

Las relaciones entre el “SAAD” y el Sistema de Seguridad Social: entre concurrencia y complementariedad

SUMARIO: 1. PROEMIO. 2. LOS ESPACIOS DE CONEXIÓN ENTRE EL SAAD Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: PANORAMA DE UN PROCESO *IN FIERI*. 3. LA RELACIÓN DE ARTICULACIÓN EXCLUYENTE: LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SISTEMA COMPLEMENTARIO “EXTERNO”. 4. RELACIÓN DE “CONCURRENCIA PROTECTORA”: PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DEDUCIBLES DE LAS DEL SAAD. 5. RELACIÓN DE COORDINACIÓN EN LOS BAREMOS: EL ACCESO A LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL. 6. UNA RELACIÓN DE INSTRUMENTACIÓN: LA PROTECCIÓN DEL SUJETO CUIDADOR INFORMAL POR LA SEGURIDAD SOCIAL. 7. REFLEXIÓN FINAL.

1. PROEMIO

La evolución de los ordenamientos jurídicos, al menos de los países más desarrollados, nos ponen de relieve que sólo en un tiempo relativamente recientes, en especial a partir de la década de los años 90, se ha configurado una protección social diferenciada frente a *situaciones de dependencia personal*, bien mediante la creación de una prestación específica —*técnica dife-*

¹ Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén.

renciada— dentro de los Sistemas de Protección Social más clásicos, sea el de Seguridad Social —Alemania, Austria, Francia...—, sea el de la Asistencia Social —Italia—, o bien a través de la creación de un *Nuevo Sistema*, o Subsistema, de Protección Social, que en gran medida remozca la clásica configuración de los Servicios Sociales —países nórdicos—. Sin embargo, esta imagen de innovación no puede llevarnos a pensar, al menos con seriedad científica y realismo social, ni que la “dependencia personal” se trate de una “situación de necesidad” o de una “contingencia social” nueva de nuestra época, ni tampoco que careciese de algún tipo de protección jurídica con anterioridad a la configuración de una técnica —o un sistema— de carácter específico y diferenciado de protección social, como ha sucedido para España con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre. A este respecto, la constatación de estas situaciones a lo largo de las distintas etapas de la configuración de los diferentes Sistemas y Técnicas de Protección Social, incluido el nuestro, habría llevado a su atención jurídico-social, también en nuestro Ordenamiento de la Seguridad Social, si bien queda igualmente claro que a través de formas inespecíficas y dispersas y, por tanto, altamente ineficaces.

Esta constatación —que toma cautelas sobre la novedad del problema y de sus respuestas— en modo alguno está reñida con el evidenciar, igualmente, que a día de hoy sí que debemos señalar aspectos importantes de actualidad, más allá, como es obvio, de la aparición de una Ley específica, como es la señalada. Así, a los fiables datos sobre el continuado incremento de estas situaciones, hay que incidir en la complejidad de los modos de afrontar su protección si se quiere que sea efectiva, eficaz y eficiente.

Desde esta perspectiva, la cuestión básica a plantear ahora es la siguiente: una vez que ha quedado legalmente configurada una nueva y específica “situación de necesidad”, riesgo o contingencia social, protegida mediante el reconocimiento de un nuevo derecho social de ciudadanía a garantizar a través de un diferenciado Sistema de Protección Social, el SAAD *¿cabe entender que queda desplazado por completo el papel de la Seguridad Social, que de existir ha de entenderse sólo residual y, en todo caso, a extinguir, una vez se perfeccione y adquiera coherencia, de hacerlo, el SAAD?*

A lo largo de estas páginas trataremos de articular la respuesta a este interrogante que, como ya adelanto, será negativa, por las razones que iré exponiendo, sucinta pero espero que ilustrativamente. A mi juicio, y esta es la tesis que se defiende en este estudio, es necesario evidenciar cómo una parte significativa del éxito final del SAAD, y que no se puede medir de otro modo que a través de la protección eficaz y de calidad de la persona en situación de dependencia, *va a depender de la coherencia del mapa de relaciones de coordinación y complementariedad, a veces de concurrencia conflictiva, que está obligado a construir, mantener y desarrollar con otros Subsistemas jurídicos*

—como el laboral, el fiscal, el mercantil, el civil...—, y muy especialmente con el de la Seguridad Social. La razón de esta exigencia reside básicamente en que, al margen de la respuesta formalmente dada por la Ley 39/2006 al reparto de competencial entre las AAPP, la *transversalidad* es una cualidad inherente a la dependencia personal como situación de necesidad a proteger y, en consecuencia, la solución adecuada pasa por el diseño y puesta en práctica de *un sistema articulado de atención integral* a todos los aspectos que conforman la relación de protección, tanto los elementos objetivos —la acción protectora—, como los subjetivos —estatutos de los sujetos de la relación, muy en especial de los sujetos protegidos (personas dependientes) y de los sujetos cuidadores, sobre todo de los informales—.

2. LOS ESPACIOS DE CONEXIÓN ENTRE EL “SAAD” Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL: PANORAMA DE UN PROCESO *IN FIERI*

Conforme a lo sucintamente expuesto en el apartado introductor, la misión o tarea asumida en este estudio es determinar hasta qué punto está presente, en la configuración eficaz y efectiva del SAAD, las técnicas y las reglas de la Seguridad Social. A este respecto, la pretensión legislativa de no incluir esta cobertura dentro de la acción protectora de la Seguridad Social, no ha eliminado de plano el papel de ésta.

En este sentido, podemos destacar, al menos, dos ámbitos en los que se produce una significativa conexión “positiva”, esto es, que exige fijar específicos regímenes de coordinación, de un tipo u otro, entre unas regulaciones y otras. Por un lado, la que podríamos denominar una *relación de concurrencia conflictiva*, en la medida en que la Seguridad Social no queda al margen por completo, por cuanto mantiene prestaciones típicas de atención a la dependencia, aunque con el mismo carácter disperso y residual que antes de la Ley 39/2006. Por otro, una *relación de apoyo o cobertura, aunque sea parcial*, al propio SAAD, a través de la atención prestada al sujeto cuidador —la relación jurídica es bilateral o incluso triangular—, algo relegada en la Ley 39/2006... Esta relación se diferencia según sea “cuidador profesional” o sea “cuidador/a informal”. En este último caso que convendrá diferenciar, a su vez, los/as cuidadores/as informales inactivos (ajenos al mercado laboral) y los activos (dentro del mercado de trabajo).

Para comprender adecuadamente estas esferas de interrelación, que exige fijar adecuados mecanismos de articulación, coherente y eficaz, sin duda más allá de lo que ha previsto expresamente la Ley 39/2006 y que, por tanto, requerirá de reformas, creo que es útil partir de la configuración institu-

cional de la protección frente a esta forma de dependencia, no ya sólo económica sino también y sobre todo personal. A tal fin, sabido es que la situación de dependencia refiere a una realidad social, pero también de tipo conceptual extremadamente compleja. Por eso, es necesario integrar, de forma abierta sí, pero coherente, tanto los aspectos objetivos de la misma —modo de acceso al sistema (relación administrativa de reconocimiento y valoración) y la acción protectora del mismo (catálogo e intensidad de prestaciones)— como los aspectos subjetivos —*sujetos protectores* u obligados, *sujetos protegidos* o beneficiarios/causantes; *cuidadores*)—. Desde este enfoque, no puede ignorarse que la protección frente a las situaciones de dependencia genera una novedosa relación de cobertura social “a 3 bandas” o articulada sobre esas *tres posiciones subjetivas*, a su vez integradas por una gama heterogénea de sujetos, con estatutos jurídicos, competencias y facultades (deberes y obligaciones) bien diferentes. Si la posición de sujeto protegido y protector se traza con razonable certeza en la Ley, la de “sujeto cuidador”, en especial si es cuidador/a informal —“cuidadores no profesionales”²—, se mantiene más ambigua, pues participa de ambas y de ninguna.

En este sentido, si bien la Ley 39/2006 incluye, como no podía ser de otra manera, todos esos aspectos de *la relación protectora de la actividad de cuidar a las personas* en situación de dependencia, es también evidente que ha puesto el acento en los objetivos —fijación de las necesidades de las personas en situación de dependencia y delimitación de todas las circunstancias que condicionan la protección (cómo, cuándo, dónde, cuánto... se protege)—, y dentro de los subjetivos se ha centrado en los sujetos protectores y obligados a la cobertura —los poderes públicos— y en los sujetos protegidos principalmente, las personas a cuidar. En cambio, mucho más diluida ha quedado, como se decía, la posición de los sujetos cuidadores, aunque, como es natural, tampoco está ausente, como ilustra el contenido de artículos como el 2.5 o el 18. En todo caso, esta ambigüedad, a menudo contradicciones, queda intensamente reflejada en la incoherente inclusión en la misma Ley de dos modelos bien diferentes de protección de las personas en tales situaciones:

- el *modelo de atención profesionalizada*, que se quiere preferente —artículo 14.2 LEPA— e incluso excluyente, salvo excepciones —artículo 18 LEPA—
- y el *modelo de atención informal*, que se quiere desplazar de modo completo al configurarse como excepcional pero que, sin embargo, no

² 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 (artículo 2.5 LAAD).

sólo se mantiene sino que la práctica aplicativa de la Ley parece potenciar, al constatarse cómo las CC.AA. que más rápido parecen ir en el desarrollo de la Ley —como Andalucía— lo han hecho sobre la base de conceder mayoritariamente prestaciones económicas, y no las vinculadas al servicio profesional —artículo 17 LEPA— sino la relativa al cuidado en el entorno familiar —artículo 18 LEPA—.

Por lo que al objeto de este análisis hace, en el primer plano, el objetivo será necesario establecer adecuadas *relaciones de coordinación*. Así sucedería, por un lado, en lo que concierne a las vías de acceso al SAAD, en la medida en que la Seguridad Social contempla contingencias que pueden abrir directamente el paso hacia el catálogo de prestaciones del SAAD. Por otro, en relación a la acción protectora, por cuanto la continuidad casi inmodificada de la regulación de Seguridad Social respecto de ciertas prestaciones en su seno de atención a la dependencia obliga, como es natural, a fijar los regímenes de compatibilidad e incompatibilidad entre las prestaciones de un Sistema y el de otro “con la misma o análoga finalidad”. La Ley 39/2006, pues, no ha supuesto apenas cambios formales en la regulación de las normas de seguridad social al respecto.

En el segundo plano, el relativo a los sujetos de la relación de protección, son de destacar también importantes conexiones, en este caso, como anticipo, además de la de coordinación —en la determinación de la cualidad de sujeto protegido, antes referida—, sobre todo las de cobertura o *relaciones de instrumentación de la Seguridad Social* al servicio de algunos fines del SAAD, como la mejor protección posible de los sujetos cuidadores, en especial de los sujetos informales. A tal fin, habremos de referirnos a las llamadas “*reglas de encuadramiento*” o afiliación de las personas cuidadoras a algún Régimen de Seguridad Social, que son referidas mediante reglas de remisión formal en la propia LEPA, así como a la relación de cotización al Sistema, mediante instrumentos como el Convenio Especial de Seguridad Social, para facilitar la protección de aquellas personas cuidadoras por éste Sistema.

3. LA RELACIÓN DE ARTICULACIÓN EXCLUYENTE: LA SEGURIDAD SOCIAL COMO SISTEMA COMPLEMENTARIO “EXTERNO”

Dentro del plano subjetivo-institucional, el relativo a los sujetos protectores, y que concierne básicamente a la “delimitación de competencias” en orden a la construcción de los diferentes dispositivos de protección que deben configurar una acción social tan compleja y transversal como la concer-

nida en las situaciones de dependencia, no me resisto a hacer una breve referencia a la DF 8.^a de la LEPA, relativa, como se sabe, a la fijación del fundamento constitucional. En este sentido, cuando se opta por el amparo que ofrecería “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 el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1 de la Constitución”, es evidente que con ello se sugiere una articulación protectora basada en la exclusión, o el desplazamiento, de otro fundamento constitucional posible y, quizás, más sólido: el artículo 149.1.17.^a CE, relativo al Título de Seguridad Social.

En otros términos, la Constitución española abría claramente la posibilidad de fijar mecanismos de articulación entre las diferentes Técnicas y Sistemas de Protección claramente complementarios, sea desde un punto de vista “interno” sea “externo”, a través de una adaptación de las regulaciones vigentes y al amparo de la STCO 239/2003. Sin embargo, la LEPA ha preferido fijar una *relación de complementariedad externa*.

Aunque quizás no sea necesario en este contexto, incluso su referencia puede sonar hasta a *excusatio non petita, accusatio manifesta*, sí entiendo oportuno advertir que el planteamiento de conexión que aquí se hace es ajeno a la polémica, no bien resuelta por la Ley 39/2006, relativa a la mejor ubicación de la tutela frente a la dependencia. Sin duda, las cosas en este ámbito pudieron, y quizás debieron ser diferentes, pero a día de hoy son las que son y, más allá de un somero análisis que sirva para situar el análisis de un modo correcto, no pretendo aquí incidir en el tema, que además es objeto de otros comentarios bien razonados, otra cosa es compartibles, en esta obra.

En efecto, ni razones de tipo social —verbigracia: eficacia en la cobertura de las situaciones de necesidad—, ni razones conceptuales —la provisión de servicios de atención a las personas dependientes y promoción de su mayor autonomía posible—, ni razones jurídicas —la naturaleza de la situación de necesidad o “riesgo social”, la calidad del derecho— permitirían explicar, mucho menos justificar, el que en España, y a diferencia de otros países, como Alemania o Francia, la protección frente al riesgo de dependencia personal de terceras personas haya quedado fuera del Sistema de la Seguridad Social. Son, en cambio, razones eminentemente económicas —el más que evidente riesgo para la delicada viabilidad financiera, siempre vigilada, del Sistema— y, sobre todo, políticas —la posición contraria de buena parte de las CC.AA., celosas de sus competencias en materia de “Asistencia y Servicios Sociales”— las que explican, otras cosa bien diferente será si justifican suficientemente, esta nueva “huida” o, incluso ejemplo de “desmembración”, del Sistema de la Seguridad Social.

Pero, como se decía, no tengo ninguna intención en estas páginas de aprovechar la amable invitación recibida a participar en tan sugerente estudio interdisciplinar para hacer una crítica reivindicativa, para la Seguridad Social, de la protección social de personas con situaciones de dependencia. No es el tiempo ni el lugar para dedicarse a lo que “pudo haber sido y no fue”, o a lo que debió o no ser o de si hubiera o no convenido que fuese. En todo caso, la Ley 39/2006 ha dejado claro su negativa a incluir la atención a este auténtico “riesgo social”, según una formulación conceptual clásica, o “situación de necesidad”, conforme al concepto constitucional ex artículo 41, en el Sistema de Seguridad Social. Su pretensión, en cambio, sería la de configurarla como “*una nueva modalidad de protección social*” que amplíe y, por tanto, *complemente, pero desde fuera del Sistema*, la acción protectora de la Seguridad Social —Exposición de Motivos—.

Conceptual e institucionalmente se trataría, pues, de diseñar y poner en práctica a través del *Sistema (Nacional) para la Autonomía y Atención a la Dependencia* —SAAD— “un nuevo desarrollo de los servicios sociales” del Estado. Un Sistema que se entendería “complementario”, pero en todo caso distinto, del relativo a la Seguridad Social. Con ello se quiere potenciar, según confiesa, “el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española” y que se concretaría en la potenciación del, o en la llamada al, *compromiso de todos los poderes públicos* en la dotación de recursos necesarios para garantizar de forma realmente efectiva *un sistema de servicios sociales universal y de calidad*.

Al margen de las dudas que suscita, en el plano de la eficacia, un fin tan ambicioso, hasta el momento claramente incumplido en nuestro país, es evidente que tal formulación, aparentemente precisa, esta plagada de incertidumbres, en la medida en que ni queda claro que el SAAD busque constituir un Nuevo Sistema de Protección Social, conectado pero diferenciado del pretendido —aunque hoy inexistente— Sistema de Servicios Sociales, ni tampoco que por su configuración pueda entenderse realmente como ámbito típico de la “Asistencia Social”, en los términos del artículo 148.1.20 CE. En realidad, como hoy se reconoce, de modo más o menos velada, la mayoría de los autores que analizan, con razonable seriedad, esta regulación, el SAAD es una invención audaz del Estado para crear un nuevo espacio de “ACCIÓN SOCIAL”. Un ámbito que no es, desde luego, Seguridad Social, pero que tampoco parece responder a la clásica Asistencia Social, y que consistiría básicamente en una acción “concertada” y “cofinanciada”, al menos parcialmente entre la Administración General del Estado y las CC.AA.. Que la Constitución deje margen, y cuál, para estas innovaciones es otro cantar —posibilistas tanto la STCO 146/1986 como, pese a ser el reverso de aquélla, la STCO 239/2006 (es evidente que los extremos se tocan)—.

Pero, como he advertido, tampoco es este interesante aspecto de la cuestión el que aquí nos incumbe analizar. Por lo tanto me limito a dejar apuntada esta “relación en negativo” de las relaciones de complementariedad entre ambos Sistemas. Mucho más interesante, y novedoso en el panorama doctrinal, es cuidar de las relaciones que ahora se establecen, o por establecer, en un plano positivo, de coordinación y articulación de tipo incluyente. Veámoslo sucintamente.

4. RELACIÓN DE “CONCURRENCIA PROTECTORA”: PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL DEDUCIBLES DE LAS DEL SAAD

Decía al comienzo de este estudio que los Ordenamientos de Seguridad Social más evolucionados no han carecido nunca de algún tipo de protección frente a situaciones de dependencia personal, ya en el ámbito de los servicios —asistencia sanitaria, servicios sociales “internos” al Sistema...—, ya en el de las prestaciones —prestaciones de carácter complementario—³. Hubiera sido perfectamente posible, incluso conveniente, que una vez que, como acaba de recordarse, el legislador ha optado no por adaptar los dispositivos inespecíficos o indiferenciados de protección social, sea en su modalidad contributiva sea en la no contributiva, así como en el nivel asistencial, a las personas dependientes, sino por crear un “Sistema” protector específico y diferenciado, aunque también es cierto que en nuestro caso un tanto singular, al conformarse a través de las Redes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas —artículo 3 o LEPA—, se hubiese derogado la regulación contenida en el Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, no ha sucedido así, de modo que la Ley 39/2006 apenas afectó a la LGSS —la única reforma es la del artículo 145.2 TRLGSS—, y limitándose posteriormente la Ley 40/2007, última reforma por el momento de la Seguridad Social, a afectar tangencialmente a un aspecto relacionado con la protección en esta Ley de situaciones de dependencia en el ámbito de la Gran Invalidez⁴.

³ Cfr. 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, págs 49 y ss. En un plano de marcada política social, de interés RODRIGUEZ CABRERO, G.: *La protección social de la dependencia en España*, Fundación Alternativas, Madrid, 2004. p. 67. En un plano más netamente jurídico GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección social de las situaciones de dependencia”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S., QUINTERO LIMA, M.G.: *Protección social de las personas dependientes*, La Ley. Madrid. 2004, pp. 13 y ss.

⁴ Me refiero a la modificación del artículo 139.4 LGSS, que suprimió la posibilidad de que el sujeto beneficiario del complemento de ayuda por tercera persona del pensionista de Gran Invalidez pudiera sustituir, a propia opción, esta prestación por el ingreso en una residencia.

Precisamente, esta continuidad de la situación precedente explica el contenido del artículo 31 LEPA, relativo a las “prestaciones de análoga naturaleza y finalidad”. Este precepto establece un régimen de coordinación entre las diferentes prestaciones: las de igual naturaleza establecidas en cualquier régimen público de protección social a las *prestaciones económicas previstas del SAAD serán deducidas de su cuantía*. Son, pues, realmente compatibles, pero las del SAAD preferentes.

A esta regla general, el precepto legal añade otras de carácter particular, a través de las cuales se listan diferentes tipos de prestaciones que se incluyen claramente en el Sistema de Seguridad Social, de modo que de las prestaciones del SAAD se deducirán⁵:

- 1) Los complementos de Gran Invalidez —GI— regulados en el artículo 139.4 LGSS para la pensión contributiva de incapacidad permanente —IP—, y para la pensión de invalidez no contributiva en el artículo 146.5 LGSS.

En ambos casos, la delimitación legal del “hecho causante” —artículos 137.6 y 145.6 LGSS, respectivamente— es sustancialmente análoga, y por tanto equiparable, a la definición legal específica dada para la dependencia en el artículo 2.2. LEPA. No obstante, es un lugar común en la doctrina evidencia el carácter disfuncional de la cobertura que brindan estas prestaciones de Seguridad Social para servir de instrumento específico de protección frente a las situaciones de dependencia, por su marcado efecto excluyente. En el primer caso, porque, respecto a la determinación de la situación protegida, se valora la pérdida de capacidad profesional o laboral, fijándose la cuantía de la prestación, por lo que hace al modo de cálculo, atendiendo a la pensión básica de IP, respecto de la cual se fija un porcentaje, que ha sido modificado, como se ha comentado, con la Ley 40/2007. En el segundo, el acceso al complemento de ayuda está condicionada de un modo extremo a la carencia de rentas, dejando al margen de la protección a un gran número de sujetos potencialmente beneficiarios, al tiempo que es tan limitada su cuantía que difícilmente puede servir para compensar económicamente esta ayuda de tercera persona, que deberá ser a menudo un/a cuidador/a informal.

En cualquier caso, y como también es usual destacar, el elemento más negativo de esta protección de Seguridad Social inespecífica frente a situaciones de dependencia es la continuidad del límite de edad para acceder a

⁵ Para el estudio más completo y certero, MALDONADO MOLINA, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pp. 23 y ss.

ella: quedan fuera colectivos que, a la luz de la realidad estadística y social, más precisan esta protección, los mayores de 65 años. Una técnica claramente expulsiva y excluyente que pese a tener el aval del TCO —SS 197/2003 y 149/2004, entre otras—, y pese a haber experimentado reformas de signo restrictivo —Ley 35/2002— sigue siendo muy discutible desde el imperativo de igualdad, y mucho más de la congruencia protectora del propio Sistema.

Paradójicamente, de un modo indirecto, el artículo 31 LEPA viene a significar una cierta aproximación entre esta protección de Seguridad Social y la dada por el SAAD, en la medida en que reconoce a tales complementos “una naturaleza y finalidad análogas”. Cuando, como se ha indicado, tradicionalmente se ha venido entendiendo que existe una importante disfunción entre estos instrumentos de protección y el fin de la protección, al menos eficaz y coherente, frente a situaciones de dependencia.

Conviene recordar que la regulación por las normas de Seguridad Social de este complemento de pensión ha experimentado dos modificaciones, que no son irrelevantes a los fines de este estudio, a través de la referida Ley 40/2007. La primera atañe a la cuantía de este complemento. En la versión anterior su importe, integrado en una única partida, variaba en atención a la cuantía de su pensión, por tanto atendiendo al esfuerzo contributivo previo, pues se cifraba en el incremento de un 50% de tal pensión a fin de ayudar a la remuneración de la persona que le atiende. Ahora este incremento de cuantía, que sigue siendo variable, será equivalente al resultado de sumar el 45% de la base mínima de cotización vigente —para mayores de 18 años— en el momento del hecho causante y el 30% de la última base de cotización del trabajador correspondiente a la contingencia —común o profesional— de la que derive la situación de IP —total o absoluta—. En ningún caso el complemento señalado podrá tener un importe inferior al 45% de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

Como puede comprobarse, tras la reforma el complemento tiene dos partidas: una parte fija y común para todos los beneficiarios y otra parte variable, que dependerá de la cotización de cada trabajador. El propósito de esta reforma, que tiende a unificar la cuantía de este complemento de GI destinado a atender una situación de dependencia que genera costes similares para todos los pensionistas, era desvincular la cuantía del complemento al importe de la pensión, reduciendo el carácter contributivo y aumentando su dimensión asistencial. La razón estriba en que ahora la cuantía remite más —45%— a una cantidad ajena a la contribución previa —bases mínimas— que al esfuerzo asegurador —30%—. El aspecto clave pasaría a ser ahora, pues, la conexión con el coste retributivo de la persona cuidadora —que no precisa si es profesional o “informal”—. No obstante, tras el pro-

ceso de tramitación en el Parlamento, tal desconexión ha sido bastante menor de la proyectada, pues el cambio que se proponía era sumar el 25% de la última base de cotización —no el 30% que ahora se prevé— al 50% de la base mínima de cotización —ahora sólo el 45%—.

A estos efectos, la incoherencia de la reforma resulta todavía mayor si se tiene en cuenta que se mantiene igualmente la diferencia protectora atendiendo al origen de las contingencias. Por lo tanto, será mayor la protección si el origen es profesional —accidente o enfermedad profesional— a la que derivará si el origen es común —accidente o enfermedad común—, cuando la situación de necesidad protegida —la ayudar de tercera persona para atender a sus necesidades de vida cotidiana— es exactamente la misma. De este modo, se perpetúa el efecto si no discriminatorio propiamente sí de protección desigual, sin razones suficientemente objetivas que lo justifiquen.

Recuérdese que el fin de este complemento debería ser estrictamente retributivo, en cuanto que expresamente se prevé que tal cantidad ha de dirigirse a remunerar a la persona que ayuda al pensionista para la realización de sus necesidades ordinarias o de vida cotidiana. A tales efectos la protección debería ser análoga al margen de la pensión contributiva que cada trabajador ha lucrado en su carrera de seguro. La protección debe ligarse, como sucede en la esfera del SAAD, a la necesidad de cuidados —y al nivel de renta disponible—. La reforma, excesivamente gradual, ha querido hacer una suerte de “encaje de bolillos” entre la necesidad de racionalidad, normativa e institucional, y la oportunidad política, pues en época de elecciones parece no convenir ciertos cambios.

La segunda modificación supone la omisión de la posibilidad de que, a petición del pensionista de GI, o de sus representantes legales, se sustituyera tal complemento por su alojamiento y cuidado en régimen de internado en una institución asistencial pública del Sistema de Seguridad Social, por tanto financiada con cargo a Presupuestos. En consecuencia, se reconocía al pensionista una facultad de disponer de tal prestación económica y mutarla por una prestación de servicios de cuidados institucionales, sin más límite que una valoración de la conveniencia o no de tal decisión para el interés del pensionista. A mi juicio, este cambio, aunque no se expresa la razón del mismo, es un claro reflejo de la necesidad de acompañar la regulación del SAAD con la continuidad de esta regulación de Seguridad Social, siquiera sea residual. Pues no tendría sentido que la LEPA insistiese en el carácter preferente, y por tanto no opcional —otra cosa es la coherencia de esta exigencia legal con el imperativo del máximo respeto a la autonomía de las decisiones del sujeto protegido—, de la atención a través de prestaciones de tipo servicial, y la LGSS sí permitiese esa opción.

- 2) El complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75% (artículos 181.1 a) y 182 bis 2 c) LGSS).

No mejor juicio ha de merecernos la regulación de esta prestación que, como la anterior, sin duda constituye un claro supuesto de protección frente a la dependencia pero claramente disfuncional a tales fines. También en este supuesto las reformas de la LGSS han ido en la línea de corregir en parte sus incongruencias reguladoras y, sobre todo, de protección, pero sin conseguirlo a fondo.

La modificación operada por la Ley 52/2003 en este régimen de prestaciones familiares cambió, eso sí, un aspecto clave: los sujetos beneficiarios —titulares— del derecho eran los padres, siendo el hijo dependiente a cargo sólo el “sujeto causante”. Consecuentemente, en esa regulación tradicional a la dependencia personal se le unía claramente la dependencia económica. Tras la reforma es el hijo dependiente el titular del derecho, siempre que éste no esté incapacitado en el plano judicial y mantenga su capacidad de obrar.

Pero si el defecto del sujeto protegido se ha corregido no ha sucedido lo mismo con la insuficiencia radical de la acción protectora, esto es, con su excesivamente limitada eficacia protectora. Aunque la asignación económica, de devengo periódico mensual, es superior a la cuantía prevista por hijo menor e hijo mayor con discapacidad —la norma habla inadecuadamente ya de “minusválido”— no dependiente a cargo, sigue siendo muy reducida y en todo caso no graduada atendiendo al grado de dependencia. Asimismo, esta prestación más que atender a fomentar la autonomía de la persona dependiente, que es un objetivo fundamental e irrenunciable de la LEPA, supone la extensión del deber o de la obligación de los padres de cuidar de los hijos, con lo que la instrumentación al servicio de la protección frente a la dependencia queda claramente disminuida.

- 3) El subsidio de ayuda a tercera persona de la Ley 13/1982 LISMI.

Tampoco merece un mejor juicio crítico que los referidos complementos la tutela que ofrece este subsidio que, si bien se mantiene externo a la LGSS, ha venido siendo considerado claramente como expresión de una protección asistencial de Seguridad Social. Adolece de los mismos defectos conceptuales —finalidad— y estructurales —acción protectora— que aquéllos, por lo que tampoco es un instrumento útil.

Con todo, quizás lo más criticable de la regulación del SAAD sea el deficiente tratamiento que da a este crucial tema del régimen de compatibili-

dad e incompatibilidad de sus prestaciones económicas —de no respetarse recuérdese que supone una infracción a sancionar conforme a lo previsto en el artículo 43. d) LEPA—, puesto que realmente lo que el artículo 31 LEPA hace es fijar un *régimen de concurrencia de prestaciones*. En este marco, debe tenerse en cuenta también ciertas normas de rango reglamentario, que han reincidido en este tema.

Así, el RD 615/2007, regulador del encuadramiento en Seguridad Social de las personas cuidadores, modificó el apartado 4 del artículo 12 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, en términos tales que no fuesen incluidas en el cómputo de rentas o ingresos para determinar el umbral de renta que va a impedir el acceso a la pensión no contributiva. Estas prestaciones se excluyen junto a las asignaciones económicas por hijo a cargo, tenga o no la condición de persona con discapacidad, en sus distintas modalidades, otorgadas por el sistema de la Seguridad Social, el subsidio de movilidad y compensación para gastos de transporte, previsto en la LISMI, los premios o recompensas otorgados a personas con discapacidad en los centros ocupacionales.

Por razones análogas se modificó el apartado 1.c) del artículo 2 del RD 383/1984, que regula el sistema especial de prestaciones socioeconómicas previsto en la LISIMI:

“c) No ser beneficiario o no tener derecho, por edad o por cualquiera otra circunstancia, a prestación o ayuda de análoga naturaleza y finalidad y, en su caso, de igual o superior cuantía otorgada por otro organismo público, excluyéndose a tal efecto las prestaciones económicas y en especie otorgadas en aplicación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.”

Por otro lado, conviene recordar que la DA 16.^a LEPA, relativa a las pensiones no contributivas, se modificó el apartado 2 del artículo 145 TRLGSS. Así “Las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las rentas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 25% del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje, salvo lo dispuesto en el artículo 147”.

En todo caso, es opinión extendida en la doctrina que se ha ocupado del tema, con buen criterio, el excluir cualquier regla de concurrencia análoga a la prevista expresamente por el artículo 31 LEPA en relación a las prestacio-

nes básicas del Sistema de Seguridad Social —jubilación, incapacidad permanente, viudedad—. La razón también es aquí fácil de comprender y se vincula a la autonomía de ambos Sistemas de Protección Social, de ahí su complementariedad, pero “externa”, no “interna”.

En efecto, como se ha recordado el SAAD no busca cubrir —complementar— las notables deficiencias del Sistema de Seguridad Social propiamente. Su objetivo es bien otro y se concreta en atender, de modo autónomo y específico, a una nueva situación de necesidad de las personas en situación de dependencia, de modo que los criterios que han de ser atendidos son diferentes de los típicos de una Seguridad Social que, si bien ahora ya mixta, mantiene importantes elementos de contributividad. En todo caso, y ha de insistirse también, las evidentes conexiones entre ambos ordenamientos obligan a una permanente coordinación, de modo que el Sistema de Seguridad Social no interfiera negativamente en el SAAD. De ahí que, como hemos visto, se prevea para las pensiones sociales de carácter no contributivo su carácter de renta no computable a los efectos de protección a través de las prestaciones de atención a la dependencia.

5. RELACIÓN DE COORDINACIÓN EN LOS BAREMOS: EL ACCESO A LA SITUACIÓN DE DEPENDENCIA DESDE LA SEGURIDAD SOCIAL

Acabamos de poner de relieve cómo ciertas prestaciones de la Seguridad Social han venido, y siguen, ofreciendo protección a situaciones de dependencia, si bien de modo inespecífico y residual, por tanto ni autónomo ni eficaz. Sin duda, como también se ha recordado, el legislador pudo seguir otra opción distinta a crear —o al menos intentarlo— un Sistema “ad hoc” de protección a tales efectos, bien configurando una prestación de nuevo cuño en el Sistema de Seguridad Social bien adaptando las existentes a la tutela de aquella situación de necesidad, la dependencia.

A este respecto, no cabe duda de que en prestaciones tales como la relativa a la incapacidad permanente, o incluso la relativa a la jubilación, podrían encontrarse aspectos útiles a tal fin que, debidamente moldeados por el legislador, hubieran podido albergar la protección frente a la dependencia. La opción ha sido otra, y en este punto con toda razón, porque lo contrario hubiera sido una deformación de tales prestaciones sin que estuviera garantizado, más bien lo contrario, el éxito de la tutela.

Ahora bien, no por ello, el tener la cualidad de pensionista de la Seguridad Social con complemento reconocido por la necesidad de ayuda de tercera personas ha de indiferente para el SAAD. Precisamente, para coordinar

estas situaciones y en clara coherencia con lo previsto en el comentado artículo 31 de la LEPA, su DA 9.^a ofrece una solución para articular ambas situaciones.

Así, esta DA 9.^a establece que aquellos que tengan reconocida la pensión de GI -o la necesidad de asistencia por una tercera persona-, conforme al RD 1971/1999, de Procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, *será tenido en situación legal de dependencia*. Por lo tanto, a la entrada en vigor de la LEPA, esta condición de sujeto protegido por la Seguridad Social abría la vía de acceso a la protección del SAAD, sin más tramitación. Eso sí, dadas las referidas diferencias entre un sistema y otro, se prevé que tal acceso lo sea en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de la LEPA.

El desarrollo reglamentario se produjo a través del RD 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el llamado “Baremo de Valoración” de la situación de dependencia —BVD—, a su vez modificado parcialmente por el RD 1197/2007, en materia de reconocimiento de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad de hijo y de reconocimiento de la necesidad de asistencia de tercera persona en las prestaciones no contributivas. Este Baremo —recogido con carácter general en el Anexo I; el Anexo II prevé el Baremo específico para la valoración de la dependencia de menores de 3 años— determina los criterios objetivos para la valoración del grado de autonomía de las personas, en orden a la capacidad para realizar las tareas básicas de la vida diaria, así como la necesidad de apoyo y supervisión a este respecto para personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental. La valoración tiene en cuenta los informes existentes relativos a la salud de la persona y al entorno en que se desenvuelve —artículo 27 LEPA—.

Cumpliendo con la previsión de la referida DA 9.^a, esta norma reglamentaria prevé, por un lado, que en el supuesto de las personas que tengan reconocido el complemento de gran invalidez, mediante la aplicación del baremo, se establecerá el grado y nivel de dependencia de cada persona, garantizando, en todo caso, el grado I dependencia moderada nivel 1 —DA Primera, apartado 1, del RD 504/2007—. Por otro, y en lo que se refiere a quienes tengan reconocido el complemento de necesidad de tercera persona —Anexo 2 del Real Decreto 1971/1999—, se establece la aplicación de la correspondiente Tabla de Homologación de los reconocimientos previos para los beneficiarios de estos tipos de complementos —DA Primera, apartado 2, del RD 504/2007—. La tabla es ésta:

- 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

El reconocimiento de la situación de dependencia, con el grado y nivel que se determine mediante la aplicación del BVD, se realizará por los órganos autonómicos competentes para el reconocimiento a instancia de los interesados —o representantes—⁶.

Por su parte, la determinación de la situación de dependencia y de la necesidad del concurso de otra persona a que se refieren los artículos 145.6 —pensión no contributiva de invalidez—, 182 bis 2.c, y 182 ter —asignación por hijo a cargo— de la LGSS se realizará mediante la aplicación del Baremo general, con las especificaciones relativas a la edad y tipo de discapacidad que se establecen en el mismo. La determinación de la situación de dependencia, mediante la aplicación de este baremo, servirá también para el disfrute de cualquier beneficio, servicio o ayuda fijados por cualquier Administración Pública o entidad en los casos en que sea necesaria la acreditación de ayuda de tercera persona —DA 2.ª, párrafo 2.º, RD 504/2007—.

Ahora bien, es evidente que ambos Baremos, pese a responder a situaciones más o menos “análogas”, como la propia LEPA ha venido a reconocer, difieren notablemente. Por lo tanto, era claro que la convivencia durante un tiempo de ambos podía plantear, como así ha sucedido, problemas relevantes de “coordinación” entre ambos tipos de Baremo y procedimientos. Por lo tanto, la convivencia estaba destinada a ser puramente transitoria, y a partir de un determinado momento debería quedar únicamente el Baremo más específico, el del SAAD. Por eso, en principio, el Anexo 2 del RD 1971/1999 fue derogado. Ahora bien, haciendo honor, ciertamente dudoso, a una tradición de las normas de protección social, la fórmula aparece especialmente alambicada.

Así, esta derogación se entiende “sin perjuicio de lo previsto en” la:

- *DA 1.ª, apartado 3*: las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona conforma a tal Anexo 2 continuarán disfrutando de todos los efectos jurídicos de tal reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier Administración o entidad, en tan-

⁶ Así, por ejemplo, la DA Única de la Orden 2176/2007, de 6 de noviembre, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales, de la Comunidad de Madrid, por la que se regula el procedimiento de valoración y reconocimiento de la situación de dependencia y del acceso a las prestaciones y servicios del sistema establece que: “Las personas que tengan reconocida la necesidad de asistencia de tercera persona, de acuerdo con el Real Decreto 1971/1999, de 23 de septiembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de minusvalía, el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia no precisará de nueva valoración, ni requerirá la aportación de informe de salud ni de entorno de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera, apartado 2, del Real Decreto 504/2007, y se tramitará por la Dirección General competente en materia de dependencia”.

to le sea reconocido el grado y nivel de dependencia que le corresponda conforme al BVD

- *DA 3.^a*: la ampliación del período de descanso por maternidad en los supuestos de discapacidad del hijo o menor acogido, que la acreditación de la misma también podrá realizarse por la aplicación de la escala de valoración específica para menores de 3 años, considerando que procede la ampliación cuando la valoración sea, al menos, del grado 1 moderado, y ello sin perjuicio de lo establecido en el RD 1971/1999, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía —DA 3.^a, párrafo 1.º—⁷.
- *la DT Única*. Conforme a esta disposición el Anexo 2 del RD 1971/1999 será de aplicación para la determinación de la necesidad de ayuda de tercera persona hasta la fecha en la que se proceda a la revisión del Baremo.

Esta revisión tendrá lugar, conforme a lo previsto en la DA 4.^a del RD, transcurrido el primer año de aplicación. A partir de esta fecha, ya cumplida, el Consejo Territorial del SAAD debería evaluar los resultados obtenidos y propondrá las modificaciones que, en su caso, estime procedentes. Los últimos Acuerdos alcanzados, no sin polémica, por el Consejo Territorial en noviembre de 2008 no han afectado a este tema que, por lo tanto, queda pendiente.

6. UNA RELACIÓN DE INSTRUMENTACIÓN: LA PROTECCIÓN DEL SUJETO CUIDADOR INFORMAL POR LA SEGURIDAD SOCIAL

Conforme al artículo 3 de la LAAD, el principal objetivo del “Nuevo” Sistema de Protección Social es atender a todas las personas en situación de dependencia de forma integral e integrada, a través del reconocimiento y garantía de un importante catálogo de prestaciones —económicas y de servicios—, a proveer por una Red de centros y servicios públicos o privados concertados. Para ello, igualmente se pretende garantizar en todo caso la “calidad, sostenibilidad y accesibilidad” de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia. Pero al mismo tiempo, y como un

⁷ Por su parte, el párrafo segundo de esta DA 3.^a, prevé que “Asimismo, a efectos de la ampliación del período de descanso por maternidad que, de acuerdo con la legislación aplicable, corresponda en los casos en que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalarios iniciados durante los treinta días naturales siguientes al parto”.

objetivo que ha de tenerse por complementario, incluso instrumental para la efectividad del primero, se busca priorizar “la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida”.

Y es evidente que ese entorno es en primer lugar el “entorno familiar”, en la medida en que mantiene un importante conjunto de obligaciones y responsabilidades de cuidado y apoyo para con la persona en situación de dependencia. En este sentido, aunque la LEPA ha querido, según se recordó, desplazar el actual modelo dominante en España de atención a la dependencia, el articulado sobre “el servicio social familia”, y más en particular sobre “el servicio social mujer”, por un modelo de atención profesionalizada y de carácter eminentemente pública, inexorables dosis de realismo han llevado a no cerrar los ojos ante esta realidad que, sin duda, tardará bastante más de una década en cambiar significativamente, aún si el SAAD tiene el éxito que se pregona de él. El artículo 18.1 LEPA es el mayor ejemplo de esta tensión: *prevé el carácter excepcional de la prestación para cuidados familiares pero su práctica está siendo la contraria.*

No es este el momento de ir más allá en el análisis de esta cuestión crucial para el entendimiento del entero SAAD, y que marca tanto su razón de ser como quizás su principal Espada de Damocles. Ahora sólo basta reiterar que no es posible atender de un modo integral y de calidad a las personas dependientes si no se tiene en cuenta el otro colectivo también digno de una tutela eficaz, el de las *personas cuidadoras informales*, los que la LEPA llama “*cuidadores no profesionales*”. Como también se ha indicado, la LEPA no es ajena a este esquema relacional de las situaciones de dependencia. Su artículo 18.4 LEPA es ejemplo de ello, al establecer, a cargo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, el siguiente mandato o *deber de promoción*: el Consejo Territorial “promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso”.

No obstante, y dada la ambigüedad y debilidad de este mandato legal, que no ha carecido de algunos desarrollos reglamentarios interesantes como indicaré de inmediato, la mayor expresión de “visibilidad” o “reconocimiento” de la LEPA a este colectivo, el de las personas cuidadoras informales o no profesionales, además de en su intento de delimitación, se sitúa en relación a la citada previsión de una prestación económica específica para el cuidado familiar. Y ello por partida doble. Por un lado, porque su propia existencia abre la vía al reconocimiento de una medida, si quiera indirecta —formalmente el titular es la persona dependiente—, de tutela de la persona cuidadora, en la medida en que ofrece una cuantía destinada, como ya se vio para el complemento de la pensión de GI por ayuda de terceros, a retribuir a la

persona cuidadora. Por otro, porque la percepción de esa prestación puede conllevar, en sí misma, una protección de Seguridad Social, convirtiendo —o manteniendo— a estas personas cuidadoras en beneficiarias de este Sistema, sin duda una de las mayores o de las más relevantes reivindicaciones de estos colectivos, en especial de quienes nunca han participado en el mercado de trabajo, esto es, en especial y según datos estadísticos, el colectivo de mujeres cuidadoras mayores e “inactivas” respecto del mercado laboral

En consecuencia, la LEPA permite abordar un enfoque adicional a la situación nodal de dependencia, en la medida en que los imperativos de protección no sólo se sitúan en el “hecho de ser persona dependiente”, sino también en el “hecho de tener una persona dependiente a cargo”. A día de hoy, también este enfoque adquiriría una gran trascendencia social.

Ahora bien, aunque en un plano general el SAAD se vincula a este objetivo cada vez más presente en las llamadas “políticas de conciliación de la vida laboral, familiar y personal”, esto sucede básicamente a través de su vocación de desplazar el cuidado hoy centrado en la mujer hacia un sistema público y profesional, por lo que aparece más como un efecto derivado del éxito de la norma —efecto automático— que como un fin en sí mismo. La protección a brindar al sujeto cuidador informal, pues, aparece más como un “efecto reflejo”, incluso “colateral” o indirecto que como un eje central, como queda acreditado al no contemplarse en la norma legal ninguna garantía de que la prestación será dirigida a la “remuneración” de la persona cuidadora, como sí hace el artículo 139.4 LGSS, o el que los “servicios de respiro” de la persona cuidadora no aparezcan como un derecho subjetivo, sino como un objetivo más del catálogo de servicios a prestar en el marco del SAAD⁸.

Desde esta perspectiva, conforme al artículo 18.3 de la Ley 39/2006, el “cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente”. Por su parte, la DA 4.^a de la Ley, ordena al Gobierno regular, mediante norma reglamentaria, que “la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización”.

Como puede comprobarse, de las distintas fórmulas abiertas para propiciar, en el marco de la Seguridad Social, un esquema de protección relacio-

⁸ Ejemplo: el artículo 24 LAAD instrumentaliza el servicio de atención ambulatoria, sea de día o de noche, tanto al objetivo de “mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal” como a “apoyar a las familias o cuidadores”; también el artículo 25.3 LAAD abre la posibilidad del servicio de atención residencial a estancias temporales, a fin de atender necesidades de cuidado por “convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o periodos de descanso de los cuidadores no profesionales”.

nal o dual, dando cabida tanto al sujeto protector como al sujeto cuidador, el SAAD ha optado, en coherencia con la elección general a la hora de configurar el derecho social que reconoce —parto de que la LEPA sólo reconoce un derecho cuyas garantías de efectividad son remitidas a la potestad reglamentaria y a la convencional (una suerte de “deslegalización”)—, por situar la cobertura en el ámbito de las relaciones de encuadramiento —régimen de afiliación— y de cotización —garantía de cobertura financiera para genera “carrera de seguro”—. En cambio, fuera han quedado las propuestas de establecer, dentro de la rama de protección familiar de la Seguridad Social, algún tipo de *prestación por dependiente a cargo*.

A estos efectos, y sólo por mencionar un marco de referencia posible pero ahora ya descartado, también se indagaron las posibilidades de instrumentalizar los diferentes dispositivos de protección familiar al servicio de una protección más eficaz frente a las situaciones de dependencia, llegándose también a la conclusión, como ya ocurriera con las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente, de su insuficiencia y, sobre todo, de su desenfoque, al menos en la regulación vigente. Los defectos conceptuales y también estructurales de las prestaciones existentes a tal fin abrían más interrogantes que utilidades, tanto en orden a la efectividad como a la equidad de la protección, para los sujetos protegidos y para los sujetos cuidadores informales. Y, sin embargo, parecía claro que el mantenimiento del entorno familiar en el sistema de protección social a la autonomía y frente a la dependencia se revelaba oportuno o conveniente⁹, por lo que había un cierto consenso en la necesidad de incentivar, más allá de las obligaciones propias del Derecho Civil —y de las exigencias de ética social—, el cuidado por familiares, eso sí, también a través de la promoción de una mayor responsabilidad entre los diferentes integrantes de la familia, a fin de corregir el extremo desequilibrio hoy existente, en perjuicio de las mujeres.

Pues bien, desde esta perspectiva más amplia y relacional, podemos encontrar al menos dos ámbitos desde los que se produce esta conexión instrumental entre el SAAD y el Sistema de Seguridad Social, sirviendo éste a los objetivos de aquél. Ahora bien, dada la gran variedad de situaciones subyacentes a la posición de persona cuidadora no profesional o informal, y que podemos sintetizar básicamente atendiendo a su relación con el mercado de trabajo, es obligado explorar diferentes ámbitos reguladores, a fin de poder

⁹ Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S. “La protección social de las situaciones de dependencia”, *op. cit.*, pp. 41 y 43, que critica en todo caso la capacidad de la rama de prestaciones familiares de Seguridad Social para atender esta finalidad, página 44. En un campo de análisis no jurídico, sino sanitario y social, véase GARCÍA CALVENTE, M. M.; MATEO RODRIGUEZ, I.; GUTIÉRREZ CUADRA, E.: *Cuidados y cuidadores en el sistema informal de salud. Investigación cuantitativa*, Junta de Andalucía, Granada, 1999.

ofrecer un panorama completo, aunque sucinto, del espacio protector que ofrece la Seguridad Social para sostener, incluso promover, este sistema de cuidado informal de las personas dependientes. Así, dentro de la regulación de la LEPA, y para atender a los mandatos legales de protección, habrá que tener en cuenta, en primer lugar, los actuales *desarrollos reglamentarios*, tal y como se expondrá. En segundo lugar, a la *previsión en la Seguridad Social de alguna prestación singular* orientada a tal fin.

Por lo que hace al primer ámbito, el de la LEPA, el Gobierno ha cumplido con el mandato legal a través 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. El objeto de este RD es, por tanto, doble. Por un lado, busca regular la inclusión en la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales. Éstos, que son delimitados por la propia norma reglamentaria, “quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta” —artículo 2.1 RD—. A tal fin, se prevé el recurso a la figura del Convenio Especial de Seguridad Social, reconocido en el artículo 125.2 TRGLSS¹⁰, que deberá ser suscrito por parte de la persona cuidadora informal o no profesional para acceder a la protección del sistema de la Seguridad Social cuando se perciba la prestación económica por cuidados en el entorno familiar. En estos casos, no se precisará acreditar periodo alguno de cotización previa —artículo 2.1, párrafo 2.º RD—.

No existe obligación de suscribir este singular Convenio en estos supuestos:

- Que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social —colectivo de personas cuidadoras “activas” laboralmente—
- el cuidador se encuentre percibiendo la prestación de desempleo, o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.
- 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 —primer año de los dos previstos—, de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 TRLGSS —artículo 2.3 RD—.

¹⁰ Se prevé la aplicación supletoria del capítulo I de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, que regula este viejo instituto de seguridad social.

A estos efectos, “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” —artículo 1.1 RD—.

Por su parte, el apartado 2, prevé que:

“Cuando la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, la administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año”

En los casos en que el cuidador no profesional, con anterioridad a la prestación de los correspondientes cuidados en beneficio de la persona dependiente, hubiese suscrito un convenio especial con la Seguridad Social, procederá la extinción de dicho convenio y la suscripción del regulado en este real decreto, sin perjuicio del mantenimiento de la base de cotización de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.2 —artículo 2.5 RD—. A efectos de la suscripción del convenio especial y la acreditación de la realización de los cuidados no profesionales, se deberá aportar copia de la resolución por la que se haya concedido la prestación económica a la persona atendida, así como la documentación acreditativa del parentesco con aquélla o de las circunstancias a que se refiere el artículo 1.2 RD.

De igual modo, y toda vez que conforme al artículo 18.4 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, se prevé la aplicación a los cuidadores no profesionales de programas de formación y acciones formativas, se recoge su financiación mediante *un tipo reducido de cotización*. Conforme al artículo 4.1, párrafo 1.º, la base mensual de cotización en el Convenio Especial será “el tope mínimo” que, en cada momento, esté establecido en el RGSS. La base de cotización se reducirá en los casos en que los cuidados a la persona en situación de dependencia no alcancen la dedicación completa. La reducción será proporcional a la reducción del tiempo de dedicación o atención, sin que la base pueda ser inferior al 50% de dicho tope mínimo, salvo:

- Cuando la persona que desempeñe las funciones de cuidador no profesional haya interrumpido una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que hubiera estado incluido en el sistema de la Seguridad Social, a fin de dedicarse a la atención de la persona dependiente, podrá mantener la base de cotización del último ejercicio en

dicha actividad, siempre que resulte superior al tope mínimo del Régimen General, siendo a su cargo directo el coste del incremento de cotización sobre la cuantía resultante de la aplicación del apartado 1 de este artículo. Dicha base podrá actualizarse en los mismos términos que el tope mínimo citado

- En los casos previstos en el artículo 2.4 -casos en que, como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales, el cuidador haya de reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución, en los términos previstos en la legislación laboral o de función pública que sea de aplicación-, la suma de la base de cotización del cuidador no profesional, en función de la actividad laboral realizada, y la prevista en este apartado, no podrá ser superior a la base por la que se venía cotizando antes de reducir la jornada y la correspondiente retribución, como consecuencia de la atención al familiar en situación de dependencia. De superarse el límite indicado, se procederá a reducir la base de cotización aplicable en el convenio especial.

Si la suscripción del convenio especial regulado en este RD hubiese supuesto la extinción de otro convenio anterior, en los términos regulados en el artículo 2.5, el interesado podrá mantener la base por la que venía cotizando, siendo a su cargo directo el coste del incremento de cotización sobre la cuantía resultante de la aplicación del apartado 1 de este artículo. Dicha base podrá actualizarse en los mismos términos que el tope mínimo del Régimen General.

La cuota a ingresar será la resultante de aplicar a la base de cotización el tipo de cotización vigente en cada momento, una vez aplicado el coeficiente de reducción que determine el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales —hoy Inmigración—, previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda —artículo 4.3—. El coeficiente reductor de la cotización de los cuidadores no profesionales fue establecido en el 0,77% —DA 2.^a—.

A efectos de la financiación total o parcial de las acciones formativas previstas en el artículo 18.4 de la Ley 39/2006, se cotizará por “formación profesional” en una cuantía equivalente al 0,2 por ciento aplicable a la base de cotización correspondiente —artículo 4.4 RD—. Recuérdese que, a estos efectos, la norma reglamentaria incorpora un nuevo párrafo al artículo 5.1.b) del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en los siguientes términos:

“Asimismo, podrán participar en la formación de oferta, regulada en este RD, los cuidadores no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 18.4 de la Ley

39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.”

Igualmente se incorporó un nuevo párrafo c) en el artículo 5.3 del este Real Decreto 395/2007, conforme al cual: “c) Los cuidadores no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia, a que hace referencia el segundo párrafo del apartado 1.b) de este artículo.”

Un aspecto clave es la asunción de este coste. Para evitar una sobrecarga en el Sistema de Seguridad Social, cuya viabilidad financiera constituye preocupación más que recurrente, la cotización a la Seguridad Social, así como la correspondiente a las acciones formativas, será asumida directamente, a través de la firma del correspondiente Convenio con la TGSS, por la Administración General del Estado. La cantidad resultante hoy se sitúa en 153, 93 Euros. Conforme a la DA Única del RD 7/2008, que regula la cuantía de las prestaciones, que será abonada por el IMSERSO —Instituto de Mayores y Servicios Sociales—, que sigue teniendo la consideración de Entidad Gestora.

Por lo que hace a la acción protectora —artículo 3—, la situación asimilada al alta lo es sólo para la jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia. Se incluyen tanto las derivadas de accidente como de enfermedad, con independencia de su naturaleza. En los supuestos previstos en el 2.º párrafo del artículo 4.1, para el acceso y cálculo de las correspondientes prestaciones se aplicarán las reglas del contratos a tiempo parcial —DA 1.ª—.

De otra parte, el RD delimita, con base en la normativa de Seguridad social vigente, el marco de encuadramiento de los cuidadores profesionales, a fin de evitar que las diferencias de financiación del catálogo de prestaciones y servicios previsto en la norma legal, en función del tipo de servicio, de la aplicación progresiva del mismo, de la capacidad económica del destinatario del servicio y del desarrollo normativo en las distintas CC.AA., con participación desigual de los beneficiarios según su capacidad económica personal, que serán prestados por profesionales, pudiera traducirse en diferentes reglas de encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social. Un efecto de este tipo tendría consecuencias negativas para la calidad de las prestaciones y para la igualdad efectiva en el acceso a éstas por parte de los beneficiarios, de ahí la necesidad de ordenar unitariamente este encuadramiento. Asimismo, el encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, los contratados mediante la prestación económica vinculada al servicio regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, así como de los trabajadores dedicados a la asistencia personal a grandes dependientes, en los términos previstos en el artículo 19 de la misma, se regirá por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación —DA 3.ª—.

En cualquier caso, y como se indicó, queda claro que esta regulación específica sirve para aquellas personas cuidadoras —fundamentalmente mujeres y de cierta edad— que no han tenido relación, o hace tiempo, con el mercado de trabajo. Pero junto a ellas, otro colectivo importante, y también constituido fundamentalmente por mujeres —SSTCO 240/99 y 3/2007—, pero no ya de edad avanzada ni tampoco exclusivamente, por cuanto cada vez se suman más hombres, requiere una especial atención en el marco de la Seguridad Social. Este colectivo está constituido por quienes ejercen sus derechos laborales de conciliación, como son la reducción de jornada —artículo 37.5 LET— y, sobre todo, la excedencia por cuidado de familiares —artículo 46.3, párrafo 2.º—. En este segundo caso el problema es mayor, por cuanto asumir el cuidado implica el renunciar a la actividad laboral, con las consiguientes implicaciones de todo tipo, tanto personales como sociales —enfoque biopsicosocial— y económicas —pérdida de renta actual y, para la futura, perjuicios para la carrera de seguro—, de ahí que hayan merecido especial atención tanto al legislador como a la doctrina, en aras de reconstruir un eficaz Estatuto de protección jurídico-social, y no sólo laboral, de la persona cuidadora no profesional.

Precisamente, comienza a fraguarse un creciente estado de opinión en la doctrina científica, y también en la judicial, en orden a la configuración en nuestro Derecho de un régimen regulador de la excedencia por cuidado de familiares que necesitan la ayuda de otra persona para realizar sus necesidades de vida diaria y que avanza sobre unos fundamentos y con contenidos singulares, que desbordan el tradicional estatuto de las causas suspensivas de los contratos de trabajo y que converge en gran medida con lo que se prevé para la paralela excedencia por cuidados de hijos. Y en tal evolución la protección por parte de la Seguridad Social es clave, de modo que el trabajador/a excedente es al mismo tiempo sujeto beneficiario de una singular prestación de Seguridad Social “contributiva”, de la misma manera que el sujeto protegido, el familiar con necesidad de cuidados, es “sujeto causante” de la prestación familiar no económica de Seguridad Social¹¹.

A estos efectos, y como ya se refirió, el artículo 180.2 LGSS establece que se considerará como tiempo efectivamente cotizado, a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, IP, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad el “primer año del periodo de excedencia”, de los dos que se reconocen, para atender a otros familiares distintos a los hijos menores de tres años “hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda

¹¹ Últimamente SÁNCHEZ RODAS, C.: *La excedencia por cuidados de familiares*, Tirant Monografías, Valencia, 2008.

valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”. De conformidad con el artículo 6.1 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, este periodo considerado —ficción jurídica— como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del periodo mínimo e cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, y para el cálculo de la cuantía de las prestaciones de Seguridad Social indicadas. Asimismo, durante el periodo computable como cotizado —que podrá ser el del límite máximo de un año, o menor— se mantiene el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social —artículo 6.2 RD 1335/2005—. En cualquier caso, corresponderá a la TGSS el reconocimiento de esas “cotizaciones ficticias”, debiendo en todo caso el empresario, que no está obligado pues a cotizar, cursar el parte de baja en el régimen que corresponda, pues no hay ni salario ni tampoco prestación laboral.

En la actual regulación es posible identificar algunos supuestos de ampliación del periodo considerado de cotización efectiva, como sucede, tras la reforma por la LO 3/2007, de las familias numerosas. En efecto, en estos casos, se prevé que el periodo será de 30 meses si la unidad familiar de la que forma parte “el menor” tiene la consideración de familiar de una numerosa de categoría general, o 36 meses si tiene la consideración de categoría especial. Repárese que la norma habla de “hijo menor”, pero no de “familiar que no puede valerse por sí mismo”. Ahora bien, al margen de la crítica que merece el que se mantengan estas diferencias en orden al cuidado de un tipo u otro de familiar —hijo menor, u otro familiar “dependiente”—, es evidente que si la excedencia se pide para cuidar a un hijo que pro razón de su edad, accidente, enfermedad, o discapacidad no puede valerse por sí mismo, está igualmente justificado el ampliar el periodo considerado como cotizado a las previsiones de la norma legal.

Como en los casos previstos por el RD 615/2007, se requiere la suscripción del Convenio Especial, pero en este caso conforme a lo regulado en la referida Orden TAS 2865/2003. Ahora bien, una diferencia importante con aquél es que en el supuesto de que la persona que no pueda valerse por sí misma no se califique jurídicamente en esta situación dependencia, a los efectos de la LAAD, la suscripción del Convenio Especial requiere acreditar un periodo de cotización previo —artículo 3.2 Orden TAS referida—, y la obligación de cotizar recae sobre quien suscriba el Convenio Especial —artículo 8—.

7. REFLEXIÓN FINAL

En definitiva, y al margen de la naturaleza de esta prestación —contributiva o asistencial, económica o no—, que es a todas luces singular, queda

claro con este breve pero, espero, ilustrador ejemplo, que el Sistema de Seguridad Social no puede ser ajeno a una protección integral de las situaciones de dependencia. Y eso requiere tanto atender a los sujetos cuidados como también a los/as cuidadores/as. Precisamente, en cuanto que este otro sujeto de la relación ha quedado más desatendido, o difuso, en el SAAD, la Seguridad Social sigue teniendo un espacio importante, amén de que también desde su rama de asistencia-servicios sociales, hoy en gran medida diluida y ocultada por la conocida tensión político-institucional atinente a las cuestiones competenciales, algo le resta por hacer en la acción protectora. Aunque, guste o no, a tal fin su espacio es ya residual y, por tanto, a extinguir en una futura reforma racionalizadora.

