

## La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional

### The social protection of long-term care in Portugal. A comparative, european and international law study\*

MÁRIO SILVEIRO DE BARROS

DOCTOR INTERNACIONAL EN DERECHO

#### Resumen

En materia de protección social de la dependencia, Portugal es un Estado sujeto no sólo al artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sino también al artículo 23 de la Carta Social Europea. Portugal, sin embargo, sólo cumple aparentemente o formalmente los dos preceptos recién citados, en materia de protección social por dependencia. Ello se debe a que las normas reguladoras del tema en el ordenamiento portugués de seguridad social son, de un lado, una promulgada en 1999, que es simplemente una mera puesta al día del complemento de la pensión por incapacidad permanente que cobran en Europa los grandes inválidos, y de otro, una norma de 2006, que amplía la asistencia sanitaria (materialmente, con prestaciones a largo plazo), para dependientes que se encuentren por debajo de un determinado nivel de rentas, pero no (a diferencia de lo que sucede en otros países europeos, a los que también se refiere este trabajo) una norma orientada a hacer frente al problema del envejecimiento de la población en que se encuentra actualmente inmersa la sociedad portuguesa.

#### Abstract

Regarding the matter of long-term care social protection, Portugal is a State subjected to article 34 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and to article 23 of the European Social Charter. However, Portugal only complies apparently or formally with the above mentioned two provisions, in the matter of long-term care social protection. This is due to the fact that the provisions that rule such matter in the Portuguese social security legal regime are, from one side, one enacted in 1999, which is only a mere updating of the supplement of the pension for permanent disability earned in Europe by severe handicapped, and from another side, a law enacted in 2006, which expands health care (namely with long-term benefits), to dependents that are found under a certain level of income, and not (in contrast to what happens in a number of European countries, also studied in this work) a provision aimed to face the problem of the old-aging of population that affects the Portuguese society nowadays.

#### Palabras clave

Carta Social Europea; Dependencia; Derecho comparado; Portugal; Unión Europea

#### Keywords

European Social Charter; Long-term care; Comparative Law; Portugal; European Union

## 1. LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Este año se cumplen casi diecisiete años desde que se proclamó por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, en cuanto que derechos fundamentales de la Unión

\* Traducción al castellano, desde el portugués original («A proteção social por dependência em Portugal. Um estudo de Direito comparado, comunitário europeu e internacional»), realizada por Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela, al amparo del proyecto de investigación estatal DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

Europea, la «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»<sup>1</sup>. La Carta<sup>2</sup>, en su versión original, tuvo que ser adaptada y sustituida siete años después, siendo aprobada por dichos órganos en 2007, entrando en vigor el 1 de diciembre de 2009, con el Tratado de Lisboa<sup>3</sup>. Desde su primera proclamación, en 2000, hasta la integración jurídica en el Tratado de Lisboa, la Carta suscitó controversias sobre su carácter jurídico, cuestión que quedó resuelta con el precepto que consta en el artículo 6, núm. 1, del Tratado UE, que estableció que «La Unión reconoce los derechos, las libertades y los principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ... que tienen el mismo valor jurídico que los Tratados». En Portugal, la eficacia y recepción de tal Carta de Direitos fundamentais las confiere la Constitución de la República Portuguesa<sup>4</sup>, que establece que «las disposiciones de los tratados que rigen la Unión Europea y las normas emanadas de sus instituciones, en el ejercicio de sus respectivas competencias, son aplicables en el ordenamiento interno, en los términos definidos por el Derecho de la Unión, en relación con los principios fundamentales del Estado de Derecho democrático»<sup>5</sup>, norma esta que consagra, a nivel constitucional, un sistema de recepción automática y pleno de las normas internacionales en el ordenamiento jurídico portugués, así como un reconocimiento de la primacía del Derecho de la Unión Europea<sup>6</sup>.

2. En el Título IV denominado «Solidaridad», la Carta estableció en el núm. 1 del artículo 34, bajo el epígrafe «Seguridad Social y asistencia social», derechos de acceso a prestaciones de Seguridad Social para la protección, entre otros riesgos clásicos de Seguridad Social, de los casos de «dependencia o vejez». Este derecho a prestaciones de Seguridad Social para la protección de la contingencia de la *dependencia*, está estrechamente conectado, por un lado, con los principios de la igualdad y no discriminación<sup>7</sup>, cuando allí se afirma que se prohíbe toda forma de discriminación «por razón de la edad», y además, con el reconocimiento y respeto por la Unión Europea del «derecho de las personas mayores a una existencia digna e independiente»<sup>8</sup>, previstos en el Título III de la Carta, bajo el rótulo «Igualdad». Esta disposición, al igual que los demás derechos reconocidos por la Carta, tiene como destinatarios las instituciones, órganos y organismos de la Unión, en observancia del principio de subsidiariedad, siendo también aplicable por los Estados Miembros, estos con una limitación importante, esto es, sólo cuando apliquen el Derecho de la Unión<sup>9</sup>. Por eso, no

<sup>1</sup> El texto actual de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea puede consultarse en el JO C 202, 7.6.2016, pp. 389-405, sustituyendo la versión original publicada en el JO 2000/C 364/01 de 18.12.2000.

<sup>2</sup> Sobre la Carta, en la doctrina portuguesa, véase C.J. FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3ª ed., Almedina (Coimbra, 2015), pp. 195 y ss.; M.L. DUARTE, *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias II*, Coimbra Editora (Coimbra, 2006), pp. 255 y ss.; y V. MOREIRA (Coordinador), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra Editora (Coimbra, 2001), pp. 5 y ss.

<sup>3</sup> Señaladamente, con la entrada en vigor del artículo 6, núm. 2, del Tratado de Lisboa.

<sup>4</sup> Constitución de la República Portuguesa, aprobada por el Decreto de 10 de abril de 1976, que puede consultarse, al igual que toda la legislación portuguesa, en el sitio del Diario de la República on-line, en [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

<sup>5</sup> Artículo 8, núm. 4, norma equivalente del artículo 96 de la Constitución Española.

<sup>6</sup> Sobre este sistema de recepción automática y plena del Derecho Internacional, en Portugal, véase, entre otros, J. MIRANDA y R. MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005), pp. 86 y ss., así como J.J. GOMES CANOTILHO y V. MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4ª ed., Coimbra Editora (Coimbra, 2007), pp. 251 y ss.

<sup>7</sup> Artículos 20 y 21 de la Carta.

<sup>8</sup> Artículo 25 de la Carta.

<sup>9</sup> Cfr. artículo 51, núm. 1 de la Carta. A propósito de este precepto, resaltando que la Carta no constituye todavía un *Bill of Rights* de la Unión, véase FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, cit., p. 212, sosteniendo

(...)

existen dudas hoy sobre que este derecho de acceso a prestaciones en caso de dependencia, tiene fuerza obligatoria, o sea, es vinculante de la misma forma que es obligatorio el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>10</sup>. Aparte esto, la Carta se cita y es cada vez más aplicada por los diversos Tribunales nacionales de los Estados Miembros, como fuente de derechos fundamentales (incluso a veces fuera del Derecho de la Unión Europea), como se reconoce en diversos informes anuales aprobados por la Comisión<sup>11</sup> y por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>12</sup>, que citan las diversas decisiones judiciales nacionales que hacen referencia a la Carta, incluyéndose, entre estos Tribunales, el propio Tribunal Constitucional portugués, también en materia de seguridad social<sup>13</sup>.

3. La Carta de los derechos fundamentales constituye uno de los documentos más importantes del Derecho Internacional sobre los derechos de la persona, en virtud del cual se reafirmó que la Unión Europea se basa en los «valores indivisibles y universales de la dignidad del ser humano, de la libertad, de la igualdad y de la solidaridad»<sup>14</sup>. Estos derechos fundamentales consagrados en la Carta derivan de las tradiciones constitucionales y de las obligaciones internacionales comunes a los Estados Miembros, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de las Cartas Sociales aprobadas por la Unión y por el Consejo de Europa, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>15</sup>. El reconocimiento del derecho de acceso a la prestación de Seguridad Social para la protección de la dependencia y el principio de promoción de la autonomía de las personas mayores y no discriminación por razón de edad, se inspiró –como se reconoce por el *Praesidium* de la Convención que elaboró el proyecto de Carta– en los artículos 19, 153 y 156 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el artículo 14 del CEDH, en los artículos 12 y 23 de la Carta Social Europea Revisada y en los puntos 10, 24 y 25 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores<sup>16</sup>. Esta protección frente a la dependencia y el derecho a la no discriminación en función de la edad, se derivan del reconocimiento de estas contingencias realizado por las más altas instancias internacionales, entre otras, por las Naciones Unidas, a través de la aprobación de

---

que, si la Carta tuviese dicha naturaleza de *Bill of Rights*, los derechos allí consagrados «deberían ser invocables en la Unión por todos los ciudadanos de la Unión frente cualquier ofensa que fuese dirigida contra ellos por cualquier autoridad de la Unión o de los Estados miembros», lo que no sucede, por causa de la previsión del referido artículo 51, núm. 1, de la Carta. Véase también M.L. DUARTE, *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, cit., pp. 266 y ss.

<sup>10</sup> Artículo 51, núm. 1, de la Carta, y artículo 6 del TUE y TFUE.

<sup>11</sup> Informes anuales aprobados por la Comisión de la UE sobre la aplicación de la Carta, que pueden consultarse en [http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/charter/application/index_en.htm).

<sup>12</sup> Pueden consultarse las decisiones del TJUE y de Tribunales nacionales que citan diversos preceptos de la Carta, en el sitio de la Agencia, en <http://fra.europa.eu/pt/charterpedia>.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 296/2015, sobre la prestación social de seguridad social RSI (renta social de inserción), disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>.

<sup>14</sup> Párrafo 2 del Preámbulo de la Carta, reconociéndose que en este Tratado se compilaron en un solo documento derechos civiles, políticos, sociales, culturales y económicos.

<sup>15</sup> Cfr. párrafo 5 del Preámbulo, y artículo 52, núms. 3 y 4 de la Carta.

<sup>16</sup> Cfr. Anotaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicadas en JO C 303/17 de 14.12.2007.

los Principios de las Naciones Unidas para las Personas Mayores<sup>17</sup> y la creación del «Open-ended Working Group on Ageing [*Grupo abierto sobre envejecimiento*]», por diversas Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>18</sup>, y por las Resoluciones y Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa<sup>19</sup>.

## 2. LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REGULADOS EN EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN ALEMANIA, FRANCIA Y ESPAÑA

4. En Alemania, la realización del derecho de acceso a la prestación por dependencia fue muy pronto regulada por el legislador germano, con la promulgación de la Ley para el Seguro Social del Riesgo de Dependencia de 26 de mayo de 1994 (*Gesetz zur sozialen Absicherung des Risikos des Pflegebedürfnisses*), ley que vino a promulgar el Libro XI del Código de Seguridad Social<sup>20</sup>, correspondiente a lo que la doctrina denomina Quinto Pilar [*fünfte Säule*] de la Seguridad Social contributiva alemana. Esta ley que entró en vigor progresivamente a partir de 1 de enero de 1995, en su redacción vigente y actual<sup>21</sup>, podemos caracterizarla como verdaderamente innovadora, protectora y creadora de un modelo sostenible<sup>22</sup> de protección social de los dependientes y de los mayores. Afirmamos esto, por las siguientes razones, que caracterizan, de manera llamativa, esta ley: en primer lugar, establece una protección social con carácter contributivo, previéndose que los recursos del seguro de dependencia se financiarán a través de cotizaciones [*durch Beiträge*], así como con otros recursos<sup>23</sup>; en segundo lugar, establece la necesidad de creación y definición de cinco grados de dependencia, estableciendo igualmente que la caja gestora de la dependencia deberá, *imperativamente*, decidir la solicitud en el breve plazo de cinco semanas<sup>24</sup>; en tercer

<sup>17</sup> Adoptado por la Resolución núm. 46/91 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1991, que enuncia como derechos de las personas mayores, entre otros, el derecho a la independencia y asistencia, disponible en [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/46/91](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/46/91).

<sup>18</sup> Recomendación núm. R(94)9 que se refiere, entre otras medidas, a que los Estados adopten medidas preventivas sobre la dependencia, para proteger el derecho a la autodeterminación y la adopción de sistemas de protección social que eviten la exclusión social de las personas mayores. Recomendación Rec.(2009)6, que se refiere a medidas sobre envejecimiento y deficiencias en el siglo XXI. Y ya, después de la aprobación de la Carta, la Recomendación CM/Rec(2014)2 sobre la promoción de los derechos humanos de las personas mayores.

<sup>19</sup> Recomendación 1796 (2007) sobre la situación de las personas mayores en Europa; Recomendación 1749 (2006) y Resolución 1502 (2006) sobre desafíos demográficos para la cohesión social; Recomendación 1591 (2003) sobre los desafíos para las políticas sociales en las Sociedades envejecidas en Europa; y Recomendación 1418 (1999) sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y la muerte.

<sup>20</sup> Sobre este seguro social de dependencia en el Derecho alemán, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», *Revista de Derecho Social*, núm. 72 (2015), pp. 59 y ss. Y sobre la aprobación del Libro XI, regulador del seguro social de dependencia y sus más recientes modificaciones, véase A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», en «*Liber amicorum*» José Ignacio García Ninet, (2017), en prensa.

<sup>21</sup> En su redacción actual, puede consultarse en Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*), Parte I, de 26 de mayo de 1994, pp. 1014 y ss., disponible en <https://www.bgbl.de>.

<sup>22</sup> Caracterizando este modelo sostenible de protección social, con un análisis comparativo con el modelo español, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», cit., pp. 59 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. parágrafo 54, núm. 1. Nótese que actualmente la cotización es un 2,35 % de las rentas del asegurado sujetas a cotización.

<sup>24</sup> Cfr. parágrafo 18.

lugar, la cotización por dependencia es cuasi universal<sup>25</sup>, visto que cotizan para este seguro no sólo los activos vinculados por una relación laboral<sup>26</sup>, sino también los pasivos, entre los cuales se encuentran los pensionistas<sup>27</sup>, beneficiarios del subsidio de desempleo y de la prestación social de desempleo<sup>28</sup>, estableciéndose incluso un complemento de cotización para los mayores de 23 años que no tengan hijos<sup>29</sup>; en cuarto lugar, establece una reglamentación detallada del sistema de copago [*Zuzahlung*] por el beneficiario<sup>30</sup>; por último, la sostenibilidad del sistema se reforzó con la creación en 2014<sup>31</sup> de un fondo especial de reserva (de capitalización) de este seguro social de dependencia<sup>32</sup>, denominado fondo de atención al seguro social de dependencia [*Pflegevorsorgefonds*], para garantizar la sostenibilidad del sistema dentro de veinte años.

5. Siguiendo de cerca iguales preocupaciones que sus vecinos alemanes, Francia aprobó en 1997 la protección social por dependencia, en cuanto que modelo no contributivo, en aquella fecha<sup>33</sup>. Este modelo resultó alterado en 2004<sup>34</sup>, creándose una cotización específica por dependencia, de responsabilidad exclusiva de los empresarios<sup>35</sup>, ampliándose posteriormente dicha obligación a los pensionistas<sup>36</sup>; ley esta que creó la estructura financiera, posibilitante de la reciente aprobación de la Ley núm. 2015-1776 de 28 de diciembre, «relativa a la adaptación de la sociedad al envejecimiento [*relative à l'adaptation de la société au vieillissement*]». Esta última ley ya coloca en su artículo primero, como algo destacado, la siguiente regla general y transversal reveladora de la importancia del tema, de que «la adaptación de la sociedad al envejecimiento es un imperativo y una prioridad del conjunto de las políticas públicas de la Nación [*L'adaptation de la société au vieillissement*

<sup>25</sup> A este respecto, véase A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», cit., en prensa.

<sup>26</sup> Cfr. párrafo 58, núm. 1 do Libro XI. En este caso, el empresario y el trabajador cotizan a partes iguales.

<sup>27</sup> Cfr. párrafo 59, núm. 1, del Libro XI. En este caso, los pensionistas soportan integralmente las cotizaciones debidas.

<sup>28</sup> Cfr. párrafo 251 del Libro V. En este caso, la cotización la soporta la entidad gestora de la prestación de desempleo y la Federación Alemana, respectivamente.

<sup>29</sup> Cfr. párrafo 55, núm. 3, del Libro XI, estableciéndose un complemento de cotización del 0,25 %.

<sup>30</sup> Cfr. Capítulos VII e VIII del Libro XI.

<sup>31</sup> A través de la Primera Ley para el Refuerzo de la atención por dependencia y para la modificación de Diversos Preceptos (*Erstes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften*) de 17 de diciembre de 2014, que añadió el Capítulo Décimocuarto. Sobre esta modificación de la Ley, véase A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», cit., en prensa.

<sup>32</sup> Sobre la creación de este Fondo especial de reserva del seguro social de dependencia, para hacer frente al baby-boom de los años 60 del siglo XX, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», cit., pp. 75 y ss.; y también, A. ARUFE VARELA, «Las modificaciones en 2016 del libro regulador del seguro social de dependencia, del Código Alemán de Seguridad Social», cit., en prensa.

<sup>33</sup> Véase Ley 97-60 de 24 de enero, disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>34</sup> Por la Ley núm. 2004-626 de 30 de junio, «relativa a la solidaridad para la autonomía de las personas mayores y de las personas incapacitadas [*relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées*]».

<sup>35</sup> Cfr. artículo 11 de la Ley núm. 2004-626, que creó una cotización del 0,3 %, a ser gestionada por la también creada Caja Nacional de Solidaridad para la Autonomía [*Caisse Nationale de Solidarité pour l'Autonomie*], así como el artículo 2, que procedió a una modificación del Código del Trabajo entonces vigente, creándose una «jornada de solidaridad [*journée de solidarité*]», bajo la forma de jornada complementaria de trabajo no remunerada, para financiar las acciones en favor de la autonomía de las personas mayores o incapacitadas.

<sup>36</sup> Ampliación realizada por el artículo 17 de la Ley núm. 2012-1404, de 17 de diciembre, relativa a la «financiación de la seguridad social para 2013 [*financement de la sécurité sociale pour 2013*]».

*est un impératif national et une priorité de l'ensemble des politiques publiques de la Nation*]. Se trata de una ley que la doctrina científica española califica de vanguardista, anti-globalización, rigurosa, sorprendente y transversal<sup>37</sup>. El régimen de la prestación de dependencia, en Francia, se encuentra regulado, en principio, en el Código de Acción Social y de las Familias [*Code de l'action social et des familles*]<sup>38</sup>, caracterizándose, en lo esencial: 1) por prever una prestación de dependencia denominada «subsidio personalizado de autonomía [*allocation personnalisée d'autonomie*]<sup>39</sup>, que consiste en una prestación en especie, destinada a la cobertura de gastos de todo tipo derivados de un plan de ayuda elaborado por un equipo médico-social, pudiendo tener las modalidades de «en el domicilio» o «en establecimiento»<sup>40</sup>; 2) el sistema prevé la clasificación de los dependientes en seis grados, los cuales están indexados a los montantes máximos del subsidio personalizado de autonomía; 3) se establece un sistema de copago por el beneficiario, a través del llamado «ticket moderador [*ticket modérateur*]», de acuerdo con las rentas mensuales de los beneficiarios<sup>41</sup>; 4) se regula que este subsidio sólo puede financiar prestaciones de servicios no benévolas de atención, sean bien de un familiar –distinto del cónyuge o pareja de hecho–, sean bien del servicio oficial de cuidadores a domicilio<sup>42</sup>; 5) en fin, la gestión de esta prestación está centralizada, en los Departamentos administrativos franceses, existiendo una «Caja Nacional de Solidaridad para la Autonomía [*Caisse Nationale de Solidarité pour L'Autonomie*]» creada en 2004<sup>43</sup>.

6. A través de la Ley núm. 39/2006, de 14 de diciembre, España aprobó la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, ley ésta que viene siendo objeto de diversas críticas, en especial, por la insostenibilidad del modelo que crea, y además, por la suspensión parcial de su vigencia con las inherentes omisiones sustantivas y procesales<sup>44</sup>. Por medio de dicha ley, se creó el denominado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, inserto en lo que la doctrina científica española denomina seguridad social complementaria<sup>45</sup>. Este sistema responde a una acción coordinada y cooperante de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, siendo gestionado por estas últimas, en especial, por la Administración autónoma del lugar de residencia del beneficiario, en cuanto que entidad responsable del

<sup>37</sup> En este sentido, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44 (2016), pp. 1 y ss., llamando especialmente la atención, en la referida ley, el hecho de haber procedido a la modificación –para su adaptación al envejecimiento– de quince códigos franceses distintos, en las más diversas áreas jurídicas.

<sup>38</sup> Consultado a través de [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>39</sup> También conocido por su acrónimo «APA».

<sup>40</sup> Cfr. artículos L 232-2 y L 232-3.

<sup>41</sup> Cfr. artículo L 232-4.

<sup>42</sup> Fomentándose la creación de empleo profesional para la protección social a la dependencia, como pone de relieve J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Más razones de derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Acerca de la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento», cit. pp. 22-23, basándose en la referida Ley y en el Informe anexo a la misma.

<sup>43</sup> Por los artículos 7 a 16 de la referida Ley núm. 2004-626 de 30 de junio.

<sup>44</sup> En especial, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La sostenibilidad del modelo español actual de protección social por dependencia. Un estudio crítico-comparativo con la sostenibilidad del modelo alemán», cit., pp. 59 y ss.

<sup>45</sup> Sobre esta calificación, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier (Barcelona, 2017), pp. 283 y ss.

reconocimiento de la situación de dependencia<sup>46</sup>, la cual será clasificada en tres grados de dependencia. A través de este sistema, se crearon tres niveles de protección de la situación de dependencia<sup>47</sup>. Este modelo de atención a la dependencia, en lo esencial, se caracteriza por basarse en un modelo no contributivo, apoyado en presupuestos fijados anualmente, previéndose en términos demasiado genéricos y carentes de reglamentación, la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones, según el tipo y coste del servicio, y su capacidad económica personal<sup>48</sup>. En el capítulo II de esta Ley, titulado «Prestaciones y catálogo de servicios de atención del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia», se estableció que las prestaciones de atención a la dependencia pueden tener la naturaleza de servicios («servicios del Catálogo») y de prestaciones económicas («prestación económica»), ambas destinadas, por un lado, a la promoción de la autonomía personal y, por otro lado, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria<sup>49</sup>. Nótese que las prestaciones en especie (del catálogo de los servicios) tendrán carácter prioritario, de manera que las prestaciones económicas se otorgarán cuando no sea posible la atención mediante alguno de los servicios, e irá destinada a la cobertura de los gastos del servicio prevista en el Programa Individual de Atención<sup>50</sup>. El beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo para ser atendido por cuidadores no profesionales, los cuales tendrán que afiliarse y cotizar en la seguridad social<sup>51</sup>.

### 3. LA COMPARACIÓN CON LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

7. Como es fácil suponer, el problema de la protección social de la dependencia no es una cuestión que afecte sólo al continente europeo, cabiendo afirmar que dicho tipo de problemática es característica de las sociedades occidentales en su conjunto, incluidos los Estados Unidos de América<sup>52</sup>, en donde viene discutiéndose últimamente el tema desde la perspectiva de la financiación de los servicios de la allí denominada «*long term care*»<sup>53</sup>, habiéndose revitalizado el debate en dicho país, con ocasión de la discusión de si se deroga o no la «Ley de acceso a la asistencia y protección del paciente [*The Patient Protection and Affordable Care Act*]» de 2010, también conocida por «ObamaCare»<sup>54</sup>. En los Estados

<sup>46</sup> Cfr. artículos 1 y 28, núm. 2.

<sup>47</sup> Cfr. artículo 7, estableciéndose que la protección de la situación de dependencia se prestará de acuerdo con los siguientes niveles: i) un nivel mínimo garantizado para cada uno de los beneficiarios; ii) un nivel de protección que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas, a través de Acuerdos; y iii) el nivel adicional de protección que podrá establecer cada Comunidad Autónoma.

<sup>48</sup> Cfr. artículo 32.

<sup>49</sup> Cfr. artículos 13 y 14.

<sup>50</sup> Cfr. artículo 14, núms. 2 y 3, y artículo 17.

<sup>51</sup> Cfr. artículo 14, núm. 4, y artículo 18.

<sup>52</sup> Sobre el tema, he podido manejar la versión original de J. MARTINEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», en «*Liber amicorum*» José Ignacio García Ninet, (2017), en prensa, destacando y poniendo de relieve que el tema de la dependencia constituye igualmente un tema de moda en la literatura jurídica de los Estados Unidos, con cita de diversos artículos publicados en revistas jurídicas norteamericanas.

<sup>53</sup> Llamando la atención, con toda propiedad, sobre los errores de traducción frecuentes del término «dependencia», incorrectamente traducido por «dependency», en vez de «long-term care», *ibidem*.

<sup>54</sup> Sobre esta Ley, desde la perspectiva de su constitucionalidad, véase el interesante estudio de A. ARUFE VARELA, El Derecho de la Seguridad Social en la jurisprudencia de la Corte Suprema e los Estados Unidos. Un estudio de veintisiete grandes casos, desde la perspectiva del Derecho español, Atelier (Barcelona, 2014), pp. 138 y ss.

Unidos, se creó en 2012 una «Comisión sobre Dependencia [*Comission on Long-term Care*]», que se encargó de elaborar recomendaciones o propuestas al Congreso, entre otros extremos, sobre la financiación de un sistema de dependencia<sup>55</sup>. Esta Comisión, con una aproximación privatística a la financiación de un sistema de dependencia<sup>56</sup>, destacó tres problemas principales que justifican dicha visión, o mejor, a través de seguros privados de dependencia, para la protección del riesgo en cuestión: 1) los «Estados se enfrentan a serias dificultades presupuestarias que amenazan los programas existentes de asistencia a la salud, invalidez y pensiones [*Governments are facing serious budget constraints that threaten funding for existing health care, disability, and retirement programs*]»; 2) el «Seguro privado de dependencia podría tener un papel más sustancial en la financiación de un sistema de apoyo a la dependencia, aunque son necesarias modificaciones para aumentar la participación, incluyendo nuevos incentivos, y más flexibilidad para que las aseguradoras ofrezcan mayor variedad en la estructura de las pólizas [*Private long-term insurance could play a more substantial role in LTSS financing, but changes are needed to boost participation, including new incentives, more flexibility so insurers can offer greater variety in the structure of policies*]»; y 3) «Los ahorros privados y una elección diversa de productos son un componente crítico de la solución de la financiación del apoyo a la dependencia [*Private savings and a diverse choice of products are critical components of the LTSS financing solution*]»<sup>57</sup>.

8. Frente a dicha visión privatística, la Comisión de Dependencia presentó también una aproximación publicista, basada en la protección de tal contingencia a través de un seguro social de dependencia. Por su aproximación a los sistemas públicos europeos de seguridad social, interesa resumir los problemas destacados por la Comisión, en esa aproximación publicista. Sostuvo la Comisión que la opción por un seguro social de dependencia encargaría los siguientes problemas: 1) una «crisis en el sistema de dependencia es un problema social que requiere una solución social. La necesidad de apoyo por dependencia es imprevisible y un riesgo catastrófico para las personas con menos o más de 65 años [*The LTSS crisis is a societal problema that requires a societal solution. The need for LTSS is an unpredictable, catastrophic risk for people under and over age 65*]»; 2) «ni el Medicaid<sup>58</sup>, ni un seguro privado, están en condiciones de satisfacer las necesidades

<sup>55</sup> Véase el Informe al Congreso de 30 de septiembre de 2013, disponible en [www.ltcommission.org](http://www.ltcommission.org), Parte III, pp. 60 e ss, con dos perspectivas (una privada y otra pública) sobre la financiación del sistema de servicios de dependencia, por falta de acuerdo entre los miembros de la Comisión. Este Informe, no se limita al análisis de los modelos de financiación, preocupándose también de formular recomendaciones sobre la «prestación del servicio [*service delivery*]», en la Parte I, y sobre los cuidadores, o «Mano de obra [*workforce*]», en la Parte II del propio Informe.

<sup>56</sup> Próxima a los ideales del Partido Republicano, como bien apunta J. MARTINEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

<sup>57</sup> Informe, pp. 63 a 65. En el Informe, a propósito de esta visión privatística, se sugieren diversas propuestas, de las cuales destacamos las siguientes sugerencias: aprobación de incentivos al mercado asegurador para la contratación de pólizas y creación de las mismas por las aseguradoras; permitir formas de asociación entre el sistema de protección de salud (Medicaid) y seguros de dependencia, para evitar que los beneficiarios se deshagan de todos sus bienes antes de poder acceder al sistema público; permitir que los beneficiarios adjudiquen parte de las prestaciones de jubilación para el pago de seguros de dependencia; creación de mecanismos financieros para subsidiar riesgos de dependencia catastróficos por la duración o elevado valor; etc.

<sup>58</sup> Se trata del Programa de Seguridad Social regulado en el subcapítulo XIV del Capítulo 7 del Título 42 del Código de los Estados Unidos, Secciones 1396 y ss., concebido para proteger, entre otros, a los mayores indigentes o sin recursos de más de 65 años de edad; en este sentido, J. MARTINEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

financieras de apoyo a la dependencia de una persona [*Neither Medicaid nor private insurance is certain to meet an individual's LTSS financing needs*]<sup>59</sup>; 3) «una respuesta por medio del seguro social proporciona un mecanismo de financiación pública que dispersa el riesgo de un modo general, dividiendo los costes entre el gobierno, participantes, y/o empleadores y trabajadores ... La participación obligatoria convierte el riesgo colectivo en viable [*A social insurance approach provides a public financing mechanism that spreads risk broadly, sharing the costs between the government, participants, and/or employers and employees ... Mandatory participation makes the risk pool viable*]; y 4) asegurando una parcela del riesgo para todos, a través de un seguro social, se posibilita que aquellos que tienen recursos asuman responsabilidad en la parcela de los no asegurados a través de ahorros personales, seguros privados u otros mecanismos [*Insuring a portion of the risk for everyone through social insurance allows those who have resources to assume responsibility for the uninsured portion through personal savings, private insurance, or other mechanisms*]<sup>60</sup>.

9. El referido Informe de la Comisión de Dependencia se justificó porque, en los Estados Unidos, la respuesta al riesgo de la dependencia se dio por la «Ley de Apoyo y Servicios Comunitarios de Asistencia Vital [*Community Living Assistance Services and Supports Act*]» de 2010<sup>61</sup>, que pretendía establecer un seguro privado de dependencia de carácter voluntario. Esta ley fue derogada por la «Ley de Compensación del Contribuyente Americano [*American Taxpayer Relief Act*]» de 2012, que igualmente creó la referida Comisión de Dependencia, encargada de elaborar un informe con recomendaciones y propuestas sobre la protección de la dependencia<sup>62</sup>. Precisamente, la derogación de dicha Ley ha resucitado en la doctrina científica norteamericana el debate sobre qué debería hacer o dejar de hacer el legislador federal en materia de protección social de la dependencia. Y no deja de resultar curioso que parte de la doctrina científica norteamericana mire a lo que sucede en el continente europeo, y especialmente en Alemania. A este respecto, se ha puesto de relieve por la doctrina científica española que sigo, que existe un «fenomenal artículo de 2016 del Profesor Lawrence FROLIK, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pittsburgh, sobre las insuficiencias y la inutilidad del seguro privado de dependencia, tanto desde el punto de vista del asegurador como desde la perspectiva del

<sup>59</sup> Analizando por qué razón los seguros de dependencia privados, en los Estados Unidos, no son una solución para la contingencia de dependencia, con datos estadísticos, jurídicos y sociales, por la falta de interés de los asegurados y del mercado asegurador sobre tal producto, véase el interesante estudio de L. A. FROLIK, «Private long-term care insurance: not the solution to the high cost of long-term care for the elderly», *Elder Law Journal*, núm. 23 (2016), pp. 371 y ss.

<sup>60</sup> Informe, pp. 66 a 68, formulando también dos propuestas de modelo de seguro social: una consistiría en la ampliación del programa de Seguridad social Medicare, con la ampliación de los beneficiarios y el aumento de las cotizaciones, siendo los beneficios asistidos esencialmente por prestaciones en especie del sistema; y otro modelo pasaría por la creación de un programa público autónomo de prestaciones de dependencia en que el acceso al sistema de prestaciones dependería de un período de garantía o espera [*waiting period*], el cual se establecería en relación con la edad de la jubilación y las rentas del beneficiario (el período de espera sería mayor o menor, según las rentas) y las prestaciones podrían ser de carácter económico [*dólar amount per day*] o en especie [*full range of LTSS services*].

<sup>61</sup> También conocida por su acrónimo «CLASS Act», que procedía a modificar la «Ley del Servicio Sanitario Público [*Public Health service Act*]», añadiéndole un nuevo Título XXXII.

<sup>62</sup> Sobre la historia y tramitación parlamentaria de la CLASS Act, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

asegurado»<sup>63</sup>, concluyéndose en este artículo que «“Japón y Alemania tienen ambos un S[eguro de]D[ependencia] imperativo [*mandate*]”; también, que “aunque los detalles de esos planes difieren, el punto importante es que esos países se han dado cuenta de que la D[ependencia] es un riesgo universal [*universal risk*] que es mejor cubrir por medio de un seguro universal [*universal insurance*]”, y que “el S[eguro de]D[ependencia] público [*public*] y obligatorio [*mandatory*] es la respuesta», dado que “a medida que nos hacemos mayores, somos todos usuarios potenciales [*we are all potential users*] del S[eguro de]D[ependencia]; así, podría exigírsenos a todos adquirir un seguro para pagar por esos cuidados, esperándose que nunca necesitaremos echar mano de las prestaciones”»<sup>64</sup>.

#### 4. LA SITUACIÓN DE PORTUGAL EN RELACIÓN CON LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS REGULADOS POR EL ARTÍCULO 34, NÚM. 1, DE LA CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

10. Al contrario que Alemania, Francia, e incluso España, Portugal vive en un aparente sopor sobre la contingencia de la dependencia y adaptación al envejecimiento, confirmando así la ausencia real, aunque no formal, de legislación para la protección social de dicho riesgo. Para comprender la situación existente a día de hoy en Portugal, hay que tener en cuenta que el ordenamiento portugués de seguridad social venía regulando tradicionalmente una prestación por incapacidad, que se corresponde con lo que en España se denomina complemento por gran invalidez<sup>65</sup>, y en Francia «incremento por ayuda de una tercera persona [*majoration pour aide d'une tierce personne*]»<sup>66</sup>, llamada «subsídium por asistencia de tercera persona [*subsídio por assistência de terceira pessoa*]», regulada en diversos Decretos-leyes promulgados en 1980, 1990 y 1993. Ahora bien, en 1999 (sólo dos años después de la primera regulación francesa sobre la dependencia), el Gobierno portugués promulgó el Decreto-ley 265/99, de 14 de julio, por el que se «procede a la creación de una nueva prestación destinada a complementar la protección concedida a los pensionistas de invalidez, vejez y supervivencia de los regímenes de seguridad social en situación de dependencia». Aparentemente (o si se quiere, formalmente), esta norma pretendía poner al día el ordenamiento portugués de seguridad social en materia de dependencia, dado que: 1) «a efectos de la presente norma, se consideran en situación de dependencia los individuos que no puedan practicar con autonomía los actos indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la vida cotidiana, careciendo de la ayuda de otro»<sup>67</sup>; 2) «a efectos del otorgamiento de la prestación y de la determinación de la respectiva cuantía, se consideran los siguientes grados de dependencia», que son dos, esto es, el «1º grado» («individuos que no puedan realizar ... señaladamente actos relativos a la alimentación o locomoción, o

<sup>63</sup> Se trata del artículo L.A. FROLIK, «Private long-term care insurance: Not the solution to the high cost of long-term care for the elderly», cit., pp. 371 y ss.

<sup>64</sup> Sobre las citas que acabo de efectuar, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», cit., en prensa.

<sup>65</sup> El tema se encuentra actualmente regulado en el artículo 196, apartado 4, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre. Sobre la exégesis de este precepto, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, A. ARUFE VARELA y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., cit., pág. 148.

<sup>66</sup> Véanse artículo L 341-4 y artículos R 341-4 a R 341-6 del Código francés de la Seguridad Social. Sobre la tradicionalidad de este tema en Francia, véase J.-J. DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE y R. RUELLAN, *Droit de la sécurité sociale*, 15ª ed., Dalloz (París, 2005), pp. 575 y ss.

<sup>67</sup> Artículo 3, apartado 1.

cuidados de higiene personal») y el «2º grado» («individuos que [además]... se encuentren encamados o presenten cuadros de demencia grave»)<sup>68</sup>; y 3) «las cuantías de la prestación están indexadas al valor legalmente fijado para la pensión social de invalidez y vejez del régimen no contributivo», oscilando –para los pensionistas del régimen general– entre un «50 %», para la situación de dependencia de primer grado, y un «90 %», para la situación de dependencia de segundo grado<sup>69</sup>. Todo esto, sin embargo, es pura apariencia o *trompe l'oeil*. En efecto, el Decreto-ley 265/99: 1) procede a derogar parcialmente los citados Decretos-leyes de 1980, 1990 y 1993; 2) afirma que «se consideran convertidos en complementos por dependencia, a partir de la fecha de inicio de la vigencia de la presente norma, los subsidios por asistencia de tercera persona otorgados a pensionistas, al amparo de la legislación anterior»<sup>70</sup>; y 3) restringe el ámbito subjetivo de aplicación de la vieja prestación meramente puesta al día, indicando que «constituye ... condición para el otorgamiento del complemento por dependencia ..., que el pensionista no reciba pensión de cuantía superior a 600 euros»<sup>71</sup>. Por lo demás, nada dice el Decreto-ley 265/99 sobre la existencia de cuidadores profesionales de dependientes, limitándose a indicar que la ayuda puede ser «prestada por cualquier persona que no se encuentre carente de autonomía para la realización de los actos básicos de la vida diaria, incluyendo los familiares del titular de la prestación»<sup>72</sup>, lo que constituye una prueba más de que esta norma absolutamente nada tiene que ver con los modernos sistemas de protección social de la dependencia, restando indicar que para el corriente año 2017 la cuantía de este complemento oscila entre un mínimo de 91,51 € mensuales y un máximo de 183,03 € mensuales<sup>73</sup>.

**11.** En cuanto que forma de protección social, en su vertiente de servicios dirigidos a los dependientes, se creó por el Decreto-ley núm. 101/2006, de 6 de junio (anticipándose unos meses a la norma española reguladora de la dependencia), la «Red Nacional de Cuidados Continuados Integrados» en el ámbito del Ministerio de Salud y del Ministerio de Trabajo, Solidaridad y Seguridad Social, organizada en dos niveles territoriales de actuación, el regional y el local, pero con una coordinación nacional definida por los dos Ministerios<sup>74</sup>. Esta Red tiene como objetivo general «la prestación de cuidados continuados integrados a las personas que, con independencia de la edad, se encuentren en situación de dependencia»<sup>75</sup>. Estos cuidados continuados se incluyen en el Servicio Nacional de Salud y en el Sistema de Seguridad Social, sobre la base de los paradigmas de la recuperación global y de la manutención, entendidos como el proceso activo y continuo, por un período que se prolonga más allá del necesario para el tratamiento de la fase aguda de la enfermedad o de la intervención preventiva, comprendiendo: 1) la rehabilitación, la readaptación y la reintegración social; y 2) la provisión y manutención de confort y calidad de vida, incluso en

<sup>68</sup> Sobre todo ello, véase artículo 3.

<sup>69</sup> Sobre todo ello, véase artículo 7.

<sup>70</sup> Cfr. artículo 32, apartado 1.

<sup>71</sup> Cfr. artículo 6, apartado 2.

<sup>72</sup> Cfr. artículo 5, apartado 2.

<sup>73</sup> Al respecto, véase la cuantificación que se efectúa en el sitio oficial del Instituto de Seguridad Social, I.P., ubicado en [www.seg-social.pt](http://www.seg-social.pt).

<sup>74</sup> Cfr. artículos 1, 2, apartado 4, y artículo 9.

<sup>75</sup> Artículo 4, apartado 1, resultando que el acceso a la Red, en los términos del artículo 31, se destina a personas que se encuentren en situaciones de «a) dependencia funcional transitoria derivada de proceso de convalecencia u otro; b) dependencia funcional prolongada; c) mayores con caracteres de fragilidad; d) incapacidad grave, con fuerte impacto psicosocial; e) enfermedad grave, en fase avanzada o terminal».

situaciones irrecuperables. A este efecto, la Red puede prestar diversos tipos de servicios de cuidados continuados integrados, que se aseguran por «unidades de internamiento» (que pueden ser de «convalecencia», de «media duración y rehabilitación» o de «larga duración y manutención»), «unidades de ambulatorio» (que pueden ser «unidades de día y de promoción de la autonomía»), «equipos hospitalarios» y «equipos domiciliarios»<sup>76</sup>, las cuales prestan, entre otros, diversos tipos de servicios médicos, de enfermería, apoyo psicosocial, higiene, alimentación, etc, de conformidad con la naturaleza de la unidad<sup>77</sup>. A pesar de la creación de esta Red, es claro que este modelo de protección de la contingencia de la dependencia sólo protege parte de la población dependiente<sup>78</sup>, confirmándolo el hecho de que: 1) la financiación de la Red se reparte entre los sectores de la Salud y de la Seguridad Social, en función de los cuidados prestados, resultando que, en el caso de la utilización por el beneficiario de las unidades de internamiento de media duración y rehabilitación, de larga duración y manutención, de las unidades de día y de promoción de la autonomía y equipos de cuidados continuados, existe copago por la persona en situación de dependencia en función de sus rentas o de las de su unidad familiar<sup>79</sup>; 2) en el ámbito de los términos y condiciones en que la Seguridad Social establece copago por parte de los usuarios de los gastos derivados de la prestación de cuidados por la Red, el Decreto-ley núm. 70/2010, de 16 de junio, establece las reglas para la determinación de las rentas y composición de la unidad familiar y capitalización de las rentas para la comprobación de las condiciones de recursos a tener en cuenta en el reconocimiento y mantenimiento del derecho al copago de la seguridad social con los usuarios de las unidades en el ámbito de la Red, llamando la atención el hecho de que la norma establece, para que haya derecho al copago de la seguridad social, que el patrimonio mobiliario del solicitante y de su unidad familiar no pueda ser superior, con importes de hoy, a 101.116,80 €, además de englobarse todos los tipos de ingresos de esta unidad familiar, la cual se define en términos amplios, incluyendo todas las personas que vivan con economía común, con relaciones de matrimonio, unión de hecho, parentesco, afinidad o adopción; 3) el legislador, por medio de la Orden Ministerial núm. 1087-A/2007, de 5 de septiembre, fijó los precios de los cuidados de la salud y de apoyo social prestado en las unidades de internamiento y ambulatorio de la Red<sup>80</sup>, determinándose que el copago de la Seguridad Social se determina en función del importe a abonar por el usuario en los términos definidos en una disposición propia<sup>81</sup>, cuando tal importe no asegure la totalidad de los gastos de la prestación de los cuidados, esto es, sólo cuando el importe a pagar por el usuario determinado por la aplicación de un porcentaje de los ingresos *per capita* de su unidad familiar sea inferior al precio fijado por dichos gastos<sup>82</sup>; y 4) por último, las reglas para la

<sup>76</sup> Cfr. artículo 12.

<sup>77</sup> Cfr. artículos 14, 18, 22, 24 y 28.

<sup>78</sup> De acuerdo con el Informe Social Nacional de Portugal, de agosto de 2016, para el Comité de Protección Social, se comprueba que dicha Red sólo cubrirá parte de la población dependiente, reconociéndose que la Red, aunque incrementando el número de lugares de internamiento, alcanzó 7.762 camas en junio de 2016.

<sup>79</sup> Cfr. artículo 47. Nótese que, en caso de internamiento en una unidad de convalecencia no se producirá dicha compartimentación, pues se trata de una unidad de internamiento, integrada en un hospital de enfermos graves o en otra institución, si articulada con un hospital, para prestar tratamiento y supervisión clínica.

<sup>80</sup> Estos precios varían, dependiendo del tipo de unidad y del tipo de servicio prestado, en cuantías totales por día, por usuario, a fecha de hoy, entre 9,58 €/día, en las unidades de día y promoción de autonomía, y 87,56 €/día, en las unidades de media duración y rehabilitación, según las cuantías de precios actualizados en la Orden Ministerial 262/2015, de 28 de agosto.

<sup>81</sup> Cfr. artículo 9, debiendo entenderse esta remisión hecha hoy al Despacho normativo núm. 34/2007, de 19 de septiembre.

<sup>82</sup> Cfr. artículos 3, 7 y 8 del Despacho normativo núm. 34/2007.

admisión a la Red –reguladas actualmente en la Orden Ministerial núm. 50/2017, de 2 de febrero– establecen que, tras la propuesta de referencia de un usuario, la Red determina, en el plazo de un día hábil, el número de puesto del usuario en una unidad o un equipo de la Red, «en la medida de los recursos y de los puestos existentes»<sup>83</sup>, por lo que la Red hará una gestión de las disponibilidades, en función de las necesidades de los usuarios.

12. En tanto no se produzca una verdadera reglamentación legal de la dependencia y del envejecimiento de la población, el riesgo social de la dependencia seguirá creciendo y creciendo en Portugal. El Gobierno portugués debería tener en cuenta que Portugal es el cuarto país de la Unión Europea con la mayor proporción de mayores<sup>84</sup>. En verdad, a semejanza de los restantes países industrializados, y en especial en Europa, por causa de la evolución de la ciencia médica y de la mejoría de las condiciones de vida, Portugal encara un gran desafío de transición demográfica, señaladamente, un crecimiento sustancial de la población mayor, así como un aumento de la esperanza de vida. Así, de acuerdo con los más recientes datos estadísticos, la población mayor –con más de 65 años de edad– pasó de 708.569 mayores en 1960 a 2.010.064 mayores en 2011, lo que significa en la actualidad un porcentaje del 19 % de la población<sup>85</sup> (resultando que la población con más de 75 años de edad es superior a 961.000 mayores, correspondiendo a un porcentaje del 9,1 % de la población total). Paralelamente, en línea con los países industrializados, la esperanza media de vida en el nacimiento, en 1970 era de 67 años, mientras que en 2014 es de 80,4 años<sup>86</sup>. Es decir, también en Portugal comprobamos una convivencia de dos generaciones de mayores, los más viejos y los mucho más viejos<sup>87</sup>. Estos datos demográficos, asociados al hecho de que en Portugal existen cerca de 1.502.290 pensionistas (por vejez e invalidez) del régimen general de seguridad social con pensiones inferiores al salario mínimo nacional<sup>88</sup>, demuestran la existencia de un riesgo social de resolución urgente. Este problema demográfico que impone una respuesta y protección social, advertido por diversas instancias

<sup>83</sup> Artículo 21, apartado 2.

<sup>84</sup> Fuente: Instituto Nacional de Estadística, Estimativas Anuais da População Residente e Eurostat. Cfr. Avance del Instituto Nacional de Estadística, IP (INE), «Envelhecimento da população residente em Portugal e na União Europeia», según el cual la proporción de personas con 65 y más años era del 18,5 % en la UE28 y del 19,9 % en Portugal, porcentaje sólo sobrepasado por Grecia (20,5 %), Alemania (20,8 %) e Italia (21,4 %); la proporción más baja se produjo en Irlanda (12,6 %). Texto resumen disponible en [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_destaques&DESTAQUESdest\\_boui=224679354&DESTAQUESmodo=2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=224679354&DESTAQUESmodo=2).

<sup>85</sup> Fuente: PORDATA e Instituto Nacional de Estadística (INE), disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/Popula%C3%A7%C3%A3o+residente+segundo+os+Censos+total+e+por+grandes+grupos+et%C3%AAlrios-512>.

<sup>86</sup> Fuente: PORDATA e INE, disponible en [http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo+\(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001\)-418](http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+%C3%A0+nascen%C3%A7a+total+e+por+sexo+(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001)-418);

<sup>87</sup> En verdad, la esperanza de vida a los 65 años, o sea, el número de años que una persona con 65 y más años puede esperar vivir, creció de 13,5 años, en 1970, a 19,3 años en 2015. Fuente: PORDATA e INE, disponible en [http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+aos+65+anos+total+e+por+sexo+\(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001\)-419](http://www.pordata.pt/Portugal/Espana+de+vida+aos+65+anos+total+e+por+sexo+(base+tri%C3%A9nio+a+partir+de+2001)-419); resultando igualmente de los datos estadísticos demográficos de Portugal, que el índice de longevidad, o sea, el número de persons con 75 y más años, por cada 100 persons con 65 y más años, pasó del 33,6 % en 1960 al 47,9 % en 2011, o sea, pasamos a casi la mitad. Fuente: PORDATA e INE disponible en <http://www.pordata.pt/Portugal/Indicadores+de+envelhecimento+segundo+os+Censos+-525>. Paralelamente, la población entre los 15 y 64 años se mantiene estable, prácticamente en los 6 millones de personas, desde 1981.

<sup>88</sup> Según los últimos datos estadísticos de 2013 del Instituto de Seguridad Social, disponibles en [http://www.pordata.pt/Portugal/Pensionistas+de+invalidez+e+velhice+do+regime+geral+da+Seguran%C3%A7a+Social+com+pens%C3%B5es+inferiores+ao+sal%C3%A1rio+m%C3%Adnimo+nacional+\(em+euros\)-2003](http://www.pordata.pt/Portugal/Pensionistas+de+invalidez+e+velhice+do+regime+geral+da+Seguran%C3%A7a+Social+com+pens%C3%B5es+inferiores+ao+sal%C3%A1rio+m%C3%Adnimo+nacional+(em+euros)-2003).

internaciones y ampliamente conocido por el Estado portugués, debería haber justificado una respuesta efectiva a tal desafío; y más, teniendo en cuenta que los seguros privados sobre dependencia tienen una existencia casi anecdótica en Portugal<sup>89</sup>. Esta respuesta, no ha producido hasta el momento presente. En efecto, la Ley 4/2007, de 16 de enero, que aprueba las bases generales del sistema de seguridad social (esto es, la norma portuguesa equivalente de la Ley General española de Seguridad Social o de la parte legislativa del Código francés de la Seguridad Social), sólo contiene tres episódicas referencias al tema de la dependencia<sup>90</sup>. El propio Gobierno portugués ha reconocido, muy recientemente, la necesidad de poner al día el ordenamiento portugués de seguridad social en materia de dependencia, mediante la aprobación de la Resolución del Consejo de Ministros núm. 63/2015, el 25 de agosto de 2015<sup>91</sup>, con la «Estrategia de Protección del Mayor», aunque sin consecuencias, pues ninguna de las medidas allí previstas ha sido hasta ahora desarrollada. Esta última se divide en una primera parte, con el «encuadramiento» de la estrategia, en la cual, por encima de todo, se fundamenta dicho documento en las normas y recomendaciones de Derecho Internacional que imponen una protección de las personas mayores<sup>92</sup>, y una segunda parte, con cuatro «Medidas»<sup>93</sup>, destacándose, por su interés para este artículo, la «medida 1 – reforzar los derechos de los mayores», señaladamente, «en las áreas de la salud y de la seguridad social»<sup>94</sup>, resultando que las acciones a desarrollar, allí enunciadas, no son más que normas programáticas, carentes de concreción, y de una visión modernizadora y transversal. Por otro lado, también destaca, de manera omisiva, la falta de referencia a toda reglamentación legal de los cuidadores profesionales o benévolos, creación de prestaciones en especie, creación de formas de sostenibilidad financiera de un sistema de protección

<sup>89</sup> Lo que resulta confirmado por los datos estadísticos de la Autoridad de Supervisión de Seguros y Pensiones, entidad que en Portugal supervisa los regímenes complementarios de seguridad social de iniciativa individual y colectiva, según los cuales, no se hace ninguna referencia a la existencia de un verdadero seguro de dependencia, resultando que dentro del mercado del seguro de vida (en especial, de supervivencia, que es el que podrá permitir recibir una renta al mayor que sobrevive a la fecha del término del seguro, y que por eso más se asemeja a aquel seguro), se constata la existencia de sólo 308 pólizas y 314 personas aseguradas, en el año 2015, según estadísticas disponibles en [http://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas\\_anuais/historico/ES2015/C4.pdf](http://www.asf.com.pt/ISP/Estatisticas/seguros/estatisticas_anuais/historico/ES2015/C4.pdf), lo que demuestra su pequeña relevancia y adhesión. Por lo demás, no pueden cubrir este vacío las Instituciones Particulares de Solidaridad social y otras sin ánimo de lucro, que se orientan a la actividad de solidaridad social, las cuales cuentan con una previsión expresa en el artículo 63, núm. 5, de la Constitución, así como en los artículos 31 y 32 de la Ley de Bases de Seguridad Social, en cuanto que entidades que se encargan del subsistema de acción social, juntamente con el Estado y las Entidades Locales.

<sup>90</sup> Cfr. artículo 26, apartado 2, letra d); artículo 29, apartado 1; y artículo 46, letra c).

<sup>91</sup> Resolución del Consejo de Ministros núm. 63/2015, de 25 de agosto, disponible en [www.dre.pt](http://www.dre.pt). Se trata de un acto administrativo aprobado por el Consejo de Ministros, en el ejercicio de las competencias administrativas y de definición de las líneas generales de las políticas gubernamentales.

<sup>92</sup> Véanse parágrafos primero a octavo del preámbulo, así como «Parte I – Encuadramiento», punto 1 de la Resolución, en especial, por la gravedad de la omisión legislativa puesta de relieve en materia de protección por la seguridad social de los riesgos de envejecimiento y dependencia, importa citar el siguiente reconocimiento hecho por el Gobierno: «El marco de los derechos fundamentales de los mayores constituye, de este modo, un lastre para la futura concreción y desarrollo de todos los aspectos en que se desdobra la protección de los mayores, especialmente, en las áreas de la salud y de la seguridad social».

<sup>93</sup> En realidad, son seis Medidas, porque la Medida dos se subdivide en tres Medidas, 2.1, 2.2 y 2.3.

<sup>94</sup> Las demás «Medidas», éstas más concretas, aunque todavía no llevadas a cabo hasta hoy, son «Medida 2.1 – Modificar el Código Civil, en sede de régimen de incapacidades y su supresión; Objetivo: reforzar la autonomía y la dignidad de las personas con capacidad disminuída»; «Medida 2.2. – Adecuar el Código Civil al nuevo régimen de las incapacidades y su supresión»; «Medida 2.3. (...) objetivo: adecuar la legislación afectada al nuevo régimen de las incapacidades y su supresión»; «Medida 3 – Reforzar la protección de los derechos de los mayores, en materia de Derecho sucesorio»; y «Medida 4 – Reforzar la protección de los derechos de los mayores, a través de la tutela penal».

social de los mayores, creación de sistemas de control de calidad de equipos, instalaciones y de los profesionales, los cuales son todos ellos temas regulados en legislaciones extranjeras, y especialmente, el régimen de los cuidadores profesionales de dependientes. En relación con esto último, baste indicar que sigue todavía vigente en Portugal el Decreto-ley núm. 235/92, de 24 de octubre, relativo al servicio doméstico, según el cual quedan comprendidas en su ámbito de aplicación las «actividades destinadas a la satisfacción de las necesidades propias o específicas de una unidad familiar, o equiparado, y de los miembros respectivos, principalmente ... vigilancia y asistencia de los niños, personas mayores y enfermos»<sup>95</sup>, con una reglamentación nada adaptada a la figura de un cuidador profesional.

## 5. EL CUMPLIMIENTO POR PORTUGAL DEL ARTÍCULO 23 DE LA CARTA SOCIAL EUROPEA

13. La norma esencial de la Carta Social Europea<sup>96</sup>, sobre la protección de los mayores y de la dependencia, es el artículo 23, bajo el rótulo «Derecho de las personas mayores a una protección social», que constituye la primera previsión en un tratado internacional de los derechos de los mayores<sup>97</sup>. Esta norma comienza con una afirmación

<sup>95</sup> Cfr. artículo 2, apartado 1, letra d).

<sup>96</sup> Nos referimos aquí a la Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996, suscrita por Portugal en esa fecha, aprobada para ratificación por Resolución de la Asamblea de la República núm. 64-A/2011, de 17 de octubre (en la cual consta la versión original en lengua francesa y la traducción oficial al portugués), ratificada por Portugal por Decreto del Presidente de la República (PR) núm. 54-A/2001, de 17 de octubre, recibida en el ordenamiento jurídico nacional por el artículo 8 de la Constitución. Nótese que Portugal ratificó igualmente la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por Decreto del Presidente de la República núm. 38/91, de 6 de agosto, así como el Protocolo de Modificaciones a la Carta Social Europea de 21 de octubre de 1991, ratificado por el Decreto del Presidente de la República núm. 61/92, de 30 de diciembre, y el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea que prevé un sistema de reclamaciones colectivas, de 9 de noviembre de 1995, ratificado por el Decreto del Presidente de la República núm. 72/97, de 6 de diciembre, todos disponibles en [www.dre.pt](http://www.dre.pt), no habiendo suscrito, ni ratificado, el Protocolo Adicional de 1988. Sobre la Carta Social Europea, desde la perspectiva de su cumplimiento en materia de salarios, véase el interesante estudio de L. TEIXEIRA ALVES, *El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salarios. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano*, Atelier (Barcelona, 2014), pp. 15 y ss., que se refiere a las diversas versiones y protocolos de la Carta, subrayando que este Tratado constituye la declaración de derechos sociales más completa, en el ámbito europeo. Véase también X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Argumentos de derecho internacional justificadores de que la legislación española tenga que adaptarse al envejecimiento de la población para proteger a las personas mayores con un sistema de atención (o de cuidados) a largo plazo», en «*Liber amicorum*» José Ignacio García Ninet, (2017), en prensa.

<sup>97</sup> Esta norma, que consta en el artículo 23 de la Carta Social Europea revisada, se correspondía con el artículo 4 del Protocolo Adicional de 1988. En su redacción oficial en inglés, el artículo 23 tiene el siguiente tenor: «*The right of elderly persons to social protection. With a view to ensuring the effective exercise of the right of elderly persons to social protection, the Parties undertake to adopt or encourage, either directly or in co-operation with public or private organisations, appropriate measures designed in particular:*

*–to enable elderly persons to remain full members of society for as long as possible, by means of: a) adequate resources enabling them to lead a decent life and play an active part in public, social and cultural life; b) provision of information about services and facilities available for elderly persons and their opportunities to make use of them;*

*–to enable elderly persons to choose their life-style freely and to lead independent lives in their familiar surroundings for as long as they wish and are able, by means of: a) provision of housing suited to their needs and their state of health or of adequate support for adapting their housing; b) the health care and the services necessitated by their state;*

*–to guarantee elderly persons living in institutions appropriate support, while respecting their privacy, and participation in decisions concerning living conditions in the institution».* La lectura de esta norma –a los efectos específicos de este artículo– debe conjugarse con el artículo 15 de la misma Carta, bajo el rótulo

(...)

introdutoria, de compromiso de los Estados, con el siguiente tenor: «Con vistas a asegurar el ejercicio efectivo del derecho de las personas mayores a una protección social, las Partes se comprometen a adoptar o a promover ..., medidas apropiadas que se dirijan, señaladamente», indicando, inmediatamente a continuación, un conjunto de objetivos a alcanzar por los Estados. Esta afirmación introductoria se concreta en tres objetivos, a saber: 1) «permitir a las personas mayores permanecer el mayor período de tiempo posible como miembros de pleno derecho de la sociedad»<sup>98</sup>, objetivo éste que se desarrolla, a su vez, en dos compromisos (esto es, de un lado, «la atribución de recursos suficientes que les permitan llevar una existencia decente y participar activamente en la vida pública, social y cultural»<sup>99</sup>; de otro lado, «la difusión de las informaciones relativas a los servicios e instalaciones al alcance de las personas mayores y la posibilidad de estas a recurrir a ellos»<sup>100</sup>); 2) «permitir a las personas mayores escoger libremente su modo de vida y llevar una existencia independiente en su ambiente habitual, si lo desean y fuese posible», concretándose también este objetivo en dos compromisos (a saber, de un lado, «la disponibilidad de viviendas apropiadas a sus necesidades y estado de salud o de ayudas adecuadas en relación con la

«Derecho de las personas con deficiencia a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad», el cual consagra tal derecho, «independientemente de su edad, de la naturaleza y del origen de la deficiencia», fijando como compromiso de los Estados –aquí sólo nos interesa el tercero de estos compromisos, pues los dos primeros se refieren, esencialmente, a las personas con deficiencia también en la vida activa– «a favorecer su plena integración y participación en la vida social, señaladamente a través de medidas, incluidos los apoyos técnicos, que se orienten a superar los obstáculos a la comunicación y a la movilidad y permitirles el acceso a los transportes, a la vivienda, a las actividades culturales y al tiempo libre». Tanto el artículo 15 como el artículo 23 de la Carta Social Europea constituyen el desarrollo de dos principios reconocidos en la Parte I de dicho Tratado internacional, según el cual «Las Partes reconocen como objetivo de una política que perseguirán con todos los medios útiles, en los planos nacional e internacional, la realización de condiciones específicas para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos y principios siguientes: ... 15) todas las personas con deficiencia tienen derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad; ... 23) toda persona mayor tiene derecho a la protección social [The Parties accept as the aim of their policy, to be pursued by all appropriate means both national and international in character, the attainment of conditions in which the following rights and principles may be effectively realized: ... 15) Disabled persons have the right to independence, social integration and participation in the life of the community; ... 23) Every elderly person has the right to social protection]».

<sup>98</sup> Nótese que la propia Carta Social Europea, en su anexo, nos ofrece como elemento interpretativo auténtico de este objetivo que consta en el párrafo primero del artículo 23, en lo que dice respecto a la expresión «por el mayor período de tiempo posible», que se refiere a las capacidades físicas, psicológicas e intelectuales de la persona mayor. De la misma forma, es extremadamente importante el documento denominado «Digest of case law of the European Committee of social Rights», de 1 de septiembre de 2008, que contiene la interpretación hecha por el Comité Europeo de Derechos Sociales de la Carta Social Europea, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168049159f>, según el cual la expresión «miembros de pleno derecho» significa «que las personas mayores no deben padecer ostracismo basado en su edad [*“full members” means that elderly persons must suffer no ostracismo on account of their age*]», anotando el artículo 23 de la Carta.

<sup>99</sup> Letra a). Según el Digesto, el «foco principal en el derecho a recursos suficientes está en las pensiones [*the primary focus of the right to adequate resources is on pensions*]» (anotación al artículo 23).

<sup>100</sup> Letra b). De conformidad con el Digesto, el Comité examina no sólo la «difusión de información relativa a los servicios e instalaciones, sino también a los propios servicios e instalaciones [*provision of information about these services and facilities but also these services and facilities themselves*]», teniendo en cuenta que «en especial, se solicita información sobre la existencia, extensión y costes de los servicios de apoyo domiciliario, servicios comunitarios, apoyo especializado para personas con demencia y enfermedades relacionadas, y servicios de información, formación y apoyo de descanso para familiares cuidadores de personas mayores, en especial, personas altamente dependientes [*in particular, information is required on the existence, extent and cost of home help services, community based services, specialized day care provision for persons with dementia and related illnesses and services such as information, training and respite care for families caring for elderly persons, in particular, highly dependent persons*]».

adaptación de la vivienda»<sup>101</sup>; y de otro lado, «a los cuidados de salud y los servicios que exija su estado»<sup>102</sup>; y 3) «garantizar a las personas mayores que vivan en instituciones la asistencia apropiada, respetando su vida privada, y la participación en la determinación de las condiciones de vida de la institución»<sup>103</sup>.

14. El procedimiento de control del cumplimiento (o incumplimiento) de la Carta Social Europea, como se sabe, es doble<sup>104</sup>. Por un lado, se lleva a cabo por el «procedimiento de examen de informes [*procedure for examination of reports*]»<sup>105</sup> –que constituye el procedimiento tradicional del control del cumplimiento– y, por otro lado, el efectuado a través del «sistema de quejas colectivas [*system of collective complaints*]»<sup>106</sup>. El procedimiento de examen de informes previsto en los artículos 21 a 30 de la Carta Social Europea<sup>107</sup> aparece mejor regulado en las «Reglas del Comité Europeo de Derechos Sociales [*European Committee of Social Rights Rules*]» de 29 de marzo de 2004<sup>108</sup>, y establece –en lo que aquí nos interesa– que cada disposición de la Carta Social Europea es objeto de examen una vez cada cuatro años, tomando como base los Informes de los Estados sobre las normas de la Carta, que aparecen divididas en cuatro grupos temáticos, teniendo a la vista la «adopción de conclusiones [*adoption of conclusions*]» del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>109</sup>. Nótese que el grupo que más nos interesa es el Grupo 2, con el rótulo «Salud, seguridad social y protección social», que comprende el artículo 23 de la Carta arriba referido<sup>110</sup>. Frente a él, el procedimiento de control por la vía de quejas colectivas, regulado inicialmente por el Protocolo Adicional a la Carta Social Europea de 9 de noviembre de

<sup>101</sup> Letra a). De conformidad con el Digesto, «el derecho y políticas de vivienda deben tomar en consideración las necesidades especiales de este grupo [*housing law and policy must take account of the special needs of this group*]», teniendo en cuenta que «las políticas deben ayudar a las personas mayores a permanecer en sus viviendas mientras sea posible a través de la previsión de protección/apoyos y ayudas para la adaptación de las viviendas [*policies should help elderly persons to remain in their own homes for as long as possible through the provision of sheltered/supported housing and assistance for the adaptation of homes*]».

<sup>102</sup> Letra b). Según el Digesto, «los programas y servicios de cuidados de la salud específicamente dirigidos a los mayores deben existir conjuntamente con directrices sobre cuidados de la salud para personas mayores [*health care programmes and services specifically aimed at the elderly must exist together with guidelines on healthcare for elderly persons*]».

<sup>103</sup> En fin, en cuanto a este último objetivo, como se afirma en el Digesto, el Comité comprueba que «debe existir una oferta suficiente de instalaciones institucionales para personas mayores (públicas y privadas)... Todas las instituciones deben estar autorizadas, sujetas a un régimen de declaración, a inspección o a cualquier otro mecanismo que asegure, en especial, que la calidad de los cuidados prestados es la adecuada [*there should be a sufficient supply of institutional facilities for elderly persons (public or private)... All institutions should be licensed, subject to a declaration regime, to a inspection or to any mechanism with ensures, in particular, that the quality of care delivered is adequate*]».

<sup>104</sup> Cfr. artículos C y D de la Carta Social Europea Revisada.

<sup>105</sup> Sobre este procedimiento de cumplimiento, véase L. TEIXEIRA ALVES, El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salários. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano, cit., pp. 69 y ss.

<sup>106</sup> También, L. TEIXEIRA ALVES, El cumplimiento de la Carta Social Europea en materia de salários. Un estudio comparado de los ordenamientos laborales portugués, español e italiano, cit., pp. 115 y ss.

<sup>107</sup> En la versión originaria de la Carta, según las modificaciones que constan en el Protocolo de Modificaciones de 1991, acogidas por el artículo C de la Carta Social Europea Revisada.

<sup>108</sup> Reglas que pueden consultarse, en su redacción actual, en <http://www.coe.int/en/web/turin-european-social-charter/rules>.

<sup>109</sup> Cfr. artículos 19 a 23 de las Reglas.

<sup>110</sup> Con base en el Calendario del Sistema de Informes [*Calendar of the Reporting System*], fijado por Decisión del Comité de Ministros de 2006, disponible en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805d7f05](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d7f05).

1995<sup>111</sup>, y regulado por las mismas Reglas del Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>112</sup>, otorgó legitimación activa a las organizaciones no gubernamentales, asociaciones sindicales y empresariales representativas de intereses colectivos encuadradas en la Carta<sup>113</sup>, las cuales podrán someter a la apreciación del Comité Europeo de Derechos Sociales reclamaciones alegando una aplicación no satisfactoria de la Carta, para obtener una «Resolución del Comité de Ministros [*Resolution of the Committee of Ministers*]», que en el caso de que concluya que hay un incumplimiento de la Carta (aplicación no satisfactoria), puede conducir a la adopción de una «Recomendación dirigida a la Parte Contratante [*Recommendation addressed to the Contracting Party*]»<sup>114</sup>, debiendo notarse que no existe doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales relativa al artículo 23 de la Carta Social Europea, por esta vía.

15. Partiendo de que el artículo 23 de la Carta Social Europea se refiere al derecho a la protección social de las personas mayores, las últimas «conclusiones» del Comité Europeo de Derechos Sociales relativas al cumplimiento por Portugal de este artículo, se hicieron públicas el 6 de diciembre de 2013<sup>115</sup>. En las conclusiones de 2013, tras analizarse el Informe de Portugal sobre siete medidas de la política social para los mayores<sup>116</sup>, se afirma, de manera directa, que la situación en Portugal es de no conformidad con el artículo 23 de la Carta<sup>117</sup>. Esta conclusión, reiterando la conclusión de 2009, se basa en que en Portugal –en lo que concierne al sistema legislativo [*legislative framework*]– no existía legislación

<sup>111</sup> Recogido por el artículo D de la Carta Social Europea Revisada.

<sup>112</sup> Cfr. artículos 23 a 38 de las Reglas.

<sup>113</sup> De acuerdo con el artículo 1 del Protocolo Adicional, se reconoció el «derecho de presentar reclamaciones alegando una aplicación no satisfactoria de la Carta a las siguientes organizaciones: a) Organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores a que alude el párrafo 2 del artículo 27 de la Carta; b) Otras organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas del estatuto consultivo ante el Consejo de Europa e inscritas en la lista elaborada a este efecto por el Comité gubernamental; c) Organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sujetas a la jurisdicción de la Parte Contratante puesta en causa por la reclamación. En la versión oficial en inglés, «*The Contracting Parties to this Protocol recognise the right of the following organisations to submit complaints alleging unsatisfactory application of the Charter: a) international organisations of employers and trade unions referred to in paragraph 2 of Article 27 of the Charter; b) other international non-governmental organisations which have consultative status with the Council of Europe and have been put on a list established for this purpose by the Governmental Committee; c) representative national organisations of employers and trade unions within the jurisdiction of the Contracting Party against which they have lodged a complaint*».

<sup>114</sup> Cfr. artículos 8 y 9 del Protocolo Adicional. Téngase en cuenta, desde luego, que en lo que se refiere a las «decisiones» del Comité Europeo de Derechos Sociales, relativas al procedimiento de control a partir de quejas colectivas, no existen decisiones de tal órgano sobre la aplicación de los artículos 15 y 23 de la Carta Social Europea.

<sup>115</sup> Refiriéndose al período de 1 de enero 2008 a 31 de diciembre de 2011. Las conclusiones anteriores sobre este mismo artículo se publicaron el 2 de enero de 2010 y se referían al período de 1 de enero de 2005 a 31 de diciembre de 2007. Todas pueden consultarse, en sus versiones oficiales en francés e inglés, en [http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{"ESCArticle":\["23-00-000"\],"ESCStateParty":\["PRT"\]}](http://hudoc.esc.coe.int/eng/#{).

<sup>116</sup> Las Conclusiones sobre el artículo 23 constituyen un documento dividido en siete subtítulos, casi todos directamente relacionados con las medidas de política nacional que deben adoptarse por los Estados, de acuerdo con el tenor de dicho artículo de la Carta, señaladamente «sistema legislativo [*legislative framework*]», «recursos suficientes [*adequate resources*]», «prevención del abuso sobre mayores [*prevention of elder abuse*]», «servicios e instalaciones [*services and facilities*]», «vivienda [*housing*]», «cuidados de la salud [*health care*]» y «cuidados institucionalizados [*institutional care*]».

<sup>117</sup> Literalmente, «el Comité concluye que la situación en Portugal es de no conformidad con el artículo 23 de la Carta ... [*the Committee concludes that the situation in Portugal is not in conformity with Article 23 of the Charter ...*]» (Conclusiones 2013).

anti-discriminación que protegiese a las personas mayores, fuera del área del empleo<sup>118</sup> –lo que es cierto, incluso en el plano constitucional, pues la Constitución portuguesa, al establecer el principio de igualdad, omite la referencia a la «edad» como uno de los factores discriminatorios<sup>119</sup>, lo que, según el Tribunal Constitucional portugués, no es grave<sup>120</sup>, aunque no deja de resultar significativo, sobre todo teniendo en cuenta que el precepto constitucional anti-discriminatorio fue reformado en 2004, al efecto de incluir expresamente entre las causas prohibidas la «orientación sexual»<sup>121</sup>; por lo demás, la Constitución portuguesa menciona, a propósito de la seguridad social, la «vejez», pero no la «dependencia»<sup>122</sup>–, recordando que dicha norma exige que las Partes Contratantes combatan la discriminación en función de la edad, en áreas distintas del empleo, señaladamente en el acceso a bienes, instalaciones y servicios<sup>123</sup>. Bajo la temática de las «instalaciones y servicios [*services and facilities*]», el Comité insistió en la petición de información acerca de cómo se controla la calidad de los servicios y qué canales existen para que las personas mayores reclamen a los servicios (supuesto que el contencioso portugués de seguridad social es, como regla general, contencioso administrativo<sup>124</sup>, y supuesta la existencia de una Inspección portuguesa específica en material de seguridad social<sup>125</sup>, quizá esta directriz del Comité apunte a la creación de un defensor u *Ombudsman*), solicitando, igualmente, información sobre instalaciones y servicios (como medidas de reposo) para familiares que cuiden de sus mayores (esto es, los cuidadores), en especial, de aquellos altamente dependientes. A pesar de que alguna de estas peticiones de información y conclusiones son reiteración de las conclusiones de 2009, permanecemos adormecidos en la resolución social de esta contingencia.

<sup>118</sup> Literalmente, «... con base en que no existe legislación anti-discriminatoria que proteja a las personas mayores frente a la discriminación por causa de edad, fuera de la esfera del empleo [... *on the grounds that no anti discrimination legislation exists protecting elderly persons against discrimination on grounds of age outsider the employment sphere*]» (Conclusiones 2013).

<sup>119</sup> Cfr. artículo 13 de la Constitución de la República Portuguesa, que establece que «nadie puede ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o exento de algún deber por razón de origen, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica, condición social u orientación sexual».

<sup>120</sup> Dado que, según jurisprudencia constante y reiteradísima de dicho Tribunal, la relación de causas discriminatorias mencionadas por la Constitución no tiene carácter exhaustivo; por cierto, al igual que sucede en España. Respecto de esto último, véase J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La discriminación laboral por edad en el Derecho de los Estados Unidos. Un estudio crítico comparativo desde la perspectiva del Derecho español*, Netbiblo (A Coruña, 2013), pp. 2 y ss.

<sup>121</sup> Cfr. Ley Constitucional núm. 1/2004, de 24 de julio.

<sup>122</sup> Cfr. artículo 63, núms. 1 y 3; y artículo 72, núm. 1.

<sup>123</sup> En realidad, esta Conclusión del Comité se deriva de la constatación de que Portugal no respondió a lo preguntado en las Conclusiones de 2009, relativas al período de 01/01/2005 a 31/12/2007, sobre la existencia de legislación anti-discriminatoria, lo que determinó la reiteración de la conclusión en 2013, lo que todavía hoy es un asunto no resuelto.

<sup>124</sup> Véase M. SILVEIRO DE BARROS, *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Atelier (Barcelona, 2017), pág. 137.

<sup>125</sup> Véase Ley 107/2009, de 14 de septiembre, aprobando el régimen procedimental aplicable a las infracciones administrativas laborales y de seguridad social [más en concreto, su artículo 2, apartado 1, letra b)].