



EL CUIDADOR NO PROFESIONAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA EN LA LEY 39/2006

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pablo de Olavide

Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EXTRACTO

La Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia prevé dos grandes grupos de prestaciones; unas de tipo técnico o asistencial y otras de naturaleza económica, justificadas por la existencia de una atención personal al dependiente de tipo informal o extrasistema. Es en el contexto de estas prestaciones económicas donde surge la figura del cuidador no profesional.

Normalmente caracterizado por tener vínculos de parentesco o de amistad, afecto o vecindad con el dependiente, su labor de cuidado es habitualmente gratuita y no recibe por ello ninguna compensación económica; sirviendo su existencia sólo de pretexto para la prestación económica del sistema de atención a la dependencia, que la otorgará al dependiente en razón de su necesidad de cuidado y de su capacidad económica personal. De forma que el cuidador informal típico se convierte, por la propia gratuidad de su prestación, en un sujeto que, al cumplir una función esencial en el sistema de atención a los dependientes, debe ser igualmente tutelado, sea en el terreno laboral como en el más específico de la Seguridad Social.

Al margen de esta figura, la del asistente personal, contratado por el dependiente mediante la ayuda económica que recibe del Sistema, aparece como un cuidador retribuido, aunque no profesional en el sentido de la Ley 39/2006. La exigencia de una contratación, con lo que ello supone de derechos, sobre todo retributivos, hace que su posición no sea tan débil como la del cuidador no profesional del entorno familiar; por lo que la Ley no se ocupa de su protección. En todo caso, es sobre el desarrollo reglamentario sobre el que descansa toda la virtualidad aplicativa de las previsiones de la Ley.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES CONCEPTUALES. DETERMINACIÓN DE LA FIGURA OBJETO DE ESTUDIO
2. LA DISCUTIBLE PREFERENCIA DE LA LEY POR LAS PRESTACIONES O SERVICIOS ASISTENCIALES PROFESIONALIZADOS
3. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA EL CUIDADO EN EL ENTORNO FAMILIAR
 - 3.1. Los rasgos de la prestación económica. La noción de cuidado no profesional, familiar o informal
 - 3.2. La relación entre la prestación económica y la prestación personal de cuidado por parte de cuidadores no profesionales
 - 3.3. La situación o el estatus del cuidador no profesional
4. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE ASISTENCIA PERSONAL
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN. PRECISIONES CONCEPTUALES. DETERMINACIÓN DE LA FIGURA OBJETO DE ESTUDIO

La Ley 39/2006, de 14 diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (normalmente conocida como la Ley de Dependencia, LD), tiene como finalidad (art.1) la *«garantía de la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las situaciones de dependencia»*. Un derecho que la norma pretende asegurar mediante la creación del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia (SAAD), integrado por prestaciones asistenciales de carácter público proporcionadas sobre la base de la participación y de la colaboración de todas las Administraciones Públicas. Esta es, sin duda, una de las ideas centrales de la LD: que la autonomía y la atención a las personas en situación de dependencia ha de realizarse, de forma prioritaria, a partir de un sistema público de prestaciones asistenciales que son las que se establecen en el catálogo de servicios recogido en el art. 15 de la Ley.

No obstante, esta idea o principio general de la LD puede matizarse en cuatro sentidos. En primer lugar, en la medida en que esas prestaciones podrán proporcionarse, según prevé el art. 2.6, directamente a través de instituciones públicas, pero también mediante entidades privadas, tengan o no ánimo de lucro, o incluso por profesionales autónomos; recurriendo, en los últimos casos, a los instrumentos del concierto y de las acreditaciones, como forma de control de la calidad de los servicios y como modo de incorporación funcional de las entidades citadas a la Red de Servicios Sociales de cada Comunidad Autónoma (art. 14.2). En segundo lugar, porque el catálogo de prestaciones de atención a la dependencia incluye, tras las prestaciones técnicas o asistenciales, que son prioritarias (art. 14.2), una serie de prestaciones económicas dirigidas, bien a pagar las prestaciones técnicas que el dependiente recibe de instituciones o entidades concertadas o acreditadas (art. 14.3), bien para conseguir la atención por parte de cuidadores no profesionales (art. 14.4), bien, en fin, para financiar lo que la Ley califica como asistente personal (art. 14.5). En tercer lugar, porque no hay correspondencia directa entre prestaciones técnicas y Red de Servicios Sociales ya que son posibles este tipo de prestaciones fuera de la Red, como es el caso de las que pueden obtenerse mediante la prestación económica vinculada del art. 14.3. En cuarto lugar, y en lo que hace a las que la Ley considera como prestaciones económicas, su finalidad de obtener el cuidado o servicio personal no está garantizada, salvo,

de nuevo, en las prestaciones económicas vinculadas, no así en las previstas en los apartados 4 y 5 del art. 14; esto es, la prestación por parte de cuidadores no profesionales y por parte del asistente personal. Al menos, no desde luego en el caso de los cuidadores no profesionales, quedando como una cuestión abierta, sujeta a desarrollo reglamentario, en lo que se refiere a la prestación de asistencia personal.

Las matizaciones que se acaban de hacer ponen de manifiesto una cierta falta de coherencia interna, de claridad conceptual y de sistemática en la LD. De un lado, porque la LD mezcla la condición de prestación económica con la afectación a la compra de un servicio en el caso de la prestación económica vinculada; de forma que lo que no es sino una manera indirecta y obligada de obtener una prestación de servicios, ya que no hay libertad en la prestación económica vinculada para decidir el destino de la prestación dineraria, aparece como una prestación económica más, con escasos puntos de contacto con las otras dos. En realidad se trata, en esencia, de una prestación técnica, realizada por los que la LD llama «cuidadores profesionales» (art. 2.6.), ya que en este concepto se engloban las entidades públicas o privadas (concertadas o acreditadas, en este último caso) a las que es necesario acudir para recibir el servicio que financia la prestación económica vinculada (art. 14.3).

De otro lado, y haciendo referencia a las prestaciones económicas en sentido propio (la de cuidados familiares y la del asistente personal), tampoco son prestaciones homogéneas ya que, la segunda de ellas (la de asistencia personal, art. 19 de la Ley), prevé expresamente la contratación, por una serie de horas, de un asistente personal especialmente orientado a facilitar al beneficiario el acceso a la educación y el trabajo y al desarrollo de una vida más autónoma. Al margen de lo específico de esta prestación, de la necesaria precisión acerca de su función, y del imprescindible desarrollo reglamentario previsto en el mismo art. 19, lo cierto es que es una prestación que tanto podría acabar asumiendo el aspecto de la prestación económica vinculada al servicio (porque sólo se permitiera contratar como asistentes personales a personas acreditadas y porque la prestación sólo se conceda para esa finalidad), cuanto acabar siendo una prestación económica que, como la tradicional de la gran invalidez del sistema de Seguridad Social (art. 139.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, LGSS), otorga unas cantidades al beneficiario con una finalidad concreta que, luego, ningún organismo o procedimiento se encarga de contrastar, dejando su aplicación concreta a la discreción del propio gran inválido. Dicho de otra manera, según como se articule la prestación económica para la contratación de un asistente personal, puede convertirse en una prestación semejante a la vinculada al servicio, o como una prestación abierta cuya exigencia de contratación de una persona sea flexiblemente entendida. En todo caso, el que la norma prevea una contratación hace que esta prestación económica tampoco sea plenamente equiparable a la tercera prestación económica, la prevista para el cuidado familiar (art. 18 de la LD), en la que, en principio, no se prevé ninguna contratación del prestador del servicio. Tanto más cuanto que el art. 18.3 de la Ley establece la inserción en el sistema de Seguridad Social del cuidador no profesional; una previsión innecesaria si tal cuidador fuera contratado, supuesto en que la afiliación sería obligatoria por exigencias de la LGSS.

Por último, las clasificaciones y categorías que utiliza la LD no siempre se corresponden con el sentido que la misma LD quiere aparentemente atribuirles. A este efecto, la LD parece establecer, de una parte, un paralelismo entre prestación técnica o de servicios y

cuidado profesional. Esta intención se aprecia claramente en el art. 2.6, el cual, bajo ese título de «cuidados profesionales», restringe esa noción a los que sean prestados por una institución pública o privada o trabajador autónomo que tenga esa finalidad, objetivo social o función económica. Esta identificación sería aceptable y coherente, siempre que se incluya aquí la denominada como «prestación económica vinculada», en la que la aplicación de la prestación dineraria está absolutamente afectada a la adquisición de servicios o cuidados profesionales. Así lo exige el art. 17.3 al establecer que *«las Administraciones Públicas competentes supervisarán, en todo caso, el destino y la utilización de estas prestaciones al cumplimiento de la finalidad para la que fueron concedidas»*. En consecuencia, y como expresamente lo prevé el art. 14.3, la prestación económica vinculada al servicio sólo podrá prestarse *«por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia»*, esto es, por un cuidador profesional.

Lo anterior justificaría, en principio, la otra identificación entre prestación económica (excluida, por lo que se ha dicho, la vinculada al servicio) y cuidados no profesionales. De forma que las prestaciones dinerarias previstas para la asistencia personal y para los cuidados personales sólo se prestarían por personas de la familia del dependiente, o al menos de su entorno familiar; o, cuando se trata de la asistencia personal, por cualquier persona que pueda desarrollar esa tarea a juicio del dependiente. Esta segunda identificación, sin embargo, no parece tan clara ya que no hay un pronunciamiento directo de la Ley acerca de la naturaleza del asistente personal; pudiendo ser, como se ha indicado, tanto un cuidador profesional (a poco que se exija acreditación, exista un control de las capacidades y se vigile la aplicación de la prestación a la obtención de esa ayuda personal) como un cuidador no profesional.

Lo único cierto, aunque hay que precisar su alcance, es que la prestación económica para el cuidado del entorno familiar (art. 18 de la Ley) es, sin duda, una prestación dispensada por cuidadores no profesionales. Esto lo dice el mismo art. 18.4; el cual establece, a los efectos de este tipo de prestación, que *«se promoverán acciones de apoyo a cuidadores no profesionales»* que son, sin duda, los que proporcionarán los cuidados previstos. También lo prevé el art. 14.4 de la Ley que, a la hora de definir las prestaciones, señala que *«el beneficiario podrá (...) recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales»*. Y, de forma definitiva, el art. 2.5 de la Ley que se refiere a los *«cuidados no profesionales»*, relacionándolos con la *«atención prestada a las personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada»*. La reiterada e indiscutible conexión entre prestación económica para el cuidado del entorno familiar y cuidados no profesionales, no se produce, por el contrario, en relación con la prestación de asistencia personal, regulada de forma independiente (art. 19), sin especificar nada respecto del tipo de cuidador que puede ser el asistente personal (art. 14.5) y definiendo esa asistencia de forma independiente de los cuidados profesionales y de los no profesionales. Por eso puede decirse que quienes prestan la asistencia personal, mediante contrato, para la que se prevé la prestación del mismo nombre, ocupan un lugar equidistante entre el cuidador profesional y el no profesional; pudiendo, según sea el desarrollo reglamentario, ser considerados como unos u otros. La exigencia del contrato introduce un elemento de profesionalización que parece excluirlos del modelo del cuidador no profesional; pero, igualmente, la flexibilidad con que se plantea esa contratación lo acerca al cuidador no profesional.

A partir de estas contradicciones y de la falta de claridad de la norma, se procederá a continuación, con la finalidad de responder al título del trabajo, a analizar la situación sobre todo de los cuidadores no profesionales en sentido estricto (esto es los relacionados con la prestación regulada por los arts. 2.5, 14.4 y 18.4 de la LD). Para luego hacer algunas reflexiones acerca de los asistentes personales contemplados en los arts. 2.7, 14.5 y 19 de la LD. En ambos casos, el juicio sobre el estatus personal de cada uno de ellos requiere un análisis y una valoración de la propia prestación que los integra y acerca del vínculo que pueda existir entre prestación del SAAD y prestación de servicio de los cuidadores no profesionales o de los asistentes. Ninguna reflexión se hará acerca de los cuidadores profesionales, estén integrados en la red de servicios por su pertenencia como funcionarios o trabajadores a las instituciones públicas o entidades privadas que forman dicha red, o permanezcan fuera de tales instituciones por tratarse de trabajadores autónomos. Las normas laborales, funcionariales y las, civiles y laborales, que regulan el estatuto del trabajador autónomo son las que determinan, sin singularidad alguna por el hecho de prestar servicios de atención a la dependencia, sus derechos y obligaciones. Posiblemente también haya que tener en cuenta la disciplina legal del voluntariado, en el caso de personas de esta condición que prestan los servicios a través de las que el art. 2.8 de la Ley llama «*organizaciones del tercer sector*» (como organizaciones privadas que, basadas en principios de solidaridad, persiguiendo fines de interés general y sin ánimo de lucro, impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales). Pero, aun no siendo prestaciones personalmente retribuidas, la Ley no las considera no profesionales, al exigir de las organizaciones en cuyo seno realizan el voluntariado, el establecimiento de un concierto con las Administraciones Públicas responsable y/o la pertinente acreditación. De forma que los voluntarios de estas entidades no son, a efectos de la Ley, cuidadores no profesionales. Como tampoco, parece, serán asistentes personales ya que, dado el carácter gratuito y benevolente de su prestación, no pueden ser contratados, como prevé la LD para este tipo de asistente. Aunque tampoco puede asegurarse que sea la intención de la norma excluir el asistente personal gratuito

2. LA DISCUTIBLE PREFERENCIA DE LA LEY POR LAS PRESTACIONES O SERVICIOS ASISTENCIALES PROFESIONALIZADOS

Como se ha dicho, la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar es una prestación prevista en el listado de prestaciones del art. 14 de la Ley, siendo una de las posibles prestaciones económicas del SAAD; en puridad, como se ha concluido antes, la única junto con la de asistencia personal. Pues bien, según el apartado 4 del citado art. 14, el sujeto en situación de dependencia («*beneficiario*», en la terminología legal) «*podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales*». Esta primera frase del art. 14.4 merece una glosa o comentario, sobre todo por la relación que se establece con las prestaciones técnicas o asistenciales.

Según la LD, la prestación para el cuidado en el entorno familiar es una prestación excepcional. Es decir, que constituye una alternativa secundaria, no preferida ni prevalente, al tipo de prestación que la norma considera prioritario (así lo dice expresamente, el art. 14.2) y que no es otra que la prestación asistencial o de servicios realizada a través de la

«oferta pública de la Red de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, mediante centros y servicios públicos o privados concertados debidamente acreditados». Son variadas las razones, sin duda atendibles, que han empujado a la Ley a decantarse de forma tan neta por este tipo de prestación técnica: realidad del cuidado, profesionalización y especialización de las prestaciones, control de la calidad de las mismas, aplicación efectiva del gasto público al cuidado del dependiente, creación de empleo, evitar desincentivar la incorporación de la mujer al trabajo debido a la habitual asunción por parte de la misma de la carga de cuidado del dependiente, evolución demográfica, cambios en la estructura familiar, incentivo de la corresponsabilidad familiar, o instrumento de conciliación de la vida laboral y familiar. Lo cierto es que, en el diseño legal al menos, el cuidado no profesional aparece como secundario y complementario del cuidado profesional. Como dice el Libro Blanco sobre la Atención a las personas en situación de dependencia en España (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, IMSERSO, 2004, Cap. I, pág. 63) «el modelo basado en el apoyo informal no puede sostenerse a medio plazo», debido a razones demográficas (cada vez existen menos mujeres en edad de cuidar; lo que es sin duda relevante dada la feminización de la labor de cuidado) y a los cambios sociológicos (desaparición de la familia extensa, desestructuración familiar, movilidad geográfica de los miembros de la familia, cambios en la posición social de las mujeres y en su rol dentro de la familia).

Pero la consideración como no prevalente del cuidado no profesional (que es habitualmente, como ahora se verá y la propia Ley admite, cuidado familiar) es ignorar en gran medida el deseo de los propios sujetos en situación de dependencia y negar lo que ha sido hasta ahora la forma habitual de atención a los dependientes. Basta traer a colación aquí los datos contenidos en el citado Libro Blanco, en cuyo Capítulo I (págs. 58-65) se pone de manifiesto que el total de personas dependientes que reciben ayudas en el hogar (bien es verdad que también la asistencia técnica o prestacional por parte de servicios profesionalizados puede tener lugar en el hogar; de la misma forma que la asistencia fuera del hogar puede ser igualmente a cargo de cuidadores informales, por prestarse en casa del familiar que realiza el cuidado) es de 1.049.195, de un total de 1.670.450. También en el Libro Blanco se indica que, del total de personas que reciben prestaciones, más de un millón la reciben del cónyuge o de parientes en primer o segundo grado (hijos, hermanos, padres), siendo igualmente un número relevante quienes la reciben de otros parientes, amigos y vecinos (200.000 personas). Datos que bastan para poner de manifiesto la trascendencia actual y el papel de protección esencial que cumplen los cuidadores familiares o no profesionales.

La preferencia tan neta de la LD es, quizás, exagerada (hasta ser más un propósito político que una hipótesis realmente aplicable) en cuanto al énfasis que pone en la prioridad de los servicios asistenciales. Hay que hacer notar al respecto que, tanto el art. 14.4 como el 18, utilizan la palabra «*excepcionalmente*», para referirse a la posibilidad que el beneficiario tiene de recibir una prestación económica para el cuidado familiar o no profesional. Suscitándose con ello, además, una contradicción interna en la Ley e, incluso, poniéndose en duda la voluntad real de respetar uno de los objetivos de la norma y de los principios sobre los que se asienta. Se trata de la garantía de la autonomía del dependiente, a quien debería corresponder decidir (aun integrando en la decisión, condicionándola obviamente, la mayor productividad y eficacia de las prestaciones asistenciales) el tipo de prestación que quiere recibir y de qué origen y prestada por qué persona (lo que, habitual-

mente, significaría dar prioridad a la prestación o cuidado familiar ya que esa es la preferencia mostrada por los propios dependientes). Pero es que, por otra parte, la prevalencia indiscutible y legal por las prestaciones profesionales puede negar principios de la Ley como el de la permanencia de las personas en situación de dependencia en el entorno en que desarrollan su vida (lo que pueden hacer, desde luego, con prestaciones profesionales, pero que se haría realidad de forma más completa con prestaciones familiares en el entorno familiar, si es que son posibles y así lo prefiriere el dependiente); o el de la participación de las personas en situación de dependencia y de sus familias (cuya opinión acerca del tipo de cuidado preferible no se tiene en cuenta, aparentemente, o cede ante la prioridad legal de las prestaciones públicas de la red de servicios).

En todo caso, una cosa es la preferencia legal y otra la realidad de la prestación de servicios. Pese a la amplitud de las normas transitorias establecidas en la disposición final primera de la LD (hasta ocho años para la aplicación completa de la Ley a todas las situaciones de dependencia valoradas como tales) es legítimo dudar de la capacidad de las instituciones públicas, e incluso de las concertadas o acreditadas de tipo privado, para atender, con calidad y suficiencia, a todas las solicitudes de prestaciones que la LD generará sobre la base de su afirmación como derecho subjetivo (arts. 1 y 4 de la LD). Basta comparar el número de dependientes que se estima existen en España con el número de personas en situación de dependencia a las que llegan las actuales prestaciones asistenciales o técnicas de tipo más o menos profesionalizado (ya sea públicas, ya concertadas o, incluso, de carácter estrictamente privado), para afirmar esa incapacidad, al menos por un tiempo, de satisfacer la demanda de servicios. Así se pone de manifiesto a partir de los datos contenidos, una vez más el Libro Blanco (Capítulo 1, págs. 33 y ss), donde, para el año 1999, la cifra de personas, mayores de 6 años, que padecían algún tipo de discapacidad para las actividades de la vida diaria era de 2.285.340 (si bien sólo 1.500.000, aproximadamente, mayores de 65 años), o, en el año 2002, 1.547.195 las personas, mayores de 6 años, afectadas de alguna discapacidad severa o total. Por comparación, las personas que recibían ayudas de asistencia personal pública o privada (excluido el cuidado familiar) eran, en 2002, sólo unas 350.000, mientras las que la recibían de la familia alcanzaban la cifra de 1.310.000 personas. No es necesario insistir más en estos datos para poner de manifiesto el voluntarismo de la LD y la enorme dificultad de subvertir la relación actual de prioritaria y secundaria que existe entre la prestación o el cuidado familiar (o no profesional) y el cuidado asistencial profesionalizado.

Lo anterior determinará que la incapacidad de hacer frente a la demanda de servicios y la prevalencia fáctica del cuidado familiar tendrá como consecuencia, sin duda y durante algunos años todavía, un notable número de prestaciones económicas para el cuidado familiar no profesionalizado; negando la naturaleza secundaria o excepcional que la LD les atribuye. Esto es algo que la propia LD parece asumir (descartando, por su parte, el carácter prevalente de la asistencia profesionalizada) si se atiende al tenor literal del art. 29. En efecto, en dicho artículo se regula el denominado como «Programa Individual de Atención (PIA) que consiste en la determinación por parte de los servicios sociales correspondientes del sistema público (los de cada Comunidad Autónoma u otras entidades locales, si así se establece en cada Comunidad), del plan prestacional o asistencial individual para cada sujeto en situación de dependencia. Programa en el que, según el art. 29 (y sin que se desprenda de él ninguna preferencia o prevalencia), se *determinarán las modalidades de in-*

tervención más adecuadas a sus necesidades (del dependiente) de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado o nivel, con la participación, previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen».

Como puede verse, el art. 29 es una norma mucho más equilibrada, menos voluntarista y más realista; en cuanto menos atenta a fundamentos y principios y más a la suficiencia, adecuación y eficacia de la tutela del dependiente. En él el objetivo central es la adecuación prestacional (sin excluir ninguna de las prestaciones posibles y sin establecer jerarquía alguna entre ellas), en razón del tipo o grado de dependencia y de las características personales, familiares y del entorno que concurren en el caso. Una determinación del PIA que exige siempre la previa consulta al dependiente (o a la familia o entidad de tutela, si éste está incapacitado para tomar decisiones), y que, incluso, se fija a partir de la elección que el propio dependiente realice; sin que ésta deba estar condicionada por la prioridad legal por las prestaciones técnicas, asistenciales o de servicios, de tipo profesional. Sobre esta base, y con este trascendental condicionamiento, se procede a continuación a analizar la prestación económica prevista por el art. 18 de la LD.

3. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA EL CUIDADO EN EL ENTORNO FAMILIAR

Los elementos clave de esta prestación, tal y como está regulada en la LD son los que se indican a continuación. Teniendo en cuenta, desde luego, que el art. 18.2 de la LD prevé (un mecanismo habitual en la LD de corresponsabilidad normativa) que se establecerán por el Gobierno, tras el acuerdo pertinente del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, *«las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica»*. Un desarrollo normativo, sin duda esencial, que podrá matizar, de forma relevante, una regulación legal algo contradictoria, oscura en algunos aspectos y poco definida en otras dimensiones de la prestación de que se trata. Por ejemplo, nada indica la norma acerca de la cuantía de la prestación, de la relación entre grado de dependencia y nivel prestacional, de la influencia que la capacidad económica del dependiente tiene sobre la prestación, o acerca de los requisitos que se exigen para acceder a la misma (aparte del dictamen contenido en el PIA).

Pese a estas carencias, la *«la prestación económica para el cuidado en el entorno familiar»*, en cuanto prestación relacionada con el cuidado no profesional, está caracterizada (mal caracterizada) en la LD en relación con dos aspectos o dimensiones. De una parte, los requisitos de acceso a la prestación y su contenido; de otra parte, lo relativo al cuidador no profesional que justifica esta prestación económica, sus características, el tipo de prestación que realiza y las condiciones en que lo hace.

3.1. Los rasgos de la prestación económica. La noción de cuidado no profesional, familiar o informal

Para que pueda accederse a la prestación, la LD exige lo siguiente. Respecto del dependiente, sólo que el PIA establezca que ésta es la prestación adecuada al caso, atendien-

do a la opinión del sujeto en situación de dependencia y de su familia (arts. 14.4 y 29 de la LD). Respecto de la prestación personal que justifica la económica, el que el dependiente sea atendido por cuidadores no profesionales (art. 14.4), cuidadores que el art. 2.4 exige que no estén «*vinculados a un servicio de atención profesionalizada*», que sitúa en la familia o en el entorno del dependiente, y que el art. 18.1 llama «*cuidados familiares*» sin más. Que esos cuidadores no profesionales sean personas de la familia del dependiente o de su «*entorno*» (entorno genérico del art. 2.5 que el art. 18.1, convierte en «*entorno familiar*»). Y que la atención tenga lugar en el domicilio del dependiente (art. 2.4) y siempre que en el mismo se den «*condiciones adecuadas de convivencia y habitabilidad de la vivienda*». De lo anterior se derivan dos cuestiones fundamentales, como se ha señalado antes: quién puede ser el cuidador no profesional que justifica la prestación económica para ese cuidado y qué relación ha de tener con el dependiente, en primer lugar; y dónde y en qué condiciones ha de realizarse la prestación, en segundo lugar.

En cuanto a lo primero, la confusión o indeterminación de la LD es patente. No obstante, es claro que no puede tratarse de un cuidador profesional, en el sentido de que preste los servicios de atención en el marco de una institución de la red de servicios, o concertada o acreditada para esta tarea; por el contrario, la prestación de cuidado tiene lugar al margen de las estructuras asistenciales y se basa en la existencia de lazos entre dependiente y cuidador que van más allá de la obligación profesional. Es en este punto donde la LD es más confusa porque, sin duda, un familiar puede ser un cuidador no profesional, sin que la norma establezca ningún tipo de parentesco límite o mínimo; seguramente porque entienden de más relevante el lugar de la asistencia, dejando en un segundo plano, hasta bastar según parece cualquier parentesco, la relación familiar que vincula a dependiente y cuidador.

Pero la LD (art. 2.5) no cierra aquí la identificación entre cuidador no profesional y familiar ya que añade una referencia más genérica al «entorno» del dependiente (que se convierte en «entorno familiar» en el art. 18.1). La cuestión es, pues, si se acepta una interpretación estricta según la cual la mención del entorno, en cuanto también familiar, exige siempre relación de parentesco; con lo que sería redundante, ya que la existencia del parentesco familiar abarca, sin duda, al entorno familiar. Parece más lógico suponer, en cambio, que con el término «entorno» la LD ha querido referirse a otra circunstancia (de cercanía o proximidad y a otro tipo de lazo personal como la vecindad o la amistad) diferente al estrictamente familiar. En esta segunda versión, cuidador no profesional que justifica la prestación económica al dependiente podría ser un familiar o alguien que se ubicara en la cercanía (física, de afecto o de lazos de amistad) del dependiente. Aun aceptando esta versión, todavía no se resuelve el tema de si la inserción en el entorno del dependiente (con la convivencia, por ejemplo) es previa a la tarea de cuidado o puede producirse precisamente por ella. Esto puede no tener relevancia en el caso del familiar del dependiente; pero sí en el supuesto de persona no familiar que, a cambio de una recompensa salarial, se integra en el núcleo de convivencia del dependiente, pasando a ser persona del «entorno». Seguramente pueda ser así, con lo que el círculo de las personas que pueden ser cuidadores no profesionales se amplía de forma notable.

Partiendo de esta consideración amplia del cuidador no profesional, hay que señalar que, normalmente, la prestación del cuidador no profesional se basa en razones no retributivas; en la medida en que el cuidador asume esa tarea en virtud de los vínculos de parentesco, cercanía, afecto o amistad que tiene con el dependiente. Desde el punto de vista,

pues, de la regulación laboral, el cuidador no profesional es, además, un prestador gratuito de servicios. Quedando incluido, más que en el concepto de trabajo familiar del art. 1.3, e) del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET) ya que no hay una empresa o actividad económica del conjunto de la familia como unidad de convivencia, en el de trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad del art. 1.3, d) del ET. No obstante, uno de los problemas centrales en esta operación identificatoria del cuidador no profesional es dilucidar si, siendo familiar o, más genéricamente, perteneciendo al entorno, esa persona puede ser contratada por el dependiente, recompensado su tarea de cuidado con una retribución económica. Ya se ha dicho antes que, en este caso, el cuidador (profesional desde el punto de vista laboral; no profesional desde la perspectiva de la LD) pasa a ser persona del entorno del dependiente. Por lo que su retribución sería, normalmente, salarial por asimilarse la prestación de dependencia a la prestación laboral realizada en el marco de la relación especial de personas al servicio del hogar familiar (art. 2.1, b) del y art. 1 del RD 1424/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de personas al servicio del hogar familiar). En definitiva, hay que decidir si, en la intención de la LD, cuidador no profesional es cuidador gratuito; o si, desde otro punto de vista, cuidador no profesional es sólo quien no está vinculado (como dice el art. 2.5 de la LD) a un servicio de atención profesionalizada.

Nada justifica una restricción tan intensa como la que propone la primera de las identificaciones; es decir, nada en la LD impide expresamente que el cuidador no profesional pueda ser un cuidador retribuido, siempre que cumpla las otras exigencias (parentesco o entorno, preexistente o provocado precisamente por la contratación). En todo caso, esta es una decisión del dependiente; mucho más justificada en su apertura por el hecho de que, como se verá ahora, la LD no establece en realidad ninguna relación entre prestación económica y cuidador no profesional más allá de que ese cuidado no profesionalizado exista y justifique la prestación económica que la LD no afecta necesariamente a esa recompensa económica de tipo salarial. Sobre esto se volverá ahora. En conclusión, pues, concepción amplia del vínculo, de la noción de entorno del dependiente y aceptación de que la prestación de cuidado puede ser retribuida o no, al margen de las prestaciones previstas en la LD.

Queda por precisar qué características ha de reunir la prestación del cuidador no profesional. Parece claro que la prestación de cuidado ha de tener lugar en el domicilio del dependiente. Así lo establece, aunque genéricamente, el art. 2.5 de la LD, e insiste en ello, si bien indirectamente, el art. 14.4, al permitir el cuidado no profesional (o, mejor, al condicionar la prestación económica por cuidado no profesional) sólo si se dan «*condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda*». Lo que parece referirse a la vivienda del dependiente, partiendo de la base de que, de una parte, la prestación personal tiene lugar en ella, y, de otra parte, que el cuidador ha de convivir con el sujeto en situación de dependencia. No hay, sin embargo, razones de peso para una u otra exigencia.

En primer lugar, exigir la prestación en el domicilio del dependiente es superfluo e innecesario. Normalmente sucederá así, e incluso será lo más adecuado en razón del cumplimiento de la exigencia contenida en el art. 3, k) de la LD que se establece como principio el de «*la permanencia de las personas en situación de dependencia (...) en el entorno en el que desarrollan su vida*». Pero como este mismo apartado establece, esto sucederá, «*siempre que sea posible*»; lo que puede acontecer en el caso de prestaciones por parte de cuidadores no profesionales. Piénsese, sin más, en la mayor amplitud, comodidad o ido-

neidad de la vivienda del familiar que asume la tarea de cuidado. Resulta absurdo no aceptar que, en este caso, no existe prestación no profesional que justifique la prestación económica del SAAD. La misma habitabilidad de la vivienda, como requisito que exige el art. 14.4 de la LD, lleva a igual conclusión; ya que sería improcedente que la norma forzara tanto a dependiente como a cuidador a convivir en un hogar menos confortable o menos habitable, el del dependiente, para conservar el derecho a la prestación económica. En consecuencia, más que un hogar concreto, habría que considerar que la LD lo que exige es la existencia de un hogar, preferiblemente pero no necesariamente el propio del dependiente, siempre que exista convivencia entre dependiente y cuidador no profesional. La convivencia, así, sustituiría a la exclusiva ubicación física del cuidado en el domicilio del sujeto en situación de dependencia.

Por lo que se refiere a este rasgo de convivencia, tampoco se justifica que deba ser interpretado de forma estricta. Sin duda sí, si el hogar donde tiene lugar la prestación personal es el del cuidador, ya que no puede aceptarse (además de ser casi impracticable) una situación como la de un dependiente que, sin convivir con el cuidador, ha de acudir regularmente al domicilio de ésta para recibir el cuidado que necesita. Aunque también puede imaginarse la situación de un dependiente no especialmente severo, que tiene movilidad física, y que es recogido diariamente de su hogar para ser trasladado al hogar del cuidador donde recibe esas prestaciones personales. Pero donde la exigencia de convivencia no se justifica es en la situación en la que el cuidador se desplaza al hogar del dependiente, permaneciendo con él el tiempo necesario en razón del grado de dependencia, pero no convirtiendo el hogar del dependiente en el suyo propio. Esto quizás sea impensable en situaciones de dependencia severa; pero no lo es tanto en relación con dependencias menos graves; sobre todo, como suele ser muy habitual en la práctica, cuando el cuidado no profesional no es exclusivo de una persona sino compartido por varias. La existencia de varios cuidadores, lo normal en los cuidados familiares, hace aparecer la figura (que en la LD no existe) del cuidador principal; que puede ser, o no, el que conviva con el sujeto en situación de dependencia. Por tanto, la exigencia de convivencia no puede tampoco asumirse en sentido estricto; debiéndose aceptar excepciones y matizaciones a la misma.

3.2. La relación entre la prestación económica y la prestación personal de cuidado por parte de cuidadores no profesionales

Esta relación es muy clara y directa en el caso de la prestación económica que se vio al principio y que se denomina como «prestación económica vinculada al servicio»; como dice, el art. 17.2 de la LD, *«esta prestación económica de carácter personal estará, en todo caso, vinculada a la adquisición de un servicio»*. Se trata pues, de una afectación o aplicación directa de la prestación para la compra del servicio de asistencia y para la retribución económica del mismo a la entidad u organismo que lo preste. No sucede lo mismo con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. En realidad, lo que sucede es que la existencia del cuidado familiar es la que justifica la prestación económica que, por su parte, no parece que vaya a establecerse en razón de los rasgos (intensidad, tiempo) de la prestación familiar sino del grado de dependencia del sujeto, y determinada además en su cuantía por la capacidad económica del dependiente.

Pero no es sólo ésta la divergencia que existe entre ambas prestaciones. La segunda, y más importante, es que la prestación económica no sirve para recompensar el cuidado no profesional; al menos no necesariamente, dependiendo que así sea de la voluntad del dependiente. La norma no exige, por ejemplo, que la prestación económica vaya destinada a compensar al cuidador, por obligar así al dependiente o por atribuirle al cuidador un derecho a la misma; lo que puede, en ambas hipótesis, que se haya rechazado por respeto a la autonomía del dependiente y por evitar configurar la prestación como una prestación económica del SAAD al cuidador. Por tanto, la prestación personal del cuidador es el pretexto de la prestación económica que se atribuye al dependiente, quedando a su arbitrio hacer de la misma lo que estime oportuno: ahorrarla, destinarla a otros consumos o gastos, compensar (total o parcialmente, simbólica o efectivamente) al cuidador familiar, dedicarla a contratar laboralmente a personas, no profesionalizadas en la asistencia a la dependencia (en los términos ya vistos de la LD), que incorpora a su entorno. Como sucede con la gran invalidez del sistema de Seguridad Social (regulada por el art. 139.4 de la LGSS) no hay ningún instrumento o previsión legal orientada a controlar la eficacia tuteladora de la prestación, su destino efectivo a la finalidad para la que fue creada. Sin que pueda considerarse tal la previsión, contenida en el art. 43,d) de la LD (que se refiere a las infracciones), que considera tal el «*aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan...*». Lo que, si bien puede aplicarse claramente a la prestación económica vinculada y, posiblemente, también a la prestación para la asistencia personal, es mucho más dudoso que incluya a la prestación para el cuidado familiar; siquiera sea porque su configuración legal, tan ampliamente desconectada de la prestación personal que la justifica, no avala la opinión contraria. Salvo que la disciplina reglamentaria de la misma apueste de forma decidida por esa aplicación efectiva.

Lo que suscitará, por último, de ser así, amplios y numerosos interrogantes en relación con una prestación personal que saldría del estricto campo de la gratuidad (o de la contratación al margen de la prestación económica) para vincularse a la misma mediante una conexión económica causal. De forma que se plantearía si, en todo caso, habría que establecer una relación contractual laboral, aunque especial (concretamente, la de trabajo al servicio del hogar familiar), entre dependiente y cuidador no profesional, o entre SAAD y cuidador; lo que haría innecesaria, como ya se dijo, la previsión de inclusión del cuidador en el sistema de Seguridad Social por producirse en razón del trabajo. O si la prestación económica, vinculada ahora a la prestación asistencial del cuidador, habría de ser interpretada como una prestación económica del sistema al cuidador no profesional, aceptando que no constituiría una retribución por tratarse en todo caso de un servicio gratuito que el SAAD trata de compensar, sin que exista vínculo contractual entre cuidador y SAAD. O bien se considerarla como una prestación económica al dependiente, que vendría obligado a desviar hacia el cuidador sin que la obligación derive de la prestación misma (hay siempre trabajo gratuito) sino de la propia LD. En ambos casos, sin que exista afiliación a la Seguridad Social y, en consecuencia, justificándose esta previsión por parte de la LD.

3.3. La situación o el estatus del cuidador no profesional

Teniendo en cuenta algunas de las alternativas que se han abierto en el apartado anterior, se puede intentar establecer los rasgos básicos del estatus del cuidador no profesional

que la propia LD señala, aunque sea de forma parcial e incompleta. Sólo dos preceptos de la LD se refieren a dicho estatus. En primer lugar, el art. 18.3, estableciendo que *«el cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente»*. Algo sobre lo que insiste, un tanto innecesariamente, la disposición adicional cuarta de la LD, al señalar que *«reglamentariamente, el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización»*. La otra norma es el art. 18.4 de la LD cuando ordena al Consejo Territorial para la Autonomía y Atención a la Dependencia que promueva *«acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso»*.

Pues bien, en cuanto a lo primero, la previsión legal de inclusión en el sistema de Seguridad Social tiene como finalidad evidente la de procurar una cierta cobertura social al cuidador no profesional; sin duda porque se parte de la base de que el cuidador no profesional es, normalmente, un familiar que realiza su tarea sin recibir compensación económica alguna (y seguramente sin esperarla siquiera). No obstante, la dedicación al cuidado familiar constituye, también sin duda, un factor de alejamiento de la actividad productiva, de pérdida o abandono del empleo, de suspensión temporal del trabajo materializada en excedencias de diverso tipo, o de reducción del tiempo de ocupación a un trabajo a tiempo parcial. En la mayor parte de estos escenarios, el cuidador, aun realizando una labor socialmente relevante e imprescindible (se le ha llamado la «protección social invisible») se ve penalizado con una afectación severa (total o parcial) de su vida profesional y, si se habla de Seguridad Social, de lo que se llama la carrera de seguro; tan esencial, en su continuidad y en su extensión, para generar en su momento las prestaciones contributivas del sistema de Seguridad Social.

Justo este impacto negativo es lo que la LD pretende evitar; y también la revalorización desde el punto de vista de la Seguridad Social de la tarea misma de cuidado, aunque la haga alguien que no ha trabajado antes o que no ve afectada su ocupación por la labor de cuidado. Estableciendo que el desarrollo reglamentario de la norma ordenará la inclusión de los cuidadores no profesionales en el nivel contributivo del sistema de Seguridad Social, dentro del Régimen que corresponda (general, autónomo, al servicio del hogar familiar, son las tres alternativas posibles); inclusión que deberá producirse justamente en razón del desempeño de las tareas de cuidado.

En definitiva, se trataría de una más de las actividades que la norma de Seguridad Social considera asimilables a las que determinan la inclusión en el Régimen de que se trate. Aquí, o bien el cuidado familiar se consideraría asimilable al trabajo por cuenta ajena (aplicándose, en consecuencia, la previsión del art. 97.2, 1) de la LGSS, cuando establece que el Gobierno, por la vía de la asimilación a que se refiere el art. 97.1 de la LGSS, podrá incluir en el Régimen General a «otras personas» (o actividades). O bien la inclusión se produciría en el Régimen Especial de Empleados al Servicio del Hogar Familiar, mucho más cuando el tipo de tarea que realiza el cuidador familiar o no profesional es semejante o idéntica a las que justifican la inclusión en este Régimen de la Seguridad Social (art. 2 del RD 2346/1969, de 25 de septiembre, sobre este Régimen Especial, en relación con el art. 1.4 del RD 1424/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial del servicio al hogar familiar), con la única diferencia aquí de la inexistencia de la

retribución (cuando así es, que no siempre) que reclama el mismo art. 2 del RD 2346/1969. La inclusión, en fin, puede también realizarse en el Régimen Especial de Autónomos, si es que se considera que la actividad de cuidado es más asimilable al trabajo por cuenta propia; asimilaciones más extravagantes han tenido lugar con anterioridad, como es el caso, entre otro, de los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, de acuerdo con el RD 3325/1981, de 29 de diciembre.

Esta inclusión, por vía de asimilación, a algunos de los Regímenes del sistema de Seguridad Social requiere, como es obvio, la regulación de los actos de encuadramiento (procedimiento de afiliación y alta) y de la cotización que haya de abonarse, con indicación de a cargo de quién y conforme a qué reparto, si es que procede. La remisión reglamentaria es en este punto plena y abierta (prácticamente en blanco), y carece de sentido especular acerca de cuáles serían los rasgos de unos y otra. Sólo cabe identificar los extremos sobre los que, inevitablemente, habrá de producirse una regulación que tenga en cuenta las peculiaridades de la situación del cuidador no profesional; esto es, en teoría, una persona que realiza una actividad de cuidado, sobre la base de vínculos familiares entendidos en sentido amplio, y sin percibir por ello compensación económica alguna.

Partiendo de esta identificación, las cuestiones que deberán ser abordadas pueden enumerarse de la siguiente manera. En primer lugar, cómo se establezca la relación entre dedicación (que sólo podrá medirse por tiempo en razón del grado de dependencia, conforme al baremo más general aplicable también a las prestaciones o cuidados profesionales) y afiliación/alta al sistema de Seguridad Social. Esto es, si procederá un alta a tiempo parcial en razón de las horas de dedicación, o, por el contrario, el alta se producirá por tiempo completo (o sin diferenciar) al margen de las horas concretas de cuidado que el dependiente exija. En segundo lugar, cómo conectar la afiliación/alta del cuidador con la realización mantenida de un trabajo que dé lugar a la inclusión en el sistema de Seguridad Social. Debiendo decidirse si, en este caso, el alta es innecesaria; si es compatible con el alta, siempre que parcial, por un trabajo efectivo de este tipo; si el desempeño del trabajo de cuidado recibirá un tratamiento, en cuanto compatible con el trabajo ordinario, semejante al del pluriempleo o la pluriactividad; o, si, en fin, el alta del cuidador tendrá lugar en todo caso, de forma independiente al alta por la actividad profesional.

En tercer lugar, es preciso establecer el régimen de compatibilidad del alta por cuidado con la percepción de prestaciones del sistema. Como es el caso de la viudedad; lo que no parece ofrecer dudas, en su régimen actual. O la jubilación, con la que, según los datos contenidos en el Libro Blanco (Capítulo III, p. 27), suele concurrir (en concreto, más de un 20 por 100 de los cuidadores informales están jubilados). Lo que abre la puerta a dos opciones: o bien el cuidado no da lugar al alta en la medida en que el cuidador ya percibe la prestación final del sistema; o el alta como cuidador tiene lugar y puede influir en la cuantía futura de la pensión de jubilación que podría volver a calcularse en razón de los tiempos de cotización añadidos. También puede tener lugar la concurrencia entre desempleo subsidiado y prestación de cuidado (casi un 8 por 100 de los cuidadores informales, según el Libro Blanco, Capítulo III, p. 26, son parados o desocupados que han trabajado antes); situación en la que las previsiones del art. 231.2 de la LGSS, en relación con el denominado «compromiso de actividad» pueden resultar un obstáculo para el desarrollo de la labor de cuidado, en la medida en que el desempleado está obligado a aceptar la colocación adecuada del art. 231.3 de la misma LGSS, viendo suspendido o extinguido en

caso contrario el derecho a la prestación. Con lo que se le coloca en la disyuntiva de aceptar el empleo o de cuidar al dependiente. Lo establecido en el art. 231.3, último párrafo, de la LGSS respecto de que, a los efectos del concepto de colocación adecuada, el Servicio de Empleo pueda tener en cuenta *«las circunstancias profesionales y personales del desempleado, así como la conciliación de su vida laboral y familiar»* puede abrir una vía a esa posible coincidencia de desempleado y cuidador no profesional.

En cuarto lugar, habrá que establecer reglas particulares respecto de la cotización, tanto acerca de si se tiene en cuenta o no la habitual parcialidad de la ocupación de cuidado, o sobre cómo se determinaría la obligación de cotizar en relación con los siguientes extremos. Base de cotización (con todas las alternativas posibles, pero con muchas posibilidades de prosperar la que la identificaría con las bases mínimas, dada la inexistencia de retribución del cuidador; es la base que se aplica, además, en el caso del Régimen Especial de Empleados de Hogar y una de las opciones más habituales del Régimen Especial de Autónomos), con la duda de si también debería cotizarse por riesgos profesionales y al desempleo. Lo que no tendría por qué descartarse ya que pueden existir riesgos propios de la actividad de cuidador y enfermedades del trabajo derivadas de esa tarea, como lo evidencia la existencia de este tipo de contingencias en cuidadores profesionales. También puede ser razonable establecer una cotización por desempleo para dar cobertura a quien cese, por fallecimiento del dependiente o por desistimiento del cuidador, en su labor de cuidado, encontrando normalmente grandes dificultades para reintegrarse al mercado de trabajo. Otra cuestión es el tipo o porcentaje aplicable (que pudiera ser el general, y el correspondiente a la tarifa de primas o al desempleo). O las contingencias frente a las que se protege al cuidador (sin duda la jubilación, y la incapacidad permanente; con más dudas, la incapacidad temporal, el desempleo y los riesgos profesionales). O quién es el obligado al pago de las cuotas, debiendo decidirse primero si es el cuidador quien ha de cotizar, al menos por su parte (algo discutible dada su condición de no retribuido); o si es el propio dependiente (algo más razonable ya que es quien, percibiendo la prestación económica del SAAD, no necesariamente la emplea en recompensar al cuidador; aceptar una carga, aunque sea parcial de cotización pudiera tener aquí algún fundamento); o si, finalmente, será el propio SAAD (de forma semejante como sucede con las prestaciones por desempleo).

Todas estas posibilidades se plantean en el caso del cuidador informal o no profesional estándar, esto es, el que de forma gratuita realiza su labor de cuidado. Pero, como antes se ha admitido, al haberse rechazado la identificación entre cuidado no profesional y cuidado gratuito al considerar que la oposición existe más bien entre cuidado formal (de la red de servicios) e informal (externo a ella), también cabe que el cuidado informal que fundamenta y justifica la prestación económica sea un cuidador retribuido (se trate del cuidador familiar o de otra persona del entorno). En este caso, la existencia de retribución inserta al cuidador en el mecanismo contractual, normalmente laboral; lo que determinará su afiliación/alta y cotización en el sistema de Seguridad Social conforme a las reglas que regulan este tipo de actividad profesional. Aquí no tienen sentido las previsiones de la LD sobre la protección social del cuidador, ni ninguna de las cuestiones que se han planteado antes; que están diseñadas, ya se ha dicho, para el caso del cuidador no profesional que presta su labor de forma gratuita.

En cuanto al segundo grupo de previsiones relacionadas con el cuidador no profesional contenidas en el art. 18 de la LD, se trata de acciones, de iniciativa, financiación y

responsabilidad pública, orientadas a apoyar la función del cuidador. No sólo todo lo relativo a la información necesaria y a la formación adecuada (algo imprescindible para garantizar la solvencia, la eficacia y una calidad mínima de la prestación de cuidado, pero que ha de tener en cuenta que, para recibir esa formación, el cuidador ha de abandonar su función de tutela del dependiente), sino también en cuanto a otro tipo de ayudas relacionadas con la naturaleza del cuidado y el hecho de su carácter permanente, inaplazable e ininterrumpido. A esto se refiere la LD al mencionar «*las medidas para atender los periodos de descanso* (del cuidador informal)». Estas medidas no pueden ser otras que prestaciones sociales que tienen como finalidad la protección del cuidador informal, partiendo del hecho de la realidad de una dedicación sin límites fijos temporales o sin horario. De hecho, en los casos de convivencia entre dependiente y familiar cuidador, la dedicación por parte de este último suele ser más intensa que lo que la aplicación del baremo de la dependencia podría justificar. Además, esa situación de dependencia, si es de un cierto grado o severa, exigirá del cuidador familiar no sólo tiempo sino también calidad del cuidado y permanencia del mismo, sin que se le ofrezca, al menos, un tiempo de descanso; lo que nada tiene que ver con el esquema de la prestación profesionalizada, rígidamente medida por horas concretas de dedicación.

Como se ha puesto de manifiesto (M.A. Durán Heras. *Dependientes y cuidadores: el desafío de los próximos años*. RMTAS, 60/2006, pp. 58-59 y Libro Blanco, pp. 26-45) el perfil típico del cuidador informal es: mujer (un 83,6 por 100); con una edad entre 50 y 60 años (un 28 por 100, pero un 23 por 100 tiene una edad entre 40 y 49 años); con abundancia de los cuidadores de edad avanzada (un 30 por 100, tiene más de sesenta años); que no está ocupado o ha tenido que abandonar el empleo (un 73 por 100); que dedica más de 40 horas semanales al cuidado del dependiente, duplicando o triplicando esa cifra con frecuencia; que asume casi en exclusiva el cuidado del dependiente y lo hace de forma permanente (un 77 por 100); que lo hace durante largos años; que padece patologías múltiples (un 56 por 100) como cansancio, carencia o alteración del sueño, dolores articulares, depresión (como se ha dicho expresivamente, el cuidador del dependiente es con frecuencia él mismo un dependiente).

Todo lo anterior justifica las medidas de creación o de favorecimiento de los periodos de descanso del cuidador informal. La LD no las menciona, pero, sin duda, se refiere a toda la gama de prestaciones o servicios que permiten al cuidador atender aspectos de su propia vida, recibir formación, o meramente disfrutar de periodos de descanso en la atención al dependiente. Prestaciones profesionales sustitutorias en determinados momentos o por alguna horas (estableciendo un modelo de cuidado mucho más flexible, aunque no previsto expresamente en la LD, como es el cuidado mixto, informal y profesionalizado), centros de internamiento o de acogida diaria o nocturna, por horas, días o semanas (se trata de los centros de día y de noche), centros de rehabilitación del dependiente, periodos de respiro durante el cuidado que será asumido por las entidades públicas o concertadas, etc. De nuevo será la norma reglamentaria la que está llamada a desarrollar esta materia.

Para nada se refiere la LD a otras medidas de apoyo o de favorecimiento de la labor de cuidado del cuidador no profesional o informal; particularmente útiles para quienes compatibilizan cuidado y trabajo (casi un 30 por 100, según el Libro Blanco, Capítulo III, p. 26). En este caso, las medidas tienen naturaleza laboral y se articulan a través de la adaptación de la jornada y del horario, los permisos retribuidos, la reducción del tiempo de trabajo, la eliminación de las horas extraordinarias, la suspensión del contrato o la exceden-

cia con reserva del puesto. Todas estas medidas se regulan actualmente en el ET (arts. 34 a 37), más concretamente, el art. 37.5 (donde se trata de la reducción de la jornada con la equivalente reducción del salario) y el art. 46 (referido a las excedencias con derecho a reserva del puesto y cómputo de la antigüedad), en ambos casos en relación con el cuidador de dependientes.

Toda esta materia será sometida a reforma por la futura Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (texto del Proyecto en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 2 de enero de 2007, núm. 92-15), en el sentido siguiente: a) se añade un apartado al art. 34 del ET (el número 8), estableciendo como principio el derecho del trabajador (no concretado) a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para facilitar la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, lo que sin duda favorecerá la conservación del empleo de los cuidadores informales, estando encomendada no obstante a la negociación colectiva la función de concretar los términos del ejercicio de este derecho; b) se modifica el art. 37.5 del ET, haciendo más flexible la posibilidad de reducción de la jornada de trabajo por razones familiares o de cuidado (entre un octavo y la mitad de la jornada), considerándose cotizado al 100 por 100 (al margen, pues, de la reducción y de la efectiva cotización por trabajo a tiempo parcial) el primer año de reducción (art. 180, reformado de la LGSS); c) se modifica el art. 46 del ET, relativo a las excedencias (y, más concretamente, a la prevista para el cuidador de familiares dependientes), ampliando la forzosa (con reserva de puesto de trabajo) a dos años (pudiendo disfrutarse, además, de forma fraccionada) y computándose como cotizado el primer año (aunque en el mismo no hay trabajo y, por tanto, no existe obligación de cotizar); d) también se modifica el art. 46 respecto de las excedencias por antigüedad en la empresa, que se hacen más flexible, pudiendo durar desde 4 meses a 5 años. Como puede apreciarse, todas ellas son medidas que favorecen la compatibilidad entre trabajo del cuidador y asistencia al dependiente; lo que, unido a prestaciones sociales de apoyo, parciales o de sustitución al cuidador favorecerá la asunción por parte de ésta de la responsabilidad de cuidado sin que ello signifique ineluctablemente el abandono o la pérdida del empleo.

4. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA DE ASISTENCIA PERSONAL

La prestación de asistencia personal es la otra prestación económica prevista en la LD, dejando al margen la prestación económica vinculada al servicio que no es sino un sucedáneo de la prestación asistencial, dada la afectación de la prestación dineraria a la compra de los servicios de asistencia. Su regulación se encuentra en el art. 19 de la LD que, aunque contiene algunos elementos relevantes, necesita, como se ha visto antes respecto de la prestación económica por cuidado informal o no profesional, un detallado y cuidadoso desarrollo reglamentario. Así lo prevé el propio art. 19, el cual establece el mismo procedimiento de elaboración y de aprobación de este tipo de normas reglamentarias, tan común por otra parte en la LD: el acuerdo previo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y la recepción y posterior promulgación del acuerdo por el Gobierno, como norma de desarrollo y de aplicación de la Ley.

Aun partiendo de esos vacíos, o de la naturaleza incompleta de la regulación legal, pueden indicarse los rasgos fundamentales de la prestación económica de asistencia personal. En primer lugar, su finalidad; que no es otra que la de *«facilitar al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como a una vida más autónoma en el ejercicio de*

las actividades básicas de la vida diaria». Así formulada, la finalidad de esta prestación se confunde con la que es la finalidad general de todas las prestaciones prevista en la LD: todas procuran proporcionar al dependiente una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida cotidiana. No obstante, la concreción y generalidad del art. 19 puede atenuarse algo si se presta atención al énfasis que este artículo (y el 2.7 de la misma LD) ponen en el acceso a la educación y al trabajo, o en el fomento de una vida independiente, promoviendo la autonomía personal y no sólo en las actividades básicas de la vida diaria. Dicho sintéticamente, la prestación económica de asistencia personal está creada para ayudar al dependiente que tiene posibilidades o márgenes de autonomía, en el sentido no sólo genérico sino práctico y concreto del término, a desarrollar actividades que fomenten, afirmen y desarrollen esa capacidad. Para lo cual el dependiente necesita el auxilio personal de alguien que le facilite o haga posible esas actividades y una vida más autónoma; esto es, el asistente personal que la LD permite contratar (o contribuye a ello) mediante una prestación económica.

Es claro que esta prestación se otorgará más raramente a sujetos en situación de dependencia mayores de 65 años. No sólo porque el tipo de afectación será normalmente más severa e impedirá, ni siquiera con el auxilio del asistente, realizar esas actividades de autonomía; además, porque es más difícil que personas en situación de dependencia y de esas edades, tengan oportunidades laborales reales o quieran incrementar su patrimonio formativo personal. De forma que el destinatario más habitual de la ayuda será el dependiente de una edad no demasiado elevada, con capacidad para la formación, el trabajo o la relación social, con un grado de dependencia no muy extremo, y que requiere de la ayuda de una persona para realizar esas actividades. Los ejemplos de cegueras, enfermedades mentales, parálisis cerebral, o algún tipo de paralización de miembros o extremidades, afectando a dependientes no muy severos y con una edad media, pueden servir para ilustrar la particular función de esta prestación económica. Salvo que como asistente personal se conciba al cuidador informal ni familiar, aunque del entorno, contratado para prestar la atención necesaria al dependiente. De forma que los cuidadores informales serían siempre gratuitos y los remunerados pasarían a la categoría de asistentes personales. Está por ver cuál será definitivamente la opción reglamentaria.

Para lograr satisfacer la función que cumple el asistente personal, la LD podía haber previsto prestaciones de este tipo dentro de la red de servicios del SAAD. No es así, y parece como si, visto el catálogo de prestaciones del art. 15 de la Ley, este tipo de asistencia personal no hubiera sido contemplada. De manera que, curiosamente, no funciona (o no aparentemente) respecto de ella, la prioridad de las prestaciones técnicas. En este caso, se trata de una prestación personal que el SAAD no proporciona, articulando una prestación económica que permita al dependiente obtener esa ayuda. Por eso el art. 19 señala que el objetivo de la prestación económica es el de «*contribuir a la contratación de una asistencia personal durante un número de horas*». La prestación, pues, se define como una contribución económica. Lo que puede ser entendido como dotación económica para contratar; o mejor, lo que parece su sentido genuino, como aportación parcial, colaboración o ayuda, que no pretende ser completa, al gasto que significa la contratación de un asistente. En todo caso, será aquí también el desarrollo reglamentario el que establecerá la cuantía de la prestación. Así lo indica el art. 20 de la LD: «*La cuantía de las prestaciones económicas (...) se acordará por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante Real De-*

creto». El cumplimiento de este mandato permitirá contrastar las opiniones anteriores acerca de la función de la prestación económica para la asistencia personal.

El art. 19 de la LD habla de contratación de un asistente y de un determinado número de horas. Es posible que el modelo de asistente y la función que se pretende que cumpla, antes descrita, encaje bien en la idea de una contratación a tiempo parcial, sólo por las horas concretas que el dependiente necesita para el desarrollo de las actividades de formación, trabajo, relación social o autonomía. Pero parece un exceso de la LD obligar a que esa contratación sea sólo por horas. En la medida en que la decisión de contratar un asistente personal pertenece al dependiente; quien deberá retribuirlo, por exigencias puramente laborales, en razón del trabajo prestado. La prestación económica aquí contribuye (como dice el art. 19) a cubrir (en todo o en parte) los gastos de la contratación ya que se calcula sobre las horas que el dependiente necesita; pero no impide una ampliación del contrato por parte del dependiente. Dicho de forma breve, la duración y la jornada de trabajo de la asistencia personal contratada es independiente de la prestación económica por este motivo. La cual exigirá, sin duda, la prueba de que se ha producido esa contratación; y de que la misma se corresponde con las necesidades específicas del dependiente. Será el PIA el que establecerá y cuantificará esa necesidad y el que, en consecuencia, determinará las horas que la prestación económica habrá de cubrir. Quedando a la voluntad del dependiente, contratar al asistente por más horas y financiarlo con cargo a sus recursos e ingresos personales.

Como dice el art. 19 de la Ley, el asistente personal será contratado, aunque el art. 2.7, al recoger la asistencia personal, no se detiene en este detalle, limitándose a definir la función del asistente. De lo que puede deducirse que la contratación del asistente es una forma de conseguir esos servicios, pero que la misma asistencia se puede lograr de un cuidador informal (de hecho, en una situación idéntica a la del asistente personal así lo hará) que la realiza de forma gratuita. Esto es cierto. Pero lo que parece claro es que, para que haya la prestación económica especial de asistencia personal ha debido de tener lugar una contratación; que difícilmente dejará de ser laboral. La contratación del asistente, para el fin establecido en la norma, constituye, pues, el supuesto de hecho que genera el derecho a la prestación económica; que, de alguna forma, quedará afectada a la cobertura del gasto de la contratación del asistente. Por cierto que, siguiendo con la parquedad y relativa inconsistencia de las previsiones legales, la norma no define el tipo de contratación. Posiblemente laboral, y a tiempo parcial. Y en la medida en que el asistente personal recibe una retribución, además de que no pertenece al círculo familiar, es claro que se trata de una prestación personal onerosa. Lo que no quiere decir que el asistente personal sea un cuidador profesional. No merece la pena insistir en ideas ya expuestas en el sentido de que el cuidador puede ser retribuido y seguir manteniéndose fuera del concepto de cuidador profesional en el sentido de la LD. Este parece ser la voluntad de la Ley que ubica en el mismo grupo (el cuidado no profesional) a figuras tan heterogéneas como el cuidador familiar y el asistente personal contratado.

5. CONCLUSIONES

El análisis de los artículos de la LD dedicados a las prestaciones económicas, las únicas que permiten la presencia de cuidadores no profesionales en el sentido de la LD, ha permitido llegar a algunas conclusiones que se ofrecen como fin de este trabajo.

La primera de ellas es que las únicas prestaciones económicas que pueden asociarse al cuidado no profesional o informal son las calificadas como prestación económica para el cuidado en el entorno familiar y la prestación económica de asistencia personal. Por el contrario, la prestación económica vinculada al servicio es más una prestación técnica debido a la necesaria afectación de la prestación a la adquisición o compra de los servicios de cuidado que se requieren. Por otra parte, ambas prestaciones económicas se constituyen como cuidadores no profesionales (familiares o del entorno familiar en el primer caso, y asistentes personales que no han de ser necesariamente familiares pero pueden serlo, en el segundo) y se suman, como alternativa, a los cuidados formales de la red de servicios de atención a la dependencia. En tercer lugar, la conexión entre prestación económica y servicio obtenido es muy indirecta en la prestación de cuidado familiar, ya que la existencia de ese cuidado sólo justifica el abono de una prestación económica al dependiente, quien podrá hacer un uso muy flexible de ella (pagando al familiar, contratando a una persona al servicio del hogar familiar, o derivando dichos ingresos para otros gastos). En cuanto a la prestación de asistencia personal, la LD precisa poco, de forma que caben alternativas interpretativas, en el sentido de que la prestación económica sólo se proporciona si existe asistente personal, estando la cuantía de la prestación asignada al pago del salario o de la retribución del asistente; o bien la prestación se concede porque se dan los presupuestos legales para ello, quedando a la libertad del dependiente la decisión de contratar o no al asistente personal y por cuanto tiempo. Por último, la figura del cuidador familiar está más protegida ya que se trata de una prestación voluntaria, que además suele ahorrar costes al SAAD; por tanto, la LD prevé medidas de apoyo y beneficios particulares en relación con los cuidadores familiares. Lo que no sucede con el asistente personal que, al fin y al cabo, no deja de ser un trabajador asalariado que, por tanto, debe ser dado de alta en el sistema de Seguridad Social y percibe por su trabajo una retribución sin duda laboral.

Y, en ambos casos y para cuestiones muy relevante y centrales, la LD se remite a desarrollos reglamentarios (generando una muy sensible actividad deslegalizadora) que deberán aprobarse conforme un procedimiento peculiar establecido repetidamente en la LD: el acuerdo previo del Consejo Territorial del Sistema y la incorporación de dicho acuerdo a una norma reglamentaria (normalmente un RD) que el Gobierno se compromete a aprobar. Desde la determinación de la cuantía de las propias prestaciones económicas, los requisitos de acceso a la prestación, la forma de conectar la prestación económica y el grado de dependencia, y la incidencia de los recursos del dependiente sobre el derecho a las prestaciones, hasta las normas que establecerán con claridad el estatuto jurídico del cuidador informal, las que regulan su relación con el sistema de Seguridad Social, las que fijarán conceptos como cuidador no profesional, familiares y entorno familiar, tipo de asistencia y cálculo de su cuantía, etc. En definitiva, que puede decirse que la aprobación de la LD en diciembre de 2006 no ha hecho sino iniciar el proceso que, tras la constitución en enero de 2007 del imprescindible Consejo Territorial del Sistema en aplicación de la disposición final cuarta, se ultimarán con la aprobación, en otro plazo de tres meses, según la disposición final quinta, de las normas reglamentarias que permitirán aplicar la Ley y hacer realidad el derecho subjetivo de las personas en situación de dependencia a las prestaciones que, en el marco de la igualdad, sean instrumentos de la garantía de la atención personal y de la promoción de la autonomía de las personas en situación de dependencia.