

16. EL SISTEMA DE DEPENDENCIA. ADECUACIÓN DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA PERSONAL

SUSANA MONTAÑEZ HEREDIA

*Abogada. Graduada Social. Experta en Discapacidad y Dependencia. Colaboradora Docente
Doctoranda P.D. Ciencias Jurídicas UGR*

I. INTRODUCCIÓN

En España, el Denominado Sistema de la Dependencia, es relativamente moderno, aunque su encuadre en el ámbito de la seguridad social o fuera de ella, suscitó varias postulaciones doctrinales debido a su naturaleza. En el primer sentido y desde el punto de vista jurídico-material, nos encontramos ante una estructura no autónoma, sino apoyada en el resto de las estructuras del Estado, como sanidad y seguridad, principalmente. Junto a ello y debido al aspecto asistencial de sus prestaciones, se extiende una gran corriente doctrinal que llega a la conclusión de que “se puede afirmar que 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, 2007, 65), pudiendo afirmarse que “todo este entramado de servicios y prestaciones” deben entenderse que es “interno al sistema de Seguridad Social” (Cabeza Pereiro, 2006, 528). En sentido opuesto se argumentaba, que se pretendió establecer un Sistema independiente desde el punto de vista institucional y funcional, creando un nuevo Sistema apoyado en su mayoría en estructuras existentes para las personas beneficiarias del mismo. El Sistema “de la Dependencia” (en adelante SAAD), se articula 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 LAAD) que establece un catálogo de prestaciones y servicios para las personas titulares de los derechos subjetivos que reconoce en su articulado y que los eleva a esta categoría. Junto a ello, la interrelación con Europa resurge desde el derecho comunitario a través de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derechos de las Personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 (en adelante la Convención), ratificada por la Unión Europea en la Decisión de 2010/8/CE del Consejo de 26 de noviembre de 2009, y que pasa a formar parte del derecho primario de la Unión Europea (en adelante UE), según el art. 6.1 de Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE). La Convención, entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008, tras su firma y ratificación junto a la de su Protocolo Facultativo opcional,¹ entrando a formar parte plenamente de nuestro ordenamiento jurídico². Es necesario advertir que, en el marco global de la materia, se deben tener en cuenta aspectos que van más allá del propio SAAD y que resulta necesario abarcar desde tres niveles que conexas forzosamente: - el nivel individual (del que nace el derecho subjetivo contemplado), - el nivel sistémico (del que nace el reconocimiento de la prestación y/ o servicio) y - el nivel social (la inclusión como objetivo de igualdad). Esto no sólo

¹ Por Resolución de 7 de marzo de 2019, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales de España, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de febrero de 2019, por el que se establece el día 3 de mayo como Día Nacional de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas.

² Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96.1º de la Constitución Española (en adelante, CE) y en el art. 1.5 del Código Civil (en adelante, CC) la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo, debiendo incluso ser un amparo interpretativo de las normas internas por mor del art. 10.2 de la Constitución Española.

fundamenta la transdisciplina en la aplicación de los derechos, sino una intervención cuyas soluciones son planteadas desde la perspectiva humana-institucional en su totalidad y al compromiso garante por parte de las administraciones públicas, los operadores jurídicos y el tercer sector³. Los mecanismos contemplados para la discapacidad entran en el tratamiento jurídico de los ajustes razonables y, para el ámbito de la dependencia se centran en la entrevista con la persona beneficiaria y su familia dentro del procedimiento de cara a concretar su Plan Individualizado de Atención (en adelante PIA). Desde esta perspectiva basada en los derechos civiles, económicos, sociales, políticos o culturales, el derecho a la vida independiente (en adelante V.I.) y el nivel de beneficio proporcionado debe ser el adecuado a la persona titular de los derechos y no asumir tan sólo unos fundamentos meramente administrativos que aparecen en las resoluciones finales y que, a veces, bien podían calificarse en algunos casos como “de rodillo”, al verse el Sistema sobrecargado. Por otro lado, cuando la ubicación de las necesidades de una prestación para asistencia personalizada se plantea desde el Sistema de la Dependencia y sus presupuestos públicos, resulta difícil conseguir la unanimidad en la configuración teórico-práctica, tanto para la cuantía adecuada, como para determinar el número de horas de la prestación reconocida. La cuestión es que la Asistencia Personal (en adelante la A.P.), además, no es consecuencia de enfermedad, como pueda ser el cuidado en el entorno familiar, sino que estamos hablando de una prestación que tiene como finalidad la promoción de la autonomía personal hacia fuera del domicilio, con una naturaleza expansiva de la vida de la persona en comunidad y en condiciones de igualdad. A este sentido parece responder el art. 28 de la Convención, y el 19 cuando se ocupan del derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado y a la protección social de V.I., cuya desatención puntual ha dado lugar a importantes resoluciones judiciales que trataremos de analizar. La Exposición de Motivos junto con el art.1 de la LAAD califican el reconocimiento del derecho subjetivo específico y lo fundamentan en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral a la ciudadanía, a la que se reconoce como beneficiaria de su participación en el Sistema, en condiciones de igualdad. A la suma anterior, por tanto, es esencial realizarle la multiplicación por el todo de la variable de la singularidad y es que no debemos olvidar que la intervención con estos colectivos debe ir encaminada a garantizar el control de la propia vida, a determinar de qué manera se hace la toma de las propias decisiones y cómo se interrelacionan con el sistema público de los derechos y SS.SS. La dependencia y discapacidad dejan así, en teoría, de tener entidad abstracta, eterna e invariable, para convertirse en una relación susceptible de ser transformada e incluso, con la intervención apropiada, de tener libertad asociada. Junto a ello, la protección jurídica se debe plantear desde una actitud transformadora de las relaciones entre las personas y sus limitadas vidas cotidianas.

II. EL SISTEMA DE DEPENDENCIA

En España, los cambios demográficos y sociales generaron en 2003 una reacción más allá del texto constitucional (arts. 49 y 50) de protección sanitaria y rehabilitadora de cuidados. En octubre de aquel año, el Pleno del Congreso de los Diputados con la Renovación del Pacto de Toledo, asumieron con una Recomendación Adicional 3ª, tratar el tema de la dependencia. El punto de partida era la consideración de que los SS.SS. se convirtieran en parte esencial del Estado del Bienestar junto a la necesidad de garantizar a la ciudadanía las mejores alternativas para su completa protección. En 2020, la foto fija realizada demuestra que el desarrollo desigual de los territorios, ha marcado una línea discontinua de ejecución del Sistema y, por lo tanto, de los Derechos Sociales en él reconocidos.

³ MONTAÑEZ HEREDIA, S.: “El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia”. Revista *Anales de la Fundación Derecho y Discapacidad*, nº. 2, 2017, págs. 63-86.

1. Configuración y Régimen Jurídico

El Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD), se creó en la Orden SSI/2371/2013, de 17 de diciembre, y se articula en la LAAD. En el ámbito territorial, el Estado garantiza el nivel mínimo nacional y el reconocimiento nace del título competencial, al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.1.^a de la Constitución. Junto a él, corresponden a las Delegaciones Territoriales de las Consejerías que tengan atribuidas las competencias en materia de Servicios Sociales (en adelante SS.SS.): la valoración de la situación de dependencia, a través de los Órganos de Valoración de las CC.AA.; las resoluciones de los procedimientos que determinan el contenido de los derechos junto a la gestión de las prestaciones económicas y/o servicios establecidas en la ley. A los SS. Comunitarios del municipio de residencia y a instancia de la de la persona interesada, le corresponde iniciar la tramitación del procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y, en su caso, el derecho a prestaciones del SAAD (art.29). Estas funciones se pueden llevar a cabo bien en un solo procedimiento (reconocimiento y PIA) o bien en dos fases, resultando dos resoluciones diferentes (una de reconocimiento y, tras ella, otra de fase de determinación del PIA). De este marco global, es fácil concluir que la gestión de los plazos no nace ni se hace por igual en nuestro país. Con la finalidad de llegar a una coordinación en la intervención entre las tres Administraciones más las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla (que dependen del Imerso), se creó el Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD⁴. En su reunión de 25 de enero de 2010, el Acuerdo en materia de órganos y procedimientos de valoración de la situación de dependencia, regula en el apartado tercero, punto 4 letra a) que el plazo máximo para el *reconocimiento de la situación de dependencia* será de tres meses. La Disposición Final Primera en su apartado segundo establece que, entre la fecha de entrada de la solicitud y la *resolución del reconocimiento de la prestación* de dependencia, el plazo máximo a transcurrir será de seis meses, independientemente que la Comunidad Autónoma haya establecido un procedimiento de diferenciación para el reconocimiento de la situación de dependencia y otro para el reconocimiento de prestaciones o servicios⁵. ¿En base a qué criterios se produce el reconocimiento del derecho? El marco de aplicación se materializa desgranando dos conceptos, la dependencia, es definida en art. 2 de la LAAD, como: “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...” (en adelante ABVD), Para el segundo concepto, la discapacidad, el art. 2 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. (en adelante LGDPD) es definida como: “...una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁶ ¿Qué efectos directos tiene esta cuestión en lo referente al Sistema de Salvaguardas de los Derechos Sociales? .Estos reconocimientos generan en las Administraciones Públicas (en adelante AA.PP.) la obligación de procurar la mayor calidad de vida de estos colectivos, así como de garantizar un ejercicio eficaz de los derechos inclusivos dentro del Sistema. ¿En base a qué valoraciones se produce la determinación de las prestaciones? En la dependencia, la valoración se refiere a varias escalas, en concreto, 3 tipos: 1^a. La que podemos denominar valoración de la dependencia más general, que está regulada en el R. D.

⁴ El Consejo, nace en el marco de lo establecido en los arts. 145 a 152 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, fue creado por el art. 8 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. La disposición adicional novena del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y el fomento de la competitividad, le otorgó su actual denominación y constitución.

⁵ Para el procedimiento administrativo se estará a lo previsto en la Ley 39/2015, de 21 de octubre, del Procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas,

⁶ Consecuencia lógica de la adaptación al concepto social de la Convención.

174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de la situación de dependencia establecido por la LAAD. 2ª. Junto a ella, existe la dependencia de menores de 3 años con una escala de valoración específica (en adelante EVE) de la Resolución de 25 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de SS.SS. e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD sobre criterios comunes, recomendaciones y condiciones mínimas de los planes de atención integral a menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla. 3ª. Como situación que podemos denominar como de “asimilada a la dependencia” y que según la disposición adicional 1ª del RD 174/2011 la poseen aquellas personas que tengan reconocido el grado de gran invalidez o la necesidad de concurso de otra persona tras el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, que se verá en el siguiente apartado. Es importante resaltar una cuestión que es trascendental en este ámbito subjetivo de aplicación de la ley, y que, se puede calificar, si se me permite la expresión, como de dislate jurídico. La referencia lo es a la desacertada redacción en el art. 2 de la LAAD in fine al decir que, también es dependencia ... “el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, que necesiten de otros apoyos para su autonomía personal”. ¿Los apoyos para la autonomía, ¿cómo pueden describirse como dependencia? ¿no establece acaso la propia ley una serie de prestaciones y servicios en su catálogo para promocionar la autonomía personal, siendo posible hacerlo mediante los apoyos? ¿se dice lo mismo en el caso de otras discapacidades?..... Desconozco la causa de esa inclusión y ciertamente, en este punto, resulta difícil explicar que los apoyos para esos tipos de discapacidades, sean considerados por ley constitutivos de la dependencia y no promotores de autonomía personal y es más, también podía interpretarse como discriminación por razón de discapacidad frente a las otras discapacidades como son las físicas, orgánicas o sensoriales y los apoyos a su autonomía. Considero que es una antinomia jurídica importante y que debería ser suprimida en la próxima reforma que se haga de la LAAD que, dicho sea de paso, se hace necesario en estos momentos. Siguiendo con el texto legal, son titulares de los derechos establecidos en el SAAD, las personas de nacionalidad española y las personas extranjeras en situación de dependencia que cumplan los requisitos básicos, que son los siguientes: -Encontrarse en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos. -Residir en territorio español y haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Para los menores de cinco años, el período de residencia se exigirá a quien ejerza su guarda y custodia. -Las personas emigrantes retornadas, deberán probar el periodo de residencia de cinco años en otro país, mediante certificado emitido por el consulado español en dicho país o a través de certificado del Padrón de Españoles Residentes en el Extranjero (PERE). Para los que carezcan de nacionalidad española y en virtud de lo regulado en el art. 5.2 de la Ley, se les aplicará lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen. Asimismo, en su art. 14 estipula que las personas extranjeras con residencia legal en España tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que las personas de nacionalidad española. El marco normativo para referir en este apartado y dentro del Sistema de la Dependencia, además de la LAAD que regula en su Capítulo II las Prestaciones del Sistema, en concreto en el art. 13 determinando su finalidad de promoción de la autonomía personal y en el art. 14 con la clasificación dual de prestaciones económicas y de servicios, es el siguiente: -El RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que amplió a todos los grados el derecho a la Asistencia Personal. Que, entre otras cosas, suprimió la subdivisión de los mencionados grados en niveles y amplió la prestación de la Asistencia Personal a todos los grados, -La Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de SS.SS. e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia. -El Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, sobre la regulación del nivel mínimo de protección garantizado por la AGE, así como los criterios de su asignación y la forma y procedimiento de su abono a las CC.AA. En su

art.4.2.c) Determina que todas las prestaciones del SAAD, incluida por tanto la A.P., tienen la consideración de prestaciones de servicios (salvo la prestación de cuidados en el entorno familiar)⁷. Este R.D. también tiene por objeto la regulación de los servicios y las prestaciones económicas por grado de dependencia, y los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios del catálogo establecido por la LAAD. Asimismo, se regulan los traslados de personas beneficiarias entre CC.AA. y las Ciudades Autónomas de Ceuta y de Melilla, el régimen de incompatibilidades de prestaciones, el reintegro de prestaciones y la protección de los españoles emigrantes retornados. -El Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre modificado por el RD 291/2015, de 17 de abril, que, en su art. Único, modifica el Anexo I anterior en lo referente a la “Intensidad del servicio de promoción de la autonomía personal para las personas en situación de dependencia”, en los términos que se verá más adelante. -*Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) y que ha derogado el art.72 de la anterior legislación con una aplicación transitoria en lo referente al Registro de Prestaciones Sociales Pública, según la LAAD en su D.A.5ª. Encuadra la prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la prestación económica de A.P., reguladas en esta ley, que quedan integradas en el Registro de Prestaciones Sociales Públicas y que se mantendrá en vigor, como medida transitoria, hasta la fecha en que se determine la norma reglamentaria que regule la Tarjeta Social Universal⁸ (en adelante TSU) A partir de su puesta en funcionamiento, quedará integrado en ella el concepto del actual Registro. Destacan en este sentido: la Resolución de 14 de septiembre de 2018, del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), por la que se establecen las prescripciones técnicas necesarias para el desarrollo y aplicación de la “T.S.U.” y la Resolución de 27 de junio de 2019, del INSS, por la que se extienden al Registro de Prestaciones Sociales Públicas las prescripciones técnicas necesarias para el desarrollo y aplicación de la “T.S. U.” previstas en la Resolución de 14 de septiembre de 2018.

Respecto al ámbito territorial, la situación de dependencia por parte del SAAD se desarrollará en los términos establecidos en la LAAD, según el art. 7, que distingue: -El nivel de protección mínimo establecido por la AGE. -El nivel de protección que se acuerde entre la AGE y la Administración de cada una de las CC.AA. a través de los Convenios de Cooperación entre ambas Administraciones y -El nivel adicional de protección que pueda establecer cada Comunidad Autónoma. De estos niveles, el nivel de protección acordado por convenios entre la AGE y la de las CC.AA., se encuentra suspendido actualmente ya que, según la D.A. 28ª de la Ley 22/2013 de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2014, se suspendieron la aplicación de los arts. de la LAAD 7.2, el art. 8.2 a), el art. 10, el art. 32.3 párrafo primero y la D.T. 1ª de la Ley. Esta suspensión se ha mantenido en las Leyes de P.G. del Estado para los años 2015 (D.A. 73ª de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre), 2016 (D.A. 76ª de la Ley 48/2015, de 29 de octubre); 2017 (D.A. 91ª de la Ley 3/2017, de 27 de junio); 2018 (D.A. 104ª de la Ley 6/2018, de 3 de julio), creando esta ley en su D.A. 141ª el Sistema de Información de la T.S.U. destinado a mejorar y coordinar las políticas de protección social impulsadas por las AA.PP.

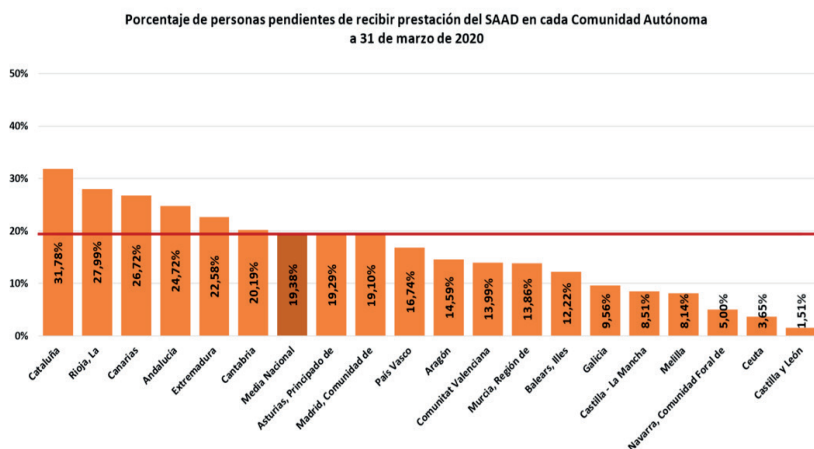
2. El Sistema en cifras

Las CC.AA. introducen sus datos en el Sistema de Información del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante SISAAD). Con ellos se confeccionan mensualmente las estadísticas sobre la gestión del SAAD y se realizan los cálculos correspondientes a la parte de la

⁷ Con cuantías que serán revisadas y actualizadas en años posteriores, a través de Reales Decretos como el RD1082/2017, de 29 de diciembre.

⁸ Tarjeta Social Universal, es un Sistema de Información que integra todas las prestaciones económicas públicas, ya sean pensiones básicas o complementarias; contributivas, no contributivas y asistenciales; prestaciones temporales como los subsidios por Incapacidad temporal; maternidad; paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia; prestaciones y ayudas de pago único, en definitiva, toda prestación social o ayuda de contenido económico destinada a personas o familias.

financiación aportada por la AGE (en adelante AGE) en concepto de nivel mínimo de protección. Tanto unas prestaciones como otras, reciben financiación a través del SAAD preferentemente en materia de prestaciones y servicios, que en algunos casos se complementan con otras fuentes de financiación y que han supuesto un logro organizacional ante la carencia oficial en esta materia. Según los datos del Imserso referentes a la expresión cuantificada para el nivel mínimo asociada a cada uno de los diferentes grados de protección para el SAAD 2018, la AGE aportó unos 1.327 millones de euros al año a las CC.AA. para mejorar la atención a la dependencia y reducir las listas de espera, lo que supone un incremento del 5,26%⁹. Con ello, de lo que se trata, es de recuperar para este colectivo parte de lo que se perdió por la crisis económica. Por su parte, el RD 1082/2017, de 29 de diciembre, eleva una ayuda que la persona dependiente debería percibir en un plazo nunca superior a seis meses, cuando el personal técnico autonómico correspondiente haya evaluado su situación. Por lo tanto, podemos decir que estamos ante una prestación que se devenga, pero que no se cobra efectivamente, hasta que se reconozcan las necesidades de la persona en cuestión. Los mínimos anteriores, para 2018, se habían establecido en julio de 2012 mediante una disposición adicional transitoria de la RD-Ley 20/2012 de 13 de Julio (Medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad), donde se especificaba la transitoriedad “hasta tanto se regule reglamentariamente” lo previsto en la ley¹⁰. De esta forma, durante todo el ejercicio 2018, se han obtenido las cantidades correspondientes a cada uno de los meses por este concepto, calculadas en función del número de personas beneficiarias con prestación existente en cada Comunidad. Así, las aportaciones realizadas por la AGE a las CC.AA., en concepto de Nivel Mínimo de Protección, en el ejercicio presupuestario 2018 (diciembre 2017 a noviembre 2018 incluidos), han sido, en Euros, las siguientes: Andalucía 246.367.603,97; Aragón 36.014.381,23; Asturias (Princ.De) 28.612.509,92; Baleares (Illes) 22.574.685,96; Canarias 29.180.566,40; Cantabria 17.630.758,50; Castilla León 134.569.306,02; Castilla La Mancha 68.770.628,12; Cataluña 188.636.252,56; Com. Valenciana 85.214.306,96; Extremadura 41.676.137,91; Galicia 91.294.015,07; Madrid (Com. de) 198.199.951,00; Murcia (Región de) 35.862.152,13; Navarra 14.783.081; País Vasco 77.213.086,37; Rioja (La) 10.400.571,83. TOTAL 1.326.999.995,54 €. PRESUPUESTO INICIAL: 1.327.275.605,00. SALDO- PRESUPUESTO: 275.609,46 €.



Siguiendo con las estadísticas, la situación a 31 de Marzo de 2020 pone de relieve que:

1.-La cifra de personas beneficiarias con prestación es de 1.121.520, siendo el crecimiento neto durante este mes de 641 personas. 2.-En cuanto al perfil por edad de los beneficiarios, el 72,48%

⁹ https://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/iai2018_c5saad.pdf.

¹⁰ Ver, entre otras, Resoluciones TEAF Bizkaia 12677, de 21/10/2011; DGT V1508-11, de 09/06/2011; TEAF Gipuzkoa 1466, de 17/04/2013.

tienen 65 o más años. En concreto un 18,17% tienen una edad comprendida entre los 65 y 79 años, mientras que un 54,31% tienen 80 o más años. 3.-Son 1.121.520 las personas beneficiarias con prestación reconocida, lo que representa un 80,62% del total de las personas con derecho (1.391.161), en todos los grados. 4.-El porcentaje de personas pendientes de recibir prestación por CC.AA., pone en evidencia el desigual desarrollo de la ley por territorios¹¹.

III. ADECUACIÓN DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ESPECIAL REFERENCIA A LA ASISTENCIA PERSONAL

Como hemos visto, el Real Decreto 1082/2017 de 29 de diciembre (Nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del SAAD), en su apartado segundo, delimita que el Registro de Prestaciones Sociales Públicas que integrará las prestaciones sociales públicas de carácter económico para personas o familias, se relaciona contemplando en el apartado n): La prestación económica vinculada al servicio, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la prestación económica de Asistencia Personal (en adelante PEAP) reguladas en la LAAD. Una cuestión nos surge, y es la de ¿cuándo se produce la generación del derecho a la prestación económica?, la D.F.1ª de la LAAD en su apartado 3º, modificada por R.D.L 8/2010 de 20 de mayo, determina en su art. 5 que el derecho de acceso a las prestaciones derivadas del reconocimiento de la situación de dependencia, se generará desde la fecha de la resolución de reconocimiento de las prestaciones. Si una vez transcurrido el plazo máximo de seis meses desde la presentación de la solicitud sin haberse dictado y notificado resolución expresa de reconocimiento de la prestación económica que, en su caso fuera reconocida, se generará desde el día siguiente al del cumplimiento del plazo máximo indicado. Respecto a la adecuación de las prestaciones económicas cuando hablamos de personas con discapacidad, podemos distinguir varios denominadores comunes y dos escenarios de desarrollo. Entre los primeros, el RDL 20/2012, de 13 de julio¹², cuyo art. 22 establece que la PEAP, se extiende a todos los Grados en varios aspectos. A esto se suma la Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado ya mencionada. Junto a ello, se determina que estas prestaciones son inembargables, salvo para el supuesto previsto en el art. 608 de la LEC (ejecución por condena a prestación alimenticia). Con relación a los escenarios aplicables, por su parte, la D.A. 1ª del R.D. 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de la situación de dependencia establecido por la LAAD, posibilita la efectividad del reconocimiento de la situación de dependencia de quienes tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de ayuda de tercera persona en el complemento de gran invalidez, garantizando, en todo caso, el Grado I (Dependencia Moderada)¹³. Así, en lo que se refiere a quienes tengan reconocido el complemento de necesidad de tercera persona según el Anexo II del R.D. 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, en la redacción dada por el R.D. 1373/2012, de 27 de septiembre, se establece la aplicación de la correspondiente tabla de homologación, estimándose acreditada la necesidad de concurso de tercera persona, de acuerdo con la siguiente tabla: De 15 a 29 puntos la equiparación al Grado I de Dependencia Moderada/ De 30 a 44 puntos la equiparación al Grado II de Dependencia Severa/ De 45 a 72 puntos la equiparación al Grado III de Gran Dependencia. En estos casos, salvo el máximo reconocible (Grado III), se procederá a aplicar el baremo de los grados de dependencia y se reconocerá el más favorable entre éste y el que corresponda conforme a la tabla anterior. ¿Significa esto que no se puede tener asistencia de tercera persona reconocido en la resolución de discapacidad hasta que no se tenga la resolución de dependencia? Cabe pensar que no, ya que debe tenerse en cuenta que las personas que tenían reconocida la necesidad de asistencia de

¹¹ https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/info_d/estadisticas/est_inf/datos_estadisticos_saad/index.htm

¹² Denostado por el recorte en los derechos de la ciudadanía y acertado en este punto.

¹³ Resulta, cuanto menos interesante, ver cómo lo que en un procedimiento se hace con motivo de la agravación de una persona que necesita la ayuda de otra para las ABVD, es valorado en el procedimiento de dependencia, como dependencia moderada. Lo que lo posibilita aún como objeto de promoción en la esfera de su autonomía.

tercera persona, continúan disfrutando de todos los efectos jurídicos de dicho reconocimiento, cuando deban acreditarlo ante cualquier entidad pública o privada, en tanto no les sea reconocido el grado de dependencia que le corresponda conforme al baremo del RD174/2011 de 11 de febrero. (D.A.1ª.3). En lo referente al ámbito territorial, el Estado y las CC.AA. articulan sus obligaciones según sus competencias. Por un lado, el art.9 de la LAAD, dispone que el Gobierno, oído el Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD, determinará el nivel mínimo de protección garantizado para cada una de las personas beneficiarias del Sistema, según el grado de dependencia y como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia. En su apartado 2, establece que la financiación pública de este nivel de protección correrá a cuenta de la AGE, remitiendo a estos efectos a lo previsto en la disposición transitoria undécima apartado 2 del R.D.L 20/2012, de 13 de julio. Por otro lado, para las CC.AA., el art. 4 del R.D.1050/2013, de 27 de diciembre que establece que la asignación financiera del nivel mínimo de protección para cada Comunidad se efectuará mensualmente considerando 3 variables: a) el número de personas beneficiarias, b) el grado de dependencia y c) el número y tipo de prestaciones. De este modo y hasta la actualidad, se han publicado 7 normas que regulan dichas cuantías para su encuadre económico, y que pretenden mantener el mismo criterio, que es el conocido por las CC.AA. como destinatarias de dicha norma¹⁴. En base a ello, el Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD, ha venido informando periódicamente de las cuantías del nivel mínimo de protección. Otra de las cuestiones que se plantean es la siguiente: ¿Cuáles son los criterios que se siguen en la participación económica de la persona beneficiaria? Nos referimos al llamado copago que no ha sido de unánime aplicación entre territorios e incluso en algunos de ellos se está exento de esta participación económica y ello pese a que la Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado de SS.SS. e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la mejora del SAAD, establece en el punto 9 la Participación del beneficiario en el coste de las prestaciones económicas. Así, la cuantía de la prestación económica reconocida será del 100% de la cantidad máxima establecida en el R.D. que fije las cuantías anuales, cuando la capacidad económica de la persona beneficiaria sea igual o inferior al Indicador Público de Rentas de Efectos Múltiples (en adelante IPREM) mensual que se establece en función del coste del servicio y la capacidad económica, de conformidad con lo siguiente: $CPE = IR + CM - CEB$. Donde: CPE: Cuantía de la prestación económica. IR: Coste del servicio. CM: Cantidad para gastos personales de la persona beneficiaria para cada tipo de servicio, referenciada, en su caso, al 19% del IPREM mensual. CEB: Capacidad económica de la persona beneficiaria. La cuantía establecida en el contrato suscrito por la persona beneficiaria, en concepto de contraprestación del asistente personal o para la adquisición del servicio, a cuyo pago irá destinada el 100% de la prestación económica vinculada al servicio, no podrá ser inferior a la cuantía máxima establecida reglamentariamente para la respectiva prestación. Si la persona beneficiaria de alguna de las prestaciones económicas del Sistema percibiera cualquier otra prestación de análoga naturaleza o finalidad de las citadas en el art. 31 de la LAAD, el importe de éstas se deducirá de la cuantía inicial de aquellas. Respecto a la cantidad para gastos personales en la situación de dependencia por razón de discapacidad, el punto 10 de la Resolución de 13 de julio de 2012, establece que la cantidad mínima para gastos se incrementará en un 25% para las personas en situación de dependencia por razón de su discapacidad, en atención a su edad, así como para la dotación de mayores apoyos para la promoción de su autonomía personal. Incluyéndola en cualquiera de sus grados desde 2012 como se ha mencionado *ut supra*. Por su parte, el R.D. 1082/2017 de 29 de diciembre (Nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del SAAD (BOE 30/12/2017), actualiza las cuantías del nivel mínimo de protección garantizado por la AGE para cada persona beneficiaria del SAAD en los tres Grados, y para el caso de las personas con discapacidad que tienen derecho a prestaciones derivadas de su situación fuera del SAAD, se establece el régimen de incompatibilidades siguiente: La percepción de una de las prestaciones económicas previstas en la LAAD deducirá de su cuantía

¹⁴ El Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo; El Real Decreto 6/2008, de 11 de enero; El Real Decreto 74/2009, de 30 de enero; El Real Decreto 373/2010, de 26 de marzo; El Real Decreto 569/2011, de 20 de abril.

cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social. En particular, se deducirán:- El complemento de gran invalidez art.196.4 del R.D.Leg. 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGSS¹⁵. - El complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado discapacidad igual o superior al 75 por 100.- El complemento de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva.- El subsidio de ayuda de tercera persona del R.D. Leg.1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDPD¹⁶. En estos casos, se trata de prestaciones que, si bien han sido reconocidas en el marco de otros sistemas de protección social, anteriores a la entrada en vigor de la LAAD, pueden asemejarse en su finalidad a las prestaciones económicas de esta. En una misma dirección, y en este caso para no penalizar doblemente la percepción de estas prestaciones, en el propio Acuerdo del Consejo Territorial para la mejora del SAAD, se recoge que las mismas no se tendrán en cuenta a la hora de determinar la capacidad económica de la persona beneficiaria. De otro modo, se contabilizarían dos veces esas cantidades: una primera para establecer la capacidad económica de la persona, lo que supondría que la misma aumentase; y además posteriormente se detraería de la prestación económica reconocida. La determinación de la cuantía según el IPREM en base a la ley 6/2018, de 3 de julio, de PGE para el año 2018, se vieron prorrogados en el 2019. Se prevé la dotación del Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del SAAD. La D.A. 66ª, establece un Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del SAAD y que tiene por objeto prestar apoyo financiero a las empresas que lleven a cabo dicha actividad. Cabe pensar: ¿Las Resoluciones, son indefinidas? Tanto la resolución del grado de dependencia como el derecho a la prestación reconocida, son revisables según el art. 30 LAAD. Los supuestos se determinan cuando, por cualquier situación, se derive mejoría, agravamiento o error de la situación de la persona beneficiaria. Asimismo, prevé para ello el intercambio de comunicaciones entre las infraestructuras del Sistema con la finalidad de dar un mejor cumplimiento a los fines de la Ley. En el caso concurrente de que la persona con discapacidad tenga reconocida una gran invalidez y la necesidad de ayuda de tercera persona, la D.A. 9ª, en su redacción de 2012, establece que “tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia en el grado que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta ley.”¹⁷ En el supuesto segundo, es decir, cuando la A.P., se plantea como la contratación una persona que presta la asistencia, se convierte la relación entre ambas partes en un contrato de trabajo por servicio determinado. La configuración jurídica, está encuadrada en una relación tan específica que aún hoy en día, necesita perfilarse más adecuadamente tanto desde su contenido formal, como hasta su eficacia práctica. Con este encuadre, nos hacemos eco de los interesantes retos que se plantean en la creación y gestión de la A.P. en España para personas con discapacidad y en la intervención en promoción de autonomía en relación con los requisitos personales y formales de la relación contractual, así como de la necesidad de cualificación y calificación profesional de la persona que presta la asistencia, de la capacitación y formación requerida para prestar el servicio, de las actividades a realizar, de la confidencialidad entre las partes, etc. Y ello, independientemente, de la procedencia público o privada de la situación jurídica y económica que la haga posible, pues se hace urgente una regulación de esta materia en aras a la seguridad jurídica de un colectivo que cada vez es más activo socialmente.

¹⁵ Art. 196. Prestaciones económicas .STS 885/2019 (28/02/2019). Sala Social. Gran invalidez derivada de accidente de trabajo. Cuantía del complemento de la prestación a cargo de la Mutua. Existe afectación general. (Reitera doctrina). STS 2924/2018 (28/06/2018). Sala Social. Gran invalidez. Cálculo del complemento. (Reitera doctrina).

¹⁶ Los postulados de la jurisprudencia se dan en el sentido, entre otras: STSJ Andalucía, nº 2585/2015, de 19/11/2015, Rec. 150/2014; TSJ Galicia, nº 317/2015, de 20/05/2015, Rec. 137/2015; Juzgado de lo Contencioso Administrativo - Santander, nº 213/2017, de 28/11/2017, Rec. 237/2017; TS, de 02/12/2014, Rec. 4579/2012 ; AP - Barcelona, nº 753/2012, de 15/11/2012, Rec. 93/2012.

¹⁷ Redactada por el nº16 del art. 22 del RDL20/2012 de 13 de junio.

1. Definición y Características

Según el art.19 de la LAAD, la A.P. tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una A.P. durante un número de horas, que facilite a la persona beneficiaria 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 SAAD, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación. Las características, son, por lo tanto, las de un recurso clave para la inclusión en la comunidad, con una asignación condicionada en varios sentidos. Así, entendemos por tales: 1.- La Dotación Finalista: La PEAP, tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia. 2.-El Ámbito Subjetivo. Para que sea acorde a esa promoción, este derecho podrá reconocerse a las personas beneficiarias del Sistema en cualquiera de sus grados. 3.-El Objetivo Previsto: Contribuir a la contratación de una A.P. durante un número de horas, que facilite al a la persona beneficiaria tanto el acceso a la educación y al trabajo, como, en definitiva, a una vida más autónoma en el ejercicio de las ABVD. 4.-El Contenido Formal: Se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación, previo acuerdo del Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD. En lo que respecta al desarrollo de esta prestación en nuestro país, está claro que los elementos que la van a conformar finaliza en la creación de una relación jurídica en sí misma. Así y como pone de manifiesto el profesor Maldonado (2013,61-62), esta prestación se condiciona, como hemos visto, a “la contratación de una A.P. sin que se concretara en el RD 1051/2013¹⁸ que debía entenderse por tal asistencia, limitándose tan sólo a establecer los objetivos de la misma”. Así pues, es necesario inferir que “debe tratarse de una asistencia de orden sanitario, técnico y/o psicosocial o sociocultural, exigido y adaptado a las 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”. ¿Quién lleva a cabo la A.P.? Deberá tener la condición de trabajador (como así se llama en la D.F.1ª del RD 615/2007, de 11 de mayo), pudiendo ser trabajador por cuenta ajena de la empresa o entidad con la que la persona dependiente contrate sus servicios; o por cuenta propia si lo hace directamente. En el caso de que sea por cuenta ajena (que suele ser el supuesto habitual), su relación laboral se encontrará regulada por el Estatuto de los Trabajadores, y la negociación colectiva pertinente. A modo de resumen, las diferencias con las figuras mencionadas pueden ser las siguientes:

Asistencia Personal	Cuidado Profesional	Cuidado Familiar
El usuario habla en primera persona y es la parte empleadora.	A través de una empresa o servicio ajeno a la persona usuaria.	Depende de la voluntariedad y cercanía de la persona cuidadora.
Se realiza cualquier tarea y/o función pactada que necesite la persona usuaria.	Las tareas y/o funciones se reducen al ámbito domiciliario. Excepcionalmente puede realizar alguna tares dentro del hogar.	Hay una especie de acuerdo tácito o sentido común de cuáles cosas se pueden hacer y cuáles no.
Se adapta a las necesidades y directrices de la persona usuaria pactada en el contrato.	Se adapta más a las necesidades del hogar que de la persona, por lo general.	Dificulta la libre elección que rompa el ritmo marcado “por el devenir de las cosas de siempre”.
Es un apoyo o servicio remunerado y profesional.	Es un apoyo o servicio remunerado y profesional.	No está remunerado, oficialmente al menos y está basado en la relación familiar; principalmente realizado por mujeres.

Según la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de P.G.E. para 2013, en su D.D.16ª y con efectos de 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, se añade un último párrafo al art.23 de la LAAD en el sentido de que, excepcionalmente y de forma justificada, los servicios de atención a las necesidades domésticas y los de atención personal podrán prestarse separadamente, cuando así se disponga en el

¹⁸ Modificado el Anexo I por el RD 291/2015 de 17 de abril

PIA. La Administración competente, deberá motivar esta excepción en la resolución de concesión de la prestación.

2. Funciones de la prestación en un escenario cada vez más cambiante

Cuando hablamos de personas con discapacidad la A.P. se va conformando forma de vida que se realiza para horizontes cada vez más amplios y complejos en su ejecución y, en la actualidad, nadie duda de que ese es el camino emprendido para quienes eligen esta forma de apoyo. Es por ello que las funciones y, esto es importante, tienen su finalidad en una prestación que va más allá de la mera contratación de servicios, pues supone dar forma a la autonomía universal en el diseño de la V.I. asemejándose, de alguna manera, a los llamados derechos humanos de segunda generación debido a su especificidad. Así, el art. 19 de la Convención, reconoce el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad y establece que los Estados partes deben adoptar medidas para facilitar el goce de este derecho, entre ellas el “acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliar, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la A.P. que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta”. En este sentido, un informe de la Relatora Especial de NN.UU.¹⁹ que sobre los derechos de las personas con discapacidad define la A.P. como “una amplia variedad de apoyos para ayudar a una persona con discapacidad a realizar actividades cotidianas, incluyendo las actividades formativas, de empleo o de ocio. Recuerda que “sin un apoyo adecuado, las personas con discapacidad están más expuestas a un trato negligente o a ser institucionalizadas”. Junto a ello, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de NN.UU.²⁰, publicó en septiembre de 2017, una Observación General sobre el art. 19²¹. En este documento define la A.P. como “el apoyo humano, dirigido por la propia persona usuaria, disponible para las personas con discapacidad”. El cambio del paradigma de la prestación se produce con la reacciones del tercer sector en el campo del desarrollo de Oficinas de V.I. (en adelante OVI) que han ido por delante de la regulación en la materia y que aportan experiencias interesantes en este campo al ser tratado en primera persona. Como consecuencia de ello y más tardíamente que en Norte América, el foro de V.I. que allí surgió en los años 60 viene consolidándose poco a poco, a través de varias vías: 1. Mediante la PEAP que establece la LAAD en su art.19 y que tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia, en cualquiera de sus grados con unos objetivos claramente marcados, como se ha mencionado. Esta modalidad tímida en la LAAD (2006) se amplió a todos los grados seis años más tarde tal y como se ha visto. Por tanto, podemos decir que ello sea el origen de que nos encontráramos ante la prestación minoritaria del Sistema, como así lo evidencian las propias estadísticas del Imsero realizadas. 2. Cooperativas de personas usuarias, como son las OVI que surgieron como entidades por y para la mejora de la calidad de vida de las personas con discapacidad, principalmente referidas a personas con movilidad reducida, y su relación con sus asistentes personales. 3. Entidades cogestoras del Tercer Sector que van aumentando el número de personas beneficiarias. La Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para 2013, en su D.D.16ª, con efectos de 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, añade un último párrafo al art.23 de la LAAD en el sentido de que, excepcionalmente y de forma justificada, los servicios de atención a las necesidades domésticas y los de atención personal podrán prestarse separadamente, cuando así se disponga en el PIA. La Administración competente, deberá motivar esta excepción en la resolución de concesión de la prestación. Por su parte, La Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, reconoce el derecho de las personas discapacidad a la libre circulación, a elegir dónde y cómo se quiere vivir, y a tener pleno acceso a las actividades culturales, recreativas y deportivas. La Comisión Europea, contempla entre sus las líneas de actuación: Promover la transición de una

¹⁹ Dª Catalina Devandas-Aguilar.

²⁰ <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/crpd/Pages/CRPDIndex.aspx>

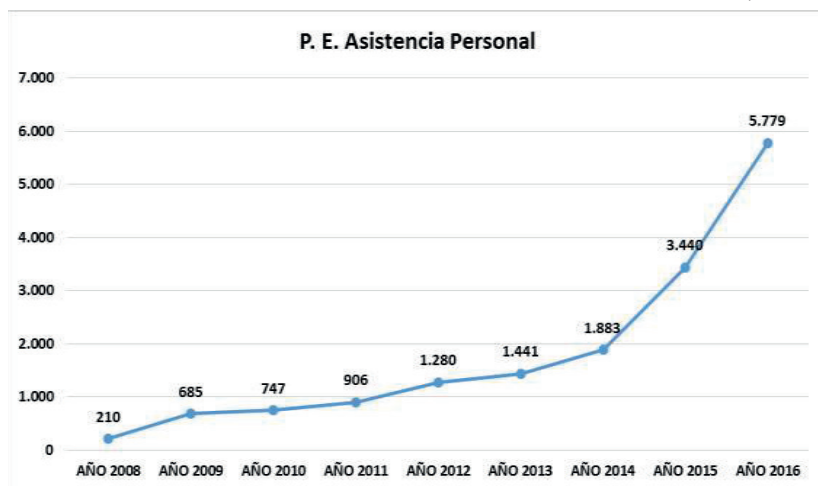
²¹ <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observacion-5-Art%C3%ADculo-19-Vida-independiente.pdf>

asistencia institucional a una asistencia de carácter local mediante el uso de los Fondos Estructurales y del Fondo de Desarrollo Rural para respaldar la evolución de los servicios de asistencia locales. Este, es el hecho diferencial del que nace la prestación y que, pensamos, responde mejor al concepto de personas titulares de los derechos que al de personas beneficiarias de los mismos. En el primero, la titularidad sobre los derechos es directa mientras que, en el segundo, parece dejarse a lo graciable de los datos económicos el desarrollo de los mismos.

3. La Asistencia Personal en cifras

En la consideración anterior sobre la adecuación de las prestaciones, el RD 291/2015, de 17 de abril, en su art. único realiza una modificación del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del SAAD establecidas en la LAAD de la siguiente forma: “Uno. Se modifican los párrafos primero y segundo del apartado 4 del art. 6, que tendrán la siguiente redacción: 4. En particular son servicios de promoción de la autonomía personal, además de los previstos en el apartado 2, los siguientes: a) Rehabilitación y terapia ocupacional. b) Atención temprana. c) Estimulación cognitiva. d) Promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional. e) Rehabilitación psicosocial para personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual. f) Apoyos personales, atención y cuidados en alojamientos de soporte a la inclusión comunitaria. La intensidad del servicio de promoción se ajustará a lo establecido en el anexo I. que tendrá la siguiente redacción: ANEXO I Intensidad del servicio de promoción de la autonomía personal para las personas en situación de dependencia: 1) Para el servicio de promoción de la autonomía personal se establece la siguiente intensidad, sin perjuicio de lo previsto específicamente para el servicio de atención temprana, y el servicio de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional: -G. I y II: un mínimo de doce horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones. -G. III: un mínimo de ocho horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones. 2). Para el servicio de atención temprana, se establece la siguiente intensidad: Grados I, II y III: un mínimo de seis horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones. 3). Para el servicio de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional, se establece la siguiente intensidad: -G. I: un mínimo de quince horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones. -G. II: un mínimo de doce horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones. -G. III: un mínimo de ocho horas mensuales de atención o su equivalente en sesiones. 4). Las intensidades del servicio de atención temprana y del servicio de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional podrán ser complementarias de otras previstas por los diferentes servicios establecidos por las comunidades autónomas para esta atención.”

Gráfico 1.d.9.: Evolución interanual de la Prestación Económica de Asistente Personal, a 31.12.2016



En España, los medidores que vamos a tener en cuenta en la evolución del SAAD son, entre otros, la Comisión para el análisis de la situación del sistema de dependencia y el Observatorio General de la Discapacidad²².

Asimismo, el gráfico demuestra que, tras la reforma de 2012 de ampliación de la PEAP a todos los grados, el carácter ascendente de la curva pone de manifiesto lo acertado de la medida que sigue siendo, hoy en día, minoritaria en el SAAD. El Observatorio, por su parte, vamos a tenerlo en consideración para referenciar otro tipo de evolución, la referida al año 2019 donde se muestra cómo la apuesta por la A.P. deja claro la prevalencia en unas Comunidades Autónomas frente a otras prestaciones²³. Así, podemos ver en el siguiente cuadro lo que hemos referenciado:

ÁMBITO TERRITORIAL	Prestación Económica Vinculada Servicio	Prestación Económica Cuidados Familiares	Prestación Económica Asistencia Personal	Total prestaciones	Ratio de prestaciones por persona beneficiaria
Andalucía	4.521	72.268	13	293.661	1,33
Aragón	6.407	15.689	0	39.164	1,19
Principado de Asturias	2.083	7.960	1	27.579	1,31
Illes Balears	847	14.594	0	28.653	1,39
Canarias	4.922	9.494	0	24.418	1,04
Cantabria	0	8.982	0	26.271	1,53
Castilla y León	41.229	27.376	1192	139.852	1,33
Castilla-La Mancha	8.568	13.452	22	75.685	1,22
Catalunya	17.675	79.562	76	203.003	1,24
Comunitat Valenciana	15.826	53.115	25	94.194	1,07
Extremadura	13.695	6.538	0	31.136	1,10
Galicia	9.197	13.069	112	72.627	1,18
Comunidad de Madrid	20.282	34.363	89	187.165	1,30
Región de Murcia	1.652	22.287	3	44.054	1,26
Comunidad Foral de Navarra	2.159	9.299	14	17.755	1,29
País Vasco	1.240	35.683	6.290	89.779	1,34
La Rioja	1.023	1.715	0	12.152	1,47
Ceuta y Melilla	14	1.492	0	3.873	1,33
TOTAL	151.340	426.938	7.837	1.411.021	1,27

Fuente: Informe estadístico del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. 31 de diciembre de 2019.

Realmente, se puede comprobar con estos datos, que sigue siendo una prestación modesta dentro del Sistema y que se ha visto ampliada en los últimos tiempos debido, entre otras cuestiones, a las buenas cifras de los programas piloto por territorios, llegando a ser prácticamente inexistente en relación con el total incluso hoy en día. A modo de conclusión, existen unos parámetros comunes en el perfil de personas con discapacidad beneficiarias. Así, los datos referidos a las personas con discapacidad administrativamente reconocida que reciben la PEAP apuntan que: Las mujeres representan el 59,7 % de las personas perceptoras de esta prestación. Por edad, el 53,1 % tenía 85 años o más. El perfil mayoritario es el de discapacidad física. El 39 % de las personas ha sido reconocida con un grado de discapacidad igual o superior al 33 %. El 33,7 % tiene reconocida una dependencia moderada (G.I), el 32 % una dependencia severa (G.II) y el 34,3 % una gran dependencia (G.III). La A.P. es uno de los apoyos que debería recibir una mayor apuesta ya que, aun siendo minoritaria su elección, se configura como imprescindible para el mantenimiento de unos mínimos niveles de autonomía, especialmente en el sector de la discapacidad. El Observatorio desarrolla la relación entre personas atendidas y el coste de la A.P. es de 0,7/0,5 %. Es decir, la A.P. supone el 0,5% del gasto del Sistema y atiende al 0,7 % de personas. Para contextualizar los datos, la atención residencial consume más de la mitad (52,4 %) de los recursos económicos del mismo, ofreciendo una cobertura

²² <https://dependencia.info/imagenes/informe-comision-analisis-dependencia.pdf>

²³ www.observatoriodeladiscapacidad.info

de atención del 17,5 %.²⁴ Algunos apuntes más, son necesarios para seguir desgranando la materia: La cuantía de la prestación. Mediante el R.D.1082/2017, de 29 de diciembre, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a las personas beneficiarias del SAAD, se incrementa el porcentaje que aporta el Estado para garantizar un mínimo a los dependientes en las tres categorías en que se distribuyen con el mínimo de protección garantizado son los siguientes: - Grado I 47,38€/mes; - Grado II 84,49 €/mes; - Grado III Gran Dependencia 190,13 Euros/mes. Las Incompatibilidades de la prestación con todos los demás servicios y prestaciones, excepto con el servicio de teleasistencia, los servicios de Ayuda a domicilio, Centro de Día y de Noche y Atención Residencial, durante el período vacacional de la persona asistente. No obstante, el art. 16.3 RD 1051/2013 prevé que las Administraciones públicas competentes puedan establecer la compatibilidad entre los servicios de ayuda a domicilio, centro de día y de noche, prestación de cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales y A.P. Además, las CC.AA: podrán establecer un régimen propio de incompatibilidades con cargo al nivel adicional de protección (art. 16.4 RD 1051/2013). Beneficios, la relación de impacto socioeconómico de la prestación en el estudio realizado en 2017 por el Observatorio, concluye, entre otras interesantes cuestiones que la A.P. mejora de lazos familiares y refuerza una mayor participación e inclusión social. Al comparar los resultados obtenidos, se observa por un lado, que los dos servicios obtienen retornos económicos positivos como se ha visto y, por otro, los datos indican un retorno de inversión de la A.P. entre 30 y 20 euros por persona/año mayor que el del servicio residencial, por ejemplo. En términos porcentuales, supone un retorno entre el 15 y 21% superior al que obtiene, por ejemplo, el servicio residencial. Muchos más datos reflejan esta idea a lo largo del interesante estudio realizado. El Acuerdo del Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD de 19 de octubre de 2017, por su parte, modifica parcialmente el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD. En este Acuerdo se recoge que: 1) Puesto que a fecha 31 de diciembre de 2017 no se podrá alcanzar la cualificación del 100 % de los profesionales del SAAD, los contenidos de la modificación que en este Acuerdo se proponen, dejan sin efecto los del Acuerdo de 7 de octubre de 2015. 2) Los asistentes personales y los auxiliares de ayuda a domicilio deberán acreditar la cualificación profesional de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, establecida por el R.D.295/2004, de 20 de febrero. A tal efecto se consideran los siguientes títulos y certificados: - Título de técnico en cuidados auxiliares de enfermería o técnico de auxiliar de clínica, técnico auxiliar psiquiatría y técnico auxiliar de enfermería. Título de técnico de atención a personas en situación de dependencia o técnico de atención sociosanitaria. - Título de técnico superior de integración social. - Certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas dependientes en instituciones sociales (450 h). - Certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas en el domicilio o el equivalente certificado de profesionalidad de la ocupación de auxiliar de ayuda a domicilio. Asimismo, puntualiza que “las exigencias de cualificación profesional referidas anteriormente se adaptarán a la regulación que se establezca por Acuerdo del Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD que se apruebe a tal efecto”. Los requisitos relativos a las acreditaciones profesionales anteriormente reseñados, serán exigibles a 31 de diciembre de 2017 o en todo caso, cuando finalicen los procedimientos de habilitación excepcional y habilitación provisional establecidos, así como cuando finalicen los procesos de acreditación de la experiencia laboral, o los programas de formación vinculada a los certificados de profesionalidad o títulos de formación profesional que se hayan iniciado en la fecha anterior y los que se convoquen con posterioridad a la misma y hasta el 31 de diciembre de 2022. - Habilitación excepcional para los/las asistentes personales que a fecha 31 de diciembre de 2017 acrediten una experiencia de al menos 3 años, con un mínimo de 2.000 h trabajadas en los últimos 12 años, o que no alcancen el mínimo de experiencia exigida, pero tengan 300 h de formación relacionada con la competencia profesional, deberán presentar la solicitud según establezca la normativa de su comunidad autónoma. Estas certificaciones y habilitaciones excepcionales que hubieran emitido las CC.AA. tendrán validez

²⁴ <https://www.observatoriodeladiscapacidad.info/tag/asistencia-personal/>. Estudio realizado por: Martha Yolanda Quezada García y Carmen Motos Martínez - Esparza

en todo el territorio. - **Habilitación provisional.** Para quienes a 31 de diciembre de 2017 han trabajado sin alcanzar los requisitos para la habilitación excepcional y se comprometen, mediante declaración responsable, a participar en los procesos de evaluación y acreditación de la experiencia laboral, que se realicen desde el ámbito estatal o autonómico, o se comprometan a realizar la formación vinculada a los correspondientes certificados de profesionalidad o a obtener títulos de formación profesional, a partir del presente acuerdo y hasta el 31 de diciembre de 2022. En caso de no participar en los procesos de evaluación y acreditación de la experiencia o no realizar la formación vinculada, la habilitación provisional dejará de tener efectos. La Comunidad Autónoma será la encargada de la tramitación de la habilitación provisional y será quién expida la certificación oportuna, con eficacia en todo el territorio y validez hasta el 31 de diciembre de 2022. En el presente Acuerdo, se establece un régimen especial de zonas rurales o insulares, para cuando no dispongan de personas con la acreditación requerida que deben acreditar la no existencia de demandantes de empleo en la zona con estas características, mediante certificado de la oficina de empleo, pudiendo ser contratadas hasta que su puesto pueda ser ocupado por profesionales cualificados o adquieran la cualificación correspondiente.

4. Consideración especial por la pandemia COVID-19

La excepcionalidad de la situación que hemos vivido desde finales de 2019 con la pandemia del coronavirus en todo el mundo, no sólo ha tenido consecuencias sanitarias sino también legislativas al tener que regular un marco de actuación diferente y urgente. Consideramos que una obra que quiere ser referente, como la actual, debe mencionar, siquiera someramente algunos de las cuestiones que este hecho histórico ha producido, más allá del cambio en nuestra propia forma de vida. En lo que respecta a la materia aquí tratada, se llevaron a cabo, por ejemplo, modificaciones en los criterios de acreditación en Dependencia para garantizar la asistencia durante la crisis del COVID-19. El BOE, publicó el 25 de marzo de 2020, una Resolución de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, para modificar parcialmente los criterios comunes de acreditación y garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD durante la pandemia sanitaria. De ese modo, se plantea la posibilidad del reforzamiento de las plantillas con personas sin titulación, pero con experiencia en el cuidado de personas dependientes. La instrucción, anunciada por el Ministerio de Derechos Sociales y dentro de la Agenda 2030, recuerda que en el Consejo Territorial de SS.SS. y del SAAD del pasado 20 de marzo, se autorizó a la Secretaría de Estado de Derechos Sociales para modificar por razones de urgencia y de forma temporal, el Acuerdo de 27 de noviembre de 2008 sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD, con el fin de flexibilizar la acreditación y funcionamiento de los servicios mientras persista la situación de crisis por el COVID-19. Así, el Consejo Territorial, de conformidad con lo establecido en el art.34 de la LAAD, tiene atribuida la fijación de criterios comunes para la obtención de la acreditación de centros, servicios y entidades, sin perjuicio de las competencias de cada una de las CC.AA. y de la AGE (Imserso).”Ante la situación de pandemia derivada por el coronavirus y por razones de urgencia y de forma temporal, la modificación que ahora se propone pretende flexibilizar la acreditación y funcionamiento de los servicios de atención a la dependencia mientras persista la situación de crisis”, señala el BOE. Para ello, al Acuerdo de 2008, se incorpora un nuevo apartado que queda redactado en los siguientes términos: “5 bis. Régimen provisional y excepcional ante la situación de pandemia derivada del COVID-19. Cuando se acredite la no existencia de demandantes de empleo con las titulaciones específicas necesarias en la zona donde esté ubicado, bien el centro o institución social o bien donde se preste el servicio de A.P. o las labores de auxiliar de ayuda a domicilio, podrán desempeñar estas funciones personas que tengan alguna de las titulaciones exigidas para cualquiera de ellas. Si tampoco hubiera disponibilidad de demandantes de empleo con ninguna de las titulaciones antes señaladas, podrán desempeñar estas funciones personas que, careciendo de titulación, preferentemente, tengan experiencia en cuidado y atención de personas dependientes, debiendo las entidades prestadoras de servicios garantizar la supervisión y formación práctica en el puesto de trabajo para mejorar sus competencias profesionales”.

Este régimen excepcional estará vigente por un plazo inicial de tres meses a partir de ahora, pudiendo ser prorrogado por nuevo acuerdo del Consejo Territorial por sucesivos periodos de tres meses o inferiores en función de las necesidades organizativas y asistenciales derivadas de la evolución de la situación sanitaria. Por su parte, la existencia de los rebrotes vigentes, sigue forzando la labor legislativa, así el Decreto-ley 25/2020, de 16 de junio, de medidas extraordinarias en materia social y de carácter fiscal y administrativo, refiere en el Cap. 1 unas subvenciones de carácter extraordinario para la creación de un nuevo empleo en el ámbito de trabajo domiciliario de cuidados, dirigidas a facilitar la contratación de trabajadores en atención domiciliaria de personas mayores o en situación de dependencia, mientras los equipamientos residenciales estén afectados por la pandemia producida por COVID-19.

IV. ALGUNOS PRONUNCIAMIENTOS JURISDICCIONALES ESPAÑOLES

Varios son las sentencias dictadas por jueces y tribunales españoles en la materia que nos ocupa y que se quieren mencionar someramente. En la Jurisdicción Social. La responsabilidad por hecho propio de la persona con discapacidad generada en la PEAP y dirigida a la contratación de la actividad dio lugar a una reciente Sentencia del Juzgado de lo Social de Zaragoza, la nº 3/2019, de 10/01/2019, Rec. 726/2017 en la que se determina la obligatoriedad dar de alta al asistente personal de una persona con discapacidad, aunque trabaje sólo 1 hora al día. Según la sentencia, la persona dependiente (demandada), es condenada a pagar a la Seguridad Social (demandante) por tener trabajando a su asistente personal sin darle de alta en la Seguridad Social pues, en este caso, no era un cuidador profesional, sino un asistente o ayudante en los cuidados básicos diarios, lo que determina a juicio del tribunal, que no hay arrendamiento deservicios sino relación laboral como empleado del hogar. Es intrascendente que el empleador desconociese que no estaba dado de alta como autónomo o que estuviese percibiendo la prestación de desempleo. El Juzgado de lo Social núm. 2 de Zaragoza estima la demanda interpuesta por la TGSS y declara la existencia de relación laboral especial al servicio del hogar familiar, confirmando la condena de 1.039,85 euros por falta de cotización a la Seguridad Social. Lo que sucedió es que ambas partes consensuaron continuar la relación de empleo en el hogar en los mismos términos que los servicios anteriores, pero ya sin la intervención de la empresa proveedora de los mismos. Para el Juzgado, no son aplicables al caso las normas reguladoras de la dependencia. Únicamente estamos dilucidando si hay una auténtica relación laboral o no, para lo cual ha de acudir al R.D. Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y al R.D.1620/2011 de la relación especial del servicio doméstico. Esta sentencia, tras ser recurrida, ha sido ratificada en los mismos términos por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en Sentencia 858/2019 de 27 Septiembre. Es necesario añadir que, independientemente de la regulación laboral planteada, también se incumple en el caso de que hubiera sido juzgada la prestación por la dependencia, puesto que esta es de naturaleza finalista y la contratación, hay que recordar, nunca se hizo. En el ámbito Contencioso y, en relación con la responsabilidad de la Administración, la STS n.177/2018 de 23 de Enero de 2018 , que distingue en su F.J.1º que “Vemos, pues que no deja de existir un cambio en cuanto al alcance de la inactividad denunciada en vía administrativa tras la resolución del grado de dependencia, pues una cosa es la inactividad en el cumplimiento de la obligación de pago de la prestación económica unida al servicio de atención residencial, que tiene como presupuesto inmediato que dicha prestación haya sido reconocida en el PIA, y otra distinta es la inactividad en el cumplimiento de la obligación de aprobación de dicho Programa una vez remitida la propuesta por los SS.SS. del Ayuntamiento. Se trata de posibles supuestos de inactividad íntimamente relacionados pero que presentan diferencias de matiz que es preciso resaltar “Estableciendo en el F.J.5” Dicho en otras palabras, es el reconocimiento del derecho contenido en la resolución de aprobación del PIA el acto que genera el derecho de acceso a los servicios y prestaciones correspondientes, previstos en los arts.17 a 25 de la Ley”. Otra importante sentencia, fue la STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2012 (Rec. 598/2012) sobre la

Orden que regula la A.P. en esta Comunidad, ya que declara discriminatoria la regulación vigente de la A.P. y se posiciona la sentencia como uno de los mecanismos para defender los derechos de las personas con discapacidad reconocidos en la Convención. En particular, los menores de 16 años, mayores de 64 años, y personas con discapacidad intelectual que solicitaron la prestación de A.P. y se les denegó por motivos de edad o de discapacidad intelectual. Estos colectivos, tendrán una nueva oportunidad gracias a que la sentencia modifica el art.7 de la Orden ASC/471/2010 que regula la A.P. en Cataluña junto con la profesión del asistente personal y la ampliación del nivel de protección del Sistema Catalán de Autonomía y Atención a la Dependencia. A partir de la Sentencia, el sentido normativo es reconocer el derecho a la A.P. sin discriminación por edad o tipo de discapacidad²⁵. En el ámbito Constitucional, también destacan especialmente, los recursos de inconstitucionalidad presentados por algunas CC.AA. en relación con el RDL 20/2012 de 13 de junio²⁶. Uno de ellos, fue el resuelto por el Pleno del Tribunal Constitucional, en Sentencia nº 18/2016, de 4 de febrero, el recurso de inconstitucionalidad 1983-2013. Interpuesto por la Generalidad de Cataluña en relación con varios preceptos del R.D.L. 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad. El pleno, considera que el precepto habilita para que una determinada prestación económica, la de A.P. pueda ser reconocida a todas las personas en situación de dependencia con independencia de su grado. Es claro, para el Tribunal, que la ampliación del campo subjetivo de esta prestación que ha introducido la reforma del art. 19 de la LAAD no vulnera el art. 149.1.1 CE, en la medida que determinar las posibles personas beneficiarias de las prestaciones del sistema, forma parte de las condiciones básicas para garantizar la igualdad en relación con el acceso a las prestaciones del sistema de atención a la dependencia que al Estado corresponde establecer.²⁷

1. La prestación por Asistencia Personal de la persona dependiente y los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social. La STJUE de 25 de julio de 2018

La L.O. 7/2015 de 21 de julio ha modificado la LOPJ añadiendo el art. 4 bis, según el cual los Jueces y Tribunales aplicaran el derecho de la UE de conformidad con la jurisprudencia del TJUE. El criterio interpretativo del Tribunal Supremo establecido en la STS núm. 634/2017 de 14 julio y desarrollado en Sentencia de Sala General de 8 de junio de 2016 (Rec. 207/2015) es el siguiente: A) El principio de primacía del Derecho de la U.E. aceptado por la Constitución Española en virtud de su art. 93 (STC 145/2012, de 2/Julio, FJ 5).B) Conforme con el art. 234 del Tratado de la CE, la doctrina establecida por el TJUE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el Tribunal Supremo y ha de acatarla”. El Reglamento (CE) nº 883/2004 entró en vigor el 1 de mayo de 2010 y actualmente se aplica solo en la UE junto con el Reglamento (CE) nº 987/2009 (Reglamento de aplicación), forman el paquete legislativo que establece la “coordinación modernizada” de los regímenes de seguridad social. En el panorama de la protección social de los migrantes en Europa, destaca también, la propuesta anunciada por la Comisión de diciembre de 2016²⁸. Para determinar el marco global de la prestación de A.P. en el seno de la U.E. en la actualidad, se hace necesario referenciar varios vectores estratégicos: 1º se excluye la asistencia social de la cobertura a prestar por los Estados Miembros. 2º existe un proyecto de modificación en la propuesta de reforma de la Comisión de 13 de diciembre de

²⁵ MONTAÑEZ HEREDIA, S: “La asistencia personal y su cumplimiento. Observaciones del Comité de Naciones Unidas sobre el art. 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”. *Revista Anales de Derecho y Discapacidad*, nº. 4, 2019, págs. 67-87

²⁶ Pleno. Sentencia 36/2016, de 3 de marzo de 2016. Recurso de inconstitucionalidad 5763-2012. Interpuesto por el Parlamento de Navarra. Otros objetos de recurso fueron los límites a los decretos-leyes, las competencias sobre condiciones básicas de igualdad, ordenación general de la economía, comercio y función pública; la autonomía financiera de las CC.AA.: referentes a la nulidad de los preceptos legales estatales relativos a los arts. objeto de venta en rebajas, en promoción o en oferta.

²⁷ Esta sentencia contó con los votos particulares de 4 Magistrados.

²⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4301_es.htm

2016 sobre las prestaciones de larga duración (dependencia). En este sentido se plantea incluir expresamente las prestaciones por desempleo, las prestaciones sociales, los controles en la coordinación en materia de seguridad social y las prestaciones de larga duración (dependencia) que las regula fuera de la enfermedad. Esta, parece ser la nueva perspectiva elegida por el TJUE (Sala Quinta) Caso A. En la Sentencia de 25 de julio de 2018. JUR\2018\215281 sobre el derecho de los ciudadanos de la U.E. a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros. El peso jurídico se concluye certeramente por el Tribunal, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el Estado de residencia de A que es quien inicia el procedimiento. El profesor Monereo²⁹, en su art. de investigación sobre jurisprudencia europea, pone de manifiesto que “es necesario establecer una relación con la denegación de una prestación de asistencia social resolviendo el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales: 1) ¿Constituye una prestación como la asistencia [personal] prevista en la Ley sobre servicios para personas con discapacidad una “prestación de enfermedad” en el sentido del art. 3, apartado 1, del Reglamento no 883/2004?; 2) ¿Se produce una restricción del derecho de los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, consagrado en los arts. 20 TFUE y 21 TFUE, cuando la concesión en el extranjero de una prestación como la asistencia [personal] prevista en la Ley sobre servicios para personas con discapacidad no está regulada de forma específica y los requisitos para la concesión de la prestación se interpretan de manera que la asistencia [personal] no se concede en otro Estado miembro en el que una persona cursa estudios superiores de tres años para obtener una titulación?. Y ¿Puede estar limitada la circulación por el interés general de supervisar la prestación?”. En relación a la primera, destaca el Tribunal que el art. 3, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, en su versión modificada por el Reglamento (CE) n.º 988/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, debe interpretarse desde el hecho de que una prestación como la A.P. no tiene cabida en el concepto de «prestación de enfermedad» en el sentido de dicha disposición y, por tanto, está excluida del ámbito de aplicación de ese Reglamento³⁰. Es, al resolver la segunda cuestión prejudicial, cuando establece los criterios en que se configura entonces el derecho a la prestación y a su mantenimiento, centrándose en defender la libertad de circulación de los ciudadanos en el seno de la Unión. Recuerda que los arts 20 y 21 del TFUE, se oponen a que, en base a la competencia del Estado, se anule esta posibilidad de movilidad a sus residentes por el hecho de realizarla³¹. El concepto de ciudadanía europea añade una nueva perspectiva en la protección de los derechos sociales y, este hecho, tampoco intercede en la supervisión del Estado residente de sus beneficiarios, pues estamos hablando de una prestación con naturaleza y contenido establecido para la autonomía de las personas con independencia de sus niveles de ingresos. Es, en esta invocación de los derechos más allá de las prestaciones, donde se materializa el verdadero espíritu de la UE al convertirse su Tratado en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros. Añade el tribunal otro basamento en el mantenimiento de la prestación de A.P. en el caso concreto pues, se requiere desde el prevalente derecho a la educación y la movilidad del alumnado³². El tercer pilar de la decisión, lo conforma los objetivos de inclusión social y laboral de una persona con movilidad reducida, quedando obligado el Estado de residencia de A, a prestar y mantener los servicios necesarios para ello que le estaban reconocidos. Las competencias de la U.E. en materia de protección social en sus inicios, se concretaba sobre la libre circulación de personas trabajadoras. A partir de 2011 con la incorporación de nuevos socios europeos e interrelaciones de Sistemas, el escenario de actuación es más complejo, particularmente cuando se amplían o se

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.: “La ciudadanía de la Unión y la libertad de circulación y residencia como derechos prevalentes en el sistema social de la Unión Europea: la imposibilidad de denegar asistencia personal con motivo de su estancia en otro Estado miembro”. *Diario La Ley Unión Europea* Nº 63, 2018. Págs.3-5.

³⁰ MONTAÑEZ HEREDIA, S.: “La asistencia personal y su cumplimiento. observaciones del comité de naciones unidas sobre el art. 19 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. *Revista Anales Fundación Derecho y Discapacidad*. IV Edic. 2019, págs. 67-87.

³¹ STJUE de 26 de febrero de 2015, M, C-359/13), EU:C:2015:118, apartado 26.

³² STJUE de 26 de febrero de 2015, M, C-359/13), EU:C:2015:118, apartado 27

restringen contingencias en los Reglamentos Comunitarios como reacción ante la mayor migración de la ciudadanía de todos los países. En lo que nos respecta, el marco global de la A.P. se proyecta desde una triple dimensión: -La exclusión de la asistencia social de la cobertura a prestar por los Estados miembros tiene la problemática añadida de determinar el ámbito objetivo que la encuadra frente a la de Seguridad Social. Esta, según Sánchez Rodas, consiste en implantar las condiciones más favorables para llevar a cabo la libertad de circulación y empleo de los trabajadores comunitarios en el territorio de cada uno de los Estados miembros y por lo tanto se encuadran en la coordinación comunitaria³³. Respecto al concepto de asistencia social y tras la Directiva 2004/38, se corresponde con las ayudas establecidas por las autoridades en los supuestos de ausencia de recursos suficientes para las ABVD (STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-140/12, caso Brey). La exportación de la prestación se reconoce en virtud del concepto de ciudadanía de la U.E. relativo al principio de libre circulación del TFUE. Por ello, declara que este criterio de prevalencia se opone a que un residente de un Estado miembro gravemente discapacitado se le deniegue, por su municipio de residencial, una prestación como la A.P. controvertida en el litigio principal con motivo de su estancia en otro Estado miembro para cursar estudios superiores³⁴. Este cambio de perspectiva se posiciona en la jurisprudencia que consideraba desde la Sentencia Molenaar en 1998 del riesgo de dependencia y la naturaleza de prestaciones en especie del seguro, que daba derecho al pago directo de determinados gastos de dependencia derivados de la situación de la propia persona asegurada. Otra STJUE de 8 de marzo de 2001³⁵ en virtud del derecho internacional de la UE, se consideró exenta del requisito de residencia del derecho austriaco y se admitió la portabilidad de la cuantía por enfermedad. En la Sentencia de 25 de julio de 2018 comentada, el derecho a la libre circulación de la ciudadanía europea en nada pone en peligro el equilibrio del sistema de seguridad social del Estado finlandés porque la persona resida en otro Estado miembro de manera temporal y para realizar estudios superiores, volviendo a su residencia habitual los fines de semana en compañía siempre de su asistente personal debido a su discapacidad con graves problemas de movilidad. Asimismo, tampoco está justificada la restricción del Estado sueco a la libre circulación del ciudadano en cuestión. Por su parte el Reglamento 883/2004 incluyó el precepto 34 Acumulación de prestaciones asistenciales de duración indeterminada (dependencia). Referente al caso de que un titular de prestaciones asistenciales 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 art. 21 o del art.29 tenga, simultáneamente 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 art.35, será de aplicación la disposición general de no acumulación de prestaciones establecida en el art. 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. En el punto 2, la Comisión administrativa establecerá la lista de prestaciones en metálico y en especie a las cuales serán aplicables las disposiciones del apartado 1. Y el punto 3. Que determina que 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. La Comisión de 13 de diciembre de 2016 y su proyecto de reforma del Reglamento 883/2004 en su versión modificada nº 988/2009, plantea incluir expresamente la dependencia regulándola fuera del concepto de la enfermedad. El núcleo de la propuesta es la equidad, estableciendo para ello una relación más estrecha entre el lugar en el que se abonan las cotizaciones y aquel en el que se solicitan las prestaciones, lo que pretende garantizar una distribución equitativa de la carga financiera entre los Estados miembros, En lo referente a las prestaciones

³³ SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C: " Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 64, 2005, pág. 116.

³⁴ (F.79; 80.1y2).

³⁵ (F.Jauch,C-215/99)

asistenciales de duración indeterminada (dependencia), la propuesta aclara qué son estas prestaciones y cuándo pueden los ciudadanos desplazados reclamarlas, dotando así de mayor seguridad jurídica a un colectivo creciente en las sociedades en proceso de envejecimiento. Todo ello viene a demostrar, en definitiva, la evolución hacia el modelo social mencionado de la discapacidad cuando hablamos de libre circulación de los ciudadanos comunitarios y de acceso a las prestaciones de asistencia social de personas que disfrutaban de un envejecimiento activo, sin cortapisas requisitorias.

V. CONCLUSIONES

A propósito de la figura de la A.P. dentro del SAAD y su correspondencia al hablar de personas con discapacidad, en realidad se puede observar la diferencia del trato que hacia la autonomía privada hay en las dos normativas coexistentes en el ordenamiento jurídico español: La Convención y la LAAD. Una de las cosas que tiene la regulación de la primera norma es la V.I. mientras que, en la segunda, la escasez de la libre elección es manifiesta en el Sistema al que se refiere. Dando un paso más, tan sólo la libre elección se plantea en el acceso al recurso residencial resultando ser, en muchos casos, una decisión más familiar que personal debido a la situación de gran dependencia que tiene la persona beneficiaria. Este déficit de adaptación recae directamente en la dignidad de la persona y se extiende desde el ámbito estatal al autonómico y local en su desigualdad. No existe la libre decisión en la configuración de la A.P. en un modelo jerarquizado y estructurado según presupuestos y competencias de gestión pública. ¿Se hace necesario, por tanto, la modificación legal de la materia? Sin duda, sería deseable un cambio hacia lo que podría pasar a denominarse como “Ley de promoción de la autonomía y de intervención en la dependencia” contando con el consenso de las CC.AA. que mejor han gestionado el tema junto con las demás, aprovechando la sinergia de lo ocurrido para mejorar los resultados y el contenido de la libre elección con el bagaje internacional de la Convención. Sistema proactivo e inclusivo con la participación de la persona titular de los derechos como concepto más acorde que el de beneficiaria de la prestación pública estructurada y preestablecida. Por otro lado, existen ejemplos de antinomias jurídicas que creemos que deben ser resueltas desde una nueva regulación de promoción de la autonomía y de intervención en la dependencia de forma tal que se eliminen: junto a ello, se hace necesario también la unificación normativa debido a las dispersiones y variabilidades existentes y la razón no es otra que la repercusión, que, en el campo de los derechos fundamentales, tiene el tema que tratamos. Así, como se ha visto, en la propia definición de la dependencia al extender incorrectamente el art. 2 de la LAAD in fine la dependencia a... “el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, que necesiten de otros apoyos para su autonomía” Más bien, cabe pensar que realmente serán dependientes, las personas con discapacidad que no hayan recibido los apoyos necesarios para su libre elección, siendo un campo de cultivo para las influencias indebidas y la actuación en contra de sus propios intereses. Por otra parte, se ha mencionado el R.D. 291/2015, de 17 de abril, que, en su art. único, realiza una modificación del R.D. 1051/2013, de 27 de diciembre, que incluye, tras años de vigencia de la LAAD, los apoyos como servicios de promoción de la autonomía. A esto, se debería añadir que también lo son la PEAP como manifestación del derecho a la V.I. y a la inclusión en la comunidad, debiéndose realizar desde el ámbito laboral una regulación de esta figura cada vez más en consonancia con la actualidad que lo demanda. En definitiva y, por medio de toda esta conjugación de factores expuesta, se puede entender mejor el planteamiento de la cuestión de los derechos sociales como transdisciplina, pues va más allá de los aspectos estrictamente económicos o requisitorios que inundan el Sistema para su aplicación adecuada en condiciones de igualdad. Junto a ello, la multidisciplina supone que cada especialidad – véase medicina, trabajo social, o psicología –, desarrollan su análisis de manera autónoma e inconexa con las demás. Por su parte la interdisciplina va aunando los contenidos de las distintas áreas en aquello que les une para un dictamen final determinado (valoración de la discapacidad, por ejemplo), mostrándose como la suma de los factores intervinientes en el proceso de entrevistas- diagnósticos. Con la transdisciplina, sin embargo, se debe aspirar a un conocimiento - resultado que tenga en cuenta

la situación en el terreno como conciencia real de los derechos junto con la legislación y políticas en vigor, para llegar a los mecanismos y recursos, como un todo y con formas de intervención relacional. Son, por tanto, soluciones planteadas desde la perspectiva humana-institucional en su totalidad y desde el compromiso social por parte de las administraciones públicas, los operadores jurídicos y el tercer sector³⁶. A veces, en materia de promoción de la autonomía dos más uno no sólo son tres, sino que debe proporcionarse algún ajuste del cuatro o del cinco para considerar la racionalidad práctica en la aplicación del derecho como ajuste razonable en el acercamiento de la LAAD a la Convención. Varios van a ser los puntos de un breve análisis. En primer lugar, podemos preguntarnos ¿cómo, si se ha admitido que cada CC.AA gestione según corresponda en el PIA no se hace más patente la adecuación del derecho según deseo y necesidad? Hablamos de la transposición del “traje a medida” que, desde la discapacidad, sería excelente trasvasar a la promoción de la autonomía en la intervención de la dependencia. No como mero trámite, sino como intervención convenida de partida referida y acordada con los SS.SS. bajo una accesibilidad universal, incluyendo la accesibilidad cognitiva. Por lo que se debe decir que el PIA, debería concretarse de común acuerdo entre la persona titular del derecho y los SS.SS., que determinarán las medidas de apoyo e intervención más adecuadas dentro del Sistema. En caso de no ser posible el acuerdo, se atenderían a las prestaciones y servicios más cercanos a las preferencias manifestadas. Respecto al asistente personal, la prestación y/o el servicio debe llevarse a cabo por personas con la certificación 100% profesional, según el Acuerdo de 7 de octubre de 2015 por el que se modifica parcialmente el Acuerdo del Consejo Territorial de 27 de noviembre de 2008, sobre acreditación de centros y servicios del SAAD. La idea de lograr una vida lo más independiente posible de la persona con discapacidad o en situación de dependencia, se hace facilitando su acceso a aspectos tan importantes como la formación, la participación en la comunidad, la cultura, el ocio o el tiempo libre y con la mayor calidad de vida posible para ambas partes. Todo ello, conforme al art. 2 de la LAAD que al definir la autonomía habla de la posibilidad de tomar las propias decisiones, lo que falta es añadir que pueden hacerlo las personas por sí mismas, por medio de sus representantes, progenitores (también la A.P. existe para la minoría de edad), o de los apoyos necesarios que necesite para ello³⁷. A modo de otros elementos diferenciadores se deberían destacar:

- 1) La financiación para la A.P. debe proporcionarse sobre la base de criterios personalizados y tener en cuenta las normas de derechos fundamentales para el empleo decente.
- 2) Debe basarse en una evaluación conjunta de necesidades individuales y de las circunstancias de la vida de cada persona usuaria a corto y medio plazo.
- 3) El contenido prestacional tendrá que ser dirigido por la persona titular del derecho, lo que significa que puede contratar el servicio de una variedad de proveedores o actuar como un empleador. Teniendo validez del reconocimiento en todo el territorio nacional.
- 4) La A.P. es una relación de persona- necesidades- proyectos, resultando imprescindible la supresión de las limitaciones por edad existentes.
- 5) Las personas que asisten personalmente deben ser reclutadas, entrenadas y supervisadas por la persona que recibe A.P. Los asistentes personales no deben ser “compartidos”.
- 6) La regulación de la prestación debe hacerse dentro del ámbito del Derecho Laboral desde el Estatuto de los Trabajadores, con una regulación específica y la inclusión en la Clasificación Nacional de Ocupaciones (CNO).
- 7) En el ámbito de la Seguridad Social, es deseable el encuadre preciso de la A.P. con Grupo de Cotización y Clasificación Nacional de Actividades Económicas (CNAE).
- 8) Mejoraría la calidad del trabajo incluir la figura en el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales con una unicidad de formación profesional de ámbito estatal.
- 9) Reconocimiento a través del procedimiento de evaluación y acreditación las competencias profesionales adquiridas en base a la experiencia laboral o a vías no formales.
- 10) Configuración del PIA con carácter previo,

³⁶ MONTAÑEZ HEREDIA, S.: “El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia”. *Revista: Anales de derecho y discapacidad*, n.º. 2, 2017, págs. 63-86.

³⁷ Interpretación extensible al art. 3 letra h) al hablar de la promoción de condiciones precisas para que las personas en situación de dependencia puedan llevar una vida con el mayor grado de autonomía posible y el apartado k) como participación realmente activa en la decisión como parte de los principios inspiradores del Sistema. También aplicable al art. 4 en sus apartados e), f), h), i) para participación, ya sea a título individual o mediante asociación.

bilateral y concertado entre las partes en igualdad de posiciones, donde tan sólo prevalecerá el criterio público en caso de disenso y que estará condicionado a la voluntad manifestada por la persona Titular del Derecho. Para finalizar y, a results de lo expuesto, me reafirmo en la necesidad de promover la creación de una Convención de Personas Mayores que, junto a la existencia de un Relator Especial y un Comité que vele por sus Derechos, lleven a cabo el impulso para este colectivo que, para la discapacidad, supuso la Convención del 2006, contando además con la inestimable ventaja de un resultado en fortalezas y debilidades desde el mismo punto de partida.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- MALDONADO MOLINA, J.A.: *Los sistemas protectores de la dependencia*, Universidad de Granada, 2013.
- MALDONADO MOLINA, J.A.: *Situación de la Asistencia Personal en España*. Informe Predif. I Edición. 2015.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P: “La ciudadanía de la Unión y la libertad de circulación y residencia como derechos prevalentes en el sistema social de la Unión Europea: la imposibilidad de denegar asistencia personal con motivo de su estancia en otro Estado miembro”. *Diario La Ley Unión Europea* Nº 63. 2018.
- MONTAÑEZ HEREDIA, S.: “El derecho a la autonomía personal como garantía de los derechos humanos de las personas con discapacidad y en situación de dependencia”. *Revista: Anales de derecho y discapacidad*, nº. 2, 2017.
- MONTAÑEZ HEREDIA, S: *La asistencia personal y su cumplimiento Observaciones del Comité de Naciones Unidas sobre el artículo 19 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Revista Anales de Derecho y Discapacidad, nº. 4, 2019.
- RODRÍGUEZ, G., MARBÁN, V.: *La atención a la dependencia en una perspectiva europea: de la asistencialización a la cuasi-universalización*. En: Los Estados de bienestar en la encrucijada: políticas sociales en perspectiva comparada. Madrid, Editorial Tecnos. 2013.
- SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: “Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm.64, 2005.