deudor de la pensión, pueda continuar con los beneficios y derechos a los que podría tener derecho si no se hubiese producido desplazamiento alguno (temporal o permanente).

X. La multiplicidad conceptual del seguro de dependencia en los distintos Estados de la Unión Europea y su diferente tratamiento jurídico como prestaciones en especie y en metálico, de enfermedad, invalidez, protección a la familia, seguridad social, asistencia social o protección social, está afectando “de facto” a la coordinación comunitaria. En efecto, los Estados Miembros se muestran reticentes a reconocer que algunas de sus prestaciones quedan integradas en el marco protector del seguro de dependencia y que, por tanto están o deben estar coordinadas por el Reglamento 883/04. También se oponen a que sus prestaciones “bien amadas” pasen a formar parte de las prestaciones de enfermedad, según la regulación comunitaria, mientras que de conformidad con la doctrina nacional forman parte de otra rama de seguro y, en muchos casos, no pertenecen ni a la Seguridad Social. Sin embargo y aunque se reconozca la exclusividad y monopolio legislativo de los Estados Miembros, debemos ser conscientes que éstos no puede ofrecer, de manera independiente, soluciones válidas cuando la situación trasciende de sus límites territoriales nacionales. Por ello, en muchas ocasiones, la norma comunitaria está obligada y tiene que intervenir para fijar unas reglas comunes a las que todos deben atenerse, estableciendo conceptos propios aplica-

bles supranacionalmente cuando aparece el elemento transfronterizo. En este sentido, el Tribunal de Justicia dictaminó en el Asunto *Jordens-Vosters*<sup>11</sup> : “es constante que la exigencia de una aplicación uniforme del Derecho Comunitario implique que las nociones a las que se refiere derecho no varíen en función de las particularidades de cada Derecho nacional, sino que reposen sobre criterios objetivos, definidos en un marco comunitario” Consecuentemente, ante la diversidad de los conceptos nacionales, debe imperar e imponerse, cuando sea de aplicación el derecho comunitario, un supraconcepto transnacional. De esta modo, precisamente y aunque parezca una paradoja, se es respetuoso con los ordenamientos nacionales, no primando o favoreciendo a ninguno de ellos. En efecto, el derecho comunitario no interfiere en los conceptos nacionales cuando sean de aplicación exclusivamente los ordenamientos internos (en el territorio nacional, para los nacionales). Sin embargo, en el momento que el elemento transfronterizo aparece, se activa el derecho comunitario con sus propias reglas y conceptos. Consecuentemente pueden convivir un concepto nacional ( por ejemplo, las prestaciones de dependencia son prestaciones de incapacidad o prestaciones de asistencia social) y un concepto comunitario( esas mismas prestaciones son prestaciones de enfermedad y de seguridad social) que se aplicarían a situaciones y supuestos de hecho diferentes. Consecuentemente, cuando la coordinación comunitaria interviene, lo hace con sus propias normas y, aunque se produzca una remisión al derecho nacional, éste debe tener en cuenta el mandato o las condiciones en las que se produce esta remisión, ya que de otro modo no sería posible una aplicación uniforme por todos los Estados de las técnicas de coordinación. A tal efecto, se ha acuñado por la jurisprudencia un concepto comunitario (no oficial) de las prestaciones de dependencia<sup>12</sup> que “tienen como fin, mejorar el estado de salud y las condiciones de vida

---

11 Asunto C-69/79 *Jordens-Vosters* contra Bestuur van de Bedrijvereniging voor de Lederverweken de Industrie.

12 Ver sentencia en asunto C-160/96 *Molenaar*.

de las personas necesitadas de cuidados especiales”, citándose, sin ánimo exhaustivo, los cuidados a domicilio, internamientos en centros o establecimientos especializados, adquisición de equipamiento, realización de obras en el domicilio o el pago de una ayuda económica que permita al asegurado elegir el modo de asistencia que prefiera y retribuir a los terceros que le asistan.

XI. El siguiente paso o la siguiente pregunta va a ser si este seguro puede estar incluido en el ámbito material de la coordinación como parte integrante del vigente Reglamento 883/2004 y consecuentemente si le es aplicable los principios de exportabilidad y totalización de periodos. De la respuesta a esta cuestión van a depender los efectos transfronterizos de los seguros de dependencia existentes en Europa (entre ellos el español).

De una lectura superficial y literal del artículo 3<sup>13</sup> del Reglamento 883/04 podría colegirse que el seguro de dependencia no entra dentro del campo material del dichos Instrumentos y que por consecuencia las normas de coordinación comunitaria no serían aplicables a dichas prestaciones. Podría aceptarse esta tesis de partida en relación con el Reglamento 1408/71 ya que, lógicamente, el legislador no po-

---

13 Artículo 3.- Campo de aplicación material: 1. El presente Reglamento se aplicará a toda la legislación relativa a las ramas de seguridad social relacionadas con: a) las prestaciones de enfermedad; b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; c) las prestaciones de invalidez; d) las prestaciones de vejez; e) las prestaciones de supervivencia; f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional; g) los subsidios de defunción; h) las prestaciones de desempleo; i) las prestaciones de prejubilación; j) las prestaciones familiares. 2. Salvo disposición en contrario del anexo XI, el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de seguridad social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador. 3. El presente Reglamento también se aplicará a las prestaciones especiales en metálico no contributivas previstas en el artículo 70. 4. No obstante, las disposiciones del título III no afectarán a las disposiciones de la legislación de los Estados miembros relativas a las obligaciones del armador. 5. El presente Reglamento no se aplicará ni a la asistencia social y médica ni a los regímenes de prestaciones en favor de las víctimas de guerra o de sus consecuencias.

día prever en 1971, año de la aprobación del Reglamento 1408, que se desarrollase esta rama de la Seguridad Social y que por tanto su no inclusión en el ámbito objetivo del Reglamento 1408/71 respondía a una imposibilidad “de facto y de iure”. No obstante, esta opinión ya no podría sustentarse con el Reglamento 883/04 dado que en la fecha de adopción de dicha norma tanto el Consejo como el Parlamento, colegisladores en este ámbito, eran plenamente conscientes de la importancia de estas prestaciones y de sus posibles y deseados efectos transfronterizos, por lo que no se puede argüir olvido o abstención inconsciente. En este sentido, conviene señalar que la razón única para que las prestaciones de dependencia no figuren en el ámbito objetivo del Reglamento 883/04 fue la oposición frontal del Reino Unido que amenazó con vetar el Reglamento (entonces se requería unanimidad) si dichos beneficios aparecían contemplados y mencionados expresamente. La agenda oculta del Reino Unido (con Suecia y Finlandia en la trastienda) se centraba en un contencioso con la Comisión sobre la consideración del subsidio de subsistencia para minusválidos, subsidio de ayuda y subsidio para cuidadores, prestaciones éstas que eran consideradas por Reino Unido, Finlandia y Suecia como prestaciones especiales no contributivas (no exportables). La Comisión, que las catalogaba como prestaciones de enfermedad (dependencia, exportables), presentó un recurso ante el Tribunal de Justicia que falló<sup>14</sup>, como era previsible, contra los intereses británicos y los de sus aliados (Finlandia y Suecia). Probablemente si a día de hoy se optase por incluir expresamente las prestaciones de dependencia de manera independiente y separada de las prestaciones de enfermedad, los Estados Miembros aceptarían esta vía, evitándose de este modo eufemismos y puertas traseras. En cambio, esto no fue posible en su día. Consecuentemente, la única opción que restaba entonces para aceptar la coordinación comunitaria de estas prestaciones era seguir la solución diseñada por el TJ en la sentencia Molenaar, es

---

14 Asunto C-299/05. Comisión de las Comunidades Europeas contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. Sentencia de 18 de Octubre de 2007.

decir, su integración en otros riesgos o contingencias (en este caso dentro del capítulo de enfermedad). En este sentido, conviene recordar que el TJE ya se había pronunciado sobre la posibilidad de la extensión automática de facto. Consideraba que es únicamente al legislador al que corresponde la extensión material de las normas de coordinación sin que sea posible una adaptación espontánea a las necesidades o a la evolución legislativa. Por tanto la lista del artículo 4 del Reglamento 1408/71 y la del art. 3 del Reglamento 883/04 tienen carácter exhaustivo y consecuentemente toda rama de Seguridad Social que no esté incluida expresamente en dichos preceptos escapa a esta cualificación. Sin embargo, siempre queda la posibilidad de asimilar la rama de dependencia a algunas de las mencionadas en el artículo 4 ó 3 de los Reglamentos 1408/71 o 883/04. Y ésta fue la opción elegida por la Corte de Justicia de Luxemburgo que en el Asunto C-160/96 Molenaar, (concesión de prestaciones de dependencia alemanas a un asegurado alemán que residía en Francia) declaró que las prestaciones del Seguro de dependencia están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, por lo que, aunque presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas prestaciones de enfermedad y asimiladas a éstas. Con este fallo jurisdiccional se adopta una decisión uniforme y, con independencia de la estructura organizativa de cada Estado y de la naturaleza jurídica que se otorgue a las prestaciones de dependencia en el ordenamiento interno, estas prestaciones, en el ámbito comunitario y a los efectos de la coordinación, deben recibir el tratamiento establecido en el capítulo de enfermedad de los Reglamentos. Para dejar todavía las cosas más claras a este respecto, debe señalarse que el Tribunal manejó también la hipótesis de equiparar las prestaciones de dependencia a las de invalidez, decantándose sin embargo, por la solución de asimilarlas al seguro de enfermedad por entender que, con independencia del carácter que le atribuyeran los regímenes nacionales, se posibilita una regulación más coherente con las necesidades a cubrir.

XII. De todos modos, todavía quedaba algo por dilucidar ¿se trata de prestaciones en especie o en metálico? El tema no es baladí, máxime teniendo en cuenta el diferente tratamiento, para unas y otras, contemplado en las normas de coordinación. Así, las prestaciones en especie se sirven de acuerdo con la legislación del país de residencia o de estancia por lo que su contenido y extensión serán los fijados por la legislación de dicho Estado y no por la del Estado Competente o de aseguramiento del beneficiario. En cambio, las prestaciones económicas son abonadas por el Estado competente aplicando su propia legislación, quedando afectadas por la obligación de exportación. Sin embargo la frontera o delimitación entre prestaciones en especie y económicas no es, en muchas ocasiones, clara y diáfana. En efecto, ambas prestaciones, en el ámbito de la dependencia, pueden coincidir en la finalidad (mejora del el nivel de vida de las personas necesitadas de cuidados), diferenciándose en aspectos meramente formales o muy sutiles. Baste decir que el reembolso de los gastos como consecuencia de un tratamiento o servicio es considerado por el Tribunal de Justicia como prestación en especie<sup>15</sup> y que puede admitirse la existencia de una prestación económica aunque no se conceda en sustitución de ingresos, salarios o sueldos. Quizás el elemento diferenciador y caracterizador de las prestaciones en metálico de dependencia sea la relativa libertad del beneficiario para su utilización así como la no vinculación total, con respecto a su cuantía, de los gastos realmente realizados, o lo que es lo mismo, una autonomía en cuanto el destino de la prestación que no se contempla para las prestaciones en especie. En resumen, una cuestión de matices plena de zonas grises. No obstante, lo importante, centrándonos en temas concretos que puede afectarnos, es que para el Tribunal de Justicia debe ser considerada como prestación económica la que se concede al asegurado con el fin de que abone a una tercera persona una remuneración o similar como contraprestación por los cuidados y servicios recibidos.

---

15 Asunto 61/65 Vaassen-Göbbels. Sentencia de 30 de junio de 1966.

XIII. Puestas las bases del derecho comunitario, corresponde ahora analizar determinados aspectos de la Ley 39/2006 de 14 de Diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y la incidencia que puede tener en dicha norma la coordinación comunitaria. No corresponde al autor de este artículo entrar en disquisiciones sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones de dependencia españolas ni dilucidar sobre su catalogación como Seguridad Social, Asistencia Social, Protección Social o Servicios Sociales. Tampoco se pretende examinar aquí todas las interrelaciones entre los ordenamientos español y europeo<sup>16</sup>.

XIV. Antes de seguir avanzando en este artículo y para dejar clara mi base de argumentación, quisiera subrayar que los análisis centrados exclusivamente en el derecho nacional tienen una repercusión muy limitada en el tratamiento de estas prestaciones, beneficios, servicios o como queramos denominarlos cuando aparece o surge el elemento transfronterizo comunitario (territorio o nacionalidad). Y es desde esta perspectiva, la comunitaria y no la nacional (reconociendo, eso sí, que no pueden ser departamentos estancos), como deseamos enfocar el examen de algunos preceptos de la Ley 39/2006 de 14 de Diciembre.

Convendría iniciar la andadura por el artículo 5 de la Ley que fija el campo de aplicación personal o subjetivo (en primer lugar y por encima de todo los españoles y, residualmente, los extranjeros que estén equiparados a los españoles en virtud de Tratados y Convenios<sup>17</sup>). La verdad es que el legislador ha perdido una oportunidad

---

16 Para los estudiosos compulsivos, aconsejo el trabajo de Cristina Sánchez-Rodas Navarro: "La Coordinación Comunitaria del Riesgo de Dependencia" en: C. Sánchez-Rodas Navarro (Dir.) *Vicisitudes de la Aplicación del Derecho Comunitario en España*. Laborum. Murcia. 2007; que es la obra de referencia para todos los especialistas que se precien.

17 Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; "El Convenio sobre el Trabajo Marítimo y el Derecho Social Comunitario. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración n° 82; pp.45 y ss. Y C. Sánchez-Rodas Navarro; "El Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social". *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (Iustel) n° 26/2011.

magnífica para huir de la redacción clásica y hoy trasnochada de la Ley General de Seguridad Social y aggiornarse prescindiendo del guiño nacionalista y sustituyendo la oportunista mención de “los españoles” por “los ciudadanos comunitarios y asimilados”. Ya es hora de interiorizar, a día de hoy, que somos europeos y en que nos movemos en un escenario europeo. Recuerdo al lector que la igualdad de trato está reconocido por los Tratados<sup>18</sup> y que, consecuentemente, los ordenamientos internos deben ser respetuosos con este principio sin excepciones o desviaciones.

XV. Antes de avanzar en el análisis del derecho derivado y concretamente sobre el Reglamento 883/04, debemos plantearnos una serie de cuestiones fundamentales: ¿Están comprendidas nuestras prestaciones de dependencia en el campo de aplicación material del Reglamento 883/04?. ¿Son muestras prestaciones de dependencia seguridad social a efectos comunitarios? ¿influye que la financiación sea no contributiva y que por tanto la residencia sea un factor decisivo? Me voy a limitar a recoger algunos pronunciamientos del Tribunal de justicia que se repiten en la mayor parte de las Sentencias sobre el seguro de dependencia:

“En cambio, una prestación se considerará una prestación de seguridad social cuando se conceda, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento n° 1408/71 (sentencias de 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249/83, Rec. p. 973, apartados 12 a 14; de 20 de junio de 1991, Newton, C-356/89, Rec. p. I-3017; de 16 de julio de 1992, Hughes, C-78/91, Rec. p. I-4839, apartado 15; Molenaar, antes citada, apartado 20, y Jauch, ante citada, apartado 25). Aplicando dicha jurisprudencia, y habida cuenta de los elementos constitutivos

---

18 Artículo 18 de la TFUE: En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad



de las prestaciones del seguro alemán de asistencia, el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 25 de la sentencia Molenaar, antes citada, que dichas prestaciones debían ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 1408/71 y, en el apartado 36 de la misma sentencia, que debían considerarse «prestaciones en metálico» del seguro de enfermedad a que se refiere, en particular, el artículo 19, apartado 1, letra b), de dicho Reglamento (véase igualmente la sentencia Jauch, antes citada, apartado 25)”. “Ahora bien, las prestaciones concedidas de manera objetiva sobre la base de una situación legalmente definida y que están destinadas a mejorar el estado de salud así como las condiciones de vida de las personas dependientes tienen por objeto esencialmente completar las prestaciones del seguro de enfermedad y deben considerarse «prestaciones de enfermedad» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 1408/71 (sentencias antes citadas Molenaar, apartados 24 y 25; Jauch, apartado 28, y Hosse, apartado 38)”.

”Los requisitos para la concesión de la asignación de asistencia y la forma de financiación de dicha asignación no pueden tener por objeto o por efecto desnaturalizar el análisis que de dicha asignación se efectuó en la sentencia Molenaar, antes citada, a tenor de la cual las prestaciones de estas características están fundamentalmente destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales (sentencia Molenaar, antes citada, apartado 24). En estas circunstancias, y aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido del artículo 4, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento nº 1408/71 (sentencia Molenaar, antes citada, apartado 25). En este contexto, es irrelevante que la asignación de asistencia haya tenido por objeto completar desde el punto de vista económico, habida cuenta de la

necesidad de asistencia de una persona, una pensión que se concedió por una razón distinta de la enfermedad. Así, ya sea de carácter contributivo o no contributivo, esta asignación debe considerarse, como señala por otra parte el Gobierno alemán, una «prestación de enfermedad» en metálico en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento n° 1408/71 y, en consecuencia, no está incluida en el apartado 2 bis del mismo artículo”.

“de los autos se deduce que las prestaciones del seguro de asistencia [seguro de dependencia] están destinadas a potenciar la autonomía de las personas necesitadas de tal asistencia, especialmente a nivel económico. En particular, el sistema creado prefiere incentivar la prevención y la readaptación antes que los cuidados y promover el recurso a los cuidados a domicilio antes que a los cuidados en residencias.. El seguro de asistencia da derecho a la asunción, total o parcial, de determinados gastos ocasionados por la necesidad de ayuda del asegurado, como los cuidados prestados a domicilio o en centros o establecimientos especializados, la compra de equipamiento que necesite el asegurado y la realización de obras en su domicilio, así como al pago de una ayuda económica mensual que permita al asegurado elegir el modo de asistencia que prefiera y, por ejemplo, retribuir de una u otra forma a los terceros que le asistan. El régimen del seguro de asistencia garantiza además a algunos terceros una cobertura de los riesgos de accidente, vejez e invalidez Por consiguiente, prestaciones de estas características están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. En estas circunstancias, y aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido de la letra a) del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento n° 1408/71”

“Como ya se ha indicado [...], las prestaciones del seguro de asistencia [seguro de dependencia] consisten, en parte, en la asunción o el

reembolso de los gastos ocasionados por la necesidad de cuidados especiales del interesado, especialmente de los gastos médicos que implica esta situación. Tales prestaciones, destinadas a cubrir los gastos ocasionados por los cuidados dispensados al asegurado, tanto en su domicilio como en establecimientos especializados, las adquisiciones de equipamiento y la realización de obras están indudablemente incluidas entre las “prestaciones en especie” a que se [refiere] la letra a) del apartado 1 del artículo 19 [...] del Reglamento nº 1408/71. Por el contrario, si bien es cierto que también el subsidio por cuidados está destinado a cubrir determinados gastos ocasionados por la necesidad de cuidados, en particular los relativos al auxilio proporcionado por un tercero, y no a compensar una pérdida de salario sufrida por el beneficiario, no es menos cierto que presenta características que lo distinguen de las prestaciones en especie del seguro de enfermedad. En primer lugar, el pago del subsidio es periódico y no está supeditado ni a la realización previa de determinados gastos, como los gastos de cuidados, ni, con mayor motivo, a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados. En segundo lugar, la cuantía del subsidio se fija con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades más esenciales de su vida. En tercer lugar, el beneficiario dispone de una amplia libertad en la utilización de las cantidades que se le abonan. En particular, como ha indicado el propio Gobierno alemán, el subsidio por cuidados puede ser utilizado por el beneficiario para gratificar a una persona de su familia o de su círculo que le cuida benévolamente. Consiguientemente, el subsidio por cuidados se presenta como una ayuda económica que permite mejorar, en conjunto, el nivel de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales, de forma que se compense el incremento de los gastos ocasionado por el estado en que se encuentran. Por consiguiente, debe considerarse que una prestación como el subsidio por cuidados está incluida entre las “prestaciones en metálico” del seguro de enfermedad a que se refieren la letra b) del apartado 1 del artículo 19 [...] del Reglamento nº 1408/71”

XVI. En primer lugar, en virtud del artículo 4, apartado 2 bis, letra a), inciso ii), del Reglamento nº 1408/71 modificado, una prestación únicamente puede calificarse como especial si sirve únicamente para proporcionar una protección específica a las personas discapacitadas estrechamente vinculada al entorno social de cada persona en el Estado miembro de que se trate. En el caso de autos, las prestaciones controvertidas no tienen esta única función. En efecto, si bien favorecen incontestablemente la autonomía de las personas que se benefician de ellas y proporcionan a las personas discapacitadas protección en su contexto social nacional, también tienen por objeto garantizar los cuidados necesarios y la vigilancia de dichas personas, cuando es indispensable, en la familia de éstas o en una institución especializada. Por ello, no pueden calificarse como prestaciones especiales a la luz del artículo 4, apartado 2 bis, letra a), inciso ii), del Reglamento nº 1408/71 modificado.

XVII. No quisiera sacar conclusiones de los considerandos precitados. Creo que no hace falta argumentar o construir aparatos teóricos para reconocer que nuestras prestaciones de dependencia están incluidas en el campo de aplicación material del Reglamento 883/04. Son, con independencia de su naturaleza jurídica, de su financiación o de su encuadramiento en el ordenamiento interno, prestaciones en especie o en metálico de enfermedad integradas en las normas de coordinación comunitaria a las que se aplican todos los principios reguladores de estas normas. Aceptaría perfectamente que se me indicase que para la doctrina española no son seguridad social o que son prestaciones asistenciales o que son parte de la rama de invalidez. No lo discutiría. Ahora bien, cuando se activa el elemento transfronterizo, la “vis atractiva” del derecho comunitario actúa como un agujero negro que absorbe las características y peculiaridades propias a nivel nacional de estas prestaciones y las reelabora, convirtiéndolas en prestaciones de enfermedad en metálico o en especie.

XVIII. Sentada la premisa principal de este artículo y desde esta perspectiva pasemos a analizar algunos aspectos esenciales de nues-

tra legislación. Comencemos por el período mínimo de residencia. El requisito de residencia en territorio español durante cinco años de los cuales dos deberían ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de solicitud (período de carencia genérica y específica), parece a primera vista muy razonable e igualitario ya que se aplica teóricamente a españoles y a extranjeros por igual. No obstante, probablemente a un experto de derecho comunitario este precepto le deje un cierto regustillo a discriminación encubierta. Por supuesto que siempre puede exigirse un período de carencia u otros requisitos para ser considerado titular de derecho. Ahora bien, una discriminación de segundo grado es aquella que va dirigida especialmente, y, prioritariamente a un colectivo concreto y determinado. Analicemos la incidencia de la condición de residencia en los nacionales españoles. Distingamos entre los sedentarios y los migrantes o móviles. Los primeros siempre han residido en el territorio español por lo que el requisito de cinco años es superfluo. Los migrantes españoles, que pueden ser equiparados a los extranjeros, sí que pueden verse afectados por el período exigido. No obstante, el propio artículo 5 de la Ley 39/2006, en sus apartados tres y cuatro, establece unas modalidades específicas de aplicación para los españoles no residentes en España y para los emigrantes retornados. Por lógica, la excepción a la que hacen referencia los aludidos apartados tres y cuatro sobre el requisito de residencia de cinco años<sup>19</sup> por lo que parece evidente que al único colectivo al que se le exigirá el período de carencia o residencia serán los extranjeros, entre los que se incluyen los comunitarios y otros nacionales protegidos por el derecho europeo, lo que podría implicar algún problema de discriminación en el futuro y una actuación subsiguiente de la Comisión Europea a favor de la igual-

---

19 Ver la disposición adicional única del Real Decreto 727/2007 de 8 de junio sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. (BOE de 9 de junio de 2007). En dicho precepto se contempla la protección de los emigrantes españoles retornados que no tienen cubierto los períodos de carencia genérica y específica.

dad de trato. Por si acaso existieran dudas al respecto o se pusiera en duda mi argumentación, el Real Decreto 727/2007<sup>20</sup> en su disposición adicional única<sup>21</sup> remacha la faena al crear una prestación “ad hoc” para los emigrantes retornados, idéntica a la contemplada en la Ley 39/2006 de 14 de Diciembre, sin la exigencia del cumplimiento del periodo de residencia, lo que prueba de manera bastante clara la intencionalidad y dirección del requisito de carencia genérica o específica.

XIX. Por otra parte, este periodo de 5 años, totalmente comprensible para evitar “turismo de dependencia”, va a tener un efecto muy limitado, casi nulo cuando se active el elemento transfronterizo comunitario. Téngase en cuenta que para el Tribunal de Justicia, como

- 
- 20 Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. (BOE de 9 de junio de 2007)
- 21 Disposición adicional única: “La atención a la dependencia de los emigrantes españoles retornados.- Las personas en situación de dependencia que, como consecuencia de su condición de emigrantes españoles retornados, no cumplan el requisito establecido en la letra c del artículo 5.1 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, por no haber residido en territorio español en los términos establecidos en el citado artículo, podrán acceder a prestaciones asistenciales con igual contenido y extensión que las prestaciones y ayudas económicas reguladas en la misma, en los términos que a continuación se establecen: a) Corresponderá a la Comunidad Autónoma de residencia del emigrante retornado la valoración de la situación de dependencia, el reconocimiento del derecho, en su caso, y la prestación del servicio o pago de la prestación económica que se determine en el programa individual de atención. b) El coste de los servicios y prestaciones económicas será asumido por la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma, en la forma establecida en el artículo 32 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. c) El beneficiario a que se refiere la presente disposición participará, según su capacidad económica, en la financiación de las mismas, que será también tenida en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones económicas. d) Las prestaciones se reconocerán siempre a instancia de los emigrantes españoles retornados y se extinguirán, en todo caso, cuando el beneficiario, por cumplir el período exigido de residencia en territorio español, pueda acceder a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.”

se ha señalado en párrafos precedentes, las prestaciones de dependencia son prestaciones de enfermedad y consecuentemente, por aplicación del Reglamento 883/04, opera el principio de totalización de periodos de seguro, de empleo y de residencia, tanto para los trabajadores y sus familiares como para las personas no activas. Además, los trabajadores nacionales de terceros Estados y sus familiares incluidos en el campo de aplicación personal del Reglamento 1231/10, tienen derecho igualmente, de conformidad con el Reglamento, a la totalización de periodos para acceder a las prestaciones de dependencia.

XX. El artículo 14 de la Ley de dependencia configura el contenido de la protección para los beneficiarios, diferenciándose entre servicios y prestaciones económicas. Los primeros, traspuestos al ámbito comunitario, deberían ser consideradas prestaciones en especie, no exportables, y las segundas como prestaciones en metálico que, según las normas de coordinación, no están sujetas, en principio, a cláusulas de residencia y que por tanto deben ser abonadas (exportación) en su caso, fuera del territorio nacional. Esta separación entre prestaciones en especie y prestaciones en metálico no es concluyente en nuestra Ley de dependencia. En efecto, si bien no parece que existan demasiadas dudas con respecto al catálogo de servicios enunciado en el artículo 15 (prestaciones en especie con seguridad), la prestación económica vinculada al servicio que recoge el artículo 17 de la Ley<sup>22</sup>; sustituiría el acceso a un servicio público concertado

---

22 Artículo 17: "Prestación económica vinculada al servicio. 1. La prestación económica, que tendrá carácter periódico, se reconocerá, en los términos que se establezca, únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, 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 Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma. 2. Esta prestación económica de carácter personal estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio. 3. Las Administraciones Públicas competentes supervisarán, en todo caso, el destino y utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas."

de atención y cuidado, presenta una serie de características propias que podrían equipararla, a pesar de consistir en un pago en metálico, a las prestaciones en especie comunitarias, en cuyo caso no serían exportables. A tal efecto deberíamos recordar que uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Molenaar para considerar como prestaciones económicas los subsidios de cuidados alemanes fue la relativa libertad del interesado en la utilización de las cantidades que se le abonan, así como que la cuantía de la prestación se fije con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario quien, además, no está, en principio, obligado a adelantar el pago. En cambio, las prestaciones del artículo 17 de nuestra Ley de dependencia no son una modalidad o variedad separada de los servicios o prestaciones en especie del artículo 15 (catálogo de servicios) sino una sustitución de los mismos cuando “no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado”, vinculándose, en todo caso, la prestación concedida a la “adquisición de un servicio”. En este sentido deberíamos recalcar lo establecido en el apartado tercero de dicho precepto sobre la obligación de las Administraciones públicas de supervisar “el destino y utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la fueron concedidas”. Además, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y concretamente con la sentencia Vaassen-Göbbels, un reembolso de gastos, como consecuencia de la adquisición de un servicio o tratamiento debe ser considerado como prestación en especie y por tanto no exportable. En cambio las prestaciones contempladas en el artículo 18 y probablemente las del artículo 19 deben ser reconocidas, al entender del autor de este artículo, como prestaciones económicas. XXI. Por otra parte, la ley 39 /2006 va a repercutir notablemente en la situación de los residentes comunitarios en España y a la inversa. En efecto. La bondad climática de nuestras costas favorece la residencia de pensionistas de otros Estados de la Unión que, en gran número, de forma oficial o encubierta, han decidido establecerse en territorio español provisional o defini-



tivamente. A nadie se le puede escapar que muchos de esos pensionistas arrastran o arrastrarán una minusvalía que puede hacerles sujetos y beneficiarios de las prestaciones de dependencia. Conviene recordar nuevamente, aunque se me tache re reiterativo y recurrente, que para el derecho comunitario, las prestaciones de dependencia están integradas en las prestaciones de enfermedad y que por tanto y de conformidad con la sección segunda del capítulo 1 del Título III del Reglamento 883/04, corresponde al Estado de residencia el servicio de las prestaciones en especie (con el consiguiente reembolso de los gastos por parte del Estado competente de aseguramiento del interesado). Por otra parte, se otorga la competencia y la obligación del pago de las prestaciones en metálico al Estado deudor de la pensión. Consecuentemente, los pensionistas comunitarios accederán a los servicios establecidos en el artículo 15 y, a mi entender a las prestaciones del artículo 17, de la Ley 39/2006, previa totalización de periodos de residencia si fuera necesario, sin que deba cundir el pánico con respecto a la asunción del gasto por parte de nuestro Sistema de Seguridad Social porque, si todo se desarrolla correctamente, los costes deberán ser reembolsados por las instituciones competentes de los Estados Miembros deudores de las pensiones. A tal efecto, la cuota global per cápita que se emplea para el reembolso de las prestaciones en especie servidas a los pensionistas, debe calcularse en base a los costes totales tanto de las prestaciones sanitarias “strictu sensu” como de las prestaciones no económicas de dependencia. Por tanto, si el cálculo de la cuota global y los correspondientes reembolsos se efectúan de manera satisfactoria, no debería generarse una carga adicional de importancia para las finanzas estatales o autonómicas. De especial atención para España es el nuevo artículo 34<sup>23</sup> del Regla-

---

23 Artículo 34. Acumulación de prestaciones asistenciales de duración indeterminada. En caso de que un titular de prestaciones asistenciales en metálico de duración indeterminada

que deban ser consideradas prestaciones de enfermedad y, por tanto, hayan de ser facilitadas por el Estado miembro que sea competente para las prestaciones en metálico en virtud del artículo 21 o del artículo 29 tenga, simultáneamente

mento 883/04 que tiene como objetivo, me temo que frustrado ya de antemano, evitar la acumulación de las prestaciones en especie y en metálico, lo que va a obligar a un control estricto por parte de nuestras Administraciones.

XXII. Para completar el panorama, debe subrayarse, que las personas no activas puras, a las que se aplica el Reglamento 883/04 y para las cuales, de conformidad con su artículo 11<sup>24</sup> el Estado de residencia es el competente, tendrán derecho a estas prestaciones, previa totalización y sin que corresponda reembolso alguno. De todos modos, en principio su número será tan reducido que más que preocupación lo que debe imperar es la vigilancia.

XXIII. Uno de los temas esenciales de la coordinación comunitaria en relación con nuestras prestaciones de dependencia lo constituye la exportación de prestaciones económicas. En este sentido, los artículos 18 y 19 de la Ley se refieren a un tipo de prestaciones en metálico (para cuidados en el entorno familiar, apoyo a cuidadores no profesionales y de asistencia personal) que recuerdan, en mayor o menor medida, a los subsidios de alemanes cuya exportabilidad

---

y con arreglo al presente capítulo, derecho a solicitar a la institución del lugar de residencia o estancia de otro Estado miembro prestaciones en especie con idénticos fines, y una institución del primer Estado miembro deba reembolsar asimismo el coste de estas prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35, será de aplicación la disposición general de no acumulación de prestaciones establecida en el artículo 10, únicamente con la siguiente restricción: si el interesado solicita y recibe la prestación en especie, se reducirá de la cuantía de la prestación en metálico el importe de la prestación en especie exigido o exigible a la institución del primer Estado miembro que deba reembolsar el coste.

2. La Comisión Administrativa establecerá la lista de prestaciones en metálico y en especie a las cuales serán aplicables las disposiciones del apartado 1.

3. Dos o más Estados miembros, o sus autoridades competentes, podrán convenir otras medidas o medidas complementarias que no sean menos ventajosas para los interesados que los principios expuestos en el apartado 1.

- 24 Artículo 11 letra e) "cualquier otra persona a la que no le sean aplicables las disposiciones de las letras a) a d) estará sujeta a la legislación del Estado miembro de residencia, sin perjuicio de otras disposiciones contenidas en el presente Reglamento que le garanticen prestaciones en virtud de la legislación de uno o varios de los demás Estados miembros".

fue reconocida por el Tribunal de Justicia en la sentencia Molenaar, mencionada en párrafos precedentes. Si bien es cierto que existe una gran diferencia entre el seguro de dependencia alemán y el español a la hora de la financiación, contributivo uno y no contributivo el otro, me temo que el resultado final va a ser idéntico. En este sentido debe hacerse hincapié que las prestaciones no contributivas especiales de tipo mixto no son, en principio, exportables por lo que podría alegarse esta posibilidad para la aplicación de cláusulas de territorialidad a nuestras prestaciones. Vana empresa. Y es que el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado al respecto y de una manera categórica. Así, en el Asunto Jauch<sup>25</sup> que versaba sobre la exportación de las prestaciones en metálico austriacas del seguro de dependencia, la Corte de Justicia, desoyendo las tesis que defendían la aplicación del artículo 10 bis del Reglamento 1408/71<sup>26</sup> (no exportabilidad de las prestaciones no

---

25 Asunto C-215/99, Friedrich Jauch y Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter. Sentencia de 8 de Marzo de 2001.

26 Artículo 10 bis: "Prestaciones especiales de carácter no contributivo. 1. Lo dispuesto en el artículo 10 y en el título III no es aplicable a las prestaciones especiales en metálico de carácter no contributivo mencionadas en el apartado 2 bis del artículo 4. Las personas a las que se aplica el presente Reglamento se beneficiarán de dichas prestaciones exclusivamente en el territorio del Estado miembro en el que residan y con arreglo a la legislación de dicho Estado, siempre que esas prestaciones se mencionen en el anexo II bis. Las prestaciones serán abonadas por la institución del lugar de residencia y a su cargo. 2. La institución de un Estado miembro cuya legislación supedita el derecho a las prestaciones contempladas en el apartado 1 al cumplimiento de períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de empleo, de actividad profesional por cuenta propia o de residencia cumplidos en el territorio de cualquier otro Estado miembro como si se tratase de períodos cumplidos en el territorio del primer Estado miembro. 3. Cuando la legislación de un Estado miembro supedita el derecho a una prestación de las contempladas en el apartado 1, concedida a título complementario, al beneficio de una prestación de las contempladas en una de las letras a) a h) del apartado 1 del artículo 4, si no se tiene derecho a ninguna prestación de tal género con arreglo a dicha legislación, toda prestación correspondiente concedida con arreglo a la legislación de otro Estado miembro será considerada, a efectos de la concesión de la prestación complementaria, como prestación concedida con arreglo a la legislación del primer Estado miembro. 4. Cuando la legislación de un Estado miembro

contributivas) señala “Así ya sea de carácter contributivo o no contributivo esta asignación debe ser considerada como una prestación en metálico y por tanto no puede ser considerada como una prestación especial distinta de las prestaciones normales de enfermedad en metálico, por lo que no está incluida el apartado 2 bis del Reglamento CEE1408/71. Además, el Tribunal de Justicia ha puesto en duda la intangibilidad y presunción de inocencia del Anexo II bis del Reglamento 1408/71, actual Anexo X del Reglamento 883/04, (que recoge las prestaciones no contributivas no exportables) y en una sentencia paradigmática recaída en el Asunto 299/05<sup>27</sup>, ha obligado a tres países con sistemas Beveridge para la dependencia (como España) al levantamiento de las cláusulas de residencia y a la exportación de los beneficios económicos fuera del territorio nacional. La sentencia recaída, además de confirmar las tesis sustentadas anteriormente por el Tribunal de Justicia, pone de manifiesto que los Estados Miembros no son soberanos absolutistas para decidir sobre la exportabilidad de sus prestaciones y que el Anexo II bis, actual Anexo X, no es una patente de corso donde quepa todo, a voluntad y a la carta, por el hecho de que así lo hayan decidido los Estados Miembros y así lo haya aprobado el Consejo y el Parlamento. La anulación de las inscripciones en el Anexo II bis de Suecia, Reino Unido y Finlandia muestran la decidida apuesta del poder judicial por la comunitarización y europeización del seguro de dependencia, a la vez que se da un aviso para navegantes en relación con posibles interpretaciones restrictivas en este ámbito. Por tanto, parece incuestionable, la exportabilidad de las prestaciones económicas contempladas en los artículos 18 y 19 de la Ley de Dependencia a pesar de su naturaleza no contributiva.

---

supedite la concesión de prestaciones de las contempladas en el apartado 1, destinadas a los inválidos o a los minusválidos, a la condición de que la invalidez o la minusvalía se hubiere constatado por ver primera en el territorio de dicho Estado miembro, se considerará cumplida esta condición cuando la constatación haya sido realizada por ver primavera en el territorio de otro Estado miembro.”

27 Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2007 recaída sobre el Asunto C-299/05.

XXIV. Todavía podríamos idear una nueva línea de defensa para oponernos a la exportabilidad, teniendo en cuenta que la gestión de las prestaciones será competencia autonómica y que las distintas Comunidades Autónomas pueden establecer mejoras adicionales al nivel de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado (artículo 7 de la Ley). Esta situación compleja introduce una nueva variable en relación con la exportabilidad de estas prestaciones cuya competencia es autonómica. Sin embargo, el TJ siempre va por delante de nuestras elucubraciones. El primer precedente se encuentra en la República austriaca y concretamente en el Land de Salzburgo que tiene establecido una asignación de asistencia para personas dependientes que tengan su residencia principal en este Land. La petición de exportación de esta prestación a otro Estado de la Unión Europea no fue aceptada por el citado Land. No obstante, no fue este el parecer ni la tesis defendida por el TEJ que en el Asunto C-286/03, Silvia Hosse<sup>28</sup>, declaró que la asignación de asistencia del Land de Salzburgo era una prestación de enfermedad, similar a las prestaciones que dieron lugar a las sentencias Molennar y Jauch, y no una prestación especial de carácter no contributivo por lo que era plenamente exportable a otros Estados de la Unión. Posteriormente el TJ volvió a pronunciarse en un caso similar<sup>29</sup>, esta vez contra Alemania, sobre la exportabilidad de las prestaciones de los Laender en favor de los invidentes, sordos e incapacitados. También en este caso el TEJ desoyó los argumentos alemanes sobre la no exportabilidad y concluyó que dichas prestaciones de dependencia pertenecían al seguro de enfermedad y no podían considerarse como especiales no contributivas de tipo mixto. Ergo, el ámbito territorial limitado de una prestación no puede hacerse valer cuando se trata de prestaciones de dependencia ( enfermedad). En consecuencia, la prestación nacional española gestionada por las Comunidades Autónomas es exportable, si bien, en cambio podría entenderse que la

---

28 Asunto C-286/03. Silvia Hosse contra Land de Salzburgo. Sentencia de 21 de febrero de 2006.

29 Asunto 206/10. Comisión Europea contra República Federal de Alemania

prestación adicional autonómica a que se refiere el artículo 7 apartado 3 de la Ley 39/2006 `podría ser una prestación especial no contributiva, por ser complementaria de la básica, y por tanto no exportable. Cuando se establezca esta protección adicional autonómica se debería incluir estas prestaciones en el Anexo X del Reglamento 883/04 para evitar su exportación.

XXV. Quizás antes de precipitarse buscando trabas a la exportación de las prestaciones económicas deberíamos valorar y realizar una estimación aproximativa de los colectivos afectados para conocer las magnitudes económicas de las que estamos hablando cuando nos referimos a la exportación de las prestaciones. Debemos partir de la base de que, en todo caso se trata de asegurados o pensionistas sujetos a la legislación española que no residen en territorio español, o lo que es lo mismo, trabajadores destacados o desplazados, fronterizos o pensionistas en virtud de la Seguridad española que residan en otro Estado de la Unión y que no tengan reconocida una pensión en el Estado de residencia y los miembros de su familia( de todas formas quizás la nueva sentencia recaída en el asunto *Da Silva*<sup>30</sup> o la que pueda recaer en el asunto *Lucy Stewart*<sup>31</sup> pueda alterar ligeramente esta aserción). En resumen podríamos estar hablando, a día de hoy, de un colectivo teórico de 25.000 personas por lo que es de prever que el número de afectados dependientes en la práctica a los que habría que exportar las prestaciones no sobrepase el millar de personas. En este sentido, conviene señalar que aunque nuestras prestaciones de dependencia se basan y fundamentan en la residencia, nuestro país no dejaría de ser competente, cuando, en algunos casos, los beneficiarios no residieran en territorio español. Y es que, con independencia de que las prestaciones estén basadas en cotizaciones o en residencia (régimenes contributivos o no contributivos), las prestaciones de dependencia, al ser consideradas como prestaciones de enfermedad, se vinculan al aseguramiento o a la pensión y por tanto

---

30 Asunto C-388/09

31 Asunto C-503/09

se debe examinar, para establecer el Estado competente, lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento 883/04. Si como resultado de la aplicación de este precepto, España fuera considerado en algún caso como Estado competente, las prestaciones de dependencia deberían reconocerse en virtud de nuestra legislación, aunque el requisito de la residencia no se cumpliera, procediéndose en su caso a la exportación de las prestaciones económicas y a la asunción del coste de las prestaciones en especie servidas por el Estado de residencia.

XXVI. Los Sistemas legatarios del modelo Beveridge, como el español para el seguro de dependencia, en los que la residencia es la base principal de la protección, pueden verse afectados y, en algunos casos hasta desvirtuados, cuando se activa el principio de igualdad de trato y entra en juego la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad establecida en el Tratado. De conformidad con las normas de coordinación, es el Estado competente el que abona las prestaciones en metálico, de conformidad con su legislación, sin que el Estado de residencia tenga obligación económica alguna. Sin embargo, a veces, el derecho comunitario, puede plantear un conflicto positivo de legislaciones y generar contradicciones a la hora de su aplicación. Quizás convenga recordar, antes de seguir esta explicación, que cuando estamos hablando de prestaciones económicas de enfermedad para pensionistas nos estamos refiriendo a las prestaciones en metálico de dependencia. Pues bien, imaginemos un ciudadano comunitario que percibe una pensión en virtud de la legislación de otro Estado Miembro y que reside en España. Un caso muy común. Supongamos que no existe en el Estado Miembro deudor de la pensión un seguro de dependencia desarrollado o que, aunque éste exista, no se contemplen en él las prestaciones económicas o éstas son menores que las reconocidas en España. De conformidad con el Reglamento 883/04, las prestaciones económicas corresponderían totalmente al Estado competente o de aseguramiento. Sin embargo, al no estar previstas dichas prestaciones en la legislación de dicho Estado (y en la mayoría de ellos no están previstas) o ser

éstas de inferior cuantía, al tratarse de un nacional comunitario y ser de aplicación el principio de la libre circulación de ciudadanos y la consiguiente igualdad de trato contenida en el Tratado de la Unión, el dependiente podría reclamar a España prestaciones en metálico de dependencia en virtud de nuestro ordenamiento nacional que le deberían ser concedidas y sufragadas por nuestra Seguridad Social si cumpliese todos los requisitos establecidos. Nos encontraríamos con un conflicto entre una norma de derecho derivado, como es Reglamento 883/04 y el propio Tratado. El Reglamento de coordinación atribuye las competencias al Estado competente o de aseguramiento, liberando de responsabilidades al Estado de residencia. En cambio, el Tratado vela por la plena igualdad entre comunitarios y para ello tiene también en cuenta el derecho nacional del Estado de residencia que sigue siendo aplicable, si como en este caso, resulta norma más favorable que el propio Reglamento (ver sentencia Bosmann<sup>32</sup>).

XXVII. Es loable el propósito del legislador de ofrecer un aseguramiento a los cuidadores dentro de la Seguridad Social. Con ello reconoce como “paralaboral” la actividad de cuidados y cierra el círculo de la protección para dependientes y cuidadores. Asimismo, acerca nuestra legislación a las más avanzadas y rompe con la idea de que la dependencia es un problema que debe ser tratado y resuelto, de una manera filantrópica, en el círculo familiar, sin que el Estado deba intervenir directamente. No hay objeciones a esta medida que también tiene que ser examinada a través del tamiz comunitario. En este sentido debemos retomar la jurisprudencia comunitaria que en una sentencia paradigmática recaída en los Asuntos C- 502/01 y C-31/02<sup>33</sup>, Silke Gaumain y Marie Barth obliga a la Administración alemana a aceptar el aseguramiento de un cuidador, a cargo de la propia Seguridad Social, en un caso en el que ni el dependiente, ni consecuente-

---

32 Asunto C<sub>352/06</sub>

33 Sentencia de 8 de Julio de 2004. Asunto C<sub>502/01</sub> Silke Gaumain-Cerri contra Kaufmaennische Krankenkasse-Pflegekasse y C-31/02 Landesversicherungsamt Rheinland contra Maria Barth



mente el tercero que preste la asistencia, residían en el Estado competente (Alemania). Y es que la exportación de prestaciones económicas puede conllevar esta problemática adicional. Con toda seguridad, este fallo jurisdiccional será aplicable al seguro de dependencia español. En este sentido el Decreto 615/2007 de 11 de mayo,<sup>34</sup> establece el encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social mediante la suscripción de un convenio especial, asumiendo la Tesorería General la cotización correspondiente. Transponiendo la referida Sentencia del TEJ a nuestro ordenamiento, podría afirmarse que la propia cotización, al ser a cargo de la Seguridad Social, constituye una prestación en metálico a la que no se pueden aplicar cláusulas de residencia y probablemente tampoco requisitos de nacionalidad, por lo que no hay que descartar que los cuidados en otro país comunitario prestados por un nacional comunitario queden cubiertos por la interrelación derecho europeo –derecho nacional.

XXVIII. Probablemente en el futuro se recordará la implantación del seguro de dependencia como uno de los hitos de la sociedad moderna española. En estos momentos de recortes y reformas, las prestaciones de dependencia están en el ojo del huracán. El futuro es incierto pero la dependencia es cierta. España ha hecho una apuesta lógica. Veremos si puede pagarse la apuesta o se salta la banca. De todos modos, en el ámbito europeo, deberíamos reconocer el papel del TJ que, con sus sentencias, ha conseguido que el seguro de dependencia se convierta en el seguro transfronterizo de independencia. Y es que las libertades comunitarias, especialmente la libre circulación de personas, deben garantizarse para todos sin restricciones, aunque esto implique mayores esfuerzos. A fin de cuentas, la libertad y la igualdad son los pilares de la Europa de los ciudadanos sin que pueda concebirse la una sin la otra.

---

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



## Capítulo IX

# Aspectos adjetivos de la protección de la dependencia. Ritos administrativos y jurisdiccionales

ANDRÉS RAMÓN TRILLO GARCÍA

*Letrado de la Administración de la Seguridad Social*

### I. Introducción

Tras cinco años de andadura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, aún nos encontramos con enormes incógnitas sobre la naturaleza jurídica y alcance de la protección establecida. De esta manera la configuración de la protección “intramuros” o “extramuros” del sistema jurídico de la Seguridad Social cobra especial relevancia en variadas cuestiones tales como la caracterización de las prestaciones, la posibilidad de coordinación de la protección por el ordenamiento jurídico comunitario, o en la determinación de las normas de procedimiento administrativo y del foro que enjuicie las cuestiones contenciosas que se deriven de la actuación administrativa.

Este trabajo tiene por objeto analizar esta última cuestión, de manera que en él se tratarán las normas de procedimiento establecidas para el reconocimiento de la situación de dependencia, y su graduación, para el reconocimiento de las prestaciones y la elaboración del

Programa de Atención Individual y por último, para la revisión de los derechos reconocidos, así como algunas de las implicaciones procesales que se derivan de la actual regulación, todo ello en el marco de una normativa plural dado el amplio margen normativo otorgado a las Comunidades Autónomas sobre la materia.

## **II. La naturaleza jurídica de la protección a la dependencia en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y sus consecuencias en materia de procedimiento**

Una de las cuestiones centrales de la nueva regulación de la protección de la dependencia en España, es su inclusión o exclusión en el sistema de la Seguridad Social, pues ello tiene consecuencias en aspectos tan esenciales como el régimen jurídico de las prestaciones, es decir, sus características, garantías, responsabilidades, etc., y también, como veremos, en materia de procedimiento administrativo y jurisdiccional.

En este sentido, el legislador deliberadamente ha cuidado de omitir cualquier referencia a la inclusión de la protección de la dependencia en la Seguridad Social tanto cuando trata la naturaleza de la protección como cuando se refiere a la habilitación constitucional del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, el legislador estatal justifica la necesidad de articular la protección de la situación de dependencia en la obligación de los poderes públicos de conferir efectividad al ejercicio de los derechos previstos en el artículo 49 CE (atención a las personas con discapacidad) y artículo 50 (protección a los ciudadanos durante la tercera edad) eludiendo cualquier mención al artículo 41 CE (derecho a la Seguridad Social), mientras que desde el punto de vista competencial justifica la intervención normativa y financiera del Estado en el título habilitante recogido en el artículo 149.1.1 CE que otorga al

Estado la competencia para garantizar la igualdad de todos los españoles en el disfrute de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales omitiendo sin embargo, cualquier referencia al título competencia establecido en el artículo 149.1.17 CE (competencia exclusiva del Estado en materia de legislación de las bases de la Seguridad Social y sobre su régimen económico). Igualmente, el legislador estatal justifica la intervención central de las Comunidades Autónomas en la gestión de la protección de la situación de dependencia en el respeto a las competencias que han asumido en materia de asistencia social en aplicación de lo establecido en el artículo 148.1.20 CE. En este sentido la propia exposición de motivos de la ley señala que la regulación de la protección de la dependencia “se configura como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del sistema de la Seguridad Social”, lo que nos llevaría a pensar que se crea un sistema nuevo extramuros de la Seguridad Social, tanto desde el punto de vista de las situaciones de necesidad que protege, como de los derechos que se reconocen, su financiación y su organización administrativa e institucional, lo que además se confirma con el hecho de que haya permanecido intacta la redacción del artículo 38 LGSS, precepto que determina el contenido y alcance del sistema de Seguridad Social. De este modo, parece que la opción de política jurídica que el legislador adopta es la de configurar un sistema nacional de dependencia de carácter público insertado en el marco de la Asistencia Social competencia de las Comunidades Autónomas y externa al sistema de las Seguridad Social (artículo 148.1.20 CE).

No obstante, la anterior afirmación dista de ser absoluta y no faltan razones para entender que la protección de la dependencia se encuadra en el marco protector del sistema de Seguridad Social con características de tipo beveridgiano, de manera que el carácter universal de los derechos reconocidos, concebidos como derechos de ciudadanía pero con obligación de acreditar la necesidad social, su financiación pública como prestación, no contributiva pero con po-

sibilidad de copago, y su gestión pública, no impide que se pueda estimar que nos encontramos bien ante una prestación sanitaria, o bien ante una protección complementaria que a la luz de lo establecido en el artículo 38.4 LGSS, al tratarse de un prestación de carácter público que tiene por finalidad, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de Seguridad Social y está sujeta a los principios de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad aún cuando esté desvinculado del sistema administrativo de la Seguridad Social, o bien, como sostiene parte de la doctrina<sup>1</sup>, ante una tutela “transversal” u horizontal en la que predominan en la que predominan los rasgos definidores de la Seguridad Social “asistencial”, lo que obligaría, según los citados autores a considerar que desde el punto de vista jurídico-material nos situemos ante prestaciones asimilables a todos los efectos a las de la Seguridad Social.

Esta afirmación se corresponde con la regulación comunitaria del derecho a la Seguridad Social, que inserta la protección a la dependencia dentro del contenido de la Seguridad Social tal como proclama el artículo 34 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al establecer: “La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a la Seguridad Social y a los Servicios Sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en el caso de la pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones prácticas nacionales”. En esa misma línea se pronuncia la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en las sentencias de 5 de marzo de 1998 (asunto C-166/1996. M. Molenaar); de 8 de marzo de 1998 (asunto C-215/1999, F. Jauch), o la sentencia de 21 de febrero de 2006 (asunto C-286/03, S. Hosse v. Land Salzburg) que consideran que las prestaciones de

---

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, José Luis, MORENO VIDA, María Nieves; MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, GONZALEZ DE PATTO; Rosa María. Manual de Derecho de la Seguridad Social”. TECNOS: 2010. Pág. 311

dependencia se deben considerar como prestaciones sanitarias de la Seguridad Social y por ende, están sujetas a la coordinación comunitaria<sup>2</sup>.

También se han pronunciado en esta línea, distintas Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia atribuyéndose el fuero para enjuiciar actos administrativos de gestión en materia de dependencia al considerar que los derechos derivados de la Ley 39/2006 de 14 de febrero se deben incluir en el marco de protección de la Seguridad Social. En tal sentido se manifiestan las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid de 23 de diciembre de 2010 (JUR/2011/61492)<sup>3</sup>, o

---

2 Sobre la cuestión ver el estudio realizados por SÁNCHEZ RODAS, Cristina. "La Coordinación Comunitaria del Riesgo de Dependencia" en: VVAA; Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España. Laborum. Murcia. 2007. Págs. 17-48. Asimismo, cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro; "Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico no Contributivas" en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009. Laborum. Murcia. 2010; pp. 349-36.

3 La citada sentencia señala textualmente:

"El tema consiste en determinar el orden jurisdiccional competente para enjuiciar los temas derivados de la aplicación de la Ley 39/2006 de atención a la dependencia.

El legislador ha optado por diseñar un modelo de protección social de la dependencia con carácter público y universal, no contributivo pero tampoco asistencial, que procure asistencia de calidad, además de accesible a los ciudadanos y viable financieramente. La norma que nos ocupa no contiene normativa al respecto de la competencia jurisdiccional y sí existen disposiciones de este tipo a nivel reglamentario según disposiciones de la comunidad autónoma carentes de eficacia, pues las normas competenciales las otorga la LOPJ habiéndose admitido por el Tribunal Constitucional que una norma con rango de ley atribuya competencias siempre que dicha atribución cumpla o tenga el paraguas del artículo 9,5 de la ley orgánica.

El tema litigioso consiste en determinar si la atribución del enjuiciamiento de las prestaciones de seguridad social a la jurisdicción social debe entenderse en sentido material o formal. Ciertamente como se afirma en el recurso, el Tribunal de Justicia Europeo en aplicación del reglamento 1408/1971 ha dado la consideración de prestación de seguridad social a todas aquellas percepciones o prestaciones que teniendo relación con el contenido del reglamento tiene carácter reglado u otorgan derecho subjetivo; esta delimitación la realiza en línea con

---

el concepto de Seguridad Social establecido en otra normativa internacional como pueden ser los convenios de la OIT. De otro lado, es igualmente cierto que la gestión de la ley de asistencia se lleva a cabo por lo menos a nivel de Castilla y León por la Gerjería de Familia que es la entidad gestora a través esencialmente de las Gerencias correspondientes de prestaciones de seguridad social. Es decir en un sentido material estamos ante prestaciones de seguridad social. TERCERO.

El artículo 38 de la LGSS que regula el ámbito de la acción protectora de la seguridad social y evidentemente de manera expresa no incluye la norma que nos ocupa, pero deberá admitirse que una norma como la que nos ocupa es fácilmente encajable dentro de las prestaciones de asistencia sanitaria que pueden prestarse en especie o a modo de prestación económica.

De otro lado si analizamos la ley y esta conclusión se refuerza si profundizamos en el contenido de la ley 39/2006. Así, el artículo 31 refuerza la consideración del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD) como complementario del sistema de Seguridad Social, al contemplar la deducción en la percepción de las prestaciones reconocidas en el régimen de dependencia del importe del complemento de gran invalidez propio de las prestaciones contributivas de incapacidad permanente de la Seguridad Social, así como del complemento reconocido por la necesidad de asistencia de otra persona en las prestaciones no contributivas de Seguridad Social. El complemento previsto en el artículo 145.6 de la LGSS para las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 75% que necesiten la asistencia de una tercera persona, se regula por el anexo II del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Anexo II del Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de minusvalía. Anexo que ha sido derogado por el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, operada por el Real Decreto 1197/2007, ha mantenido su vigencia en tanto en cuanto no se proceda a la revisión del baremo para la determinación del grado de dependencia. Es decir, en un futuro próximo, la necesidad de asistencia de tercera persona, que determinará el derecho a lucrar el correspondiente complemento de las prestaciones no contributivas de incapacidad permanente de la Seguridad Social, deberá reconocerse mediante la aplicación del baremo y pero el procedimiento previsto en el régimen del Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia (SAAD). Y tratándose del complemento de una prestación de Seguridad Social indudable es la competencia de los órganos judiciales del orden social.

CUARTO.

Frente a lo anterior esencialmente el argumento consiste en que el legislador fundamenta constitucionalmente la norma en el artículo 149.1.1ª de la Constitu-



las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de marzo de 2010 (JUR/2010/259890)<sup>4</sup>, de 18 de noviembre de 2010 (JUR/2011/80089)<sup>5</sup>, de 22 de octubre de 2010 (JUR/2011/82425)<sup>6</sup>, o de 15 de febrero de 2011<sup>7</sup>. A este respecto resultan interesantes los razonamientos efectuados en el auto del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona de 6 de noviembre de 2009 (AS/2009/3027) que reivindica la competencia de la Jurisdicción Social en los litigios relativos a la determinación del grado de dependencia<sup>8</sup>. Por últimos debemos señalar que hasta la fecha carecemos de pronunciamientos

---

ción Española que dice que es competencia exclusiva del Estado: <<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, facultad que se ejercita al desarrollar las normas que afectan a los mismos, y que si la norma afectada es de seguridad social no dejará de tener dicha naturaleza porque el legislador se ampare en dicha normativa>>”.

4 La sentencia enjuicia la determinación de los efectos económicos de las prestaciones económicas derivadas del Programa Individual de Atención”.

5 La sentencia enjuicia el grado y nivel de dependencia reconocido.

6 La sentencia enjuicia la determinación de los efectos económicos de la prestación reconocida en el programa Individual de Atención”.

7 La sentencia el grado de dependencia pretendido.

8 El auto señala textualmente:

“A pesar de la trascendencia de la norma, la Ley 39/2006 (RCL 2006,2226), de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia no contiene disposición alguna de atribución a un orden jurisdiccional concreto de la competencia para conocer las controversias derivadas de su aplicación. Mala práctica legislativa desgraciadamente mucho más habitual de lo que sería comprensible.

#### SEGUNDO

Evidentemente es que por la propia naturaleza de la materia y por la filosofía y principios que informan tanto el proceso laboral como el contencioso-administrativo, es el orden jurisdiccional social el que se revela como el más adecuado y eficaz para ventilar estos litigios, siendo además el más flexible, rápido y eficaz. Pero ni este argumento ni el incuestionable dato de que estamos ante una materia propia de la rama social del Derecho, que es el criterio contemplado en el artículo 9.5 de la Ley Orgánica del poder Judicial (LOPJ) para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social, pueden ser determinantes para atribuir el conocimiento de las controversias derivadas de la aplicación de la ley 39/2006 al orden jurisdiccional social, pues la competencia de cada orden están legalmente definida en las respectivas normas procesales,

---

siendo la competencia jurisdiccional una materia improrrogable y no disponible por las partes.

Por esta misma razón indiferente resulta que la resolución administrativa impugnada haya indicado la posibilidad de su impugnación ante el orden social.

TERCERO.

La norma que permite la atribución del conocimiento de este litigio al orden social sería el art. 2.b) de la Ley de procedimiento Laboral, que atribuye a los órganos del orden social la competencia para conocer las cuestiones litigiosas que se promuevan en materia de Seguridad Social. El artículo 3.1.b) de la LPL viene a precisar más la competencia atribuyéndola a los órganos judiciales del orden social para conocer los litigios relativos a la Seguridad Social únicamente respecto a la acción protectora, es decir, en materia de reconocimiento y gestión de prestaciones.

En caso de que considerándose que nuestro litigio no queda comprendido en esta concreta atribución competencia, del orden jurisdiccional competente sería el contencioso-administrativo, de conformidad con la competencia residual del artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al impugnarse una resolución administrativa dictada por una Administración Pública.

CUARTO.

Tradicionalmente, tal y como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal en su informe, en relación a las prestaciones sociales públicas, se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional social cuando pudieran considerarse propias del sistema de Seguridad Social, y del orden contencioso-administrativo en caso contrario.

Especial controversia generó en su día la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer los litigios sobre determinación del grado de minusvalía (actualmente discapacidad). Finalmente acabó imponiéndose la atribución al orden social, pues el grado de discapacidad podría determinar el reconocimiento de una prestación no contributiva de Seguridad Social (si se supera el 65%, según el artículo 144 de la Ley General de la Seguridad Social, destacando la falta de lógica que entrañaría atribuir la competencia a uno u otro orden jurisdiccional según el porcentaje solicitado o reconocido. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Sala especial de Conflictos de Competencias del Tribunal Supremo (valga por todos el auto de fecha 30 de marzo de 2006, nº 11/2006 (PROV 2006, 139081), recurso 21/2005).

QUINTO.

Respecto a la dependencia, debe destacarse, tal y como argumenta el ICASS, que la exposición de motivos de la Ley 39/2006 la configura como una nueva modalidad de protección social que viene a completar el sistema de Seguridad Social.

Y el artículo 38.4 de la LGSS dispone que cualquier prestación de carácter público que tenga por finalidad complementar, ampliar o modificar las prestaciones de la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, forma parte del sistema de Seguridad Social y está sujeto a los principios regulados en su artículo 2.

sobre la cuestión de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo toda vez que en la única vez en la que ha tenido ocasión de pronunciarse inadmitió el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto al carecer del requisito de contradicción exigido<sup>9</sup>.

No obstante, la falta de pronunciamiento de la ley sobre la naturaleza jurídica de la protección por dependencia y la aparente voluntad del legislador de excluirla del marco protector de la Seguridad

---

Por tanto, en un sentido amplio podemos considerar la regulación de la dependencia, sino como integrante del sistema de Seguridad Social, si como complementaria del mismo.

Y esta conclusión se refuerza si profundizamos en el concepto de la Ley 39/2006. Así el art. 31 refuerza la consideración del sistema para la Autonomía y Atención de la dependencia (SAAD) como complementario del sistema de Seguridad Social, al contemplar la deducción en la percepción de las prestaciones reconocidas en el régimen de dependencia del importe del complemento reconocido por la necesidad de asistencia de otra persona en las prestaciones no contributivas de Seguridad Social.

Y lo que es más relevante, el art. 145.6 de la LGSS prevé un complemento para las personas con un grado de discapacidad igual o superior al 75% que necesiten la asistencia de una tercera persona. El reconocimiento de esta situación se regula por el anexo II del real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Anexo que ha sido derogado por el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia. Aunque la discapacidad transitoria del propio Real Decreto 504/2007, introducida por la reforma operada por el Real decreto 1197/2007, ha mantenido su vigencia en tanto en cuanto no se proceda a la revisión del baremo para la determinación del grado de dependencia. Es decir, en un futuro próximo, la necesidad de asistencia de tercera persona, que determinará el derecho a lucrar el correspondiente complemento de las prestaciones no contributivas de incapacidad permanente de la Seguridad Social, deberá reconocerse mediante la aplicación del baremo y por el procedimiento previsto en el régimen del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD). Y tratándose del complemento de una prestación de Seguridad Social indudable es la competencia de los órganos judiciales del orden social.

Por tanto, las mismas razones que en su día justificaron la atribución al orden social de los litigios relativos a la determinación del grado de discapacidad, justifican esa misma atribución sobre los relativos a la determinación del grado de dependencia”.

9 Auto del TS de 1 de diciembre de 2010 (JUR/2011/29623)

Social, así como el silencio sobre la jurisdicción competente para conocer de los litigios, ha provocado que diversos reglamentos de procedimiento de las Comunidades Autónomas hayan determinado explícitamente la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa<sup>10</sup>, lo que también ha provocado que pacíficamente los tribunales de este orden jurisdiccional admitan su competencia en los litigios sobre el reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones que correspondan<sup>11</sup>.

La determinación de la naturaleza jurídica de las prestaciones de dependencia tiene especial relevancia en la configuración de los aspectos adjetivos para el reconocimiento y revisión de dicha protección. Así, aunque, cualquiera que sea la naturaleza de la protección será aplicable la LRJ-PAC durante la tramitación del procedimiento, en cambio, no se dará la misma solución en la impugnación de las resoluciones administrativas, o en la revisión de los actos declarativos de derechos, y será todavía más radical la diferencia del tratamiento adjetivo en la revisión jurisdiccional al aplicarse la Ley de Procedi-

---

10 Así se establece para ASTURIAS en el artículo 18 del DECRETO 68/2007, de 14 de junio por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a otras prestaciones del sistema para la autonomía y la Atención a la dependencia; para CASTILLA Y LEÓN el artículo 16 de la Orden/FAM/847/2007, de 30 de abril por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia; y para ALAVA el artículo 20 de la Orden foral 39/2007 del Consejo de Diputados de 24 de abril, que regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, el derecho y el acceso a los servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en el territorio histórico de Álava.

11 Por todas señalamos las sentencias de las salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias de 9 de febrero de 2011 (JUR/2011/115835); de Cantabria de 22 de marzo de 2010 (JUR/2010/358139); de Extremadura de 24 de febrero de 2011 (JUR/2011/143347); de Galicia de 22 de junio de 2011 (JUR/2011/264767); de islas Canarias de 14 de mayo de 2010 (JUR/2011/10091); de Madrid de 27 de abril de 2011 (JUR/2011/184996); de Navarra de 21 de diciembre de 2009 (JUR/2010/128074); de País Vasco de 18 de enero de 2010 (JUR/2010/149714); de la Comunidad Valenciana de 3 de noviembre de 2010 (JUR/2011/109407).

miento Laboral si consideramos que nos encontramos ante prestaciones de Seguridad Social (artículo 2.b) LPL) o la Ley 29/1996 reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en otro caso.

### **III. El procedimiento administrativo en el reconocimiento de la situación de dependencia, las prestaciones y la revisión**

#### **A. Marco normativo**

La LPAPASD, recoge de forma bastante escueta los aspectos rituales para el reconocimiento de los derechos que proclama, distinguiendo tres fases, que en algunos casos se articulan como procedimientos distintos, así diferencia primero la declaración de la situación de dependencia, en segundo lugar el reconocimiento de los derechos dimanantes de tal situación, y en tercer lugar el proceder ante la eventual revisión de la situación y/o de los derechos reconocidos. Las razones que avalan tan simple regulación probablemente, descansen en el carácter eminentemente sustantivo de la norma así como en su vocación de norma marco, abierta a la recepción de los criterios que determine para su aplicación el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia<sup>12</sup> y a la actividad normativa de las Comunidades Autónomas<sup>13</sup>. En tal sentido,

---

12 En materia de procedimiento tienen relevancia los acuerdos del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia de 25 de enero de 2010 publicado por Resolución de la Secretaría General de Política Social de 4 de febrero de 2010 (BOE nº 62 de 12.3.2010) en materia de órganos y procedimiento de valoración de la situación de dependencia y el de 1 de junio de 2010 sobre modificación de valoración de la situación de dependencia, recogido en el Real Decreto 174/2011 de 11 de febrero (BOE nº 42 de 18 de febrero de 2011) que entrará en vigor a los doce meses a partir de su publicación.

13 Entre otras normas de procedimientos se pueden destacar las siguientes: Andalucía: Decreto 168/2007, de 12 de junio (BOJA nº 119 de 18.6.2007); Aragón: Orden de 15 de mayo de 2007, de 14 de junio (BOA nº 63 de 28.6..2007); Asturias:

la LPAPASD distingue dos fases en el procedimiento administrativo que en algunos casos dan lugar incluso a procedimientos independientes, así de un lado se contempla la valoración de la situación de dependencia (artículo 27 LPAPASD), y el reconocimiento de los derechos a las prestaciones del sistema (artículos 28, 29 LPAPASD), recogiendo de otro lado la revisión (artículo 30 LPAPASD) y remitiéndose en lo no previsto a lo establecido en la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC). El amplio margen de capacidad normativa en materia adjetiva otorgado a las comunidades autónomas en el marco de la LRJ-PAC, provoca que abunden las normas particulares en materia de órganos competentes y composición, requisitos de la solicitud y formularios, documentos a presentar, trámites, plazos, efectos del incumplimiento de la obligación de resolver en plazo, contenido de las resoluciones administrativas o recursos administrativos que se puedan interponer.

---

Decreto 68/2007 de 14 de junio (BOPA nº 157 de 6.7.2007); Cantabria: Orden SAN/26/2007 de 7 de mayo (BOE nº 91 de 11.5.2007); Castilla La-Mancha: Decreto 176/2009, de 17.11.2009 (BOCLM nº 227 de 20.11.2009); Castilla y León: Orden FAM/824/2007, de 30 de abril (BOCyL nº 96 de 18.5.2007); Cataluña : Orden ACS/471/2010, de 28 de septiembre (DOGC nº 5731 de 8.10.2010); Extremadura: Decreto 1/2009, de 9 de enero (DOE nº 9 de 5.1.2009); Galicia: Decreto 15/2010 de 4 de febrero (DOGA nº 34 de 19.2.2010); Islas Baleares: Decreto 83/2010 de 25 de junio (BOIB nº 99 de 3.7.2010); Islas Canarias: Decreto 54/2008, de 25 de marzo de 2008 (BOC nº 61 de 26.3.2008); Madrid: Orden 625/2010, de 21 de abril de 2010 (BOCM nº 102 de 30.4.2010); Murcia: Decreto 74/2011 de 20 de mayo de 2011 (BORM nº 134 de 14.6.2011); Navarra: Ley Foral 1/2011 de 15 de febrero (BON nº 62 de 14.3.2011); País Vasco: Alava: Decreto Foral 39/2007 de 24 de abril (BOTH A nº 58 de 14.5.2007 y decreto Foral 45/2007 de 8 de mayo (BOTH A nº 67 de 4.6.2007); Guipúzcoa Decreto Foral 25/2009, de 21 de julio (BOG nº 144 de 4.8.2009); Vizcaya: Decreto Foral 83/2010 de 20 de julio (BOB 145, 30.7.2010); La Rioja: orden de 4/2007 de 16 de octubre (BOR nº 139 de 18.10.2007), Comunidad Valenciana: Decreto 18/2011, de 25 de febrero (BOCV nº 4647 de 2.3.2011); en las ciudades de Ceuta y Melilla: resolución de 16 de julio de 2007 del Instituto de Mayores y servicios Sociales (BOE nº 175 de 23.7.2007).

## **B. Beneficiarios de los derechos determinados en la LPAPASD**

Serán beneficiarios de los derechos derivados de la declaración de la situación de dependencia aquellas personas que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 5 LPAPASD de manera que han de encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos en la ley y residan en territorio español debiendo acreditar la residencia durante cinco años de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud exigiéndose en el caso de los menores de cinco años que la residencia sea acreditada por quien ejerza la guarda y custodia.

Con respecto a los menores de tres años, la disposición adicional decimotercera señala que, sin perjuicio de los servicios establecidos en el ámbito educativo y sanitario, el sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia atenderá las necesidades de ayuda a domicilio y, en su caso, prestaciones económicas vinculadas y para cuidados en el entorno familiar a favor de los menores de 3 años en situación de dependencia de manera que el instrumento de valoración de la dependencia incorporará a estos efectos una escala de valoración específica. Así se prevé que el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia se promueva la adopción de un Plan Integral de Atención para estos menores de tres años en situación de dependencia, para facilitar la atención temporal y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales<sup>14</sup>.

Con respecto a las personas que no tienen nacionalidad española, la LPAPASD no distingue, a mi juicio indebidamente, entre extranjeros comunitarios y extracomunitarios. Respecto a los primeros se les aplicará el principio de igualdad de trato siendo acreedores de los mismos derechos que los nacionales españoles por aplicación de la

---

<sup>14</sup> Acuerdo del Consejo Territorial del sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia de 23 de marzo de 2007 recogido en el Real Decreto 504/2007 de 20 de abril sustituido por el Acuerdo del Consejo Territorial del sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia de 1 de junio de 2010 recogido en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero que entrará en vigor a partir del 18 de febrero de 2012.

Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión Europea y de los miembros de sus familias, norma reforzada en el caso de los trabajadores que ejerzan su derecho a libre circulación por lo establecido en el Reglamento CEE/1618/68 de 15 de octubre de 1968, del Consejo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad<sup>15</sup>. En cambio, con respecto a los extranjeros no comunitarios habrá que estar a lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, en los tratados internacionales, remitiéndose respecto de los menores sin nacionalidad a lo establecido en las leyes del menor que se dicten por el Estado o por las Comunidades Autónomas. Así la Ley orgánica 1/1996 establece que los menores gozarán de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna, entre otras por razón de nacionalidad, precepto que debe interpretarse a la luz de lo establecido en los artículos 2 y 23.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>16</sup>.

---

15 TARABANI-CASTELLANI AZNAR, Margarita. "El Sistema para la Autonomía y la Atención de la Dependencia. Encuentros y Desencuentros con la Seguridad Social". Proyecto de Investigación financiado mediante subvención de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/940/2007, de 28 de marzo subvencionado por el Fondo de la Investigación de la Protección Social-FIPROSS). Pág. 32 y ss.

16 El Convenio ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 señala:

Artículo 2:

"1.- Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2.- Los Estados Partes respetarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

El artículo 23:

"1.- Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su



También serán objeto de protección los españoles emigrantes retornados al establecer la disposición adicional única del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio que las personas en situación de dependencia que, como consecuencia de su condición de emigrantes españoles retornados no cumplan el requisito de residencia en España, podrán acceder a prestaciones con igual contenido y extensión que las prestaciones y ayudas económicas reguladas en la misma en los siguientes términos:

- a) Corresponderá a las Comunidades Autónomas de residencia del emigrante retornado la valoración de la situación de dependencia, el reconocimiento del derecho, en su caso, y las prestaciones del servicio, el pago de la prestación que se determine y el programa individual de atención.
- b) El coste de los servicios y prestaciones económicas será asumido por la Administración General del Estado y las Comunida-

---

dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en comunidad.

2.- Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alertarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3.- En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación y la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y espiritual, en la medida de lo posible.

4.- Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y de tratamiento médico, psicológico y funcional de estos niños impedidos, incluida la difusión de información sobre métodos de rehabilitación, y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

des Autónomas corriendo a cargo del Estado al menos el nivel mínimo de protección establecido como garantía del derecho.

- c) El beneficiario participará en la financiación de las prestaciones, según su capacidad económica, que se tendrá en cuenta para determinar la cuantía de las prestaciones.
- d) Las prestaciones reconocidas a instancia de los emigrantes retornados se extinguirán, en su caso, cuando el beneficiario, por cumplir el periodo de residencia en territorio español, pueda acceder a la prestación del sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia.

### **C. Administraciones y órganos administrativos competentes**

La Ley establece un régimen de cooperación entre las diversas administraciones en la protección de la dependencia si bien, corresponde a las administraciones de las Comunidades Autónomas un papel central al atribuírseles las competencias para el reconocimiento de la situación de dependencia, la valoración y determinación del grado y nivel de dependencia así como el reconocimiento de las prestaciones que se pudieran derivar. De este modo, el artículo 11 LPAPASD indica en su letra a) que se atribuye a las Comunidades Autónomas las competencias para planificar, ordenar, coordinar y dirigir en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención las personas en situación de dependencia; en la letra b) se atribuye a dichas Administraciones la competencia para gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención a la dependencia; mientras que en la letra e) se determina como competencia de la administración regional la de asegurar la elaboración de los correspondientes programas individuales de atención<sup>17</sup>. Para la gestión administrativa de la protección de la dependencia las Comunidades Autónomas utilizan

---

17 Además de las anteriores competencias el artículo 11 LPAPASD añade las siguientes:

diversas técnicas organizativas de manera que en algunos casos la actividad administrativa se realiza a través de las Consejerías o de sus órganos periféricos y otras a través de entes instrumentales tales como organismos autónomos, agencias, etc.<sup>18</sup>. No obstante, debemos

- 
- c) Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar la una efectiva atención.
  - d) Crear un Registro de centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad.
  - f) Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respeto de los derechos de los beneficiarios.
  - g) Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo.
  - h) Aportar a la Administración General del Estado la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación previstos en el artículo 32. (El artículo 32 señala que la financiación será suficiente y se determinará anualmente en los correspondientes Presupuestos de las diversas Administraciones correspondiendo a la Administración General del Estado la financiación del nivel mínimo de protección, asumiendo las Comunidades Autónomas una participación financiera, al menos igual a la de la Administración general del Estado. Asimismo el precepto señala que para la cooperación interadministrativa entre las administraciones se firmarán convenios en los que se determinarán la financiación de los servicios y prestaciones indicándose que se recogerán los criterios de reparto teniendo en cuenta la población dependiente, la dispersión geográfica, la insularidad, emigrantes retornados y otros factores, y podrán ser revisados por las partes. Asimismo el artículo 11.2 LPAPASD señala que además las Comunidades Autónomas podrán definir, con cargos a sus presupuestos, niveles de protección adicionales al fijado por la Administración General del Estado para los cuales podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren adecuadas.

18 Según la información suministrada por el Portal de la Dependencia (IMERSO) actualmente la gestión de la protección de la dependencia se realiza por los siguientes organismos: ANDALUCÍA: Las delegaciones provinciales de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social; ARAGÓN: Dirección General de Atención a la Dependencia; ASTURIAS: Consejería de Bienestar Social; CANTABRIA: Dirección General de Servicios Sociales; CASTILLA LA MANCHA: Delegaciones provinciales de la Consejería de Bienestar Social; CASTILLA Y LEÓN: Gerencia de Servicios Sociales de Castilla y León; CATALUÑA: Departament d'Acció Social i Ciutatania; EXTREMADURA: Consejería de Sanidad y Dependencia; GALICIA: Departamentos territoriales de la Xunta de Galicia; ISLAS BALEARES: Direcció General d'Atenció a la Dependencia de la Conselleria de afers Socials, Promoció i Inmigració; ISLAS CANARIAS: Dirección

señalar que como excepción a esta regla anterior en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla la competencia para gestionar la prestación corresponde a la Administración General del Estado lo que realiza a través de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales.

De otro lado el artículo 12 LPAPASD otorga a las Corporaciones Locales protagonismo en la gestión de los servicios de atención de personas en situación de dependencia remitiendo la determinación del alcance competencial a lo que disponga la normativa de cada Comunidad Autónoma que lo han efectuado con diversa intensidad<sup>19</sup>.

---

General de Servicios Sociales de la Consejería de Bienestar Social; juventud y Vivienda; MADRID: Dirección General de Coordinación de la dependencia; NAVARRA: Agencia Navarra de la Dependencia; LA RIOJA: Consejería de Servicios Sociales; COMUNIDAD VALENCIANA: Consellería de Bienestar Social. En el PAÍS VASCO la gestión de las prestaciones de dependencia son realizadas por las Diputaciones Forales de manera que en Alava la realiza el Instituto Foral de Bienestar Social, en Guipúzcoa el Departamento para la Política Social y en Vizcaya por el departamento de Acción Social.

19 En ANDALUCÍA el artículo 4 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio establece: “2. Las entidades Locales de Andalucía participarán en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, y en su caso, el derecho a las prestaciones del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en los términos establecidos en la ley 39/2006, de 14 de diciembre, en el presente Decreto y en las demás disposiciones concordantes.

3. asimismo, en los términos establecidos en el presente Decreto, corresponderá a los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes al Municipio de residencia de las personas solicitantes iniciar la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, del derecho a las prestaciones del Sistema par la Autonomía y Atención a la Dependencia, así como la elaboración de la propuesta de Programa Individual de Atención”. En ASTURIAS el artículo 6 del DECRETO 68/2007, de 14 de junio, dispone: “1. Corresponde al Concejo de residencia de las personas solicitantes, a través de sus servicios generales, la información, la recepción de solicitudes y traslado de las mismas al órgano de valoración, así como la colaboración, en su caso, en la realización del Programa Individual de Atención”.

En CASTILLA LA MANCHA el artículo 5.3 del DECRETO 176/2009, de 17/11/2009, señala: “Las entidades locales de Catilla-La mancha podrán participar mediante los instrumentos que se establezcan en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, en los términos establecidos en

---

la Ley 39/2006, en el presente Decreto y en las demás disposiciones concordantes”. Por su parte el artículo 24.2 dispone que los servicios sociales del Municipio de residencia de la persona en situación de dependencia colaborarán en el seguimiento de la correcta aplicación del programa individual de Atención en su ámbito territorial y de su adecuación, en su caso, a la situación del beneficiario.

En CATALUÑA el DECRETO 115/2007 de 22 de mayo, establece en su artículo 4:

“1. La competencia regulada en el presente Decreto se ejercerá sin perjuicio de la participación en la gestión de entes y órganos de naturaleza pública, de acuerdo con el instrumento regulador correspondiente y en el marco previsto por la propia Ley 2972006, de 14 de diciembre y el resto del ordenamiento jurídico.

2. En particular, la función de valoración de la situación de dependencia podrá ser objeto de gestión por convenio, en el marco de la legislación administrativa y presupuestaria vigente.

3. En el mismo sentido, el departamento competente y los entes locales titulares de servicios sociales de atención primaria podrán acordar la participación de éstos en el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia, en particular, en la elaboración del programa Individual de Atención, de acuerdo con lo que prevé el artículo 29 de la ley 3972006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y la legislación vigente en materia de servicios sociales, régimen local, finanzas públicas y organización y procedimiento administrativo”.

En EXTREMADURA el artículo 4.2 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero, señala que “los servicios sociales de base y los servicios sociales de atención primaria participarán en el procedimiento para el reconocimiento de la situación y del derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en los términos señalados en el presente Decreto”.

En GALICIA el artículo 6.2 del DECRETO 15/2010, de 4 de febrero, establece: “las entidades locales de Galicia participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia en los términos previstos en la ley 39/2006, de 14 de diciembre, en la Ley 13/2006, de 3 de diciembre, de servicios sociales de Galicia, en el marco de las competencias que la legislación vigente les atribuye”.

En ISLAS BALEARES el artículo 4 del DECRETO 83/2010, de 25 de junio, determina:

“2. Los consejos insulares, las mancomunidades de municipios, los ayuntamientos y otros entes locales menores previstos en el artículo 2 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Illes Balears, participarán en las condiciones que se establezcan, en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y la asignación de las prestaciones.

3. Asimismo, en los términos que se establecen, la elaboración de la propuesta de programa individual de atención (PIA) corresponderá a los servicios sociales del municipio de residencia de las personas solicitantes, mediante titulados y

Como señala el artículo 3.2 LRJ-PAC la actuación de las administraciones del Estado de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales en sus relaciones se ajustará al cumplimiento de los principios de cooperación y colaboración así como a los criterios de eficiencia y servicios a los ciudadanos. Igualmente conforme al artículo 4 LRJ-PAC actuarán bajo el principio de lealtad institucional de manera que deberán respetar el ejercicio legítimo por las otras Administraciones de sus competencias; ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones; facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias; y por último, prestar, en el ámbito propio la cooperación y asistencia

---

tituladas universitarios en trabajo social, habilitados por la persona titular de la Dirección General de Atención a la Dependencia, de conformidad con el artículo 14.g) de la ley 4/2009.

4. Los consejos insulares serán los responsables de las valoraciones en las respectivas islas, y sus equipos de valoración elaborarán los PIA, en los ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes empadronados, de conformidad con el artículo 34.g) de la Ley 4/2009”.

En MURCIA el artículo 3.2 del DECRETO 74/2011, de 20 de mayo, señala: “las entidades locales de la Región de Murcia participarán en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD, en los términos previstos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre y en las disposiciones del presente decreto”.

En el PAÍS VASCO la totalidad de las competencias de gestión se residen en las Diputaciones Forales, tal como establecen el DECRETO FORAL 39/2007, del Consejo de Diputaciones de 24 de abril, que regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, el derecho y el acceso a los servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia en el Territorio Histórico de Álava; el DECRETO FORAL 25/2009, DE 21 de julio, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia; y el DECRETO FORAL de la Diputación Foral de Bizkaia 962/2009, de 1 de diciembre por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación e dependencia. Además los tres decretos atribuyen importantes facultades de gestión a los servicios sociales base de los municipios de sus respectivos territorios históricos.

activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias. De esta manera las Administraciones podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente al que se dirija la solicitud así como pedir la asistencia para la ejecución de sus competencias. En tal sentido, la asistencia requerida sólo podrá negarse cuando el ente del que se solicita la colaboración no esté facultado para prestarla, no disponga de los medios suficientes para ello o cuando, de hacerlo, causara un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones, debiéndose comunicar motivadamente la negativa a la administración solicitante.

#### **D. La iniciación del procedimiento administrativo para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del sistema**

##### ***1. Las personas legitimadas para iniciar el procedimiento administrativo***

De conformidad con lo que establece el artículo 28.1 LPAPASD el procedimiento podrá ser iniciado por la persona que pudiera estar afectada por algún grado de dependencia, en los términos que vimos anteriormente y que residan en la Comunidad Autónoma en la que se solicite, o bien por aquella persona que ostente su representación, ya sea legal, como es el caso de los tutores, curadores, defensores judiciales, o voluntaria.

Con respecto a la representación legal, algunas normas de procedimiento de las Comunidades Autónomas establecen ciertas exigencias específicas de legitimación para iniciar el procedimiento en casos de incapacidad extendiéndolo a familiares, guardadores de hecho o cualquier otra persona que tenga conocimiento de la posible situación de dependencia<sup>20</sup>. En cuanto a la representación voluntaria el artículo

---

<sup>20</sup> En CASTILLA- LA MANCHA el artículo 7 del DECRETO 176/2009, DE 17/11/2009 establece:

32.3 LRJ-PAC señala que para formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio

---

“2. El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema de las personas presuntamente carentes de capacidad para gobernarse por sí mismas podrá ser instado por el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, ascendientes o hermanos de la persona presuntamente incapaz. En defecto de estos o ante la inactividad de los mismos, podrá ser iniciado en interés de aquél, por el guardador de hecho o excepcionalmente por personas que tengan cualquier otra relación de parentesco, de amistad o de vecindad y que tengan conocimiento de los hechos que pueden ser determinantes del reconocimiento de la situación de dependencia, debiendo poner en conocimiento del Ministerio Fiscal tales hechos de acuerdo con lo regulado en el artículo 757 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

3. En el caso de personas atendidas en plazas residenciales, centros de día, centros ocupacionales, centros de rehabilitación, centros de rehabilitación psicosocial, o en cualquier otro servicio de la red pública de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de los contemplados en el catálogo de servicios del SAAD, la Administración Regional podrá facilitar y promover el reconocimiento de su situación de dependencia para garantizar la protección de sus derechos. En EXTREMADURA el artículo 7 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero dispone que “El procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se iniciará a instancia de la persona que pudiera estar incura en situación de dependencia, de su representante legal o guardador de hecho...”.

En NAVARRA el artículo 9.2 de la LEY FORAL 1/2011, de 15 de febrero establece en términos muy similares a la regulación efectuada en Castilla-La Mancha, lo siguiente: “En el caso de personas atendidas en plazas residenciales, centros de día, centros ocupacionales, centros de rehabilitación psicosocial o en cualquier otro servicio de los contemplados en el catálogo de servicios del Sistema para la autonomía y atención a la dependencia o en la cartera de servicios sociales, perteneciente a la red pública o concertada de la Comunidad Foral de Navarra, la Administración de la Comunidad Foral podrá facilitar y promover el reconocimiento de su situación de dependencia para garantizar la protección de sus derechos”.

En ALAVA el artículo 2.4 del DECRETO FORAL 39/2007 de 24 de abril señala que “estarán legitimados para presentar la solicitud:

- directamente, la propia persona que pretenda acceder al recurso social demandado.
- o bien quien tenga atribuida la representación,
- o bien quienes, en su caso, ejerzan su guarda de hecho.



en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado mientras que para los actos y gestiones de puro trámite se presumirá aquella representación.

## **2. La solicitud de la prestación**

La solicitud para iniciar el procedimiento deberá tener al menos el contenido mínimo establecido en el artículo 70 LRJ-PAC de manera que en ella se hará constar el nombre, apellidos del interesado y, en su caso la persona que lo represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones; los hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad la solicitud; el lugar y fecha; la firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio y por último el órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige que normalmente será el ente gestor competente para tramitar la prestación. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 70.4 LRJ-PAC las Comunidades Autónomas han establecido modelos normalizados, bien en las mismas normas reguladoras de procedimiento o en normas reglamentarias o resoluciones específicas estando a disposición en las dependencias de la Administración competente, las unidades de información, sedes de los servicios sociales básicos, etc., o en las páginas Web de las administraciones competentes<sup>21</sup>.

---

21 La exigencia de que la solicitud se realice a través del modelo normalizado aprobado al efecto se establece en ANDALUCÍA en el artículo 9 del DECRETO 168/2007, de 12 de junio; en ARAGÓN en el artículo 5 de la ORDEN 15 de mayo de 2007; en ASTURIAS en el artículo 8 del DECRETO 68/2007, de 14 de junio; en CANTABRIA en el artículo 4.3 de la Orden SAN/26/2007, de 7 de mayo; en CASTILLA-LA MANCHA en el artículo 8.1 del DECRETO 176/2009, de 17/11/2009; en CASTILLA Y LEÓN en el artículo 3.1 de la Orden FAM/824/2007, de 30 de abril; en CATALUÑA en el artículo 8 de la Orden ASC/471/2010, de 28 de septiembre; en EXTREMADURA en el artículo 8.1 del DECRETO 1/2009 de 9 de enero; en GALICIA en el artículo 20.2 del DECRETO 15/2010, de 4 de febrero; en las ISLAS BALEARES en el artículo 10 del DECRETO 83/2010, de 25 de junio; en las ISLAS CANARIAS en el artículo 4.2 del DECRETO 54/2008 de 25 de marzo; en MADRID en el artículo 12.2 de la ORDEN 625/2010, de 21

### 3. Documentos que deben acompañar la solicitud

Con carácter general la solicitud deberá ir acompañada preceptivamente de una serie de documentos bien presentando los originales o copias autenticadas y que normalmente serán:

- El Documento Nacional de Identidad del solicitante o, en su defecto, documento acreditativo de la personalidad.
- En su caso, documento nacional de identidad o, en su defecto documento acreditativo de su personalidad de quien ostente la representación, resolución judicial de incapacitación, y documento acreditativo de la representación.
- Certificado de empadronamiento acreditativo de la residencia de la persona solicitante.
- Certificados de empadronamiento que acrediten la residencia en España.
- Informe de salud del solicitante.

La normativa de las Comunidades Autónomas reguladora de los distintos procedimientos exigen acompañar otros documentos que variarán según que el procedimiento sea común para el reconocimiento de la situación de dependencia, valoración del grado y nivel y aprobación del Programa Individual de Atención o se establezcan procedimientos separados, de manera que se producen grandes diferencias entre las distintas Comunidades en la exigencia documental inicial para instruir el procedimiento administrativo<sup>22</sup>. De este modo, en los procedimientos únicos se tenderá a requerir inicial-

---

de abril; en MURCIA en el artículo 7.2 del DECRETO 74/2011, de 20 de mayo; en NAVARRA en el artículo 10.2 de la LEY FORAL 1/2011, de 15 de febrero; en el PAÍS VASCO en el artículo 2.2 del Decreto foral 39/2007 DE 24 de abril en el caso de ÁLAVA; en LA RIOJA en el artículo 4.1 de la Orden 4/2007, de 16 de octubre; en la COMUNIDAD VALENCIANA en el artículo 7.2 del DECRETO 18/2011, de 25 de febrero; en CEUTA Y MELILLA en el punto 3.3 de la Resolución del IMSERSO de 16 de julio de 2007.

22 Así por ejemplo en GALICIA el artículo 21 del Decreto 15/2010, de 4 de febrero establece que deberá presentarse la siguiente documentación:

Copia compulsada del DNI/NIE del solicitante o cualquier otro documento acreditativo de su identidad, de conformidad con la normativa vigente.

Cuando la persona solicitante sea un menor de edad, copia compulsada del libro de familia, que incluye la hoja en la que aparezca el nombre de los beneficiarios en el caso de no poseer DNI.

Acreditación de la representación que se tenga de la persona solicitante, y, en su caso, copia compulsada del DNI/NIE del representante.

Certificado de empadronamiento emitido por el ayuntamiento de la comunidad autónoma en el momento de presentar la solicitud. De la presentación de este documento están eximidas las personas que estén siendo atendidas dentro del sistema público de servicios sociales (residencias, centros de día, ayuda en el lugar) de la Comunidad autónoma.

Certificado/s de empadronamiento emitido por los ayuntamientos correspondientes que acrediten la residencia de la persona solicitante en España durante cinco años de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud. Para el caso de menores de cinco años, certificado de empadronamiento que acredite la residencia de quien tenga su representación y en el caso de residentes que carezcan de la nacionalidad española deberán presentar certificado emitido por el Ministerio del Interior que acredite el cumplimiento de los mismos periodos.

En el caso de ser emigrante retornado y no cumplir el periodo de residencia, se acreditará esta circunstancia mediante certificado de migrante retornado expedido en la Delegación del Gobierno correspondiente o mediante la baja consular. Informe de las condiciones de salud emitido por un profesional del Servicio Público de Salud gallego, o de otras administraciones públicas que traten habitualmente a la persona solicitante o de las entidades concertadas o convenidas con la Seguridad Social o regímenes especiales conforme al modelo oficial establecido. Tendrá carácter de informe complementario el emitido por profesionales de entidades, asociaciones y corporaciones sin ánimo de lucro en el ámbito de la discapacidad, así como el emitido por profesionales de entidades gestoras de servicios sociales de centros residenciales donde se encuentre el solicitante. Estarán exentas de presentación del informe sobre las condiciones de salud las personas solicitantes de homologación que tuvieran reconocida la necesidad de ayuda de tercera persona, con una puntuación de 45 puntos o más, según el RD 1871/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Informe social, emitido por el/la trabajador/a social de los servicios sociales comunitarios del domicilio de la persona solicitante y, en su caso, de los trabajadores sociales del sistema de salud o de los trabajadores sociales de los servicios sociales especializados, conforma al modelo normalizado.

Certificado de discapacidad con la puntuación de ayuda a tercera persona (ATP) cuando fuera emitido por otra comunidad autónoma, si es el caso.

---

Resolución del grado o nivel, si es el caso, cuando sea emitido por otra comunidad autónoma.

Manifestación de la persona solicitante o de su representante, conforme al modelo aprobado de su preferencia dentro del catálogo de servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. En el caso de solicitud de prestación económica para cuidados en el entorno familiar, certificado de empadronamiento del cuidador, declaración jurada del grado de parentesco que los une o tipo de relación si no es filial, conforme al modelo aprobado y DNI/NIE u otro documento acreditativo de la identidad.

Certificado de convivencia de la persona solicitante según el padrón municipal. Declaración del impuesto de la renta de las personas físicas, certificado de toda clase de pensiones percibidas por la persona solicitante o declaración jurada de no percibir las, junto con la autorización para la consulta o comprobación de los datos económicos conforme al modelo aprobado, en cuyo caso el solicitante no estará obligado a presentar documentos.

Declaración responsable acerca del patrimonio de la persona solicitante en la que detalle el conjunto de sus titularidades de bienes y derechos de contenido económico, de manera que quede completamente acreditada su situación patrimonial, conforme a modelo.

Copia compulsada, de ser el caso, del DNI/NIE o de otro documento acreditativo de su identidad, del cónyuge o pareja de hecho, ascendientes, hijos menores de 25 años o mayores en situación de discapacidad que dependan económicamente del solicitante. Cuando existan menores de edad que dependan económicamente de la persona solicitante, copia compulsada del libro de familia en el caso de que estos no posean DNI.

Declaración del impuesto de la renta de las personas, certificado de toda clase de pensiones percibidas por el cónyuge o pareja de hecho, ascendientes o hijos/as menores de 25 años o mayores en situación de discapacidad, económicamente a cargo de la persona solicitante, o declaración jurada de no percibir las, junto con la autorización para la consulta y comprobación de su datos económicos conforme al modelo anexo a la solicitud en cuyo caso no están obligados a presentar estos documentos, y declaración responsable de su patrimonio, conforme al modelo aprobado.

En cambio en ANDALUCÍA el artículo 9 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio exige 3 documentos (los referidos a la identidad del solicitante, del representante y la acreditación del representante, y los referidos a la residencia); en ARAGÓN el artículo 6 de la Orden de 15 de mayo de 2007 exige la presentación 6 tipos de documentos (los referidos a la acreditación de la personalidad del solicitante, del representante, de la acreditación de la representación, de la personalidad de los menores, de la residencia, de las condiciones de salud del solicitante); En ASTURIAS el artículo 8 del DECRETO 68/2007, de 14 de junio exige 5 clases de documentos (los referidos a la acreditación de la personalidad del solici-

---

te, la personalidad del representante y de su representación, de la residencia en España, del empadronamiento, y el informe de salud); en CANTABRIA en el artículo 4.3 de la Orden SAN/26/2007 exige la aportación de los originales o copias compulsadas de 6 tipos de documentos (los relativos a la acreditación de la personalidad del interesado, del empadronamiento, de la convivencia, de las condiciones de salud, del grado de minusvalía, de los documentos necesarios para la homologación de la solicitud, del reconocimiento de la pensión de gran invalidez); En CASTILLA-LA MANCHA el artículo 8.2 del DECRETO 176/2009 de 17 de noviembre exige la presentación de copia, que podrá ser comprobada con los originales o copias compulsadas de 5 tipos de documentos (los que acreditan la personalidad del interesado, del representante y su representación, el empadronamiento, la renta, las pensiones públicas que percibe, la salud del solicitante); En CASTILLA Y LEÓN el artículo 3.2 de la ORDEN FAM/824/2007, de 30 de abril establece que se deberán presentar los originales o copias compulsadas de 3 tipos de documento (los que acreditan la personalidad del solicitante y de su representante así como la representación, el informe de la salud del interesado, documentación fiscal); en EXTREMADURA el artículo 8 del DECRETO 1/2009, DE 9 de enero, exige 5 tipos de documentos (los que acreditan la personalidad del solicitante, la del representante y su representación, la residencia, de la salud del solicitante); en ISLAS BALEARES el artículo 11 del DECRETO 83/2010, de 25 de junio exige 6 tipos de documentos (los que acreditan la personalidad del interesado, la representación y personalidad del representante, la personalidad de los extranjeros, el informe de la salud, información fiscal, el parentesco con la persona que le atiende); en ISLAS CANARIAS el artículo 4.2 del DECRETO 54/2008, de 25 de marzo exige 7 tipo de documentos (los acreditativos de la personalidad del interesado, la representación y personalidad del representante, la residencia en España, la residencia en la Comunidad Autónoma, el informe de la salud); en MADRID el artículo 13 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril exige 6 documentos (los que acreditan la personalidad del interesado, la del representante y la representación, las condiciones de salud, la percepción del complemento de gran invalidez, y la personalidad del cuidador); en MURCIA el artículo 7 del DECRETO 74/2011, de 20 de mayo 8 tipos de documentos (los que acreditan la personalidad del interesado, la representación y personalidad del representante, la residencia en la comunidad autónoma, de la residencia en España, informe de salud, documentación fiscal de las circunstancias personales, de la personalidad y circunstancias del cuidador no profesional); en LA RIOJA exige 4 clases de documentos (los que acrediten la personalidad del interesado, del representante y su representación, la salud, de las circunstancias sociales, la residencia); en la COMUNIDAD VALENCIANA el artículo 7 del DECRETO 18/2011, de 25 de febrero exige 13 clases de documentos ((los que acrediten la salud, la personalidad del interesado, su representante y la representación, la residencia, la solicitud previa de la gran invalidez, la discapacidad, del entorno, la preferencia de la prestación,

mente la documentación relativa a la capacidad económica del interesado mientras que cuando se articulan procedimientos separados esta documentación fiscal y económica se suele requerir a la hora de elaborar el PIA. No obstante, se podrá prescindir de la presentación de determinados documentos si el solicitante autoriza el acceso a los sistemas de verificación de datos o el acceso a las bases de datos y archivos de otras administraciones<sup>23</sup>, o cuando los datos se encuentren en poder de la Administración actuante<sup>24</sup>.

Especial importancia tiene el informe de salud que será emitido en modelo normalizado por los facultativos que presten la asistencia sanitaria de la Seguridad Social al beneficiario o en su caso por el facultativo que le trata<sup>25</sup>. Así el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema

---

el entorno social, la preferencia de servicios, la personalidad y circunstancias del cuidador no profesional, informe social, la resolución judicial de la incapacidad, mantenimiento de terceros, la tele asistencia).

23 En CASTILLA-LA MANCHA, el artículo 8.3 del DECRETO 176/2009 de 17 de noviembre de 2009; en CASTILLA LEÓN el artículo 4 de OREDEN FAM/824/2007, de 30 de abril; EN GALICIA, el artículo 22 del 15/2010, de 4 de febrero.

24 EN GALICIA, así lo establece el artículo 22 del 15/2010, de 4 de febrero; en ISLAS CANARIAS el artículo 4,4 del DECRETO 54/2008, de 25 de marzo.

25 La normativa de algunas Comunidades Autónomas establece reglas muy precisas sobre la competencia para emitir el Informe de Salud, así por ejemplo en CASTILLA –LA MANCHA el artículo 8.2.f) del DECRETO 176/2009 de 17 de noviembre de 2008 establece: “El informe de salud, en el que se reflejen las condiciones de salud de la persona solicitante que fundamenten desde una perspectiva médica la necesidad de ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria, y en su caso, sobre las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que hayan de ser prescritas, conforme al modelo normalizado. Este informe será emitido por el Servicio Público de Salud de Castilla-La Mancha, para las personas con derecho a la asistencia sanitaria.

En el supuesto que la persona interesada esté integrada en los Regímenes especiales del Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS), de la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), de la Mutualidad General Judicial (MUGEJU), o pertenezca a un colectivo con Convenio especial de atención sanitaria, el informe de salud será expedido por médicos adscritos a entidades que tengan concierto con los mismos o con la Seguridad Social para la prestación de servicios de asistencia sanitaria. En estos casos deberá adjuntarse documentación acreditativa de la pertenencia a dichos regímenes.

para la Autonomía y la Atención a la Dependencia de 4 de febrero de 2010<sup>26</sup> ha establecido una serie de reglas sobre su emisión. A este respecto el citado acuerdo señala que las Comunidades Autónomas establecerán la coordinación sociosanitaria que permita garantizar la eficacia y eficiencia de las valoraciones, especialmente en lo relativo a los informes expedidos por el Servicio Público de Salud de manera que la coordinación deberá protocolizarse con acuerdo del Consejo Interterritorial del sistema nacional de Salud, incluyendo aquellos supuestos de enfermedad mental y otras patologías complejas en las que el órgano de valoración necesita del apoyo de la información de otras especialidades para poder emitir un dictamen objetivo.

Igualmente, en el ámbito del citado acuerdo y con el fin de asegurar una mayor calidad de la información de la condición de la salud de la persona a valorar, el informe considerará las siguientes indicaciones:

- Referencia a los diagnósticos de las patologías que determinen la condición de salud que limita la actividad de la persona, codificados en CIE 10, o en su defecto CIE 9 o CIAP y a ser posible con indicación del año en que se diagnosticó, fase evolutiva en que se encuentran y posible pronóstico, así como si su situación es estable o susceptible de modificación por tratamiento médico.
- Reseña de las limitaciones que conlleva el estado de salud de la persona, en las actividades de la vida diaria y/o funciones o estructuras afectadas.
- Indicación de las medidas de soporte terapéutico, funcional y/o ayudas técnicas que tengan prescritas.
- Señalar las alteraciones del comportamiento o deterioro cognitivo, si constan, e indicar si alguna patología cursa por brotes, con datos de los habidos en el último año, así como cualquier otra información que se consideren de interés por parte de la persona facultativa que expide el informe en relación con la finalidad del mismo.

---

<sup>26</sup> Publicado por la Resolución de 4 de febrero de 2010 de la Secretaría general de Política Social y Consumo. (BOE N° 62 de 12 de marzo de 2010).

Por último, el Acuerdo del Consejo Interterritorial establece a título orientativo un modelo de informe de salud para ser utilizado por todas las Comunidades Autónomas.

Con la solicitud se podrá presentar el documento original, copia auténtica o compulsada, o en determinados casos copia simple en cuyo caso los órganos administrativos podrán requerir la presentación de los documentos que acrediten la autenticidad de la documentación aportada por los interesados<sup>27</sup>. De otro lado, el interesado podrá presentar todos aquellos otros documentos que considere conveniente para acreditar circunstancias relevantes en su pretensión.

De otro lado debemos señalar que los datos personales recogidos con la finalidad de realizar la valoración y reconocimiento estarán sujetos a lo previsto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, y de acuerdo con el artículo 5 de dicha norma por lo que estarán sujetos al derecho de acceso, rectificación, cancelación y oposición por parte de los interesados<sup>28</sup>.

#### ***4. El lugar de presentación de la solicitud y los documentos que le deben acompañar***

La solicitud y los documentos que le acompañen se presentarán en el registro del órgano competente para instruir el procedimiento y en aquellos establecidos en el artículo 38.4 LRJ-PAC, es decir que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónoma o a la de alguna de las entidades que integran la Administración Local si, en este caso se hubiera suscrito convenios, en las oficinas de correos en los términos previstos reglamentariamente, en las representaciones diplomáticas, o en cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. Así, algunas normas de procedimiento señalan como lugar donde se debe presentar la solicitud la sede de los servicios sociales comunitarios<sup>29</sup>.

---

27 Así lo establece el artículo 6.4 de la ORDEN de 15 de mayo de 2007 en ARAGÓN.

28 Así lo establece el artículo 6.5 de la ORDEN de 15 de mayo de 2007 en ARAGÓN.

29 Artículo 10 del DECRETO 168/2007, de 12 de junio, en ANDALUCÍA. Igual-



Igualmente algunas normas de procedimiento prevén expresamente la presentación telemática de las solicitudes<sup>30</sup>.

### **5. Subsanación de las solicitudes defectuosas y omisión de documentos preceptivos**

El órgano que reciba la solicitud y el de instrucción podrá realizar los actos de comprobación que considere oportunos a fin de verificar la información facilitada y la concurrencia de los requisitos por parte del interesado. Así, si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos exigidos o no se acompañan los documentos preceptivos el órgano competente requerirá al solicitante para que en el plazo de 10 días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos omitidos, con indicación de que si no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, de conformidad con lo establecido en el artículo 71,1 LRJ-PAC. Transcurrido el plazo sin que se subsanara el defecto, el órgano competente para resolver dictará resolución administrativa en los términos establecidos en el artículo 42 LRJ-PAC.

A este respecto debemos señalar que la falsedad u ocultación de los datos relevantes para la solicitud podrá suponer su rechazo, así como la posible revisión del reconocimiento de su situación de dependencia y de la prestación que le hubiera sido asignada<sup>31</sup>.

---

mente en ASTURIAS el artículo 9 del DECRETO 68/2007, de 14 de junio señala que las solicitudes se presentarán en el registro e los servicios generales de los concejos y que cuando se presenten en otro registro se remitirán a los citados servicios. En MADRID, el artículo 12 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril, En ISLAS BALEARES, artículo 12 del DECRETO 83/2010, de 25 de junio; en NAVARRA artículo 11 de la LEY FORAL 1/2011, de 15 de febrero; EN ALAVA, el artículo 2.3 del DECRETO FORAL 39/2007, de 24 de abril; en GUIPUZCOA artículo 7.1 del DECRETO FORAL 25/2009, de 21 de julio; en la COMUNIDAD VALENCIANA artículo 7.4 del DECRETO 18/2011, de 25 de febrero.

30 En EXTREMADURA el artículo 9 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero; en MURCIA el artículo 5 del DECRETO 74/2011.

31 Así lo establece el artículo 6.3 de la ORDEN de 15 de mayo de 2007 en ARAGÓN, el artículo 4.3 del DECRETO FORAL 39/2007, de 24 de abril en ALAVA; artículo 11 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril.

Algunas disposiciones de procedimiento<sup>32</sup> señalan que una vez completada la solicitud o subsanada la omisión de documentación preceptiva que debe aportarse con la misma, la unidad administrativa responsable del respectivo Servicio procederá a la inscripción de la solicitud en el Registro del Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y la Dependencia.

Por último, antes de comenzar la tramitación del procedimiento, se procederá a comunicar al solicitante la recepción de la solicitud, especificando las fecha de entrada en el órgano competente, el número de inscripción otorgado por el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia, indicando en dicha comunicación el plazo máximo de resolución y los efectos del silencio administrativo.

#### ***6. Tramitación del procedimiento. Normas de tramitación. Responsabilidad en la tramitación***

De acuerdo con lo establecido en el artículo 28.6 LPAPASD rige el principio de publicación en la gestión de los procedimientos, así los servicios de valoración de la situación de dependencia, 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.

En aplicación de lo establecido en el artículo 41 LRJ-PAC los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las administraciones que tuvieren a su cargo el despacho o la resolución del procedimiento, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario, para evitar y eliminar toda anormalidad en la tramitación de procedimiento.

---

32 Así lo establece el artículo 8.2 de la ORDEN de 15 de mayo de 2007 en ARAGÓN.

De otro lado, el personal al servicio de la administración competente deberá abstenerse de intervenir en el procedimiento, comunicándolo a su superior inmediato en los casos en los que concurra alguna de las causas previstas en el artículo 28 LRJ-PAC.

### **7. Utilización de medios telemáticos**

En la tramitación de los procedimientos se podrán utilizar los medios telemáticos, informáticos o electrónicos de conformidad con lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios de la Sociedad de la Información<sup>33</sup>.

### **8. Desistimiento y renuncia**

De acuerdo con lo establecido en los artículos 90 y 91 LRJ-PAC los interesados podrían desistir en cualquier momento por cualquier medio que permita su constancia. Así, por ejemplo, en GALICIA el artículo 17 DECRETO 15/2010, de 11 de febrero señala que “en cualquier fase de procedimiento la persona solicitante o, en su caso, quien ejerza su representación, podrá desistir de la petición o bien renunciar a los derechos reconocidos en una resolución previa”. En tal sentido la norma señala que el desistimiento o la renuncia se formularán por escrito o por cualquier medio que permita la constancia o mediante comparecencia personal de la persona legitimada en las dependencias del departamento territorial competente en materia de servicios sociales de manera que en este último supuesto, el órgano competente cubrirá la oportuna diligencia que deberá ser firmadas por la persona interesada. El efecto de la renuncia del derecho o del desistimiento de la solicitud pondrá fin al procedimiento de conformidad con lo establecido en el artículo 42 LRJ-PAC.

No obstante, la posibilidad de renuncia los derechos en materia de protección a la dependencia dista de ser pacífica, toda vez que de

---

<sup>33</sup> En GALICIA, el artículo 19 del DECRETO 15/2010, de 4 de febrero; en MURCIA el artículo 5 del DECRETO 74/2011, de 20 de mayo.

encuadrarse en el ámbito de la Seguridad Social los derechos serían irrenunciables conforme a lo establecido en el artículo 3 LGSS a lo que se une la regla general establecida en el artículo 6.2 CC que establece que “La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.

### **9. Ordenación del procedimiento**

El procedimiento se impulsará de oficio de manera que el órgano competente para la instrucción realizará cuantas actuaciones resulten necesarias para la comprobación de los datos en virtud de los cuales deba dictarse la resolución y conforme al principio de celeridad previsto en el artículo 75 LRJ-PAC se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo. Igualmente se podrá requerir a los interesados que aporten cualquier otra documentación, o bien, la autorización para recabarla de oficio a otras administraciones u organismos. En el caso de que el interesado deba cumplir un trámite, éste se debe realizar en el plazo establecido y en su caso en el de diez días de manera que transcurrido el plazo se entenderá al interesado decaído en su derecho al trámite. Ahora bien, cuando el procedimiento se paralice por causa imputable a la persona interesada, se le advertirá de que transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del procedimiento. Transcurrido dicho plazo sin que la persona requerida realice las actividades necesarias para la reanudación del procedimiento, se procederá al archivo del procedimiento notificándose dicha decisión al interesado de conformidad con lo establecido en el artículo 92 LRJ-PAC.

Igualmente como señala el artículo 74.2 LRJ-PAC el despacho de los expedientes guardará el orden riguroso de incoación salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de que quede constancia. Así por ejemplo el artículo 16 del DECRETO 16/2010, de 11 de febrero de GALICIA establece que se

“dará prioridad en la tramitación al correspondiente procedimiento, mediante resolución motivada de la persona titular del departamento territorial de la consejería competente en materia de servicios sociales y después del dictamen-técnico del órgano de valoración y asesoramiento de la dependencia, una vez analizado el informe social y de salud que acrediten estas circunstancias, cuando así lo aconsejen razones de interés público debidamente documentadas y objetivadas que lleven consigo:

- a) Una situación de desamparo.
- b) Malos tratos físicos y/o psíquicos.
- c) Situación de riesgo grave inminente para su integridad física y/o psíquica”.

Por último, de conformidad con lo previsto en el artículo 50 LRJ-PAC se podrá adoptar el procedimiento de urgencia, así por ejemplo el artículo 9 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril de la COMUNIDAD DE MADRID señala que “Previa solicitud motivada de los servicios sociales municipales o a instancia del cualquiera de los centros directivos de la Consejería de familia y Asuntos Sociales, conforme al modelo adjunto a esta Orden, y cuando lo aconsejen razones de interés público, el órgano competente en materia de dependencia podrá acordar, también de forma motivada, la aplicación al procedimiento de la tramitación de urgencia, reduciéndose los plazos establecidos para el procedimiento ordinario”.

#### **10. Plazo para resolver**

El apartado 2 de la disposición final primera LPAPASD en la redacción dada por el RDL 8/2010, de 20 de mayo establece que “En el marco de lo establecido en la ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo, entre la entrada de la solicitud y la de la resolución será de 6 meses, independientemente de que la Administración Competente haya establecido un procedimiento

diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de las prestaciones”. La norma amplía el plazo establecido en el Acuerdo del Consejo Interterritorial del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de 25 de enero de 2010<sup>34</sup> que en su punto Tercero.3.a) establece que el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y la de resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses y que en el supuesto de que la Comunidad Autónoma haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de prestaciones, el plazo máximo para el reconocimiento de la situación de dependencia será de tres meses. En cambio, el Acuerdo del Consejo Interterritorial establece que con el fin de que las personas interesadas puedan acreditar la situación de discapacidad del hijo menor, a los efectos de la ampliación del permiso de maternidad o paternidad y, en su caso, de los correspondientes subsidios, las administraciones competentes establecerán que, en dichos supuestos, la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia de los menores de tres años a través de la aplicación del EVE, se dicte en el plazo máximo de 30 días naturales, desde la fecha de entrada de la correspondiente solicitud en el registro del órgano competente. De esta manera el plazo establecido por la Ley es un plazo máximo que se puede reducir por la normativa adjetiva de las Comunidades autónomas<sup>35</sup>.

---

34 Publicado por la Resolución de 4 de febrero de 2010 de la Secretaría general de Política Social y Consumo. (BOE N° 62 de 12 de marzo de 2010).

35 En ANDALUCÍA el artículo 15.2 del DECRETO 168/2007, de 12 de mayo establece el plazo de 3 meses para dictar la resolución en la que se declare el grado y nivel de dependencia y los servicios y prestaciones que puedan corresponder, contado a partir de la entrada de la solicitud en el registro de los Servicios Sociales Comunitarios del municipio de residencia de la persona solicitante mientras que el artículo 18 establece un plazo de tres meses para aprobar el Programa Individual de Atención desde la recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia. De otro lado el artículo 18.3 establece que: “La aprobación y notificación a la persona interesada o a sus representantes legales del Programa Individual de Atención deberá producirse en el plazo de tres meses desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes”.

---

En ARAGÓN el artículo 11 de la ORDEN de 15 de abril de 2007 en la redacción dada por el artículo único de la ORDEN de 5 de abril de 2010 señala: “El plazo máximo de resolución de los procedimientos de reconocimiento de situación de dependencia será de 3 meses, a contar desde la recepción de la solicitud en el registro del Servicio Provincial competente para su tramitación, todo ello sin perjuicio de los supuestos legales de suspensión de dicho plazo o del supuesto justificado para su ampliación, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso. En el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia correspondiente a los menores de 3 años, el plazo máximo de resolución será de 30 días naturales, contados desde la recepción de la solicitud en el registro del Servicio Provincial competente para su tramitación”.

De otro lado, el artículo 12.3 de la ORDEN señala que: “La aprobación del Programa Individual de Atención (PIA) se efectuará por Resolución de la Dirección General de atención a la Dependencia, a propuesta de la Comisión Asignadora de Servicios y prestaciones, en el plazo de tres meses a partir de la notificación de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia”.

En ASTURIAS el artículo 14.2 del DECRETO 77/2007, de 20 de julio señala: “La resolución referida en el apartado anterior deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o a sus representantes en el plazo máximo de cuatro meses, que se computará a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de los servicios sociales generales del concejo en el que resida la persona solicitante”.

En CANTABRIA el artículo 7.2 de la ORDEN/SAN/26/2007, de 7 de mayo establece: “la resolución referida en el apartado anterior deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o a sus representantes legales en el plazo máximo de seis meses, que se computará a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro de la Dirección General competente en materia de servicios sociales. En relación con la aprobación del PIA el artículo 9 establece el plazo de seis meses para dictar la resolución desde el momento de la fecha del requerimiento.

En CASTILLA-LA MANCHA el artículo 16.2 del DECRETO 176/2009 DE 17 de noviembre establece: “La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o a sus representantes legales en el plazo máximo de seis meses, que se computará a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación. No se computarán a estos efectos el periodo de tiempo durante el cual el expediente se encuentre paralizado, siempre que así lo acuerde el órgano que tramite el procedimiento en los casos previstos en el artículo 42.5 de la Ley 30/1992”.

En CASTILLA Y LEÓN el artículo 9.3 de la ORDEN FAM/824/2007, de 30 de abril establece que le plazo máximo para dictar resolución y para practicar su notificación será de seis meses, a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación.

En CATALUÑA el artículo 8.2 de la ORDEN ASC/471/2010, de 28 de septiembre establece que “el plazo máximo, entre la fecha de entrada de la solicitud y de la

---

resolución de reconocimiento de la prestación económica o de servicio, será de seis meses”.

En EXTREMADURA el artículo 14.2 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero señala: “la resolución deberá dictarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación”.

En GALICIA el DECRETO 15/2010, de 4 de febrero señala en el artículo 14 señala: “El procedimiento para el reconocimiento del grado y nivel de dependencia se resolverá en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para la instrucción y resolución del expediente”, y el artículo 15 que: “El procedimiento para la determinación del Programa Individual de Atención se resolverá en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de la resolución del grado y nivel de dependencia”.

En las ISLAS BALEARES el DECRETO 83/2010, de 25 de junio establece en el artículo 19 que: “La resolución se dictará y se notificará en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación”, mientras que el artículo 27.3 señala: “Si transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia no se hubiera notificado resolución expresa de reconocimiento de prestación, el derecho de acceso a la prestación económica que, en su caso, fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo indicado”.

En las ISLAS CANARIAS el DECRETO 54/2008, de 25 de marzo el artículo 9.2 establece: “La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante o a sus representantes legales, conforme a lo previsto en los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el plazo máximo de tres meses, que se computará a partir de la fecha de entrada de la solicitud en los registros de la Dirección General competente en materia de servicios sociales, todo ello sin perjuicio de los supuestos legales de suspensión de dicho plazo o del supuesto justificado de ampliación del mismo, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso”, además el 12.3 relativo a la aprobación del PIA establece: “La aprobación y notificación a la persona beneficiaria o a sus representantes legales del Programa Individual de Atención deberá producirse en el plazo máximo de tres meses desde la fecha de notificación de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia,..”.

En MADRID el artículo 8 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril establece que: “Los plazos máximos para resolver los procedimientos de reconocimiento del grado y nivel de dependencia y para la elaboración del Programa Individual de Atención será de seis meses”.

En la Región de MURCIA el DECRETO 74/2011, de 20 de mayo en su artículo 12.2 establece que: “el plazo máximo para resolver y notificar la resolución de reconoci-



### De conformidad con lo establecido en el artículo 42.5 LRJ-PAC el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento

---

miento de la situación de dependencia será de seis meses, que se computará desde la fecha de la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación, demorándose la efectividad del derecho al acceso a los servicios y prestaciones económicas del SAAD determinados en dicha resolución hasta la aprobación del PIA". Por su parte el artículo 15.10 establece que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del reconocimiento del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD será de seis meses, que se computará desde la fecha de la recepción de la solicitud en el registro del órgano competente para la solicitud.

En NAVARRA el artículo 18.2 de la LEY FORAL 1/2011, de 15 de febrero establece que: "La resolución administrativa que otorgue la prestación o servicio se dictará y notificará en el plazo de seis meses, que se computarán a partir de la fecha de presentación de la solicitud".

En ALAVA el artículo 11.2 del DECRETO FORAL 39/2007 de 24 de abril establece para el reconocimiento de la situación de dependencia: "La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante en el plazo máximo de 3 meses, a contar desde la recepción de la solicitud en el Servicio Social de Base o en el Instituto Foral de Bienestar Social. No se computará a estos efectos el periodo de tiempo durante el cual el expediente se encuentre por causa imputables a la persona solicitante", mientras que con respecto a la asignación de recursos sociales el artículo 17.2 señala que "La resolución deberá dictarse y notificarse a la persona solicitante en el plazo máximo de 3 meses, a contar desde que se presenta la documentación indicada en el artículo 13.1 del presente Reglamento en el Servicio Social de base o en el Instituto Foral de Bienestar Social. No se computará a estos efectos el periodo de tiempo durante el cual el expediente se encuentre paralizado por causas imputables a la persona solicitante".

En VIZCAYA el artículo 14.3 del DECRETO FORAL 162/2009, de 1 de diciembre en la redacción dada por el Decreto foral 93/2010, de 20 de julio establece: "El plazo máximo entre la fecha de entrada de la solicitud en el Registro de la Diputación Foral de Bizcaia y la de la resolución de reconocimiento de la prestación de dependencia será de seis meses, independientemente de que se haya establecido un procedimiento diferenciado para el reconocimiento de la situación de dependencia y el de las prestaciones".

En LA RIOJA el artículo 12 de la ORDEN 4/2007, de 16 de octubre establece que "los plazos máximos para resolver el procedimiento de valoración y reconocimiento del grado y nivel de dependencia, así como su revisión, serán de uno y cuatro meses respectivamente".

En la COMUNIDAD VALENCIANA el artículo 10.2 del DECRETO 18/2001, de 25 de febrero establece: "El plazo máximo para dictar y notificar dicha resolución es de seis meses, computándose desde la fecha de registro de entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación y resolución".

y notificar la resolución se podrá suspender cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o en su defecto, el transcurso del plazo concedido, todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 71 LRJ-PAC. También cuando deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe que igualmente deberá ser comunicado a los mismos no pudiendo exceder el plazo de suspensión los tres meses. Igualmente se podrá suspender cuando deban solicitarse pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimentes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente.

De otro lado de conformidad con el artículo 42.6 LRJ-PAC, una vez agotados los medios materiales y humanos, el plazo máximo para resolver se podrá ampliar cuando por el número de solicitudes formuladas o por otras circunstancias que expresamente se determinen en el acuerdo de ampliación, no se pueda cumplir razonadamente el plazo previsto.

### **11. Informe social**

Algunas normas de procedimiento prevén la emisión de un informe social<sup>36</sup> y así en CASTILLA-LA MANCHA, el artículo 11 del DECRETO 176/2009, de 17 de noviembre de 2009 establece que pre-

---

36 Otras normas prevén el informe excepcionalmente y durante el trámite de valoración, así en ANDALUCÍA el artículo 13.3 del DECRETO 168/2007, de 12 de junio establece que excepcionalmente se podrá recabar de los servicios sociales comunitarios, o de otros organismos, los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes cuando el contenido de los antecedentes obrantes en el expediente o las especiales circunstancias de la persona interesada así lo aconsejen.

viamente a la valoración de la situación de dependencia de la persona, se recabará de los Servicios Sociales del Municipio de residencia de la persona un informe social con el objeto de valorar la situación sociofamiliar de la persona solicitante así como la de orientar hacia el tipo de servicio o prestación más adecuada para el mismo. Igualmente el precepto señala que en el caso de que la persona sea usuaria de un recurso cuya titularidad pertenezca a una Administración Pública dentro del territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, el trabajador social del centro colaborará con los servicios sociales del municipio donde se ubica el recurso en la elaboración del informe social referido a la persona solicitada.

## **E. La valoración de la situación de dependencia**

### ***1. Los órganos de valoración de la dependencia***

El artículo 27 LPAPASD establece que las Comunidades autónomas determinarán los órganos de valoración de la situación de dependencia que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir señalando que el Consejo Territorial deberá acordar unos criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas que en todo caso, tendrán carácter público.

En cumplimiento de la anterior encomienda el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en su Acuerdo de 25 de enero de 2010 establece una serie de criterios en materia de composición, competencias de los órganos de valoración, conocimientos que se deben requerir a las personas valoradoras.

Con respecto a la composición, el Acuerdo del Consejo Territorial citado establece que con el fin de asegurar y desarrollar la calidad de las valoraciones se acuerda la ampliación de la composición de los órganos de valoración con la incorporación de equipos técnicos de evaluación, asesoramiento y control, de esta manera se constituirá

como un Equipo multiprofesional de carácter público, encuadrado en el modelo biopsicosocial que establece la CIF, que actúa aportando las especificaciones de su profesión pero dentro de un enfoque de interdisciplinariedad<sup>37</sup>.

Para el cumplimiento de sus funciones el Acuerdo establece los requerimientos de formación exigibles a las personas valoradoras que apliquen el baremo de valoración señalando los siguientes:

- Conocimiento riguroso de la norma que regula la valoración y el baremo.
- El conocimiento suficiente sobre las características de los grupos de personas con dependencia, especialmente en menores, discapacidad intelectual, enfermedad mental y personas mayores con deterioro cognitivo.
- El empleo adecuado de las técnicas de valoración, especialmente en la entrevista personal, ajustada a las especificidades de los grupos reseñados anteriormente.
- El empleo de las distintas fuentes de información: informe sobre la salud, entrevista personal y observación directa.
- Práctica suficiente que, previamente al ejercicio profesional, ponga en contacto al valorador con situaciones reales de valoración y dependencia.

---

37 Algunos reglamentos de procedimiento establecen reglas sobre la distribución territorial, adscripción administrativa y composición, así la norma de GALICIA en el artículo 8 del DECRETO 15/2010, de febrero señala:

“1. Los órganos de valoración y asesoramiento de la dependencia, órganos colegiados, estarán adscritos a su correspondiente departamento territorial de la consellería con competencia en materia de servicios sociales.

2. Existirá, como mínimo, un órgano de valoración o asesoramiento de la dependencia por cada una de las áreas de valoración provinciales adscritos a los departamentos territoriales.

Por cada departamento territorial existirá, como mínimo, un área de valoración correspondiente al ámbito provincial respectivo, si bien se podrá, de ser necesario, establecer varias áreas de valoración provinciales.

Cada órgano de valoración, estará integrado por profesionales con perfil social o sanitario social y sanitario, con una composición mínima de un profesional médico, un psicólogo, un trabajador/a social y, de ser el caso, de un terapeuta ocupacional.

## Capítulo IX. Aspectos adjetivos de la protección de la dependencia...

- La formación para la cualificación del personal valorador a través de cursos formativos de especialización que desarrollen los contenidos que preceden, tendrá como requisito de acceso preferente que las personas tengan titulación de medicina, psicología, terapia ocupacional, enfermería, fisioterapia y trabajo social.

En cuanto a las funciones que corresponden a los equipos de valoración el Acuerdo del Consejo Territorial de 25 de enero de 2010 señala entre otras las siguientes:

- Colaborar, asesorar y, en su caso, elaborar el dictamen-propuesta de la situación de dependencia en sus distintas exigencias: determinar los diagnósticos que la originan, su grado y nivel y la especificación de las actividades de la vida diaria en las que precisan cuidados.
- Asesorar a las personas valoradas en los procesos y técnicas de valoración, así como en la utilización del baremo.
- Constituirse como referencia técnica en la coordinación con otros equipos que en campos distintos atiendan a las personas que se valoran.
- Impulsar y promover medidas formativas.

En cualquier caso corresponde a las normas de las Comunidades Autónomas establecer el régimen jurídico, adscripción administrativa y funciones de los equipos de valoración y de sus miembros, lo que provoca también una diversidad en el tratamiento jurídico de éstos equipos<sup>38</sup>. Los equipos en cuanto que se constituyan como ór-

---

<sup>38</sup> Así, en ANDALUCÍA el artículo 7 del DECRETO 168/2007, de 12 de junio, establece que le corresponderá a los órganos de valoración las siguientes funciones:

- a) Recabar el informe sobre la salud de la persona solicitante conforme al modelo que se establezca.
- b) Aplicar el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años.
- c) Establecer la correspondencia entre el resultado de baremo con la información relativa a la salud.

- 
- d) Formular ante la persona titular de la correspondiente Delegación de la Consejería competente en materia de servicios sociales la propuesta de resolución sobre el grado y nivel de dependencia.
  - e) Prestar asistencia técnica y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en que sea parte la Administración de la Junta de Andalucía, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.

En ASTURIAS el artículo 4 del DECRETO 68/2007, de 14 de junio establece para los órganos de valoración las siguientes competencias:

- a) Aplicar el protocolo del Instrumento de Valoración de la Dependencia (IVD).
- b) Estudio de los informes de salud y valoración del entorno social de la persona.
- c) Formular ante el órgano administrativo competente los dictámenes propuesta sobre el grado y nivel de dependencia de la persona valorada.
- d) Prestar asistencia técnica y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en los que sea parte la Administración del principado de Asturias, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.
- e) Aquellas otras funciones que le sean legal o reglamentariamente atribuidas por la normativa reguladora para el establecimiento de determinadas prestaciones o servicios a las personas en situación de dependencia.

En CANTABRIA el artículo 6 de la ORDEN SAN/26/2007, de 7 de mayo, no atribuye competencias a órganos de valoración sino directamente a los profesionales dependientes del servicio competente, y así señala:

“1. Los profesionales del área social y/o sanitaria del servicio competente en materia de atención a personas en situación de dependencia de la Dirección general competente en materia de servicios sociales y los trabajadores sociales y fisioterapeutas de los Equipos de Atención Primaria del Servicio Cántabro de Salud llevarán a cabo la valoración de la situación de dependencia, en los términos siguientes:  
2.Serán funciones de los profesionales del área de salud:

- a) Aplicar el Baremo de Valoración de la Dependencia (BVD) y la Escala de Valoración Específica de dependencia para menores de tres años (EVE) aprobados por el Real decreto 504/2007, de 20 de abril. La aplicación del BVB/EVE se realizará en el entorno de la persona solicitante más adecuado al objeto de la valoración.
- b) elaborar un informe priorizado de los servicios y prestaciones del catalogo más adecuados a la situación de la persona solicitante, conforme al modelo normalizado que se recoge en el Anexo IV.
- c) Realizar un informe sobre el entorno del solicitante, conforme al modelo normalizado que se recoge en el Anexo IV.
- d) Documentar las actuaciones realizadas en los soportes de almacenamiento que se establezcan al efecto y transmitir las al Servicio competente en materia de atención a las personas en situación de dependencia.

- 
- e) Prestar asesoramiento técnico en los procedimientos contenciosos en que sea parte la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.
  - f) Aquellas otras funciones que le sean legal o reglamentariamente atribuidas.
3. Serán funciones de los profesionales del área social y/o sanitaria del servicio competente del área social en materia de atención a personas en situaciones de dependencia:
- a) Analizar la concordancia de los informes de salud y sobre el entorno con el resultado de la aplicación del BDV/EVE, en su caso solicitar aclaraciones complementarias y, excepcionalmente, de forma motivada, determinar una nueva aplicación del BDV/EVE.
  - b) Elaborar propuesta de inadmisión de la solicitud de la persona interesada, sin proceder a la aplicación del BDV/EVE, si en la documentación aportada no queda manifiesta y ostensiblemente motivada la necesidad de asistencia de otra u otras personas o ayudas importes para realizar actividades básicas de la vida diaria.
  - c) Elaborar dictamen propuesta sobre el grado y nivel de dependencia de la persona interesada, a partir del resultado de la aplicación del BDV/EVE y teniendo en cuenta el informe de salud y de entorno de la persona interesada y considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que les hayan sido prescritas.
  - d) Proponer, si procede, el plazo de revisión del grado o nivel de dependencia.
  - e) Documentar las actuaciones realizadas en los soportes de almacenamiento que se establezcan al efecto.
  - f) Prestar asesoramiento técnico en los procedimientos contenciosos en que sea parte la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de valoración de la situación de dependencia y del grado y nivel de los demandantes.
  - g) Aquellas otras funciones que le sean legal o reglamentariamente atribuidas.
- En CASTILLA-LA MANCHA el artículo 6.2 del DECRETO 176/2009, de 17 de noviembre indica las siguientes funciones de los equipos de valoración:
- a) Aplicar el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia y la escala de valoración específica para los menores de tres años establecidos en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia de cada solicitante, o el que en su caso esté previsto en la normativa vigente en cada momento.
  - b) Elaborar informes relativos a las circunstancias del entorno físico en el que viva la persona evaluada.
  - c) Elaborar las propuestas de programas individuales de Atención de acuerdo al grado y nivel de dependencia de cada solicitante y de los informes técnicos correspondientes, así como establecer las orientaciones de seguimiento y evaluación de los mismos.
  - d) Formular ante la persona titular de la correspondiente Delegación Provin-

cial de la Consejería competente en materia de servicios sociales la propuesta de resolución del grado y nivel y del Programa Individual de Atención en el marco del procedimiento para el reconocimiento del derecho a las prestaciones y servicios del SAAD en Castilla-La Mancha.

- e) Emitir dictámenes técnicos sobre las solicitudes de revisión de grado y nivel de dependencia.
- f) Orientar y asesorar a los usuarios del SAAD.
- g) Prestar asistencia técnica y asesoramiento en los procedimientos contenciosos en que sea parte la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, en materia de valoración de la situación de dependencia y de su grado y nivel.
- h) Aquellas otras funciones que les sean reglamentariamente atribuidas.

En GALICIA el artículo 9 del Decreto 15/2010, de 4 de febrero, establece las siguientes funciones de los equipos de valoración:

- a) Revisar los informes de condiciones de salud o informe social y la restante documentación que conste en el expediente o cualquier otra información complementaria o necesaria para los efectos de desarrollar la valoración.
- b) Programar y organizar el calendario de las citaciones de los técnicos de valoración.
- c) Solicitar la documentación, informes o pruebas complementarias, necesarias para la valoración de la situación de dependencia y el establecimiento del Programa Individual de Atención.
- d) Coordinar las actuaciones de los distintos profesionales técnicos de valoración de la situación de dependencia para garantizar y unificar los criterios técnicos entre profesionales de este.
- e) Revisar y aplicar un control de calidad de las valoraciones realizadas por los profesionales técnicos de valoración de dependencia.
- f) Codificar los diagnósticos que se detallen en el dictamen técnico de valoración.
- g) Proponer dictamen sobre el grado y nivel de dependencia de dependencia y propuesta del programa Individual de Atención a la persona titular del departamento territorial de la consejería competente en materia de servicios sociales.
- h) Emitir propuesta técnica que motive la necesidad de proceder en los casos de emergencia.
- i) Emitir dictamen técnico motivado que permita determinar la estimación o no, de la revisión del grado y nivel de dependencia en los asuntos de sus competencias.
- j) Asesorar al personal técnico de valoración de la situación de dependencia en los asuntos de su competencia.
- k) Emitir aquellos informes que les sean solicitados por las administraciones públicas, en materia de valoración y/o Programa Individual de Atención.



- 
- l) Aquellas otras funciones que les sean atribuidas en el ámbito de asesoramiento y evaluación.

En MADRID el artículo 20 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril establece las siguientes competencias de la Comisión Técnica de valoración de Dependencia:

- a) Emitir los dictámenes técnicos.
- b) Valoración de las solicitudes de urgencia.
- c) Establecer criterios para la correcta aplicación del instrumento del “Baremo de Valoración de los grados de dependencia (BVD) y de la “Escala de valoración Específica” para los menores de 3 años (EVE) en la Comunidad de Madrid, así como para la determinación de los Programas Individuales de Atención.
- d) Coordinar los planes de formación de los valoradores.
- e) Valorar las circunstancias en que proceda la revisión del grado y nivel de dependencia y del Programa Individual de Atención.
- f) Proponer, cuando corresponda, el plazo máximo en que deba efectuarse la revisión del grado y nivel de dependencia dictaminados.
- g) Solicitar, excepcionalmente, cuantos informes médicos, psicológicos o sociales complementarios o aclaratorios considere convenientes, cuando el contenido de los antecedentes obrantes en el expediente o las especiales circunstancias de la persona solicitante lo aconsejen.
- h) Prestar asistencia técnica y asesoramiento, si le es requerido, en las reclamaciones, recursos y procedimientos contenciosos en que sea parte la Comunidad de Madrid, en materia de valoración de la situación de dependencia y de los programas Individuales de Atención.
- i) Aquellas otras que le sean atribuidas por la normativa vigente o por el Director General competente en la materia.

En MURCIA el artículo 11 del DECRETO 74/2011 de 20 de mayo señala:

- a) Revisar, a efectos de valoración, el informe de salud sí como la restante documentación que, en su caso, se requiera el solicitante.
- b) Aplicar el protocolo del baremo de valoración de Dependencia (BDV) y de la Escala de Valoración Específica para menores de tres años (EVE), aprobados por Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre y, tras su entrada en vigor, por el Real decreto 174/2011, de 11 de febrero.
- c) Emitir los dictámenes técnicos sobre el grado y nivel de dependencia a los que se refiere el artículo anterior.
- d) Determinar la correspondencia entre el resultado de los baremos citados con la información relativa a las condiciones de salud.
- e) Elevar la propuesta sobre el grado y nivel de dependencia de la persona valorada, con especificación de los cuidados que el interesado puede requerir, al órgano competente para resolver en materia de dependencia.

ganos administrativos se registrarán en cuanto a su organización y funcionamiento de acuerdo con lo dispuesto en la regulación que de los órganos colegiados se establece en el Capítulo II del Título II de la LRJ-PAC<sup>39</sup>.

## **2. Fecha y lugar de la valoración**

Una vez admitida la solicitud y completada la documentación se comunicará a la persona solicitante el día y la hora en la que los profesionales del órgano de valoración acudirán a su domicilio o lugar de residencia para efectuar la valoración, si bien de forma excepcional, los órganos de valoración podrán llevar a cabo la valoración en unas instalaciones diferentes al domicilio de la persona solicitante.

A este respecto, si la valoración no se pudiera realizar por causas imputables a la persona solicitante se podrá declarar la caducidad del expediente en los términos establecidos en el artículo 92 LRJ-PAC.

## **3. La valoración**

Para poder determinar el grado y nivel de dependencia, las personas encargadas de baremar realizarán los reconocimientos y pruebas

- 
- f) Valorar si concurren las circunstancias en que procedería la revisión del grado y nivel de dependencia.
  - g) Proponer, en su caso, el plazo máximo en que debe efectuarse la revisión del grado y nivel de dependencia dictaminados.
  - h) Solicitar, excepcionalmente, cuantos informes médicos, psicológicos o sociales complementarios o aclaratorios se consideren convenientes, cuando el contenido de los antecedentes obrantes en el expediente o las especiales circunstancias del solicitante, lo aconsejen.
  - i) Prestar asistencia técnica y asesoramiento, si le son requeridos, en las reclamaciones, recursos en vía administrativa y contenciosa en que sea parte la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en materia de valoración de la situación de dependencia.
  - j) Constituirse como referencia técnica en la coordinación con otros equipos que en campos distintos atienden a las personas que se valoran.
  - k) Impulsar y promover medidas formativas.
  - l) Aquellas otras que les sean atribuidas por la normativa vigente.

39 Artículo 8.4 del DECRETO de GALICIA nº 15/2010, de 4 de febrero.

correspondientes, mediante la aplicación del baremo que en la actualidad es el aprobado por el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril mientras que a partir del 18 de febrero de 2012 se aplicará el establecido en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero.

El grado y nivel de dependencia se valorará previo examen de la persona interesada teniendo en cuenta el informe sobre la salud del interesado así como, el informe sobre el entorno en que viva y, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que les hayan sido prescritas.

Excepcionalmente, el órgano de valoración podrá solicitar los informes complementarios o aclaratorios que considere convenientes, así como recabar de los servicios sociales comunitarios, o de los organismos, los informes médicos, psicológicos o sociales pertinentes cuando las especiales circunstancias de la persona interesada así lo aconsejen.

En aplicación del artículo 27.1 LPAPASD el órgano de valoración, una vez efectuadas las anteriores actuaciones emitirá un dictamen técnico sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que puedan requerir, y cuando proceda y en función de las circunstancias concurrentes, el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare<sup>40</sup>.

El artículo 28.3 LPAPASD señala que 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 serán acordados por el Consejo territorial del Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia. Así en el

---

40 En CASTILLA Y LEÓN el artículo 7 de la ORDEN FAM/824/2007 de 30 de abril El artículo 7 señala que el dictamen técnico de la gerencia Territorial de Servicios Sociales y otro de la entidad local competente en materia de acción social y servicios sociales, salvo en los supuestos en que los interesados sea usuario de un recurso residencial de servicios sociales cuya titularidad y gestión no corresponda a una entidad local con competencias en materia de acción social y servicios sociales, en ls que corresponderá a dos técnicos de la gerencia Territorial de Servicios Sociales.

Acuerdo del Consejo Territorial de 23 de marzo de 2007 se aprobó el baremo incorporado al RD 504/2007, de 20 de abril y en el de 1 de junio de 2010 el baremo incorporado por el RD 174/2011, de 11 de febrero, por último, el acuerdo del Consejo de 25 de enero de 2010 prevé en el punto 3 del Acuerdo Tercero el establecimiento de sistemas de gestión de la calidad en los procesos de valoración que proporcionen garantías suficientes de que el proceso de valoración se realiza adecuadamente, aplicando entre otras, las siguientes medidas:

- Criterios homogéneos de interpretación y aplicación del baremo.
- Utilización de los documentos de apoyo al ejercicio de la función valoradora, consensuados por la Comisión Técnica de aplicación del baremo de valoración de la Dependencia.
- Evaluación permanente y adopción de medidas de mejora.
- Formación continua de las personas valoradoras.
- Desarrollo de buenas prácticas e intercambio de experiencias.
- Incorporación de los criterios de interpretación y de aplicación de los baremos que sean consensuados en el seno de la Comisión Técnica de aplicación del baremo de Valoración de la Dependencia.
- Evaluar periódicamente la correcta aplicación del baremo mediante la revaloración de una muestra significativa de entre las valoraciones efectuadas en un periodo anual.

#### ***4. La elaboración del programa de atención individual en el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y la valoración del grado y nivel***

Algunas normas rituales de las comunidades autónomas prevén la elaboración del PIA dentro del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia es el caso de las normas dictadas en Castilla-La Mancha, Madrid o Navarra, si bien la mayoría establece procedimientos separados. Por ello, el estudio de la tramitación del PIA lo realizaremos más adelante de forma separada.

### **5. Trámite de audiencia**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 84 LRJ-PAC una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se podrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes para que en un plazo no inferior al de diez días ni superior a quince, aleguen y presenten los documentos y justificaciones que estimen pertinentes salvo que antes del vencimiento del plazo los interesados manifiesten su decisión la de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos y justificaciones, en cuyo caso se tendrá por realizado el trámite. No obstante, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

### **6. La propuesta de resolución**

La mayoría de las normas de procedimiento prevén que una vez concluida la valoración de la situación de dependencia el órgano de valoración eleve al titular de la competencia para resolver el procedimiento la propuesta de resolución conteniendo el dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los servicios y prestaciones que la persona pueda requerir, estableciendo cuando proceda el plazo máximo en que debe efectuarse, en su caso, la primera revisión del grado y nivel dictaminados.

### **7. La resolución**

El titular de la competencia para resolver el procedimiento dictará la resolución que deberá decidir todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo en los términos establecidos en el artículo 89 LRJ-PAC. En dicha resolución se determinará:

- a) El grado y nivel de dependencia de la persona solicitante, con

independencia de la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia. Asimismo, cuando proceda, se establecerá el plazo máximo en que deba efectuarse la primera revisión del grado y nivel que se declare<sup>41</sup>.

- b) Los servicios o prestaciones que, en su caso, correspondan a la persona interesada de acuerdo con su grado y nivel de dependencia.

Como ya se dijo el apartado segundo de la disposición final primera, en la redacción dada por el artículo 5.2 del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo se establece como plazo máximo para resolver y notificar el de seis meses contados desde la fecha de entrada de la solicitud en el órgano competente para instruir el procedimiento. En tal sentido, el apartado tercero de la citada disposición final establece que si una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la solicitud, no se hubiere notificado resolución expresa de reconocimiento de prestación, el derecho de acceso a la prestación económica que, en su caso, fuese reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del máximo indicado. De esta manera se debe entender que la norma estatal primará sobre las normas de

---

41 La disposición final primera de la LPAPASD establece:

“1. La efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia incluidas en la presente Ley se ejercerá progresivamente, de modo gradual y se realizará de acuerdo con el siguiente calendario a partir del 1 de enero de 2007:

El primer año a quienes sean valorados en el Grado III de Gran Dependencia, niveles 2 y 1.

En el segundo y tercer año a quienes sean valoradas en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 2.

En el tercero y cuarto año a quienes sean valorados en el Grado II de Dependencia Severa, nivel 1.

En el quinto y sexto año a quienes sean valorados en el Grado I de Dependencia moderada, nivel 2.

En el séptimo y octavo año a quienes sean valorados en el grado I de Dependencia Moderada, nivel 1.

las Comunidades Autónomas que preveían el efecto desestimatorio del silencio<sup>4243</sup>.

Se generará el derecho a las prestaciones del sistema a partir de la fecha de la resolución en la que se reconozca una prestación concreta, salvo que su efectividad esté diferida en el tiempo. De otro lado la resolución en cuanto a lo referido al reconocimiento de la situación de dependencia y el grado y nivel tendrá validez en todo el territorio del Estado.

Por último, debemos señalar que algunas normas como la establecida en GALICIA permiten que la resolución denegatoria establezcan limitaciones temporales para formular nuevas solicitudes, así el artículo 31 del DECRETO 15/2010, de 4 de febrero, establece: "Las resoluciones denegatorias por no encontrarse el solicitante en situación de dependencia ni en ninguno de los grados establecidos en la ley 39/2006, de 14 de diciembre, llevará consigo la limitación temporal de dos años para formular una nueva solicitud salvo que, con anterioridad a dicho periodo, acredite error en el diagnóstico, en la aplicación del baremo o bien en su grado de autonomía personal o si varió la situación de su entorno habitual".

## **8. La impugnación de las resoluciones**

Como ya se dijo el régimen jurídico de la impugnación de las resoluciones en el procedimiento dista de estar claro toda vez que

---

42 Se prevé el efecto desestimatorio del silencio en ANDALUCÍA el artículo 15.2 del DECRETO 168/2007, de 12 de junio de 2007; en ARAGÓN el artículo 11 de la ORDEN de 15 de mayo de 2007; en EXTREMADURA, el artículo 14.3 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero; en GALICIA en el artículo 18 del DECRETO 15/2010 de 4 de febrero; En MADRID, el punto 8.4 del Anexo de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a las Empresas madrileñas; en MURCIA el artículo 12.4 del DECRETO 74/2011, de 20 de mayo. En LA RIOJA en el artículo 12 de la ORDEN 4/2007, de 16 de octubre; en la COMUNIDAD VALENCIANA del artículo 10.2 del DECRETO 18/2011, de 25 de febrero.

43 A este respecto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad de Madrid de 9 de octubre de 2009 (RJCA 2009/847) se pronuncia sobre la insuficiencia de la norma reglamentaria para establecer el efecto desestimatorio del silencio.

ello depende a su vez de la naturaleza jurídica que se le otorgue a la protección de la situación de dependencia. De esta manera si se considera que la protección se enmarca en la protección prestacional de la Seguridad Social contra las resoluciones se podrá interponer reclamación previa en los términos establecidos en el artículo 71 LPL mientras que si la prestación se concibe como ajena a dicho maco protector procederá interponer recurso de reposición o de alzada según que la resolución del órgano competente agote o no la vía administrativa, quedando la cuestión abierta a una solución legal o jurisprudencial definitiva. En este sentido, debemos señalar que la mayoría de las normas de procedimiento prevén la interposición de recursos de alzada o de reposición.

## F. Los trámites de los recursos administrativos

### 1. Recursos de alzada

La mayoría de las normas de procedimiento de las comunidades autónomas establecen que contra la resolución por la que se reconozca o deniegue la situación de dependencia, su grado y nivel o las prestaciones se puede interponer el recurso de alzada<sup>44</sup>.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 114 LRJ-PAC el recurso de alzada se interpondrá ante el órgano que dictó la resolución

---

<sup>44</sup> En ANDALUCÍA, así lo establece el artículo 15.4 del DECRETO 168/2007, de 12 de junio; En ARAGÓN el artículo 11.2 de la ORDEN de 15 de mayo de 2007; En CANTABRIA en el artículo 7.3 de la ORDEN SAN/26/2007, de 7 de mayo; en CASTILLA-LA MANCHA el artículo 18 del DECRETO 176/2009 de 17 de noviembre; En EXTREMADURA el artículo 19 del DECRETO 1/2009, de 9 enero; en GALICIA el artículo 32 de Decreto 16/2010, de 11 de febrero; En las ISLAS CANARIAS el artículo 9.4 del DECRETO 54/2008, de 25 de marzo; En MADRID el artículo 27 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril; en MURCIA el artículo 12.6 del Decreto 74/2011, de 20 de mayo; En NAVARRA el artículo 20 de la LEY1/2011, de 15 de febrero; en ALAVA el artículo 19 del DECRETO 39/2007, de 24 de abril; En la COMUNIDAD VALENCIANA el artículo 19 del DECRETO 18/2011, de 25 de febrero; En CEUTA Y MELILLA el punto 10.3 de la Resolución del IMSERSO de 16 de julio de 2007.



impugnada o ante el superior jerárquico del que dictó la resolución que será el competente para resolverlo. De esta manera si el recurso se hubiera interpuesto ante el órgano que dictó el acto impugnado, este deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente.

El plazo para interponer el recurso será, como indica el artículo 115 LRJ-PAC, de un mes, si el acto es expreso, mientras que si no lo es, el plazo sería de tres meses, que se contará, para la solicitante y con otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel de que de acuerdo con su normativa específica o se produzcan los efectos de silencio administrativo, si bien como hemos dicho la disposición final primera de la LPAPASD impone el efecto estimatorio de la pre-tensión, pese a diversas normas autonómicas de procedimiento establezcan el silencio negativo. Transcurridos los plazos sin haberse interpuesto el recurso la resolución será firme a todos los efectos.

Una vez interpuesto el recurso de alzada, el plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de tres meses de manera que trascurrido el plazo sin que recaiga resolución, se podrá entender el recurso. Una vez dictada la resolución del recurso de alzada no cabría recurso administrativo alguno, salvo el recurso extraordinario de revisión.

## **2. Recurso de reposición**

En las normativas de procedimiento de las Comunidades de ASTURIAS e ISLAS BALEARES se prevé que contra las resoluciones administrativas en materia de reconocimiento de la situación de dependencia, la valoración del grado y nivel así como de las prestaciones correspondientes se podrá interponer recurso de reposición<sup>45</sup>. Así, como señala el artículo 116 LRJ-PAC cuando la resolución dictada agota la vía administrativa podrán ser recurridos, potestativamente

---

<sup>45</sup> En ASTURIAS se regula en el artículo 18 del DECRETO 68/2007, de 14 de junio; en ISLAS BALEARES en el artículo 21 del DECRETO 83/2010, de 25 de junio.

en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnado directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, si bien no se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto.

El plazo para interponer el recurso, según dispone el artículo 117 LRJ-PAC, será de un mes si el acto fuera expreso y de tres cuando no lo fuera, contándose para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el acuerdo o bien se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

El plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de un mes no pudiéndose interponer contra la resolución recurso administrativo alguno.

### **3. Reclamación previa**

A diferencia de otras Comunidades Autónomas, en la de Cataluña en las resoluciones administrativas se establece que contra las mismas cabe interponer reclamación previa a la vía judicial social en los términos previstos en el artículo 71 LPL, cuestión esta que como ya hemos visto no es pacífica.

Así, el precepto anteriormente referido señala que será requisito necesario para formular demanda que los interesados interpongan reclamación previa ante la entidad que haya dictado la resolución correspondiente, en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma, si es expresa. Una vez presentada la reclamación la administración deberá entregar al recurrente copia sellada o recibo de su presentación que en su momento deberá acompañar la demanda, en su caso.

Formulada la reclamación previa en cualquiera de los supuestos mencionados, el órgano competente deberá contestar expresamente

a la misma en el plazo de 45 días considerándose en caso contrario que se entenderá denegada.

Por último, debemos señalar que de acuerdo con el principio de congruencia en caso de presentar demanda no se podrán introducir en la misma hechos, cantidades y conceptos distintos a los formulados en la reclamación previa y de igual modo, la parte demandada que no hubiere contestado a la reclamación previa no podrá fundamentar su oposición en hechos distintos a los aducidos en el expediente administrativo, salvo que se hubiera producido con posterioridad.

#### ***4. La revisión del grado o nivel de dependencia***

El artículo 30 de la LPAPASD establece que el grado o nivel de dependencia será revisable, a instancia del interesado, de sus representantes o de oficio por las Administraciones Públicas competentes por alguna de las siguientes causas:

- a) Mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia.
- b) Error en el diagnóstico o en la aplicación del correspondiente baremo.

Igualmente el párrafo segundo del precepto establece que las prestaciones podrán ser modificadas o extinguidas en función de la situación personal del beneficiario, cuando se produzca una variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por el incumplimiento de las obligaciones reguladas en la LPAPASD.

El procedimiento se iniciará a instancia de la persona beneficiaria, de sus representantes, o de oficio por el órgano competente en materia de reconocimiento y graduación de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes.

A tal fin a la solicitud de revisión se acompañarán cuantos informes o documentos pueden tener incidencia en la resolución del procedimiento.

En cuanto al resto de normas de procedimiento, se aplicaran en la medida de lo posible las establecidas para el reconocimiento de la situación de dependencia, de este modo la revisión requerirá una nueva valoración.

El plazo para realizar la revisión, se establecerá en su caso, en la resolución de reconocimiento, si bien variará según la regulación de las distintas normas reglamentarias, no obstante cuando el interesado sea una persona menor de 3 años la revisión se realizará de oficio por la Administración a los 6, 12, 18, 24 y 30 meses, mientras que a los 36 meses todas las personas deberán evaluadas con el BVD<sup>4647</sup>.

De otro lado debemos señalar que el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía Personal y la Atención a la Dependencia de 25 de enero de 2010 en su acuerdo tercero señala en materia de plazos de revisión de la valoración de grado y nivel de dependencia declarados los siguientes criterios:

- a) Se podrá determinar el plazo de revisión, en los casos en los que el propio proceso evolutivo y/o madurativo, la adaptación a nuevas situaciones, la aparición de nuevas medidas terapéuticas, o la estabilización, pudiera producir un cambio de la situación de dependencia valorada.
- b) Se determinará en el dictamen propuesta y a la vista del resultado de la valoración efectuada, un máximo para una primera revisión cuando el órgano de valoración indique la conveniencia de incorporar productos de apoyo y/o medidas de mejora de la accesibilidad del entorno entre los ciudadanos que pueda requerir la persona en situación de dependencia.

El objetivo perseguido es el de comprobar el efecto facilitador de las citadas medidas, para en su caso, proceder a establecer el nuevo

---

46 En ARAGÓN el artículo 13.2 de la ORDEN de 15 de mayo de 2007 establece que la revisión de oficio se realizará cada cinco años salvo que existan razones extraordinarias que justifiquen un plazo inferior.

47 Así lo dispone el artículo 10 de la ORDEN/SAN/26/2007, de 7 de mayo en SANTANDER.

grado y nivel de dependencia que se derive de dicho resultado. Igualmente, el grado y nivel de dependencia reconocido será revisable a instancia de la persona interesada cuando acredite debidamente la concurrencia de agravamiento de carácter permanente.

El plazo para resolver la revisión será el establecido en cada norma reguladora, así en EXTREMADURA el artículo 15 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero establece que el plazo para dictar y notificar la resolución sobre la revisión será de tres meses contados a partir de la entrada de la solicitud o del acuerdo para iniciar el procedimiento de oficio y requerirá la previa audiencia del interesado o de sus representantes.

Transcurrido el plazo se deberá entender caducado el procedimiento, si éste se inició de oficio y en su caso abierta la posibilidad del interesado de interponer demanda, mientras que si el procedimiento se inició a instancia del interesado el silencio ha de entenderse como estimatorio de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 44 LRJ-PAC.

Fuera de los supuestos anteriores, las revisiones de los actos declarativos de derechos se ajustarán a los trámites establecidos en la LRJ-PAC si es que consideramos que nos encontramos ante una protección ajena a la Seguridad Social aplicándose en consecuencia lo establecido en los artículos 105 para la rectificación de errores, 102 para la revisión de oficio de los actos nulos y 103 para la declaración de lesividad de los actos anulables. En cambio, de entender que nos encontramos ante prestaciones enmarcadas en el ámbito de la Seguridad Social la revisión del acto declarativo se tendrá que atener a lo establecido en el artículo 145 LPL.

## **G. Revisión de las prestaciones**

De conformidad con lo establecido en el artículo 30.2 LPAPASD las prestaciones podrán ser modificadas o extinguidas en función de la situación personal del beneficiario, cuando se produzca una

variación de cualquiera de los requisitos establecidos para su reconocimiento, o por incumplimiento de las obligaciones reguladas en la LPAPASD.

### ***1. La homologación de la efectividad de las situaciones vigentes de gran invalidez y de necesidad de ayuda de tercera persona***

La disposición adicional novena de la LPAPASD señala que quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona según el Real decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para Reconocimiento, Declaración y Calificación del Grado de Minusvalía, tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de dicha ley.

Así la disposición adicional primera del Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, recogiendo casi textualmente lo regulado en la disposición adicional primera del Real Decreto 504/2007 de 20 de abril, señala que a las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez se les reconocerá la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del baremo establecido garantizando en todo caso el grado I de dependencia moderada, nivel 1.

Asimismo, se indica que a las personas que tengan reconocido el complemento de la necesidad del concurso de otra persona, determinado según el baremo del anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de discapacidad, se les reconocerá el grado y nivel que corresponda, en función de la puntuación específica otorgada por el citado baremo, de acuerdo con los siguientes parámetros:

- De 15 a 29 puntos---Grado I de dependencia, nivel 2.
- De 30 a 44 puntos---Grado II de dependencia, nivel 2.
- De 45 a 72 puntos---Grado III de dependencia, nivel 2

De esta manera en todos los casos, salvo en los supuestos en que el grado y nivel que resulte de la aplicación de dicha tabla sea el máxi-

mo reconocible (G III N 2), se aplicará el baremo de valoración de los grados y niveles de dependencia (BVD) y se reconocerá el más favorable entre éste y el que corresponda conforme a los parámetros anteriores.

De otro lado, las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona, de acuerdo con el anexo 2 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, continuarán disfrutando de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier Administración o entidad pública o privada.

De todas formas en los supuestos recogidos anteriormente el reconocimiento de la situación de dependencia se realizará por los órganos correspondientes, a instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación.

## **H. El programa individual de atención**

El artículo 29.1 LPAPASD establece que en el marco del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y las prestaciones correspondientes los servicios sociales del sistema público establecerán un Programa Individual de Atención en que 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, elección entre las alternativas propuestas, del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que les represente.

Como dijimos anteriormente, la mayoría de las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas establecen procedimientos distintos para declarar la situación de dependencia y para elaborar el programa individual de atención a excepción de CASTILLA-LA MANCHA, MADRID y NAVARRA.

### **1. Elaboración de la propuesta del programa individual de atención**

### **2. Inicio del procedimiento**

Una vez efectuada la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia y siempre que la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia deba producirse en el año en que se hubiera dictado dicha resolución, conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la LPAPASD.

### **3. Requerimiento de documentación**

Salvo que no se haya requerido con anterioridad en el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia, como vimos en su momento, se requerirá a la persona interesada para que en el plazo de diez días presente los siguientes documentos<sup>48</sup>:

- a) Declaración de los impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, referidas al periodo impositivo inmediatamente anterior, con plazo de presentación vencido, a la fecha de efectividad del derecho, conforme al calendario previsto en la disposición final primera de la LPAPASD. Quienes no estuvieran obligados a presentarlas, certificado de retenciones de rendimientos personales, o en su defecto, declaración responsable de ingresos y declaración sobre la titularidad de los bienes inmuebles, así como los bienes muebles que reglamentariamente se determinen<sup>49</sup>.
- b) En su caso, documentación acreditativa de las circunstancias personales y familiares alegadas por la persona interesada.

---

48 En CANTABRIA el artículo 8.1 de la ORDEN de 7 de mayo establece el plazo en 20 días.

49 En ANDALUCÍA el artículo 17.1.a) del DECRETO 168/2007 de 12 de junio.



Si el interesado no presente los documentos en el plazo señalado el órgano competente le requerirá para que en el plazo de diez días hábiles, subsane la falta o acompañe los documentos preceptivos<sup>50</sup>.

#### **4. Tramitación**

Algunos reglamentos como el de ANDALUCÍA<sup>51</sup> establecen que para la elaboración del programa Individual de de Atención, los servicios sociales comunitarios deberán realizar un informe social en el que se detalle la situación social, familiar y del entorno de la persona en situación de dependencia, dándose participación a la persona interesada o, en su caso a su familia y entidades tutelares que la representen. Asimismo en la noma de procedimiento de la citada comunidad se prevé que los servicios sociales comunitarios remitirán al órgano competente en materia de reconocimiento de la situación de dependencia la propuesta de Programa Individual de Atención así como el informe social sobre la situación familiar y del entorno de la persona declarada en situación de dependencia. Esta remisión deberá producirse en el plazo máximo de dos meses desde que se reciba la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia.

La propuesta habrá de ser coherente con los servicios y prestaciones determinadas en la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia y atenderá en su definición a los recursos disponibles por el SAAD. A este respecto la norma reglamentaria de GALICIA señala los criterios para determinar la modalidad de intervención más adecuada en los siguientes términos:

- Los servicios del catálogo de recursos tendrán carácter prioritario y se prestarán a través de la oferta pública del sistema autonómico de servicios sociales, mediante centros y servicios públicos y privados concertados debidamente acreditados.

---

50 Así se señala para ANDALUCÍA en el artículo 17 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio, que determina como órgano competente para hacer los requerimientos a los Servicios Sociales Comunitarios.

51 En ANDALUCÍA el artículo 17.4 y 5 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio.

- De no ser posible la atención mediante alguno de los servicios del catálogo, se considerarán el pago vinculado a un servicio. Esta prestación estará destinada a la cobertura de los gastos del servicio previsto en el PIA, debiendo ser prestado por un centro o programa acreditado para la atención a la dependencia.
- El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda, los requisitos de idoneidad del cuidador y así el establecer o su PIA.

### **5. Trámite de audiencia**

En CASTILLA LA-MANCHA<sup>52</sup> se prevé un trámite específico de audiencia antes de dictarse la resolución por el que se apruebe el PIA. En este sentido se señala que se dará participación y, en su caso, elección de la persona interesada y, cuando proceda, a su familia o entidades tutelares que la representen. En todo caso, se indicará a la persona interesada que tiene la posibilidad de consultar con los Servicios Sociales del Municipio de residencia para que la toma de decisiones sea la más adecuada a su situación de dependencia y a su situación sociofamiliar. De este modo la norma manchega añade que en el caso de que en la propuesta de PIA se indique el ingreso conjuntamente con su cónyuge, se podrá atender dicha situación, incorporándola como observación en dicha propuesta, aunque éste no tuviere reconocida la situación de dependencia, a lo que añade que para facilitar el trámite de audiencia a la persona interesada, se enviará junto a la propuesta un sobre prefranqueado para la devolución del escrito de trámite de audiencia por parte de dicha persona, su familia o entidades tutelares que le representen. No obstante, el precepto establece que transcurridos 20 días desde la fecha de notificación de la propuesta del PIA a la persona interesada,

---

<sup>52</sup> En CASTILLA-LA MANCHA, el artículo 14 del DECRETO 176/2009, de 17 de noviembre.

familia o entidad tutelar que la represente, sin que se manifieste expresamente oposición o desacuerdo, se entenderá practicado el trámite de audiencia, procediéndose a hacer efectivo el PIA.

## 6. Resolución

La persona titular del órgano competente dictará previa las comprobaciones que procedan, resolución por la que se aprobará el Programa Individual de Atención que podrá tener el siguiente contenido<sup>5354</sup>:

- a) Datos y circunstancias personales y familiares de la persona en situación de dependencia. En este apartado se podrá incluir los datos personales del cónyuge o persona en situación análoga de convivencia, que serán obligatorios en el caso de que el Programa Individual de Atención determine el ingreso en un centro de atención residencial para personas mayores en situación de dependencia acompañadas de su cónyuge o persona en situación análoga de convivencia.
- b) Servicio o servicios prescritos, con indicación de las condiciones específicas de la prestación de éste (centro, servicios, duración, periodos, intensidad).
- c) En su caso, de no ser posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, prestación económica vinculada al servicio. El Reglamento de CASATILLA-LA MANCHA señala que en este supuestos se le podrá dar opción a la persona interesada de que manifieste su voluntad de quedar incorporada a la lista de reserva de plazas de la red pública de la Comunidad Autónoma por orden de prioridad por el grado y nivel de dependencia reconocido y, a igual grado y nivel la necesidad de atender a la puntuación final obtenida mediante la aplicación del baremo de valoración de la dependencia, y en caso de que persista la igualdad de puntuación, por su capacidad económica y por

---

53 En ANDALUCÍA el artículo 18.2 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio.

54 En CASTILLA-LA MANCHA, el artículo 13.3 del DECRETO 176/2009, de 17 de noviembre.

último, de ser la misma por la fecha de entrada en el registro de la solicitud de reconocimiento de la situación de dependencia.

- d) Excepcionalmente, prestación económica para cuidados familiares, cuando la persona beneficiaria esté siendo atendida en su entorno familiar y se reúnan las condiciones adecuadas de convivencia y habitualidad de la vivienda, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación. Igualmente el Reglamento de CASTILLA-LA MANCHA señala que en este supuesto se especificará la persona que viene prestando los cuidados no profesionales, el grado de parentesco del cuidador con la persona asistida o, en su caso, la condición de persona de su entorno cuando concorra alguna de las circunstancias a las que alude el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007, de 1 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia y reúna los requisitos que se determinen en dicho precepto y que asimismo se reflejará la dedicación horaria a los cuidados en aplicación de lo regulado en el artículo 4.1 del citado Real Decreto.
- e) En su caso, prestación económica personal, con indicación de las condiciones específicas de acceso a dicha prestación.
- f) En su caso, la participación que en este coste del mismo pudiera corresponder a la persona en situación de dependencia según su capacidad económica.

La resolución se notificará al interesado y en su caso, en los servicios sanitarios comunitarios.

### **7. Plazo para resolver**

También en el caso de la aprobación del PIA en algunos de los reglamentos de procedimiento se establecen distintos plazos para resolver<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> En ANDALUCÍA el artículo 18.3 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio, establece un plazo máximo de tres meses para resolver contados desde la fecha de recepción de la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia

## 8. Efectos de la resolución

El reglamento de procedimiento de ANDALUCÍA establece que cuando el acceso a los servicios y prestaciones correspondientes, conforme al calendario establecido en la disposición final primera de la LPAPASD, deba hacerse efectivo en año distinto a aquel en que se haya dictado la resolución de reconocimiento de la situación de dependencia, los servicios Sociales Comunitarios elaborarán la propuesta de PIA en los tres meses anteriores al inicio de su año de implantación, e igualmente se dispondrá de un plazo de tres meses, en el supuesto de que la persona beneficiaria de otra Comunidad Autónoma traslade su domicilio de forma permanente al territorio de la Comunidad Autónoma.

De otro lado, la norma ritual de GALICIA<sup>56</sup> señala que la efectividad del derecho a los servicios, en el caso de que el beneficiario no reciba los servicios en el momento e aprobarse el PIA, se producirá desde la fecha en que el beneficiario se incorpore al servicio de manera efectiva o desde el primer día del año en que proceda la implan-

---

por los Servicios Sociales Comunitarios correspondientes; en ARAGÓN el artículo 12.3 de la ORDEN 15 de mayo de 2007 establece tres meses.; en CANTABRIA artículo 10 de la ORDEN/SAN/26/2007, de 7 de mayo establece el plazo de seis meses; en CANARIAS el artículo 12.5 del DECRETO 54/2008, de 25 de marzo establece el plazo de res meses; en EXTREMADURA el artículo 17 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero es de tres meses. En GALICIA el artículo 15 del DECRETO 14/2010, de 4 de febrero establece el plazo de tres meses. En MADRID como dispone el artículo 8 de la ORDEN 625/2010 de 21 de abril el plazo es común para el reconocimiento de la situación de dependencia y la aprobación del PIA y se establece en seis meses al igual que establece para NAVARRA el artículo 23.5 de la LEY FORAL 1/2011, de 15 de febrero y en la COMUNIDAD VALENCIANA en el artículo 11.4 del DECRETO 18/2011, de 25 de febrero. En ALAVA el artículo 17.2 DECRETO FORAL 39/2007 de 24 de abril establece el plazo 3 meses. En LA RIOJA se establece el plazo de tres meses en la disposición adicional segunda de la ORDEN 4/2007 de 16 de octubre. En CEUTA Y MELILLA se dictará en el plazo de 1 mes de acuerdo con la RESOLUCIÓN del IMSERSO de 16 de julio de 2007.

<sup>56</sup> De 2 meses.

En GALICIA la efectividad se establece en el artículo 39 del DECRETO 15/2010, de 4 de febrero.

tación del grado y nivel de de dependencia que le fuera reconocido, cuando la resolución del PIA sea posterior a la fecha de acceso al servicio en el supuesto de beneficiarios ya atendidos a través del Sistema gallego de Servicios Sociales.

Igualmente la norma de GALICIA indica que la efectividad del derecho a los pagos se producirá al día siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, o desde el primer día del año en que proceda la implantación del grado o nivel de dependencia que le fuera reconocido. En la fecha de efectividad será necesario que se reúnan los requisitos que exijan la normativa vigente para cada tipo de pago. En caso contrario, la efectividad se producirá a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que concurren los requisitos. Igualmente, en el caso de que el procedimiento se encuentre paralizado por causas imputables al interesado el derecho a los pagos quedará suspenso durante el periodo de suspensión.

Por último, la norma gallega establece que en el caso de fallecimiento de los solicitantes durante la tramitación del expediente se reconocerá el derecho a la persona que haya soportado los gastos siempre que le corresponda conforme a la normativa de aplicación. En este caso, será necesario que la documentación que consta en el expediente en el momento de fallecimiento pruebe cual era el grado y nivel de dependencia del solicitante fallecido. Así mismo, de existir propuesta del PIA tendrá que constar que se cumplían los requisitos establecidos para cada tipo de pago. No obstante, en todos los casos se deberá justificar documentalmente el gasto efectivamente soportado. En cambio, en MURCIA el artículo 19.3 del DECRETO 74/2011, de 20 de mayo establece que en el caso de que se produzca el fallecimiento de la persona dependiente, sin que en el plazo máximo de seis meses desde su solicitud haya recaído resolución de reconocimiento de su derecho a los servicios y prestaciones económicas del sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, la comunidad hereditaria del causante podrá solicitar el abono de las prestaciones económicas causadas y no percibidas por su titular hasta la fecha de su fallecimiento.

### **9. Recursos frente a las resoluciones sobre el PIA**

En lo referido al régimen de recursos nos reiteramos en lo ya expuesto respecto del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia, su graduación y reconocimiento de prestaciones<sup>57</sup>.

### **10. Revisión del PIA<sup>58</sup>**

El PIA se revisará por el órgano competente en materia de servicios sociales:

- a) Instancia de la persona interesada o de sus representantes legales.
- b) A instancia de los servicios sociales comunitarios correspondientes.
- c) De oficio cuando las circunstancias lo aconsejen y, en todo caso, en el plazo que la norma de procedimiento establezca..
- d) Como consecuencia del traslado de residencia desde otra Comunidad Autónoma.

Igualmente serán aplicables a la revisión, en la medida de lo posible, las mismas normas de procedimiento que para la aplicación del PIA.

---

<sup>57</sup> En ANDALUCÍA el artículo 18.6 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio, establece que contra las resoluciones cabrá recurso de alzada. en ARAGÓN el artículo 12.3 de la ORDEN 15 de mayo de 2007 también se establece la posibilidad de presentar recurso de alzada; en CANTABRIA artículo 10 de la ORDEN/SAN/26/2007, de 7 de mayo establece el recurso de alzada; en CASTILLA-LA MANCHA el artículo 18 del DECRETO 176/2009 de 17 de noviembre establece el recurso de alzada. También se establece el recurso de alzada en el artículo 19 del DECRETO 1/2009, de 9 de enero; en GALICIA el artículo 41 del DECRETO 15/2010 de 4 de febrero establece recurso de alzada. En MADRID el artículo 27 de la ORDEN 625/2010, de 21 de abril; en NAVARRA se prevé el recurso de alzada en el artículo 20 de la LEY FORAL 1/2011, de 15 de febrero. En ALAVA el artículo 18 del DECRETO FORAL 39/2007, de 24 de abril establece el recurso de alzada.

<sup>58</sup> En ANDALUCÍA el artículo 19 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio.

El artículo 18 del Decreto regulador del procedimiento de EXTREMADURA establece el plazo de tres meses para resolver y notificar la resolución de revisión del PIA. A este respecto debemos entender que la falta de resolución en plazo provocará los mismos efectos que ya vimos respecto de la revisión de la resolución de declaración de la situación de dependencia y de la graduación de esta y el reconocimiento de prestaciones.

1.6.8. Extinción, suspensión, del derecho a los servicios y prestaciones económicas del SAAD.

El artículo 19 del reglamento de procedimiento de MURCIA, aprobado por DECRETO 74/2011, de 20 de mayo establece que el derecho a los servicios y prestaciones económicas del sistema se extinguirá, dándose la debida audiencia al interesado, cuando el beneficiario concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) No residir en territorio español.
- b) Pérdida de la condición de residente en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.
- c) Traslado de residencia de forma permanente de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia a otra Comunidad autónoma.
- d) Mejoría de la situación de dependencia que determine que el beneficiario no se encuentre en tal situación.
- e) Incumplimiento de alguna de las condiciones o requisitos específicos y prestaciones económicas.
- f) Sustitución de la prestación reconocida por otra prestación, como consecuencia de la modificación del grado y nivel de dependencia reconocido o de revisión del PIA.
- g) El incumplimiento de las obligaciones reguladas en la LPA-PASD.
- h) Percepción de prestación o ayuda incompatible.
- i) Renuncia del beneficiario.
- j) Fallecimiento del beneficiario.



## Capítulo IX. Aspectos adjetivos de la protección de la dependencia...

En cambio, según el artículo 19.2 de la citada norma el derecho a los servicios y prestaciones económicas del Sistema se suspenderá, dándose la debida audiencia al interesado, cuando en el beneficiario concorra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Ausencia del territorio de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia por un periodo superior a 90 días.
- b) Ingreso en estancia hospitalaria, por un periodo superior a un mes.

### 2.6.9. Seguimiento del PIA.

El órgano competente a la administración de la Comunidad Autónoma será el responsable del seguimiento de la correcta aplicación del PIA. Para el seguimiento del PIA de las personas que vivan en su domicilio, el órgano competente podrá contar con la colaboración de los servicios sociales comunitarios correspondiente al municipio de residencia de la persona que se encuentre en situación de dependencia<sup>59</sup>.

## IV. Aspectos adjetivos en el ámbito jurisdiccional

Como ya dijimos la determinación del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones relativas al reconocimiento de la situación de dependencia y de la satisfacción de las prestaciones y servicios correspondientes constituye en la actualidad una cuestión abierta en la que confluyen resoluciones de distinto signo atribuyendo en un caso la competencia a los tribunales del orden social y en otro a los del orden contencioso-administrativo lo que no es baladí, como hemos visto, en el ámbito de la impugnación y revisión de los actos en vía administrativa.

Pues bien, el problema es más profundo en el ámbito de la revisión jurisdiccional pues la tramitación de los procesos en el ámbito contencioso-administrativo y en el orden social es radicalmente distinto

---

<sup>59</sup> En ANDALUCÍA el artículo 21 del DECRETO 168/2007 de 12 de junio.

lo que sin duda afecta a los litigantes en el ejercicio de sus derechos, fundamentalmente por el carácter tuitivo que se atribuye al orden social. Así entre otras muchas diferencias podemos apuntar por su significación las siguientes:

### **a) Diferencias en relación a la competencia funcional y territorial**

Normalmente la competencia funcional en el orden contencioso-administrativo corresponderá a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de las Comunidades Autónomas de conformidad con lo establecido en el artículo 10.1.a) LJCA, lo que implica que se celebre en la localidad de la Comunidad Autónoma donde la Sala tenga su sede. Ahora bien, en el caso de que en la misma Comunidad existan varias sedes, territorialmente corresponderá la competencia a la Sala en la sede en cuya circunscripción tenga a la vez su sede el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

En cambio, en el orden social la competencia para conocer de los procesos se atribuye a los Juzgados de lo Social conforme a lo establecido en el artículo 6 LPL, siendo competente territorialmente el Juzgado del domicilio del órgano administrativo que dictó la resolución o el del demandante a elección de éste tal como establece el artículo 10.2.b) LPL.

### **b) Diferencias respecto a la postulación**

El artículo 23.2 LJCA establece que en la actuación ante los órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y serán asistidos, en todo caso, por Abogado.

En cambio, el artículo 18 LPL establece que podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a procurador, graduado social o cualquier persona que se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles o abogado, añadiendo el artículo 21 LPL que, la defensa de abogado es facultativa, en la instancia..

### **c) Diferencias en el procedimiento**

En el desarrollo del proceso las diferencias en uno y otro caso son radicales toda vez que el proceso contencioso-administrativo es escrito mientras que el desarrollo del proceso laboral es oral celebrándose todos los trámites en un solo acto de acuerdo con los principios de celeridad, concentración e inmediación.

### **d) Régimen de recursos**

Normalmente contra las sentencias de las Salas de lo Contencioso administrativo no cabrá recurso alguno, pues el único posible, el recurso de casación requiere según dispone el artículo 86.2.a) LJCA que supere los 150.000 euros.

En el proceso laboral contra las sentencias de los Juzgados de lo social en materia de Seguridad Social siempre cabe el recurso de suplicación de acuerdo con lo establecido en el artículo 192.2 LPL.

### **e) Plazos para la Revisión de actos declarativos de derechos**

Mientras que el artículo 102 LRJ-PAC no establece plazo para la revisión de los actos nulos mientras que el artículo 103 LRJ-PAC establece el plazo de 4 años para poder plantear el recurso de lesividad. En cambio, el artículo 145 LPL establece el plazo de cinco años para poder revisar ante los órganos jurisdiccionales los actos declarativos en materia de seguridad social sin distinguir entre actos nulos y anulables.

### **f) Costas procesales**

El artículo 139.1 LJCA prevé la imposición de las costas cuando se considere que se considere que la parte que sostuviere su acción obrara con mala fe o temeridad.

## Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

En el proceso laboral no se pueden imponer en instancia las costas procesales ni a los beneficiarios ni a las entidades que gestionen las prestaciones. En este sentido para el beneficiario el proceso será gratuito tanto en la fase de juicio como en las acciones para hacer efectiva la sentencia.