



MINISTERIO
DE TRABAJO Y
ASUNTOS SOCIALES

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE ORDENACIÓN DE
LA SEGURIDAD SOCIAL

FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE INCAPACIDAD QUE GENERAN DEPENDENCIA. MEDIDAS PÚBLICAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA FISCALIDAD

RESPONSABLE: Yolanda GARCÍA CALVENTE

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1051/2005, de 12 de abril (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

***FOMENTO Y PROTECCIÓN DE LAS
SITUACIONES DE INCAPACIDAD
QUE GENERAN DEPENDENCIA.
MEDIDAS PÚBLICAS EN EL
ÁMBITO DE LA SEGURIDAD
SOCIAL Y LA FISCALIDAD***

PROYECTO FIPROS 146/2005

ÍNDICE DEL ESTUDIO

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Dra. Yolanda García Calvente. Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.

CAPÍTULO II. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

Dra. Yolanda García Calvente. Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.

CAPÍTULO III. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA: SITUACIÓN, PERSPECTIVAS Y RETOS DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

Dr. Alberto Montero Soler. Profesor Ayudante de Economía Política

CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ASISTENCIA SOCIAL SUFICIENTE ANTE SITUACIONES DE DISCAPACIDAD

Dr. Rafael Calvo Ortega. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

CAPÍTULO V. TÉCNICAS DE APOYO A LOS DISCAPACITADOS NECESITADOS DE ASISTENCIA EXTERNA

Dr. Rafael Calvo Ortega. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

Dr. Antonio Vaquera García. Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario.

Dr. Juan Calvo Vérguez. Profesor Ayudante de Derecho Financiero y Tributario.

CAPÍTULO VI. AYUDAS A DISCAPACITADOS POR SUJETOS PRIVADOS EXTERNOS

Dra. Mercedes Ruiz Garijo. Profesora Ayudante de Derecho Financiero y Tributario.

Dr. Pablo Martínez-Gijón Machuca. Profesor Titular de Derecho Mercantil.

Dra. Yolanda García Calvente. Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.

CAPÍTULO VII. ASPECTOS LABORALES DE LA DISCAPACIDAD GENERADORA DE DEPENDENCIA

Dra. Rosa María Pérez Yáñez. Profesora Titular de Derecho del Trabajo.

CAPÍTULO VIII. LA EXPERIENCIA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO COMO VÍA DE INSERCIÓN SOCIAL Y LABORAL DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

Dra. Carolina Gala Durán. Profesora Titular de Derecho del Trabajo.

CAPÍTULO IX. COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DEPENDIENTES

Dr. Juan Carlos Álvarez Cortés. Profesor Titular de Derecho del Trabajo

CAPÍTULO X. SITUACIONES JURÍDICAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FRENTE A LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Dr. Rafael Calvo Ortega. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

•Y. García Calvente

•Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.

La publicación en el Boletín Oficial del Estado del pasado 15 de diciembre de 2006, de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, ha supuesto un avance muy importante en la protección de este numeroso grupo de ciudadanos. Aunque algunos aspectos de su regulación son mejorables, lo cierto es que era necesaria una norma que definiera las prestaciones y servicios indispensables para atender a personas con dificultades en su autonomía y movilidad, configurando un derecho subjetivo.

En efecto, en los últimos tiempos ha venido observándose cómo la mejora del bienestar de las personas en los países desarrollados ha originado un aumento de la esperanza de vida. El envejecimiento de la población, y la necesidad de que en la mayoría de las familias, para llevar un nivel de vida adecuado, aporten sus ingresos todos o casi todos sus miembros, ha supuesto que un número importante de ancianos, en muchos casos enfermos o incapacitados, hayan podido quedar desvalidos ya que su atención familiar (normalmente familiares de género femenino, de la que se conoce su importante inclusión en el mercado de trabajo) ha desaparecido. Podría decirse que es un efecto “colateral” de ese aumento de la longevidad de la población.

Refiriéndose al problema de la vejez, BOBBIO afirma: “(...) la vejez se ha convertido, como decía, en un grande e irresuelto, difícil de resolver, problema social, no sólo porque haya aumentado el número de viejos, sino también porque ha aumentado el número de años que se viven de viejo. Más viejos y más años de duración de la vejez: multiplicad un número por otro obtendréis la cifra que revela la excepcional gravedad del problema”. Y continúa, con un pesimismo que patentiza la gravedad de la situación, refiriéndose a la duración de la vejez: “!Para muchos viejos enfermos, no autosuficientes, dura, en cambio, demasiado! Quien vive entre viejos sabe que para muchos de ellos la edad tardía se ha convertido, gracias en parte a los avances de la medicina, que a menudo no te hace vivir cuanto te impide morir, en una larga y a menudo suspirada espera de la muerte”¹. Esta reflexión de BOBBIO surge como crítica al tratado filosófico-moral de CICERÓN: *Catón el Viejo, o de la Vejez*². En él se hace una apología de la vejez que, pese a los muchos siglos transcurridos, sigue siendo una obra encantadora en la que Catón va examinando y refutando los inconvenientes de esta edad. Si tenemos en cuenta que desde el año 43 antes de Cristo, momento en el que fue escrita esta obra, hasta nuestros días, la esperanza de vida ha aumentado considerablemente, es totalmente lógico que ambos autores tengan visiones tan distintas. Es cierto que la mejora en las condiciones socio-sanitarias ha incrementado la calidad de nuestras vidas, pero no lo es menos que como consecuencia de ello la vejez dura ahora muchos más años.

¹ *De Senectute*. Taurus, Madrid, 1997, págs. 33 y 34.

² *Catón El Viejo, o De la Vejez. Lelio, o De la Amistad*. Editorial Juventud, Barcelona, 2005.

Consciente de la trascendencia de este problema, la Comisión Europea ha publicado un *Libro Verde sobre los cambios demográficos* en el que se enumeran los desafíos a los que se enfrenta la Unión Europea: el descenso de la población, una natalidad baja persistente y un aumento continuo de la longevidad³. El Libro Verde de la Comisión expone los desafíos a los que deberá enfrentarse la Unión Europea para invertir la tendencia actual de descenso demográfico y de bajo crecimiento natural. Uno de ellos es el siguiente:

“Gracias al constante aumento de la esperanza de vida, se producirá un incremento pronunciado del número de ancianos. Las familias no podrán solucionar solas la cuestión de la atención a estas personas y serán necesarios unos cuidados adaptados que actualmente asumen las familias, y sobre todo las mujeres. En consecuencia, las familias deberán contar con más apoyo que en la actualidad. Esta función corresponde a los servicios sociales y las redes de solidaridad y asistencia en el seno de las comunidades locales.

El Libro Verde subraya también la necesidad de continuar modernizando los sistemas de protección social, sobre todo los de jubilación, para garantizar su viabilidad financiera y social, y permitir, así, una mejor gestión de los efectos del envejecimiento de la población⁴.

Del mismo modo, las Naciones Unidas llevan insistiendo en la cuestión del envejecimiento de la población mundial desde 1948, cuando la Asamblea General aprobó la *Resolución 213 (III) relativa al proyecto de declaración de los derechos de la vejez*. Desde entonces, el tema ha sido estudiado de forma indirecta por la Asamblea y por los organismos interesados en las cuestiones sociales. En 1977 el envejecimiento fue abordado de forma directa cuando se hizo énfasis en la necesidad de organizar una Asamblea Mundial sobre las personas mayores y en 1978 se acordó que esa conferencia tuviera lugar en 1982, en Viena. Desde entonces las Naciones Unidas han adoptado importantes medidas en relación con el envejecimiento y las personas mayores como el *Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento* (Viena en 1982), los *Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad*, la proclamación de 1999 como Año Internacional de las personas mayores bajo el lema “una sociedad para todas las edades” y, por último, el *Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento 2002*, adoptado en la Segunda Asamblea Mundial sobre el

³ Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones» » [COM (2005) 94 final.

⁴ Ante los cambios demográficos, en el Libro Verde se considera que Europa debería mantener tres prioridades esenciales:

-recuperar el camino del crecimiento demográfico. Gracias a una aplicación decidida de la Agenda de Lisboa (modernización de los sistemas de protección social y un aumento de la tasa de empleo de las mujeres y de los trabajadores de edad), a medidas innovadoras de apoyo a la natalidad y a un recurso controlado a la inmigración, Europa puede generar nuevas oportunidades de creación de riqueza;

-velar por el equilibrio entre las generaciones en el reparto del tiempo a lo largo de toda la vida, por la distribución de los frutos del crecimiento y por la contribución a las necesidades de financiación vinculadas a las pensiones y a la salud;

-inventar nuevas transiciones entre las edades: un número creciente de «jóvenes jubilados» desea participar en la vida social y económica, el periodo de estudios se alarga y los «jóvenes en activo» desean dedicar tiempo a sus hijos. Estas evoluciones cambian las fronteras y las transiciones entre periodos de actividad e inactividad.

Envejecimiento. Pero además sus organismos han producido documentos sobre múltiples aspectos que constituyen un referente en los ámbitos profesionales, técnicos y de decisión política⁵.

Algo muy similar ocurre con la discapacidad. Los avances científicos han supuesto, por fortuna, que muchas personas que por sus circunstancias físicas o psíquicas no hubieran podido vivir mucho tiempo, o lo hubieran hecho en condiciones deplorables, puedan ahora tener una vida más larga y digna. Pero, como todos sabemos, aún son muchas las trabas con las que se encuentran estas personas, y es mucho lo que el resto de ciudadanos y los estados deben hacer para tratar de integrarlos plenamente en la sociedad. ¡Trágica paradoja!: la ciencia médica trabaja para aumentar la esperanza de vida de las personas provocando lo que muchos han definido como el mayor problema de nuestros tiempos. Pues bien, tratar de encontrar soluciones para ello es también nuestra principal obligación moral.

Sin duda, las sociedades caminan hacia una nueva ética mundial, siendo muchos los pensadores que en los últimos tiempos han optado por adentrarse en un proceso de reflexión sobre cuáles deben ser los principios que inspiren la actuación de los estados, ciudadanos, organizaciones, etc, en relación con los principales problemas que afectan al conjunto de la humanidad. Evidentemente, la discapacidad y la vejez, generadoras de dependencia, son uno de ellos. Pues bien, con independencia de la concepción política, religiosa y/o filosófica de la que partamos, podemos hacer nuestra la Declaración de una Ética Mundial presentada por el Parlamento de las Religiones del Mundo, y especialmente los siguientes puntos⁶:

“(…) todos somos **interdependientes**. Cada uno de nosotros depende de la salud del conjunto. Por ello respetamos la colectividad de los seres vivientes (…)

Que como individuos somos responsables de todo lo que realizamos. Todas nuestras decisiones, actuaciones y negligencias tienen sus consecuencias.

Que debemos tratar a los demás como queremos que nos traten a nosotros. Nos comprometemos a respetar la vida y la dignidad humana, la individualidad y la diferencia, de suerte que toda persona sin excepción reciba un trato humano.

(…) No debemos vivir solamente para nosotros mismos sino que, por el contrario, hemos de servir a los demás y no olvidar jamás a los niños, a los ancianos, a los pobres, a los **discapacitados**, a los exiliados y a los que se encuentran solos. Nadie debe ser jamás considerado o tratado como ciudadano de segunda clase”.

⁵ “Naciones Unidas y Envejecimiento”. *Boletín sobre el Envejecimiento*, núm.7, 2003.

⁶ Declaración de Ética Mundial del II Parlamento de las Religiones del Mundo, de Chicago, 1993. En *Hacia una ética mundial. Declaración del Parlamento de las Religiones del Mundo*. Madrid, Trotta, 1994. Como exponen sus autores: “Por ética mundial no entendemos una nueva ideología, como tampoco una religión universal unitaria más allá de las religiones existentes ni, mucho menos, el predominio de una religión sobre las otras. Por ética mundial entendemos un *consenso básico sobre una serie de valores vinculantes, criterios inamovibles y actitudes básicas personales*”.

Nos encontramos pues con dos problemas el de la discapacidad y el de la vejez que pueden dar lugar a una necesidad común: la necesidad del concurso de una tercera persona para la realización de los actos esenciales de la vida.

La *Recomendación (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 18 de septiembre de 1998* entiende como dependencia “el estado en que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de anatomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayuda importante a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria”. Como puede verse hay un cierto paralelismo con la definición de gran invalidez, pero sin ligarla a la incapacidad para el trabajo.

Como se ha dicho, la situación de la dependencia no es nueva, no nace un nuevo riesgo social, “lo novedoso es la dimensión del riesgo”. En este sentido, es necesario ampliar la cobertura del sistema de protección a dichas conocidas necesidades ya que las mismas sólo han sido cubiertas de forma parcial en nuestro ordenamiento a través de prestaciones como la gran invalidez o la concesión de complementos para personas con necesidad de concurso de tercera persona para realizar en las prestaciones no contributivas de invalidez o por hijos a cargo minusválidos, así como a través de exenciones y deducciones muy concretas en algunos impuestos de nuestro sistema tributario.

La generalización de estas situaciones de necesidad es un hecho que incide de forma negativa en los ciudadanos y deja de forma evidente una carencia del sistema de protección económica o prestacional, ya que éste no ofrece a quienes sufren estas situaciones los bienes, servicios o rentas que se requieren para poder superarla.

Por lo tanto, la necesidad de disponer de mecanismos jurídicos que permitan proteger a los individuos que se encuentren en alguna situación de clara desventaja respecto del resto de los ciudadanos es evidente, y en el caso de las personas afectadas por algún tipo de discapacidad, o por las que han llegado a la tercera edad, las diferencias se acentúan. Nuestro sistema de seguridad social pública es en principio la respuesta del estado de bienestar a este tipo de situaciones, pero en la práctica, y en el contexto actual, se muestra insuficiente. Una buena muestra de la importancia de esta idea es la reciente publicación del *Libro Blanco sobre la “Atención a las personas en situación de dependencia en España”*, elaborado por la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, que ha supuesto un punto de partida importante en la reflexión y posterior toma de decisiones públicas en torno a la protección de las personas que necesitan ayuda y atención para desenvolverse en su vida cotidiana.

En efecto, las demandas de protección pública son cada vez mayores y no todas ellas encuentran respuesta en las prestaciones incluidas en nuestro sistema de Seguridad Social. Además, hay que tener en cuenta que el número creciente de pensionistas está generando una crisis en la financiación pública. La CE define a España en su artículo primero como un Estado social y democrático de Derecho. En la actualidad, el mantenimiento de los objetivos asistenciales que derivan de tal configuración exige contar con una actitud más activa y solidaria de la sociedad en general, y del hombre en particular, en el sostenimiento de los gastos públicos relacionados con dichos fines.

En la mayoría de las ocasiones son las familias quienes asumen el cuidado de los discapacitados y de los ancianos, y resulta claro que el Estado debe incluirlas en su

ámbito de protección ya que solucionan necesidades sociales insuficientemente cubiertas por el sector público⁷. De hecho, este problema ya ha sido apreciado y en parte solucionado por el legislador en relación con otro tipo de sujetos que contribuye también de forma importante a cubrir aspectos a los que el sector público, por uno u otro motivo, no da la respuesta adecuada. Nos referimos al denominado “sector no lucrativo” o “tercer sector”, cuya influencia en la vertebración de nuestro Estado Social de Derecho es trascendental. Y precisamente por ello son relativamente numerosas las normas dirigidas a regular sus actuaciones y también a compensar el ahorro que supone para el Estado el hecho de que organizaciones ajenas de él asuman la defensa y protección de necesidades públicas. En este sentido podemos citar la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*. El Estado no puede hacer frente a todas las necesidades que exige la sociedad del bienestar, debiendo contar para ello con la labor de los ciudadanos. En este sentido, se constata que un número muy elevado de los recursos que se utilizan en materia asistencial o cultural proviene de fundaciones, asociaciones y organizaciones no gubernamentales, y no de las Administraciones Públicas. Pero, aunque la trascendencia de este sector es evidente, lo cierto es que cada vez es más necesario fomentar la participación en el desarrollo de la sociedad de los ciudadanos, tanto a nivel individual como a través de la empresa, sin que ello suponga exonerar a los poderes públicos del cumplimiento de las funciones que les son propias.

Pues bien, en nuestra opinión, y como ya hemos adelantado, las tareas asumidas por las familias, o más en general por quienes como particulares asumen el cuidado y protección de personas discapacitadas y ancianos, deberían gozar de un tratamiento similar, *mutatis mutandi*, al otorgado al tercer sector.

En consecuencia, el objeto del trabajo que presentamos es el estudio de la situación en la que se encuentra en la actualidad la protección pública para situaciones de incapacidad que generan dependencia en el desarrollo de la vida cotidiana y la búsqueda de propuestas legislativas que den una respuesta adecuada a los problemas planteados. Para ello hemos creído necesario articular nuestro proyecto desde una doble perspectiva: la que otorga la fiscalidad y la que nos ofrece el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. La conveniencia de un estudio conjunto es de enorme importancia

⁷ La jurisprudencia constitucional es pródiga en reiterar la libertad del legislador a la hora de adoptar las medidas de protección de grupos y colectivos, y por citar alguna resolución sobre materias que guarden similitud como el de la protección a la familia del artículo 39 CE, el ATC 289/1999, de 30 de noviembre (RTC 1999, 289 AUTO), dice que, «Ha de recordarse, finalmente, conforme a la doctrina de la STC 214/1994 (RTC 1994, 214), que "El legislador goza de libertad para articular las medidas que supongan ayudas a las familias mediante beneficios tributarios, mediante prestaciones sociales o mediante un sistema dual que combine ambas técnicas. Puede sostenerse, como opción de política legislativa, que la reducción de la carga tributaria a satisfacer por el sujeto pasivo en función de su menor capacidad económica goza de preferencia frente al otorgamiento de prestaciones sociales; pero desde un enfoque constitucional debe reconocerse al legislador la libertad de utilizar los medios que crea más adecuados en función de las circunstancias de cada caso". Además, del art. 39.1 CE "puede deducirse el deber general a cargo de los poderes públicos de arbitrar las medidas que den lugar a una mayor protección de la familia. Sin embargo, se agregó de inmediato que de tal precepto no se deduce que la expresada protección deba realizarse necesariamente a través de medidas de una determinada naturaleza; en concreto, la protección a la familia reconocida por el art. 39.1 CE puede entenderse satisfecha con la existencia de las ayudas y subsidios familiares y no exige, necesariamente, que las rentas queden exentas de tributación" (fundamento jurídico 7º)». STSJ País Vasco de 19 julio de 2005. (JT 2005\1549).

puesto que las principales medidas jurídicas a adoptar deben provenir de ambos sectores.

Centrándonos en estas medidas, debemos partir de la idea de que las diferencias entre las personas discapacitadas y las que no lo son no pueden suponer discriminación alguna para las primeras, por lo que el Estado debe ejercer una acción limitadora de conductas ilegales y prestar una especial tutela a los derechos de estas personas. Pero además, la diferencia de partida a la que nos hemos referido debe impulsar a los poderes públicos a adoptar las medidas que estime oportunas para reducir al máximo las diferencias e igualar en lo posible a todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. Estas acciones pueden ser acciones de discriminación positiva siempre y cuando estén justificadas y sean proporcionadas.

Un claro ejemplo del interés del legislador en proteger a los ciudadanos afectados por alguna discapacidad es la inclusión en el *Capítulo III del Título I de la Constitución Española* (“*De los principios rectores de la política social y económica*”) de un artículo, el 49, en el que se coadyuva a los poderes públicos a realizar “*una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y lo ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”. Del mismo modo, el artículo 50 establece que “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”. Además, resulta especialmente interesante el Artículo 39.1, según el cual: “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”.

En el mismo sentido, el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, en su art. II-86 dispone que “*La Unión respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*”.

Además del recurso a prestaciones económicas y servicios sociales, los poderes públicos pueden (y deben) tratar la dependencia desde un punto de vista tributario. Como es sabido, las medidas fiscales pueden articularse desde una doble perspectiva: a través de subvenciones o por medio de beneficios tributarios, y en este sentido es importante tener en cuenta que el 19 de noviembre de 2003 fue publicada en el BOE la *Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria*. Como se indica en el propio título de la norma, con ella se pretende facilitar las aportaciones de medios económicos a las personas con discapacidad, entendiendo por tales las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, así como las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100⁸.

⁸ GIANNINI, S., y ONOFRI, P., en un interesantísimo trabajo titulado *Per lo sviluppo. Fisco e welfare* (Il Mulino, Bologna, 2005), realizan la siguiente reflexión: “La natura del bisogno dei soggetti non autosufficienti, molto vicina a quella della tutela della salute, giustifica pienamente un intervento pubblico che coordini anche iniziative del Terzo settore e private. La cura della non autosufficienza configura

La protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad ha sido objeto de preocupación para nuestro legislador, que ha tratado de adecuar los mecanismos de protección a la cambiante realidad social. No hay que olvidar que las mejoras sanitarias aumentan la esperanza de vida de estas personas, lo que permite que en numerosas ocasiones sobrevivan a sus familiares, acrecentándose por ello la preocupación de éstos respecto de su futuro.

El fortalecimiento de la situación económica del discapacitado es uno de los factores que puede contribuir a suavizar la intranquilidad de las familias en estos casos. El mecanismo de la incapacitación judicial no es siempre la respuesta adecuada a situaciones en las que la minusvalía se produce de forma progresiva, y estas circunstancias son cada vez más frecuentes por el evidente envejecimiento de los países desarrollados. El papel asistencial que la familia ha desempeñado de forma tradicional es cada vez menos difícil de cumplir, y el coste social que ello supone para la Administración es demasiado elevado. Por todos estos motivos, la trascendencia de la norma que comentamos es muy importante, y se incardina además en una corriente muy extendida en los últimos tiempos en los países de nuestro entorno⁹.

En relación con la vejez la desprotección de las familias es, si cabe, aún mayor. La configuración actual de la deducción por ascendientes y, sobre todo, su aplicación práctica, no es la más adecuada.

Teniendo en cuenta lo expuesto, las cuestiones apuntadas se analizarán en esta obra a través de nueve capítulos (que se añaden al primer capítulo introductorio) que se estructuran de la siguiente forma:

-Un capítulo (Capítulo II) en el que se delimitan conceptos básicos como discapacidad y dependencia, y se analiza el tratamiento de la dependencia en los distintos ordenamientos jurídicos.

-En segundo término (Capítulo III) se trata la situación de la atención a la dependencia en España, desde un punto de vista económico.

-En tercer lugar (Capítulo IV) se analiza la protección de las situaciones que generan dependencia, partiendo del principio constitucional de asistencia social.

-En cuarto término (Capítulo V) se incide en las distintas técnicas de apoyo a los dependientes: subvenciones, medidas fiscales y acceso a los servicios públicos, utilización de bienes públicos y obtención de microcréditos con aval público.

infatti un vero e proprio diritto di cittadinanza. Il programma deve essere finanziato mediante le imposte. In ragione del costo elevato del programma, appare tuttavia prudente e realistico prevedere una forma di compartecipazione del beneficiario e della sua famiglia alla copertura dei costi, con criteri che tengano conto della diversità della condizione economica". Pág. 107-108.

⁹ Sin embargo, las previsiones contenidas en esta norma deberían ser revisadas porque, como tendremos ocasión de exponer, en muchos aspectos contradicen el objetivo perseguido.

-La quinta parte de este trabajo (Capítulo VI) está dedicada a las ayudas a discapacitados por sujetos privados externos, analizándose el régimen fiscal de los sujetos y entidades privadas que prestan servicios de asistencia a dependientes, el régimen jurídico del seguro de dependencia, y la figura de los patrimonios protegidos.

-El Capítulo VII lleva como título: “Aspectos Laborales de la discapacidad generadora de dependencia”. En él se profundiza en la relación entre discapacidad e incapacidades propias del Derecho Laboral. Además se estudia la figura del “asistente”, la posible compatibilidad entre dependencia y realización de actividades productivas y, lógicamente, las cuestiones relativas al régimen de Seguridad Social.

-El Capítulo VIII se centra en la experiencia de los centros especiales de empleo como vía de inserción social y laboral de las personas discapacitadas.

-En el Capítulo IX se estudia una de las cuestiones más controvertidas que ha suscitado la reciente aprobación de la Ley 39/2006: las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección a las personas dependientes.

-Por último, el Capítulo X está dedicado a la legitimación de las personas discapacitadas con derecho a asistencia ante las Administraciones Públicas.

CAPÍTULO II. DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS

•Y. García Calvente

•Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.

-SUMARIO:

I..DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LAS CIENCIAS DE LA SALUD.

1. LA CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL FUNCIONAMIENTO DE LA OMS.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA.

II. TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD A LO LARGO DE LA HISTORIA.

IV. LA LABOR DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS.

V. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

5.1. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN EL DERECHO COMUNITARIO

5.2. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

VI. LOS CONCEPTOS DE DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.

VII. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO.

I. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LAS CIENCIAS DE LA SALUD

1. LA CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL FUNCIONAMIENTO DE LA OMS.

La “constitución” de la OMS ordena la elaboración de clasificaciones internacionales relacionadas con la salud que faciliten a los gobiernos y a los ciudadanos un lenguaje común, consensuado y útil¹⁰. Su objetivo, según la propia OMS, es proporcionar un

¹⁰ Véase: World Health Organization: “Family of International Classifications”. Junio de 2004.

lenguaje unificado y estandarizado que sirva como punto de referencia para la descripción de la salud y los estados relacionados con ella (por ejemplo: diagnóstico, funcionamiento, discapacidad, etc). Y así ha ocurrido, ya que son muchos los estados y organizaciones internacionales que toman como punto de partida en sus políticas sobre discapacidad la definición en ella incluida.

La *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y la Salud* (en adelante CIF), aprobada en la 54 Asamblea Mundial de la Salud, celebrada el 22 de mayo de 2001 (*Resolución WHA 54/21 de la OMS*) define los componentes de la salud y algunos de los elementos del bienestar relacionados con la salud, como educación, trabajo, etc, para su descripción y valoración¹¹. El texto representa una revisión de la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)*, inicialmente publicada por la OMS con carácter experimental en 1980, en la que la discapacidad era definida como: “Toda restricción o ausencia, debida a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano. La versión actual es el resultado de sistemáticos estudios de campo y consultas internacionales realizadas entre 1997 y 2001.

En este instrumento se utilizan dominios que son descritos desde una perspectiva corporal, individual y social a través de dos listados básicos¹²: Funciones y Estructuras Corporales y Actividades y Participación. Cuando se alude al “funcionamiento” se está haciendo referencia a las funciones corporales, actividades y participación¹³. El término “discapacidad” se utiliza para manifestar incapacidades (por problemas en las funciones corporales), limitaciones en las actividades, o restricciones en la participación. Además, se incluyen factores contextuales que interaccionan con los conceptos anteriores¹⁴.

¹¹ Sobre este tema vid. JIMENEZ BUNUALES, M.^a Teresa ; GONZALEZ DIEGO, Paulino and MARTIN MORENO, José M.^a. International Classification of Functioning, Disability and Health (ICF) 2001. Rev. Esp. Salud Publica, Aug. 2002, vol.76, no.4, p.271-279.

¹² Por dominio debe entenderse un conjunto práctico y relacionado de acciones, funciones fisiológicas, estructuras anatómicas, tareas o áreas de la vida. Cfr.: “Aproximación al concepto de discapacidad”. En *Discapacidad y Empleo*. Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, Servicios de Estudios e Instituto Aragonés de Empleo. Zaragoza, 2005.

¹³ “As a new member of WHO Family of International Classifications, ICF describes how people live with their health condition. ICF is a classification of health and health related domains that describe body functions and structures, activities and participation. The domains are classified from body, individual and societal perspectives. Since an individual's functioning and disability occurs in a context, ICF also includes a list of environmental factors”. OMS: *International Classification of Functioning, Disability and Health*. <http://www3.who.int/icf/icftemplate.cfm?myurl=introduction.html%20&mytitle=Introduction>

¹⁴ La CIF es una clasificación diseñada con múltiples propósitos para servir a varias disciplinas y diferentes sectores. Los principales objetivos de la clasificación, según se expresa en la propia clasificación de la OMS, pueden resumirse de la siguiente manera:

- Proporcionar una base científica para entender y estudiar la salud y los estados relacionados con la salud, las consecuencias y los determinantes;
- Establecer un lenguaje común para describir la salud y los estados funcionales asociados con la salud, con el fin de mejorar la comunicación entre distintos usuarios, como profesionales de la salud, investigadores, proveedores de políticas y el público, incluyendo personas con discapacidad;

Una de las preocupaciones de la OMS durante el proceso de elaboración de la CIF fue que ésta no pudiera ser utilizada en detrimento de los intereses de las personas con discapacidades¹⁵. Entre los problemas que pueden plantearse está la posibilidad de que los términos utilizados contribuyan a estigmatizar y etiquetar. Para intentar evitar esta situación se abandonó el término “minusvalía”, por su connotación peyorativa en inglés¹⁶. Además, se decidió utilizar el término “discapacidad” como término genérico y no como nombre de un componente. Según se expresa en la *Resolución WHA 54/21*, se utiliza “el término “discapacidad” para denominar un fenómeno multidimensional, resultado de la interacción de las personas con su entorno físico y social”. Sin embargo, estas decisiones no son suficientes para evitar contrariar a determinados sectores. En efecto: “por múltiples razones, cuando se hace referencia a individuos, algunos prefieren la utilización del término “personas con discapacidades” y otros prefieren “personas discapacitadas”.

La OMS, asumiendo la imposibilidad de adoptar una práctica universal, renuncia a expresar una posición determinada, respetando así el principio de que las personas tienen el derecho de ser llamadas como ellas elijan. Además, recuerda que la CIF no es una clasificación de personas, sino “una clasificación de las características de la salud de las personas dentro del contexto de las situaciones individuales de sus vidas y de los impactos ambientales”. Por tanto, la discapacidad se produce por la **interacción de las características de la salud con los factores contextuales**. No obstante, no debe olvidarse que la utilización de un lenguaje neutral no es suficiente, y que el principal problema en relación con la discapacidad no es la terminología utilizada para referirse a ella, sino la actitud de la sociedad¹⁷. Por este motivo, en la CIF se tienen en cuenta los aspectos sociales de la discapacidad y se proponen mecanismos para determinar el impacto del contexto social y físico en las personas.

- Permitir la comparación de datos entre países, entre disciplinas relacionadas con la atención médica, entre los servicios, y en diferentes momentos a lo largo del tiempo;

- Proporcionar un esquema de codificación sistematizado para ser aplicado en los sistemas de información de la salud.

Estos objetivos están interrelacionados, ya que la necesidad y el uso de la CIF requiere la construcción de un sistema que sea apropiado y útil para ser aplicado en distintos usos, en política sanitaria, como garantía de calidad, y para la evaluación de resultados en diferentes culturas.

¹⁵ Buena muestra de ello es la inclusión de “Directrices Éticas” en el Apéndice VI de la Resolución WHA 54/21.

¹⁶ La Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980 definía la una minusvalía como: “una situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad, que limita o impide el desempeño de un rol que es normal (en función de su edad, sexo y factores sociales y culturales).

¹⁷ Como afirma ALLUÉ, M.: “La literatura en torno a la discapacidad es enormemente rica en todo lo relativo a la terminología que ordena, clasifica, y también define, a las personas que tienen una deficiencia. El afán por clasificar nace en el seno de las sociedades que alcanzaron el Estado del bienestar, donde es políticamente necesario establecer grupos humanos diferenciados de la mayoría, susceptibles de recibir los beneficios de las prestaciones sanitarias y sociales”. *Discapacitados. La reivindicación de la igualdad en la diferencia*. Edicions Bellaterra, Barcelona, 2003.

La aprobación de la CIF intenta superar la estigmatización y la exclusión, instaurando un nuevo modelo de discapacidad más positivo y universal¹⁸. Aunque no es una herramienta política constituye una herramienta adecuada, aunque evidentemente mejorable en algunos aspectos, para un tratamiento más justo y adecuado de la discapacidad¹⁹.

La noción política de que la discapacidad es más el resultado de barreras ambientales que de una condición de salud o de una deficiencia, debe ser transformada en la agenda científica y, después, en una evidencia válida y fiable. Esta evidencia puede traer consigo el auténtico cambio social para las personas discapacitadas de todo el mundo.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE DEPENDENCIA

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, “dependencia”, en su acepción jurídica, es la “*Situación de una persona que no puede valerse por sí misma*”. Curiosamente, en la acepción médico-psicológica se define como la “*Necesidad compulsiva de alguna sustancia, como alcohol, tabaco o drogas, para experimentar sus efectos o calmar el malestar producido por su privación*”. En este trabajo, cuando utilicemos este término, estaremos más cerca de la primera que la segunda, ya que, como recuerda CASADO: “Aquí y ahora, en virtud de la iniciativa político-social en curso concerniente a ella, la dependencia de mayor actualidad es la que consiste en necesidad de ayuda funcional para la realización de actividades comunes: levantarse de la cama, asearse, comer, desplazarse, hacer compras, estudiar o trabajar, tomar decisiones concernientes a la propia vida y a los familiares sin capacidad jurídica”²⁰.

La CIF no define la dependencia, por lo que sigue siendo un buen referente el concepto propuesto por la OMS en la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías de 1980*. En ella se clasificaba la dependencia en una escala de 8 niveles de “gravedad” dentro del segundo grupo de “roles de supervivencia” que se identificaban en los seis grupos de la dimensión “Minusvalía”, y más concretamente dentro del denominado: “Minusvalía de independencia física”.

La *Recomendación (R (98)9)* del Consejo de Europa define la dependencia como: “Un estado en el que las personas, debido a una pérdida física, psíquica o en su autonomía intelectual, necesitan asistencia o ayuda significativa para manejarse en las actividades

¹⁸ En distintas ocasiones se solicitó a OMPD (Organización Mundial de Personas con Discapacidad) la definición de discapacidad que preferiría que se empleara. Esta organización, que integra a organizaciones o asambleas nacionales de personas con discapacidad, y que fue establecida para promocionar los derechos humanos de las personas con discapacidad a través de la participación plena, la igualdad de oportunidades y el desarrollo, evitó durante mucho tiempo dar una respuesta. Los motivos fueron varios: la existencia de definiciones distintas en muchos países, el hecho de que la mayor parte de ellas fueran definiciones médicas, dificultades de traducción que podían generar malentendidos, etc. Sin embargo, tras la aprobación de la CIF, entendieron que la definición de discapacidad que contiene podía emplearse para sus fines, al tratarse de una definición resultado de la interacción entre una persona con una disminución y las barreras medioambientales y de actitud que esa persona puede enfrentar. Vid. <http://v1.dpi.org/lang-sp/>

¹⁹ Vid.: “Aproximación al concepto de discapacidad”. En *Discapacidad y Empleo*. Caja de Ahorros de la Inmaculada de Aragón, Servicios de Estudios e Instituto Aragonés de Empleo. Zaragoza, 2005, pág. 41.

²⁰ “Respuestas a la Dependencia Funcional y Agentes”. *Revista Española del Tercer Sector*, núm.3, 2006.

diarias. La dependencia puede afectar a cualquier sector de la población y no sólo a las personas mayores. Si bien es cierto que la dependencia tiende a aumentar con la edad, y que la vejez se caracteriza por aparecer frecuentemente asociada con múltiples problemas de salud, la edad no es el único criterio acerca de este estado”.

La existencia de distintas disciplinas dentro de las Ciencias de la Salud da lugar a la existencia de diferentes enfoques y definiciones de la dependencia, lo que sin duda es fuente de confusiones. Debe tenerse en cuenta que son numerosos los profesionales de la salud cuyas tareas se relacionan con situaciones de dependencia, y que cada uno de ellos se acerca a este fenómeno con una perspectiva muy diversa. Evidentemente, la dependencia no es considerada de la misma forma por un trabajador social que por un profesional médico especialista en valoración de discapacidades. Tampoco comparten enfoque un médico rehabilitador y un psicólogo.

La Fundación Nacional de Gerontología y el Ministerio de Asuntos Sociales francés elaboraron en común en 1987 un texto de una trascendencia fundamental para el reconocimiento de los derechos de las personas mayores dependientes y para la organización de su protección, la Carta de los Derechos y las Libertades de la Persona Mayor Dependiente. En él se define la dependencia física o psíquica como “el resultado de estados patológicos, algunos de los cuales pueden ser prevenidos o tratados”.

EAMON O´SHEA define la dependencia de la siguiente forma: "Dependencia es un estado en que las personas, debido a la falta o la pérdida de autonomía física, psicológica o mental, necesitan de algún tipo de ayuda y asistencia para desarrollar sus actividades diarias. La dependencia podría también estar originada o verse agravada por la ausencia de integración social, relaciones solidarias, entornos accesibles y recursos económicos adecuados para la vida de las personas mayores"²¹.

En definitiva, teniendo en cuenta las definiciones anteriores, en nuestra opinión, una definición correcta y sencilla de “dependencia”, podría ser la siguiente: necesitar de otro, en mayor o menor grado, para realizar las actividades más importantes de la vida. El Instituto Nacional de Estadística de España, en su Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud adopta un elenco de trece actividades, de carácter básico e instrumental²². Las actividades consideradas básicas son:

- Realizar cambios de las diversas posiciones del cuerpo y mantenerlas.
- Levantarse, acostarse, permanecer de pie o sentado.
- Desplazarse dentro del hogar.
- Asearse solo: lavarse y cuidarse de su aspecto.
- Controlar las necesidades e ir solo al servicio.
- Vestirse, desvestirse y arreglarse.
- Come y beber.

En cuanto a las actividades instrumentales, se citan las siguientes:

²¹ *La mejora de la calidad de vida de las personas mayores dependientes*. Consejo de Europa, 2003.

²² <http://www.ine.es/inebase/>

- Deambular sin medio de transporte.
- Cuidarse de las compras y del control de los suministros y servicios.
- Cuidarse de las comidas.
- Cuidarse de la limpieza y cuidado de la ropa.
- Cuidarse de la limpieza y mantenimiento de la casa.
- Cuidarse del bienestar de los demás miembros de la familia.

Esta clasificación sigue las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, y en particular la *Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías*. Sin embargo, no incluye actividades que sí son recogidas por la OMS, y que permiten detectar situaciones de dependencia para actividades de gestión de la propia vida²³.

II. TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD A LO LARGO DE LA HISTORIA.

Resulta especialmente interesante realizar un recorrido histórico a través de las distintas etapas por las que ha pasado la relación entre los estados y la discapacidad. Tal como manifiesta ALLUÉ, las construcciones sobre discapacidad pueden agruparse en tres grandes concepciones: la religiosa, la médica y la social. La primera a su vez pasó por distintas etapas: de la consideración de la discapacidad como castigo divino propia del Antiguo Testamento, a la caridad medieval²⁴. De la intersección entre la concepción médica y la religiosa surge la beneficencia propia de la Ilustración y del liberalismo.

En el modelo médico la discapacidad es el fruto de la patología, que al afectar a una persona individual, convierte el tema en un problema personal que debe ser resuelto, o al menos minimizado, con tratamientos médicos.

La superación del modelo médico llega con el denominado modelo social, cuya idea principal es que la discapacidad es consecuencia de las trabas con las que se encuentra una persona afectada por alguna deficiencia sensorial, física, cognitiva o mental, en una sociedad pensada para personas sin tales deficiencias. El hombre no puede vivir fuera de la sociedad, todos somos necesarios en una u otra medida para los demás, y por lo tanto es la colectividad la que debe eliminar las barreras que tienen su origen en la construcción de ciudades a la medida de personas sin ningún tipo de limitación²⁵. El

²³ CASADO alude por ejemplo a ítems utilizados en la CIF como: tomar decisiones, resolver problemas, manejo del estrés y otras demandas psicológicas, cuidado de la propia salud, adquisición de un lugar para vivir, interacciones personales complejas, relaciones familiares, conseguir, mantener y finalizar un trabajo, o la autosuficiencia económica. “Respuestas a la Dependencia Funcional y Agentes”. Revista Española del Tercer Sector, núm.3, 2006, pág.3.

²⁴ “Las deficiencias físicas, las sensoriales, la pobreza y la extranjería, omnipresentes en la ciudad medieval, sin ser un problema, son gestionadas de forma conjunta a través de las pequeñas organizaciones hospitalarias que nutren sus arcas con la limosna de los ricos”. ALLUÉ, M.: *Discapacitados...op.cit.*, pág.37.

²⁵ “Los seres humanos queremos ser felices. Este proyecto colosal, irremediable y vago dirige todas nuestras creaciones. Es un afán privado, pero que sólo puede colmarse mancomunadamente. De ahí nace nuestra “furia constructora de ciudades”, que dijo Sófocles. Incompletos y débiles, edificamos las ciudades para que a su vez las ciudades nos edifiquen a nosotros, pues nuestra inteligencia e incluso nuestra libertad son creaciones sociales. La autonomía personal es el fruto más refinado de la comunidad. La necesidad de fundar nuestra felicidad individual en la felicidad de la polis, en la felicidad política, nos

Parlamento Europeo, en el *“Informe sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo”*, hace referencia a que “la discapacidad no se ha de concebir desde el punto de vista médico (“modelo médico), sino desde el punto de vista social (“modelo social), y se ha de reconocer a las personas con discapacidad como ciudadanos que gozan de iguales derechos”²⁶. El Parlamento Europeo, en el Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad"²⁷, recordaba que “La ignorancia, la miseria, el dolor, el abandono, la superstición, el miedo y el olvido han sido los factores sociales que a lo largo de toda la historia han aislado a las personas con discapacidad y han retrasado su desarrollo. En todo el mundo existe un vínculo directo entre discapacidad, por un lado y la pobreza y la exclusión social por otro. Dos terceras partes de las personas con discapacidad de la tierra habitan en el tercer mundo, y solamente el 2 por ciento de los niños con discapacidad de estos países en desarrollo recibe algún tipo de educación o rehabilitación”. Sin duda, esta realidad se va superando lentamente con la sustitución del modelo médico.

La superación del “modelo médico” se constata también en la labor de la ONU, que trabaja desde hace tiempo, como se verá más adelante, a favor de los discapacitados. Así por ejemplo, en el *Informe final de la Relatora Especial de la Comisión de Desarrollo Social sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en el período comprendido entre 2003 y 2005*, se afirma: “Al enfrentar los problemas relacionados con la discapacidad, las organizaciones de personas con discapacidad, los médicos y los gobiernos deben apartarse del modelo puramente médico y reconocer que los discapacitados son ante todo personas y que su inclusión en la sociedad debe basarse en ese hecho. Por consiguiente, la rehabilitación debe ocuparse de la persona en su conjunto en los planos social y profesional, a la vez que médico y terapéutico. Además, los médicos tienen que respetar, comprender y aprovechar la energía psicológica, emocional y profesional que ofrece la familia en apoyo de sus miembros con discapacidad”.

La diferencia entre ambos modelos (modelo médico y modelo social) es, por tanto, evidente: mientras el segundo considera la discapacidad un problema personal, consecuencia de una enfermedad, accidente, o cualquier otra circunstancia susceptible de mejora con una intervención médica adecuada (por ejemplo rehabilitación), el primero parte de la idea de que es la sociedad quien la provoca al no saber dar respuesta a las peculiaridades de muchas de las personas que la integran, generando

ha obligado a construir metafóricos puentes, albergues, murallas, soberbias torres, eficientes desagües, toda una arquitectura vital. A esta arjós-tejné, a esta técnica de los cimientos, la llamamos ética y derecho. La creación siempre produce sorpresas. Los seres humanos, creyendo que estaban proporcionándose un refugio, estaban en realidad diseñando un modo nuevo de ser hombre, una nueva Humanidad”. MARINA, J.A. y DE LA VÁLGOMA, M.: La lucha por la dignidad. Anagrama, Barcelona, 2000, pág.15.

²⁶ (COM (2003) 650-C5-0039/2004-2004/2004 (INI).

²⁷ (COM(2003) 16 - (2003/2100(INI))

discriminaciones. El “modelo médico” evolucionó en parte dando lugar al “modelo de ayuda social”, que intenta compensar con prestaciones y ayudas sociales las desventajas médicas. Así, el “modelo social” tiene como fin principal la supresión de los obstáculos que impiden a los discapacitados su plena integración en la sociedad, evitando su “problematización”²⁸. Evidentemente, tanto la definición de la discapacidad, como los criterios de determinación de las personas que pueden considerarse discapacitadas, variarán en función del modelo del que se parta.

Según se deduce de lo mayor parte de los estudios sobre el modelo social de discapacidad, deben tenerse en cuenta dos ideas principales:²⁹

- 1) En contraste con el modelo médico convencional, basado en el déficit, el modelo social centra su atención, más que en las limitaciones funcionales individuales, en los problemas causados por el entorno y las barreras sociales y culturales.
- 2) La perspectiva del modelo social no niega la importancia de llevar a cabo intervenciones individuales adecuadas en la vida de los discapacitados, como tratamientos médicos, rehabilitadores, educacionales, o de empleo, pero se centra especialmente en las limitaciones provocadas por su pertenencia a una sociedad pensada para personas no discapacitadas.

Estas premisas están en el origen del concepto “vida independiente”, del que comenzó a hablarse en los años setenta, tras su adopción por parte de los movimientos activistas de los discapacitados en los Estados Unidos, que influyeron de forma evidente en la legislación sobre discapacidad. Durante los años sesenta, algunas universidades americanas introdujeron programas de auto-ayuda para facilitar a los estudiantes con deficiencias físicas severas el seguimiento de los cursos. El problema fue que, fuera de los campus, la situación era muy distinta, lo que llevó a que algunos de estos estudiantes crearan los “Centres for Independent Living” (CILs). Aunque algunos servicios eran

²⁸ “Since its development in the 1970s, the social model has been increasingly accepted and adapted by disability groups throughout the world, and now underpins, either implicitly or explicitly, their thinking (WHO, 2001). It is also evident in disability related policies and initiatives in countries as diverse as Britain, the European Union and China (Stone, 1999; European Commission, 2003; Prime Minister’s Strategy Unit, 2005) and the World Health Organization’s recently devised “International Classification of Functioning Disability and Health” (WHO, 1999). The social model of disability is nothing more complicated than an emphasis on the economic, environmental and cultural barriers encountered by people viewed by others as having some form of impairment. These barriers include (a) inaccessible education, information and communication systems, and working environments, (b) inadequate disability benefits, (c) discriminatory health and social support services, (d) inaccessible transport, housing and public buildings and amenities, and (e) the devaluing of people labelled as disabled by negative imagery and representation in the media – films, television and newspapers. From this perspective, people with designated impairments are disabled by society’s failure to accommodate their individual and collective needs within the mainstream of economic and cultural life”. *Disabled people in Britain and discrimination: A case for antidiscrimination legislation*. London, Hurst & Co./BCODP 1991.

²⁹ BARNES, C.: “Independent Living, Politics and Policy in the United Kingdom: A Social Model Account”. *Review of Disability Studies: An International Journal* Volume 1, Issue 4, 2005.

prestados por profesionales no discapacitados, básicamente se trataba de centros de auto-ayuda controlados de forma exclusiva por discapacitados³⁰.

El problema es que las políticas relacionadas con esta cuestión, adoptadas en muchos de los países de la Unión Europea tienen poco que ver con el modelo en el que dicen inspirarse. En efecto, aunque en la actualidad el consenso en la adopción del “modelo social” es unánime, el análisis de las políticas concretas revela numerosas incoherencias.

El “modelo social” evoluciona constantemente, siendo ésta una de sus principales características. Es necesario un trabajo persistente en favor de la superación de las trabas que los discapacitados encuentran para su integración plena en la sociedad. La sociedad evoluciona también continuamente, originando nuevas barreras y dificultades. Ya no basta con garantizar en la medida de lo posible la eliminación de barreras físicas mediante la construcción de rampas de acceso o la delimitación de plazas específicas de aparcamiento, por citar algún ejemplo. En la actualidad debe avanzarse en posibilitar el acceso en condiciones de igualdad de todos los discapacitados a la sociedad de la información. En este sentido es remarcable el hecho de que la *Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad* incluya puntos específicos requiriendo la accesibilidad de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, así como la formación desde edad temprana, para evitar la creación de barreras y la discriminación en general de las personas con discapacidad. Además, en el proceso de creación de una sociedad en la no se excluya ni discrimine a los discapacitados, resulta imprescindible trabajar en nuevas fórmulas de explicación del modelo social a la población no discapacitada³¹.

En cuanto al tratamiento histórico de la dependencia, durante mucho tiempo, la única respuesta fuera de la esfera familiar era la caridad o beneficencia. En el Antiguo Régimen se prestaba asistencia a los pobres, y muy frecuentemente los discapacitados (en terminología actual) pertenecían a ese grupo social. Si el discapacitado pertenecía a una familia con medios económicos, ésta se encargaba de su cuidado, la mayoría de las veces escondiéndolo al tiempo de los ojos de los demás. Si los familiares no podían hacerse cargo de ellos, era la Iglesia la principal encargada de prestarles ayuda. La pobreza no era entendida como un problema social, sino como un medio para conseguir la santificación, propia o ajena. En el pensamiento colectivo se acepta que la pobreza es consecuencia de la falta de moral de quien la sufre, del mismo modo que se entiende

³⁰ Further, in contrast to other professionally dominated provisions that focused almost exclusively on medical treatments and therapies within institutional settings, effectively removing disabled people from everyday life, CILs provided a new and innovative range of services and support systems designed to enable people with impairments to adopt a lifestyle of their own choosing within rather than apart from the local community. BARNES, C.: “Independent Living, Politics and Policy in the United Kingdom: A Social Model Account”. *Review of Disability Studies: An International Journal* Volume 1, Issue 4, 2005.

³¹ Así lo confirma TREGASKIS: This evolutionary process demands in particular that we work constantly towards finding new, more accessible, ways of explaining social model ideas to mainstream audiences. Thus, in a social climate that continues to tolerate disabled people's oppression, disability studies has a key role to play in demonstrating to theorists, policy-makers and practitioners why and how social model ideas can support the move towards inclusion. “Applying the social model in practice: some lessons from countryside recreation”. *Disability & Society* .Volume 19, Number 6 / October 2004, págs. 601 – 611.

que ayudar a quien la sufre es un deber moral³². Evidentemente, hablamos de una época en la que, el concepto de estado, tal como lo concebimos hoy, no existe.

A partir del siglo XII las ideas anteriores comienzan a ser cuestionadas: decrece la importancia de la función asistencia de la Iglesia y crece la importancia del rey, a quien se empieza a considerar defensor de los desamparados³³. Del mismo modo, los gremios y cofradías de ayuda mutua intervienen en el socorro de los más débiles³⁴. Pero, durante esta época, y hasta bien entrado el siglo XIX, el centro asistencial por excelencia es el hospital, término con dos acepciones. En efecto, hospital es tanto el establecimiento destinado al diagnóstico y tratamiento de enfermos, donde se practican también la investigación y la enseñanza, como la casa que sirve para recoger pobres y peregrinos por tiempo limitado³⁵.

En el siglo XVI, los nuevos planteamientos religiosos y políticos cambian la visión de la pobreza. Erasmo de Róterdam, Tomás Moro, Lucero o Vives critican la caridad como única solución. Es precisamente este último quien primero se refiere a la pobreza como resultado de la injusticia social, y no como decisión divina. En consecuencia, proclama la necesidad de obligar a trabajar a quienes estén capacitados para hacerlo, reintegrándolos en la sociedad, y de que los poderes públicos se encarguen y velen únicamente por quienes no puedan hacerlo.

Ya en la Ilustración, el Conde de Cabarrús, siguiendo en parte las ideas de VIVES, trata de racionalizar la asistencia, defendiendo la necesidad de modularla en función del grado de incapacidad física o psíquica. Se refiere este autor a los afectos de secuelas permanentes, como sucede “en los impedidos, en los dementes, en los ciegos, etc.”; discapacidad grave y dependencia en terminología actual. Y escribe: “Si no pueden servir para nada, ¿Quién duda que los socorros han de ser absolutos, como las necesidades... Pero si no llegasen a este último apuro, si no padeciesen más que una disminución de facultades, la sociedad les debe facilitar (y no más), objetos a que aplicar las que les quedan...”. Denuncia la práctica asistencial de los establecimientos destinados a personas con discapacidades graves: “Ya veo vuestros hospicios con los

³² Cfr.: LÓPEZ ALONSO, C.: “La asistencia social en el Antiguo Régimen”. En VVAA.: *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, págs. 27-29.

³³ Disminuye la importancia de la Iglesia como principal sujeto decisor en esta materia, pero sigue siendo ella, a través de parroquias y órdenes mendicantes, quien preste mayoritariamente la ayuda material.

³⁴ Las cofradías pasan de ejercer actividades puramente piadosas a otras más directamente de previsión. Como señala LÓPEZ ALONSO, C.: “La más importante de todas es la asistencia en la enfermedad, bien mediante una ayuda en dinero (en una determinada cantidad unas veces y, las más, indeterminada), o bien con la prestación de trabajo por los cofrades (los ciegos de Valencia entregan la mitad de la recaudación de sus limosnas durante ocho días al cofrade enfermo); se presta también asistencia médico-farmacéutica y hospitalaria- en el caso de que la cofradía cuente con establecimiento propio-. Pero también se concede ayuda en caso de accidentes, así como en los de invalidez y vejez (todos los cuales impiden al cofrade ganar su sustento”. “La asistencia social en el Antiguo Régimen”. En VVAA.: *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, pág.32.

³⁵ Estas dos acepciones siguen siendo actuales, aunque la segunda esté en desuso. En el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua se recogen las dos.

mismos inconvenientes que nuestros hospitales, y con resultas todavía más horribles. En nuestros hospitales al cabo se sacrifican los pobres; pero en nuestros hospicios se les degrada y se les pervierte...” Y reconoce los beneficios de la atención familiar: “Hemos visto como los enfermos estarán mejor y más económicamente asistidos en sus casas que en los hospitales. Asimismo estarán mejor ocupados en sus casas que en los hospicios los pobres débiles y acreedores de una ocupación honesta.”³⁶ Para este ilustrado, los efectos de la beneficencia se resumían en lo siguiente “Veremos los pobres crecer siempre en proporción de las fundaciones hechas para socorrerlos”³⁷.

En definitiva, a partir del siglo XVIII se delimita el contenido de la asistencia a los desfavorecidos, así como la forma de llevarla a cabo, y se produce la estatalización de la beneficencia³⁸. Como expone LÓPEZ ALONSO: “Los verdaderos pobres (enfermos, viudas, huérfanos, viejos, trabajadores en paro forzoso) son los objetos de la asistencia que, sin dejar de ser, en muchos de sus aspectos, un acto de caridad, se va transformando en una cuestión de orden y beneficio general cuyo cuidado atañe al Estado, bien directamente, bien por medios indirectos, apoyando y promoviendo iniciativas ajenas”³⁹. Aunque en esta época aumenta el número de establecimientos asistenciales, éstos dejan de tener como fin exclusivo la reclusión de los necesitados, para convertirse además en centros de “reinserción”.

El siglo XIX comienza con una crisis económica y social que afecta también a la materia asistencial. Pero, en la *Constitución francesa de 1793*, o en la española de 1812, se asume la necesidad de ayudar a los desfavorecidos. El 6 de febrero de 1822, en el trienio liberal, se promulga una ley que trata de regular la organización pública de la beneficencia, y que estará en vigor hasta que el 20 de junio de 1849 se aprueba un

³⁶En una de sus Cartas, escrita en el año 1775, afirmaba: “Cualquier hombre que tenga un hogar, una familia, un amigo, no necesita del hospital y estará mejor asistido en su domicilio. Allí se curarán mejor cuantos enfermos pueblan nuestros hospitales; allí tendrán los mismos socorros siempre que los facultativos estén distribuidos con la debida proporción, y que cada pueblo pueda sufragarlo, mediante la dotación proyectada de socorros, tenga médico, cirujano, botica, y que las aldeas inmediatas puedan acudir y valerse de aquellas proporciones”. *Cartas*. Ed. De J.A. Maravall, Madrid, 1973, págs. 99-100. En relación con estas cuestiones nos remitimos al interesante trabajo de CASADO, D., en “Respuestas a la Dependencia Funcional y Agentes”. *Revista Española del Tercer Sector*, núm.3, 2006.

³⁷ Cita recogida en: LA INFANCIA ABANDONADA EN ESPAÑA (SIGLOS XVI-XX). Discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia de Don Vicente Pérez Moreda (8 de mayo de 2005).

³⁸ Como expone CASTRO: “La política ilustrada llevó a cabo en el siglo XVIII importantes medidas que incidieron en el fortalecimiento del papel del Estado en la acción asistencial a costa del debilitamiento de las posiciones tradicionales del sector voluntario (...) Los ilustrados justificaron esta política por la mala administración, despilfarro, desviación de fines y corrupciones de las cofradías y hermandades; así como por el freno de las asociaciones profesionales al progreso económico”. Un factor muy importante en este proceso, que debe ser tenido en cuenta, fue la desamortización. Una Real Orden de 25 de septiembre de 1798 impuso la enajenación de “todos los bienes raíces pertenecientes a Hospitales, Hospicios, Casas de Misericordia, de Reclusión y de Expósitos, Cofradías, Memorias, Obras Pías, y Patronatos de legos, poniéndose los productos de estas ventas, así como los capitales de censos que se redimiesen, pertenecientes a estos establecimientos y fundaciones, en mi Real Caja de Amortización, bajo el interés anual del tres por ciento”. Vid. “Respuestas a la Dependencia Funcional y Agentes”...op.cit., pág. 8.

³⁹ Op.cit., pág.48.

nuevo texto⁴⁰. La beneficencia en el Estado Liberal, siguiendo a DIEZ-PICAZO, se caracteriza por los siguientes rasgos⁴¹:

-es una actividad propia del Estado, aunque consideraciones caritativas, propias de un país católico, hacen que la legislación permita la existencia en un segundo plano, detrás de la beneficencia pública, de una beneficencia particular.

-es una actividad propia de un Estado Liberal y no intervencionista, cuya finalidad principal es la salvaguardia del orden público.

-la organización administrativa a efectos prestacionales, bajo la dirección del Gobierno, se divide en tres niveles: general, provincial y municipal.

-la legislación de beneficencia no otorga a las personas protegidas por la misma derecho subjetivo alguno a obtener las prestaciones correspondientes cuando se produzcan los supuestos de hecho previstos.

Tras el Estado Liberal llega el Estado del Bienestar, en el que nace un verdadero derecho público subjetivo a obtener las prestaciones adecuadas para proteger situaciones de necesidad, entre ellas, la discapacidad y la vejez⁴².

IV. LA LABOR DE LAS NACIONES UNIDAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DISCAPACITADOS.

Las Naciones Unidas han desarrollado una labor muy importante en materia de promoción del bienestar y de los derechos de las personas con discapacidad a través de diversas actuaciones. Así, durante sus primeras décadas de funcionamiento se llevaron a cabo actividades de asistencia técnica y asesoramiento a los gobiernos en materia de prevención de la discapacidad y rehabilitación. Pero, el primer texto relativo a esta cuestión no llegaría hasta 1971, con la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental⁴³.

⁴⁰ La Ley de Beneficencia de 1822 institucionalizaba un sistema público de protección para las personas desvalidas o pobres. Lo mismo ocurre con la de 1849, cuya principal novedad fue el respeto a la Beneficencia particular.

⁴¹ “La legislación de beneficencia en España”, en *Legislación sobre Instituciones de Beneficencia Particular. Fundaciones benéfico-asistenciales puras y mixtas*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987, págs. 22-23.

⁴² El análisis detallado de este derecho y su protección en la actualidad se trata en el Capítulo II por el profesor CALVO ORTEGA, y a él nos remitimos.

⁴³ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971. Los derechos que se reconocieron fueron los siguientes:

“1. *El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.*

2. *El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes.*

En 1975 se adoptó la Declaración de los Derechos de los Impedidos, término con el que se designaba a “*toda persona incapacitada de subvenir por sí misma, en su totalidad o en parte, a las necesidades de una vida individual o social normal a consecuencia de una deficiencia, congénita o no, de sus facultades físicas o mentales*”⁴⁴. En ella, además de proclamarse la igualdad de derechos civiles y políticos para las personas con discapacidad se alude a su derecho a que los poderes públicos tomen las medidas necesarias para garantizar en lo posible su autonomía personal. Del mismo modo se mencionan derechos tan importantes como el derecho a recibir atención médica, psicológica y funcional, a la seguridad económica y social y a un nivel de vida decoroso, a obtener y conservar un empleo y a ejercer una ocupación útil, productiva y remunerativa, y a formar parte de organizaciones sindicales. También se reconoció el “*derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que la substituya y a participar en todas las actividades sociales, creadoras o recreativas. Ningún impedido podrá ser obligado, en materia de residencia, a un trato distinto del que exija su estado o la mejoría que se le podría aportar. Si fuese indispensable la permanencia del impedido en un establecimiento especializado, el medio y las condiciones de vida en él deberán asemejarse lo más posible a los de la vida normal de las personas de su edad*”.

En 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó 1981 como el “Año Internacional de las Personas con Discapacidad”, con el objetivo de poner en marcha un plan de acción internacional dirigido a la equiparación de las oportunidades, la rehabilitación y la prevención de las discapacidades. En efecto, el logro principal de este año fue el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, adoptado por la Asamblea General en diciembre de 1982, y que abarcó el período 1983-1992.

3. *El retrasado mental tiene derecho a la seguridad económica y a un nivel de vida decoroso. Tiene derecho, en la medida de sus posibilidades, a desempeñar un empleo productivo o alguna otra ocupación útil.*

4. *De ser posible, el retrasado mental debe residir con su familia o en un hogar que reemplace al propio, y participar en las distintas formas de la vida de la comunidad. El hogar en que viva debe recibir asistencia. En caso de que sea necesario internarlo en un establecimiento especializado, el ambiente y las condiciones de vida dentro de tal institución deberán asemejarse en la mayor medida posible a los de la vida normal.*

5. *El retrasado mental debe poder contar con la atención de un tutor calificado cuanto esto resulte indispensable para la protección de su persona y sus bienes.*

6. *El retrasado mental debe ser protegido contra toda explotación y todo abuso o trato degradante. En caso de que sea objeto de una acción judicial, deberá ser sometido a un proceso justo en que se tenga plenamente en cuenta su grado de responsabilidad, atendidas sus facultades mentales.*

7. *Si algunos retrasados mentales no son capaces, debido a la gravedad de su impedimento, de ejercer efectivamente todos sus derechos, o si se hace necesario limitar o incluso suprimir tales derechos, el procedimiento que se emplee a los fines de esa limitación o supresión deberá entrañar salvaguardas jurídicas que protejan al retrasado mental contra toda forma de abuso. Dicho procedimiento deberá basarse en una evaluación de su capacidad social por expertos calificados. Asimismo, tal limitación o supresión quedará sujeta a revisiones periódicas y reconocerá el derecho de apelación a autoridades superiores”.*

⁴⁴ Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975.

La introducción de las *Normas Uniformes* sobre igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas elaboradas por las Naciones Unidas en el año 1993 supuso un cambio radical a favor de los derechos humanos y de un modelo social sobre la discapacidad. Aunque no son de cumplimiento obligatorio su trascendencia es evidente, ya que llevan implícito el firme compromiso moral y político de los Estados de adoptar medidas para lograr la igualdad de oportunidades, se sientan las bases para la cooperación técnica y económica entre los Estados, las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, e incluyen un mecanismo de seguimiento y apoyo para su implementación.

El contenido de las Normas se concreta en 22 pautas de acción que resumen el mensaje del programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, e incorporan la perspectiva basada en los derechos humanos desarrollada a lo largo del Decenio. Las 22 normas están organizadas en cuatro capítulos: requisitos para la igualdad de participación, áreas para la igualdad de participación, medidas de ejecución y mecanismo de supervisión⁴⁵.

Finalmente, el último hito en el trabajo de la ONU a favor de los discapacitados, y sin duda el más importante, es la reciente aprobación por parte de las Naciones Unidas de una convención que beneficiará a los 650 millones de personas con discapacidades del mundo, el 10% de la población⁴⁶. La *Convención sobre derechos de las personas con*

⁴⁵ I. REQUISITOS PARA LA IGUALDAD DE PARTICIPACIÓN

1. Mayor toma de conciencia
2. Atención médica
3. Rehabilitación
4. Servicios de apoyo

II. ESFERAS PREVISTAS PARA LA IGUALDAD DE PARTICIPACIÓN

5. Posibilidades de acceso
6. Educación
7. Empleo
8. Mantenimiento de los ingresos y seguridad social
9. Vida en familia e integridad personal
10. Cultura
11. Actividades recreativas y deportivas
12. Religión

III. MEDIDAS DE EJECUCIÓN

13. Información e investigación
14. Cuestiones normativas y de planificación
15. Legislación
16. Política económica
17. Coordinación de los trabajos
18. Organizaciones de personas con discapacidad
19. Capacitación de personal
20. Supervisión y evaluación a nivel nacional de los programas sobre discapacidad en lo relativo a la aplicación de las Normas Uniformes
21. Cooperación económica y técnica
22. Cooperación internacional

IV. MECANISMO DE SUPERVISIÓN

⁴⁶ Desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las Naciones Unidas aprobaron seis tratados temáticos sobre derechos humanos: el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención sobre los derechos del niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial.

discapacidades fue aprobada por consenso de la Asamblea General el pasado 13 de diciembre de 2006, tras cuatro años de negociaciones⁴⁷.

Es interesante tener en cuenta que se trata del primer tratado importante de derechos humanos del siglo XXI, que entrará en vigor cuando sea ratificado por 20 de los 192 Estados miembros. El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. A efectos de la aplicación de este instrumento, se consideran personas con discapacidad aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás⁴⁸. La inclusión de una definición de discapacidad en la Convención no fue algo querido por las organizaciones representativas de los discapacitados, ya que pensaban que ninguna de las posibles sería correcta y además quedaría obsoleta rápidamente. Sin embargo, los países en desarrollo les hicieron ver que la ausencia de una definición conllevaría la ausencia de protección para muchas personas, en muchos lugares en los que la lucha por la igualdad lleva años de retraso respecto de las sociedades más avanzadas.

Los países signatarios de la Convención deberán introducir en sus legislaciones las modificaciones necesarias para mejorar y promover el acceso a la educación y empleo de las personas con discapacidades. Asimismo, se obligan a promover la igualdad de acceso a la información y a los sistemas de salud, y a eliminar los obstáculos físicos y sociales para la movilidad de estas personas. El texto también prohíbe la discriminación de los discapacitados en todos los terrenos, incluido el de los derechos civiles⁴⁹.

⁴⁷ Es interesante leer las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas en el Mensaje de 13 de diciembre de 2006: "Throughout the ages, the treatment of people with disabilities has brought out some of the worst aspects of human nature. Too often, those living with disabilities have been seen as objects of embarrassment, and at best, of condescending pity and charity. Societies have even gone out of their way to ensure that persons with disabilities are neither seen nor heard. On paper, they have enjoyed the same rights as others; in real life, they have often been relegated to the margins, and denied the opportunities that others take for granted". <http://www.un.org/apps/sg/sgstats.asp?nid=2362>

⁴⁸ Véase el artículo 1.

⁴⁹ La Unión Europea, en el INFORME sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad" (COM(2003) 16 - (2003/2100(INI))) expresó su convencimiento de que una futura convención sobre los derechos de las personas con discapacidad debería basarse en los principios siguientes:

- un enfoque basado en los derechos, que haga hincapié en los derechos humanos (civiles y políticos, así como económicos, sociales y culturales) ya incluidos en varios tratados y los adapte a las necesidades de las personas con discapacidad,
- el reconocimiento de la necesidad de tomar medidas relativas tanto a las necesidades generales como específicas de las personas con discapacidad, incluidas aquéllas con discapacidades "ocultas", reconociendo al mismo tiempo la diversidad de estas personas, en particular las que sufren discapacidades múltiples y graves, y sus familias,

A los efectos que nos interesan, uno de los preceptos que merece especial atención es el 28, que tiene como título: “Nivel de vida adecuado y [protección] social”. Este artículo conmina a los Estados Partes a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias⁵⁰. También obliga a reconocer el derecho de las personas con discapacidad a [protección social] [programas sociales], y a disfrutar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y a adoptar medidas adecuadas para proteger y promover la realización de ese derecho, entre ellas:

- a) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios, dispositivos y asistencia de otra índole apropiados y a precios asequibles para atender a necesidades relacionadas con su discapacidad;
- b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad [en particular las mujeres y las niñas con discapacidad y las personas de edad con discapacidad,] a programas [de protección social] [sociales] y estrategias de reducción de la pobreza;
- c) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad y de las familias de éstas que vivan en situaciones de pobreza a asistencia del Estado para sufragar gastos relacionados con su discapacidad (que comprenden capacitación, asesoramiento, asistencia financiera y servicios de cuidados temporales adecuados);
- d) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública.
- [e) Asegurar el acceso en condiciones de igualdad de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.]

El reconocimiento de este derecho en una Convención de la ONU supone un gran avance. Para quienes vivimos en el denominado “primer mundo”, puede incluso resultar una obviedad la alusión expresa a que las personas discapacitadas tengan derecho a una protección social adecuada. También en nuestras sociedades hay personas que en la práctica no se benefician de ello, y en algunos países desarrollados su articulación puede no ser la más adecuada. Sin embargo, no es preciso luchar para que se reconozca a los discapacitados el derecho a una asistencia adecuada, por ejemplo. Pero aún son muchos los países en los que la mayor parte de los ciudadanos quedan al margen de lo que se

- el desarrollo de campañas informativas entre las personas concernidas (profesores, médicos y padres) sobre las discapacidades "ocultas" cuyas manifestaciones se hacen patentes en la vida cotidiana o escolar,

- la plena participación de las personas con discapacidad, de las organizaciones de personas con discapacidad o que representen a las personas con discapacidad, a la hora de establecer políticas y organismos nacionales e internacionales que les conciernan,

- el reconocimiento del hecho de que numerosas personas con discapacidad se ven enfrentadas a una discriminación múltiple por motivos de género, raza, edad, etc..

⁵⁰ Por nivel de vida adecuado se entiende: alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, incluido el acceso en condiciones de igualdad al agua potable, y adoptarán medidas adecuadas para salvaguardar y promover la realización de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad.

entiende por nivel de vida adecuado, siendo mucho más grave la situación de las personas discapacitadas, que deben superar graves obstáculos para tener unas condiciones de vida dignas.

V. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

5.1. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN EL DERECHO COMUNITARIO

En la Unión Europea, aproximadamente un diez por ciento de la población padece alguna forma de discapacidad y debe hacer frente a obstáculos que impiden su plena integración en la sociedad y en el mundo laboral. El punto de partida del tratamiento de la discapacidad y la dependencia en la Unión Europea es que la situación de las personas con discapacidad debe evaluarse desde el punto de vista de los derechos humanos, y no desde un punto de vista caritativo, lo que supone considerarlas como personas con derechos y no como generadoras de problemas⁵¹. Se adopta por tanto el modelo social al que ya se ha aludido.

El *Tratado de la Unión Europea* incluye un artículo general de lucha contra la discriminación, que cubre entre otros aspectos la discapacidad y supone un paso adelante decisivo en favor de la igualdad de derechos de las personas con discapacidad a escala comunitaria⁵². En efecto, según su artículo 13: "*Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.*" De conformidad con este precepto, la Comisión Europea adoptó el 26 de noviembre de 1999 un paquete integrado de medidas contra la discriminación, cuyo elemento más relevante consistió en una propuesta de directiva en el ámbito del empleo y la ocupación, y un programa de acción que incluía una amplia gama de medidas complementarias en este sentido. Durante mucho tiempo las medidas adoptadas por la Unión Europea en el ámbito de las personas con discapacidad han sido mínimas, referidas casi exclusivamente al establecimiento del marco general para la igualdad de trato en el empleo en el contexto de la lucha contra la discriminación, prevista en el artículo 13. Entre las más importantes podemos citar las siguientes:

- Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Situación de las personas con discapacidad en la Unión Europea ampliada: el plan de acción europeo 2006-2007 (COM(2005) 604 final). DO C 185 de 8.8.2006.

⁵¹ Vid.: INFORME sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad" (COM(2003) 16 - (2003/2100(INI)).

⁵² Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Ámsterdam el 2 de octubre de 1997.

-Reglamento (CE) n o 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. DO L 204 de 26.7.2006.

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 COM(2005) 486 final. DO C 88 de 11.4.2006.

-Decisión del Consejo, de 12 de diciembre de 2005 , relativa a la adopción de la reglamentación por la que se fijan las modalidades de concesión de una ayuda económica complemento de la pensión del cónyuge superviviente afectado por una enfermedad grave o prolongada o que padezca una discapacidad. 2006/6/CE, EURATOM. DO L 5 de 10.1.2006.

-Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la puesta en práctica, los resultados y la evaluación general del Año Europeo de las personas con discapacidad 2003 (presentada por la Comisión de conformidad con el artículo 13 de la Decisión 2001/903/CE del Consejo) {SEC(2005) 1252}. /* COM/2005/0486 final */.

-Dictamen del Comité de las Regiones sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo. DO C 121 de 30.4.2004.

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo» (COM(2003) 650 final). DO C 110 de 30.4.2004.

-Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo (COM(2003) 650 — C5-0039/2004 — 2004/2004(INI)). Diario Oficial n° C 104 E.

-Resolución del Parlamento Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (COM(2003) 16 — 2003/2100(INI)). Diario Oficial n° C 076 E de 25/03/2004.

-Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad: un plan de acción europeo. COM/2003/0650 final.

-Resolución del Consejo de 15 de julio de 2003 sobre el fomento del empleo y de la inclusión social de las personas con discapacidad. Diario Oficial n° C 175 de 24/07/2003.

-Resolución del Consejo de 6 de mayo de 2003 sobre la accesibilidad de las infraestructuras y las actividades culturales para las personas con discapacidad. Diario Oficial n° C 134 de 07/06/2003.

-Resolución del Consejo de 5 de mayo de 2003 sobre la igualdad de oportunidades en educación y formación para los alumnos y estudiantes con discapacidad. Diario Oficial n° C 134 de 07/06/2003.

-Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo — Hacia un instrumento jurídicamente vinculante de las Naciones Unidas para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad" (COM(2003) 16 final). DO C 133 de 6.6.2003.

-Resolución del Consejo de 6 de febrero de 2003 sobre "Accesibilidad electrónica" — Mejorar el acceso de las personas con discapacidad a la sociedad del conocimiento. Diario Oficial n° C 039 de 18/02/2003.

-Recomendación de la Comisión al Consejo para que se autorice a la Comisión a participar en las negociaciones dirigidas a la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para promover y proteger los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad. SEC/2003/0116 final.

-Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Integración de las personas con discapacidad en la sociedad". Diario Oficial n° C 241 de 07/10/2002.

-Dictamen del Comité de las Regiones sobre la "Propuesta de Decisión del Consejo sobre el Año europeo de las personas con discapacidad — 2003". DO C 107 de 3.5.2002.

-Propuesta modificada de Decisión del Consejo sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad - 2003 (presentada por la Comisión con arreglo al apartado 2 del artículo 250 del Tratado CE). COM/2001/0721 final - CNS 2001/0116.

-Dictamen del Comité Económico y Social sobre la "Propuesta de Decisión del Consejo sobre el Año europeo de las personas con discapacidad — 2003". DO C 36 de 8.2.2002.

-2001/903/CE: Decisión del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, sobre el Año Europeo de las personas con discapacidad 2003. DO L 335 de 19.12.2001.

-Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de decisión del Consejo relativa a Año europeo de las personas con discapacidad - 2003. (COM(2001) 271 - C5-0306/2001 - 2001/0116(CNS)).

-Dictamen del Comité de las Regiones sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones — Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad". Diario Oficial n° C 144 de 16/05/2001.

-Resolución del Parlamento Europeo A5-0377/2001(1), de 15 de noviembre de 2001, en la que se pedía a la Comisión que presentase durante 2003 una propuesta de directiva basada en el artículo 13 del Tratado CE, con miras a la igualdad de trato para las personas con discapacidad sin dejar de reconocer sus especificidades ni su derecho a la diferencia. Se pedía a la Comisión que presentara una propuesta de Directiva que abarcara todos los ámbitos de competencia de la UE, para hacer realidad la igualdad de trato para las personas con discapacidad sin dejar de reconocer sus especificidades ni su derecho a la diferencia; en ella se solicitaba que dicha propuesta sea presentada, a más tardar, en 2003, Año europeo de los ciudadanos con discapacidad. Esta petición no ha obtenido respuesta.

-Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: "Hacia una Europa sin barreras para las personas con discapacidad". (COM (2000) 284 - C5-0632/2000 - 2000/2296(COS)).

En el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE, se recogen varias medidas tendentes a favorecer a las personas con discapacidad:

-El reconocimiento de la igualdad y el respeto a la dignidad humana como uno de los valores de la UE (art. I-2); la incorporación de la lucha contra la exclusión social y la discriminación entre sus objetivos (art. I-3.3); la transversalidad de la no discriminación en todas las políticas y acciones de la UE (art. III-118); el reconocimiento de la importancia de la democracia participativa y del diálogo civil (art. I 47).

-La plena inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales en el Tratado (Parte II del nuevo Tratado), lo que dota a esta última de carácter jurídicamente vinculante. Son especialmente relevantes para la discapacidad los artículos II-81 (no discriminación), y II-86 (acción positiva): "*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*".

-Además, en el artículo II-85 se alude a los derechos de las personas mayores, haciéndose referencia indirecta al tema de la dependencia: "*La Unión reconoce y respeta el derecho de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural*".

-Los artículos III-116 y III-118 en tanto que disposiciones transversales dirigidas a promover la igualdad entre hombres y mujeres y luchar contra la discriminación por discapacidad, respectivamente.

-Finalmente, en su artículo II-94 establece: “*La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en el caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales*”. En nuestra opinión, este artículo mezcla cuestiones demasiado diversas.

La nueva Constitución Europea no habla de dependencia, se refiere a discapacidad y trata el tema en el mencionado Título III, concretamente en el artículo III-124, que reproduce en lo esencial el artículo 13 del Tratado de la Unión Europea. Según este precepto:

“1. Sin perjuicio de las demás disposiciones de la Constitución y dentro de las competencias que ésta atribuye a la Unión, una ley o ley marco europea del Consejo podrá establecer las medidas necesarias para luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, la ley o ley marco europea podrá establecer los principios básicos de las medidas de fomento de la Unión y definir dichas medidas para apoyar las acciones emprendidas por los Estados miembros con el fin de contribuir a la consecución de los objetivos enunciados en el apartado 1, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de éstos”.

Además, en el artículo III-118 se establece de forma expresa, por primera vez, que “*en la definición y ejecución de las políticas y acciones contempladas en la presente Parte, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual*”. La inclusión de este precepto, tal como mantienen MORENO GENÉ y ROMERO BURILLO, “supone que en todas las políticas y acciones que se contienen en la Parte III de la Constitución, la Unión tratará de luchar contra toda discriminación, entre otros motivos, por discapacidad, de modo, que toda nueva política antes de su implantación debe medirse y valorarse por su impacto en las personas con discapacidad”⁵³.

⁵³ Y continúan: “Así, por ejemplo, entre otras políticas deberá prestarse especial atención a la integración de las cuestiones de discapacidad en las políticas de empleo, sin duda, uno de los medios más efectivos de introducir mejoras duraderas para las personas con discapacidad y de lograr su plena inclusión en la vida social; pero también deberá tenerse en cuenta la lucha contra la discriminación por razón de discapacidad en materia de transportes, vivienda, educación, cultura, sociedad de la información, etc”. “La protección de los discapacitados en la Constitución Europea”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 57, pág.449.

No obstante el artículo IV-447 dispone que el Tratado entre en vigor el 1 de noviembre de 2006, siempre que en tal fecha se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación. Como es sabido, no ha sido así. En caso contrario el Tratado entrará en vigor el primer día del segundo mes siguiente al depósito del instrumento de ratificación del último Estado que cumpla este requisito. El proceso de ratificación se inició, habiendo sido España el primer Estado que sometió a referéndum la Constitución Europea, el 20 de febrero de 2005. Parece que el final está aún lejos.

5.2. DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado recientemente sobre el concepto de “discapacidad”, a efectos de la *Directiva sobre Igualdad de Trato en el Empleo y la Ocupación*⁵⁴. En esta norma no se incluye la definición del concepto, ni se efectúa una remisión al Derecho de los Estados miembros lo que, según el Tribunal, como consecuencia de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho comunitario como del principio de igualdad, significa “que el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar (véanse, entre otras, las sentencias de 18 de enero de 1984, Ekro, 327/82, Rec. p. 107, apartado 11, y de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C 323/03, Rec. p. I 0000, apartado 32). Habida cuenta del mencionado objetivo, el concepto de «discapacidad» a efectos de la Directiva 2000/78 debe ser objeto, de conformidad con los criterios recordados en el apartado 40 anterior, de una interpretación autónoma y uniforme”.

Pues bien, teniendo en cuenta que la finalidad de la *Directiva 2000/78* es combatir determinados tipos de discriminación en el ámbito del empleo y de la ocupación, debe entenderse que **el concepto de «discapacidad» se refiere a una limitación derivada de dolencias físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional.**

El Tribunal recuerda que al utilizar en el artículo 1 de la mencionada Directiva el concepto de «discapacidad», el legislador escogió deliberadamente un término que difiere del de «enfermedad», por lo que resulta preciso excluir la equiparación pura y simple de ambos conceptos⁵⁵. La Directiva 2000/78 no contiene indicación alguna que sugiera que los trabajadores se encuentran protegidos en virtud de la prohibición de

⁵⁴ A tenor de su artículo 1, la Directiva 2000/78 tiene por objeto establecer un marco general para luchar, en el ámbito del empleo y la ocupación, contra la discriminación por cualquiera de los motivos mencionados en dicho artículo, entre los que figura la discapacidad.

⁵⁵ La referida Sentencia confirma la doctrina del Tribunal Supremo establecida en la Sentencia de 29 de enero de 2001, según la cual, el despido de un trabajador exclusivamente a causa de estar de baja por enfermedad no es discriminatorio y, por tanto, debe calificarse de improcedente, y no de nulo, por lo que el empresario deberá abonar al trabajador la consiguiente indemnización de cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio, con un máximo de cuarenta y dos mensualidades.

discriminación por motivos de discapacidad tan pronto como aparezca cualquier enfermedad⁵⁶.

VI. LOS CONCEPTOS DE DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA EN LA LEY DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.

La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia no define el concepto de discapacidad, pero sí los de “autonomía”, “dependencia”, “actividades básicas de la vida diaria”, “necesidades de apoyo para la autonomía personal”, “cuidados no profesionales”, “cuidados profesionales”, “asistencia personal” y “tercer sector”. A efectos metodológicos nos centraremos en las dos primeras, ya que el resto son analizadas a lo largo de este trabajo convenientemente.

Por “autonomía” se entiende la “la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”. En cuanto a la “dependencia”, es “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

Evidentemente, la definición de “dependencia” responde a las recomendaciones de los organismos españoles e internacionales de atender las necesidades de las personas en situación de dependencia, principalmente de los mayores, y lo amplía a todas las personas, independientemente de las causas que hayan motivado la dependencia⁵⁷. Durante la tramitación de la Ley fueron varias las enmiendas presentadas por los distintos grupos políticos en relación con estas definiciones. Así por ejemplo, la enmienda 2, al artículo 2.2, presentada en el Senado por Eusko Alkartasuna (Sr. URRUTIA ELORZA), pretendía adaptar la definición de dependencia a la recogida por el Consejo de Europa en función de cómo debe organizar la persona dependiente su vida

⁵⁶ 52 Del conjunto de las consideraciones anteriores se desprende que procede responder a la primera cuestión prejudicial de la siguiente manera:

– Una persona que haya sido despedida por su empresario exclusivamente a causa de una enfermedad no está incluida en el marco general establecido por la Directiva 2000/78 para luchar contra la discriminación por motivos de discapacidad.

– La prohibición, en materia de despido, de la discriminación por motivos de discapacidad, recogida en los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/78, se opone a un despido por motivos de discapacidad que, habida cuenta de la obligación de realizar los ajustes razonables para las personas con discapacidad, no se justifique por el hecho de que la persona en cuestión no sea competente o no esté capacitada o disponible para desempeñar las tareas fundamentales del puesto de que se trate.

⁵⁷ Vid. Las enmiendas presentadas en el Senado por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés (Sra. BURGÚES BARGUÉS). (Senado-Pleno, núm. 102, 22 de noviembre de 2006, pág.6106).

diaria⁵⁸. CIU, en las enmiendas al Título Preliminar presentadas en el Senado⁵⁹, planteaba una mejora sustancial de las definiciones de autonomía, dependencia y del tercer sector. Este grupo entiende que la dependencia tiene lugar por las distintas situaciones de discapacidad que se presentan en las personas, algunas de las cuales afectan al desarrollo de las actividades básicas de la vida diaria y otras a la autonomía personal. Por el contrario, la definición de autonomía debería recoger la situación contraria a la dependencia. En este sentido, la definición de autonomía no refleja la autonomía total para poder desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

Para el Partido Popular, debería haberse incluido el término “biopsicosocial”. Por este motivo, en las enmiendas presentadas en el Senado, se afirmaba: “Señorías, aunque este término no está recogido por la Real Academia Española, ustedes saben que se emplea en todos los ámbitos científicos y profesionales. Además, se utiliza de forma ordinaria por la Organización Mundial de la Salud. Asimismo, existen precedentes legislativos en toda España que han introducido el término “biopsicosocial”. En Castilla y León, en Madrid, en La Rioja, en Galicia, en Navarra, en la Comunidad Autónoma de Aragón se ha recogido este término tal y como está: “biopsicosocial”. Y no se extrañe porque el decreto que hace sólo unos días estableció la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, hecho por el Partido Socialista y por el Gobierno actual, también recoge el término “biopsicosocial”. Por lo tanto, no entendemos por qué se niega su introducción. Por eso seguimos manteniendo estas tres enmiendas”⁶⁰.

¿Debería haberse aprovechado la aprobación de esta norma para introducir definiciones unificadas de discapacidad y dependencia?⁶¹ En nuestra opinión, la existencia de definiciones variadas es necesaria, en la medida en la que sirvan como instrumento a distintas políticas. En efecto, una persona puede ser considerada discapacitada, o dependiente, a efectos de política asistencial, y no desde el punto de vista de la necesidad de protección de su patrimonio. Por ese motivo, es más adecuado que todas las políticas relacionadas con esta cuestión se coordinen, que tratar de unificar todas las definiciones⁶².

⁵⁸ Senado-Pleno, núm. 102, 22 de noviembre de 2006, pág.6100.

⁵⁹ Senado-Pleno, núm. 102, 22 de noviembre de 2006, pág.6104. “Señorías, una persona puede ser capaz de controlar, decidir, pensar y razonar, pero puede tener serias limitaciones para desarrollar las actividades básicas de la vida diaria y tener, como digo, plena capacidad para poder decidir sobre su persona y controlar su situación. En ese sentido, creo que la definición de autonomía debería contemplar esta manifestación”.

⁶⁰ Senado-Pleno, núm. 102, 22 de noviembre de 2006, pág.6108.

⁶¹ El motivo de la diferente concepción de la discapacidad que tienen la Administración, por un lado, y el poder judicial por otro, puede tener que ver con la cuestión económica. En efecto, como recuerdan los autores del Estudio de la Universidad Brunel titulado DEFINITIONS DU HANDICAP EN EUROPE: ANALYSE COMPARATIVE : «Le maintien du contrôle financier et le ciblage des ressources financières vers les bénéficiaires prioritaires sont des préoccupations centrales de la conduite administrative de la politique sociale, tandis que le pouvoir judiciaire ne se soucie généralement pas de gestion budgétaire».

⁶² Sobre esta cuestión vid.: DEFINITIONS DU HANDICAP EN EUROPE: ANALYSE COMPARATIVE. Étude préparée par l'Université Brunel. Commission européenne Direction générale de l'Emploi et des affaires sociales Unité E.4. 2004, pág.15.

En el Capítulo VII de este trabajo se realiza un análisis profundo del concepto de dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a cuya lectura nos remitimos⁶³.

VII. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD Y LA DEPENDENCIA EN EL DERECHO COMPARADO

Los estudios comparativos sobre la legislación en materia de discapacidad indican que sólo 45 países cuentan con leyes contra la discriminación y otro tipo de leyes específicas a ese respecto. Las definiciones del término “discapacidad” en cada una de ellas son diversas. Mientras en algunas siguen primando los aspectos médicos⁶⁴, en otras se pone un mayor énfasis en los problemas de relación con el entorno⁶⁵. Unas son concisas y escuetas y en otras se describen detalladamente las numerosas situaciones que pueden provocar discapacidad⁶⁶. En Alemania, por ejemplo, el noveno libro del Código Social

⁶³ Vid. el apartado 2.2.3: El concepto de dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

⁶⁴ Véase la Persons With Disabilities (Equal Opportunities, Protection of Rights and Full Participation) Act, 1995, de la India: "Disability" means-

- (i) Blindness;
- (ii) Low vision;
- (iii) Leprosy-cured;
- (iv) Hearing impairment;
- (v) Loco motor disability;
- (vi) Mental retardation;
- (vii) Mental illness;

"Person with disability" means a person suffering from not less than forty per cent of any disability as certified by a medical authority.

Una definición similar se incluye en la Equal Status Act irlandesa de 2000: "disability" means—

- (a) the total or partial absence of a person's bodily or mental functions, including the absence of a part of a person's body,
- (b) the presence in the body of organisms causing, or likely to cause, chronic disease or illness,
- (c) the malfunction, malformation or disfigurement of a part of a person's body,
- (d) a condition or malfunction which results in a person learning differently from a person without the condition or malfunction, or
- (e) a condition, disease or illness which affects a person's thought processes, perception of reality, emotions or judgement or which results in disturbed behaviour”.

⁶⁵ Así ocurre en Argentina, donde la *Ley de Protección Integral para los Discapacitados* de 1981: “considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”. O en Chile: “Para los efectos de esta ley se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencias de una o más deficiencias físicas, síquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en lo menos un tercio su capacidad educativa, laboral o de integración social” (*Ley sobre Integración Social de Personas con Discapacidad de 1994*). Del mismo modo, en Korea, *The Welfare Law for Persons With Disabilities* 1989 alude a: "persons with disabilities" encompasses those people with physical disabilities, visual disabilities, audio-lingual disabilities, mental retardation or other mental defects (hereinafter referred to as "persons with disabilities") who have suffered substantially in his/her daily living or social life due to disabilities. Degrees of disability shall be specified by the Presidential Decree”.

⁶⁶ Por ejemplo, en Australia, la Disability Discrimination Act de 1992 incluye una definición tan extensa como la siguiente: “disability, in relation to a person, means:

- (a) total or partial loss of the person's bodily or mental functions; or
- (b) total or partial loss of a part of the body; or
- (c) the presence in the body of organisms causing disease or illness; or
- (d) the presence in the body of organisms capable of causing disease or illness; or

(Sozialgesetzbuch IX), de 2001, se establece que una persona es discapacitada cuando su función física, su capacidad mental o su salud psicológica difiere de la de las personas de su edad, con grandes probabilidades de que la situación se mantengan durante más de seis meses, y como consecuencia de ello se ve afectada de forma negativa su participación en la vida social. Se utiliza por tanto el criterio de la normalidad: es discapacitado quien se aleja de las condiciones de salud, mentales o psicológicas de la población de su edad⁶⁷. Así ocurre también con la United Kingdom Disability Discrimination Act 1995, en la que se afirma que una persona tiene una discapacidad física o mental cuando "which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities".

La definición de discapacidad adoptada en cada país influye de manera importante en la forma en que las administraciones y otras organizaciones consideran y tratan a las personas discapacitadas⁶⁸. Existe por ejemplo una relación entre la definición de

-
- (e) the malfunction, malformation or disfigurement of a part of the person's body; or
 - (f) a disorder or malfunction that results in the person learning differently from a person without the disorder or malfunction; or
 - (g) a disorder, illness or disease that affects a person's thought processes, perception of reality, emotions or judgment or that results in disturbed behaviour;
- and includes a disability that:
- (h) presently exists; or
 - (i) previously existed but no longer exists; or
 - (j) may exist in the future; or
 - (k) is imputed to a person".

Aún más detallada es la definición de la Americans with Disabilities Act de 1990: "The term "disability" means, with respect to an individual

- (A) a physical or mental impairment that substantially limits one or more of the major life activities of such individual;
- (B) a record of such an impairment; or
- (C) being regarded as having such an impairment.

For purposes of the definition of "disability" in section 3(2), homosexuality and bisexuality are not impairments and as such are not disabilities under this Act.

Certain Conditions.--Under this Act, the term "disability" shall not include--

- (1) transvestism, transsexualism, pedophilia, exhibitionism, voyeurism, gender identity disorders not resulting from physical impairments, or other sexual behavior disorders;
- (2) compulsive gambling, kleptomania, or pyromania; or
- (3) psychoactive substance use disorders resulting from current illegal use of drugs.

⁶⁷ También se utiliza el término "normalidad" en la Ley China de Protección de las Personas Discapacitadas, de 1990: "A disabled person refers to one who suffers from abnormalities or loss of a certain organ or function, psychologically or physiologically, or in anatomical structure and has lost wholly or in part the ability to perform an activity in the way considered normal". Y en la Ley Para Las Personas Con Discapacidad Del Distrito Federal de Mexico de 1995: "Persona con discapacidad.- Todo ser humano que padece temporal o permanentemente una disminución en sus facultades físicas, mentales o sensoriales que le impide realizar una actividad normal". O en la nicaragüense Ley de Prevención, Rehabilitación y Equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad de 1995: "Discapacidad: Cualquier restricción o impedimento en la ejecución de una actividad, ocasionados por una deficiencia en la forma o dentro del ámbito que limite o impida el cumplimiento de una función que es normal para esa persona según la edad, el sexo y los factores sociales y culturales".

⁶⁸ « Les définitions et critères relatifs au handicap, qui sont établis par le droit national et d'autres instances administratives, diffèrent fortement entre les quinze États membres actuels. Ces divergences peuvent constituer un obstacle de taille à la reconnaissance mutuelle des décisions nationales en matière de handicap, notamment en ce qui concerne le droit d'accès à certains services et privilèges. Ainsi, dans l'Union européenne, les personnes handicapées peuvent par exemple être désavantagées, en ce qui concerne la sécurité sociale ou d'autres droits de citoyen européen, lorsqu'elles déménagent d'un État

discapacidad y los objetivos de la política social, como pusieron de manifiesto MASHAW Y RENO⁶⁹. Según estos autores, una definición de discapacidad basada en la necesidad de ayuda para las actividades de la vida cotidiana es adecuada para determinar qué servicios deben financiarse públicamente. Una definición basada en la necesidad y en el beneficio probable de los servicios profesionales ayuda a elegir los servicios de este tipo que el Estado debe cubrir. Una definición que comprenda a todos los que corren el peligro de ser discriminados sirve para designar quiénes deben ser protegidos. Por último, una definición basada en la pérdida de capacidad para obtener rentas es especialmente adecuada para elegir las prestaciones que deban reemplazar una parte de los rendimientos perdidos.

A continuación exponemos cuál es el tratamiento de la discapacidad y la dependencia en los países de nuestro entorno.

Alemania

En el año 1994 se amplió la Constitución alemana con relación al tema de la discapacidad. A partir de ese año se habla en el preámbulo del artículo 3 del proceso igualitario entre discapacitados y no discapacitados. A este respecto, en la Constitución se expresa que “Nadie debe tener ninguna desventaja por discapacidad”. En el año 2001, fue aprobada una nueva ley social, la Ley Social IX, la cual está dedicada enteramente a la integración de personas discapacitadas. Esta fue la primera ocasión en la que se hablaba de una manera explícita sobre la necesidad de conceder igualdad de condiciones tanto a la mujer discapacitada como al hombre discapacitado.

El artículo 10 del Código Social alemán reconoce el derecho social de los discapacitados a la integración: toda persona afectada de una discapacidad física, mental o psicológica, o que tenga el riesgo de estarlo, independientemente de su causa, tiene el derecho social de recibir la asistencia necesaria para prevenir, eliminar o mitigar la discapacidad, evitar su empeoramiento y paliar sus efectos, así como de tener garantizado un puesto en la sociedad, en especial en el mercado de trabajo, de acuerdo con sus inclinaciones y sus habilidades. Esta disposición constituye la base de la política de rehabilitación alemana, que se fundamenta en cuatro principios:

-El principio de normalización y de independencia, conforme el cual las personas discapacitadas deben contar con una vida autónoma que no dependa de las prestaciones sociales ni de las reglamentaciones especiales para minusválidos.

-El principio de finalidad, según el cual todo discapacitado tiene derecho a ser asistido de acuerdo con sus necesidades, independientemente de la causa de su discapacidad.

membre à l'autre ». DEFINITIONS DU HANDICAP EN EUROPE: ANALYSE COMPARATIVE. Étude préparée par l'Université Brunel. Commission européenne Direction générale de l'Emploi et des affaires sociales Unité E.4. 2004 , pág. 3.

⁶⁹ 1996, pág.24.

-El principio de intervención precoz, que tiende a minimizar el grado y los efectos de la discapacidad y a compensar los efectos inevitables.

-El principio de asistencia individual, tomando en cuenta la situación concreta de cada persona discapacitada o a riesgo de estarlo.

La ley alemana se basa en las definiciones ofrecidas por la Organización Mundial de la Salud (deficiencia, discapacidad y minusvalía). De este modo, en Alemania se considera discapacitada la persona cuya capacidad de integración se ve limitada a causa de una situación física, mental o psicológica anormal.

Austria

No existe en Austria una legislación general sobre discapacidad. Al contrario, la legislación relativa a las personas discapacitadas se caracteriza por la fragmentación normativa, existiendo más de 90 leyes federales y regionales. La competencia es compartida entre los nueve Länder y el Estado federal.

La política de empleo de minusválidos nace en los años 20, con la elaboración de una normativa específica para los inválidos de guerra que establece un sistema de cuotas. En los años 40 la normativa se extiende al resto de inválidos civiles (minusválidos por causa de accidentes u otras), y en 1973 se aplica a todos los minusválidos con independencia del origen de la discapacidad.

La ley federal sobre discapacidad de 1990, en un esfuerzo por mejorar la situación, impone normas de coordinación y crea el Consejo Federal, en el que participan todas las asociaciones de minusválidos y que adopta medidas específicas de carácter general.

Por último, está en curso de tramitación una enmienda destinada a incluir, en el artículo 7 de la Constitución, junto con el origen, el sexo, la clase social y la religión, la discapacidad en la cláusula que prohíbe la discriminación .

No hay ninguna ley en Austria que dé una definición de discapacidad. Cada ley (de empleo, de seguridad social, etc.) adopta sus propios criterios. En 1993, el gobierno propuso una definición basada en la prevención, la rehabilitación, la integración, la normalización, la independencia y las necesidades individuales .

Bélgica

La normativa de integración está fragmentada en Bélgica por territorios y comunidades, coexistiendo las legislaciones federal, comunitarias y regionales. En la Constitución de 1920 no hay ninguna referencia expresa a la discapacidad, aunque sí se recoge en el artículo 10 el derecho a la igualdad entre todos los belgas, y en el 11 la prohibición de discriminación .

La legislación federal (nacional) es responsable de la adopción de leyes y decretos reales. Su competencia abarca el derecho laboral, la seguridad social y la rehabilitación. Las legislaciones comunitarias (de las comunidades francesa, flamenca y alemana) adoptan decretos, que tienen rango de ley pero son de aplicación restringida. La comunidad, que es una noción ligada a la cultura, es responsable de las cuestiones

personales y culturales, así como de la asistencia social. Las comunidades tienen competencia en materia de formación profesional y de reciclaje de trabajadores minusválidos. Las regiones (Flandes, Valonia y Bruselas) adoptan decretos en el límite de sus territorios. Son responsables de su propia política socioeconómica, incluidos la vivienda y el empleo. Las regiones tienen competencia en materia de colocación y en los programas de reincorporación al trabajo.

Desde 1990, cada comunidad cuenta con un Fondo como instrumento de integración social y profesional de minusválidos. El Fondo de Bruselas considera discapacitadas a las personas cuya integración social y profesional se ve limitada significativamente a causa de una deficiencia o de la disminución de las capacidades físicas o mentales. El de Valonia incluye en la definición "una alteración de las facultades mentales, físicas o sensoriales que requiere una intervención social." El Fondo flamenco distingue en su definición tres aspectos: una limitación de las posibilidades "a largo plazo", la referencia exclusiva a "la integración social" y la enumeración de las facultades "mentales, psicológicas, físicas o sensoriales." El Fondo alemán define la discapacidad como toda circunstancia que produce efectos sobre la integración social y profesional de la persona a causa de una reducción de sus facultades mentales, físicas o sensoriales.

Dinamarca

La Constitución establece la base legal de la política danesa en materia de discapacidad. En su artículo 75 establece que toda persona incapaz de mantenerse, o de mantener a las personas que dependan de ella, tiene derecho a recibir asistencia pública, siempre que no haya ninguna otra persona responsable de su manutención.

La ley de Asistencia Social de 1974 abolió la legislación especial sobre los servicios para minusválidos, situándolos de este modo en posición de igualdad con los otros grupos. La ley de Asistencia Social de 1994 establece el deber general de asistir a toda persona que necesite orientación, ayuda económica o práctica, cuidados especiales de rehabilitación o de educación. Es, pues, la necesidad particular, y no la discapacidad en sí misma, la que capacita a la persona para recibir ayuda.

En abril de 1993, el Parlamento adoptó la decisión sobre la igualdad de estatuto y de trato de las personas discapacitadas. Las autoridades deben participar activamente en el acceso de los minusválidos a la educación, al empleo y a la vida social en las mismas condiciones que las otras personas, garantizando cuando sea necesaria la aplicación de medidas compensatorias. En virtud de este principio, sólo deben intervenir medidas especiales en la medida en que la persona discapacitada no pueda integrarse por sus propios medios .

No hay que olvidar que El modelo de bienestar danés, también llamado modelo de bienestar escandinavo, tiene como principio básico el derecho de todos los ciudadanos a una seguridad social. El sistema de bienestar danés ofrece a los ciudadanos una serie de servicios gratuitos entre los que se encuentran los servicios de sanidad y educación. El modelo de bienestar danés es financiado por el estado, lo que supone que la presión fiscal de Dinamarca se encuentra entre las más altas del mundo.

Estados Unidos

Sin duda, uno de los países en los que más se ha estudiado el tema que nos ocupa es Estados Unidos, donde el 26 de julio de 1990 entró en vigor la Americans with disabilities Act (ADA). Esta norma supuso un avance importantísimo en la protección de los derechos civiles de los discapacitados, y fue fruto, en gran medida, de los esfuerzos de los ciudadanos con alguna discapacidad por superar los obstáculos que les impedían acceder a aquello que a los demás se les garantizaba sin problema. Pequeños triunfos como la consecución de plazas especiales en los aparcamientos, o la adaptación de los transportes públicos, supusieron un gran avance en la materia. Conviene tener en cuenta que, durante demasiado tiempo, los discapacitados fueron una gran mayoría en la sociedad americana, a la que se ignoró de forma sistemática. En este sentido, resultan muy gráficas las palabras del presidente George Bush durante la aprobación de la ADA: "Hill ensure that people with disabilities are given the basic guarantees for which they have worked so long and so hard. Independence, freedom of choice, control of their lives, the opportunity to blend fully and equally into the right mosaic of the American mainstream...let the shameful wall of exclusion finally come tumbling down".⁷⁰ Fueron actores imprescindibles de este proceso las distintas organizaciones de protección de los discapacitados, que consiguieron que sus intereses pasaran a formar parte del debate político, así como muchos de los grupos que luchaban a favor de los derechos de otras minorías, que supusieron un apoyo importante.

La Americans with disabilities Act es un texto bastante complejo cuya finalidad es eliminar las discriminaciones hacia los individuos afectados por alguna discapacidad. En ella se incluye la siguiente definición de individuos con discapacidad (disability): "persons who have a physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities, who have a record of such impairment, or who are regarded as having such an impairment".

Finlandia

La Constitución finlandesa enuncia el principio según el cual ninguna persona debe ser colocada en situación de desventaja por razones, en especial, de discapacidad. El Código Penal a su vez, tratando de dar contenido concreto al principio general, ha ampliado las penas por discriminación.

El sistema de protección legal de los minusválidos en Finlandia se basa en los principios de integración social y de igualdad de oportunidades, que se imponen como objetivos políticos. La política social finlandesa ha elaborado una legislación sobre los derechos de las personas discapacitadas y los servicios de rehabilitación necesarios para dar cumplimiento a dichos objetivos.

La noción de discapacidad en Finlandia recoge la definición del Convenio nº 159 de la OIT, en 1983, y está estrechamente ligada a la rehabilitación profesional con vistas a la reincorporación al trabajo. En Finlandia se considera discapacitada aquella persona "cuya capacidad para asegurarse y conservar un empleo se ve reducida a causa de una deficiencia física o mental debidamente reconocida" por un examen médico.

⁷⁰ PERCY, S.L.: Disability Civil Rights, and Public Policy. The Politics of Implementation. The University of Alabama Press. Tuscaloosa and London, 1992.

Francia

Según el artículo 1 (modificado en el 2003) “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social. Asegura la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y respeta todas las creencias. Su organización es descentralizada”. En el texto no se encuentra ninguna referencia expresa a la discapacidad .

La LOI n° 2004-626 du 30 juin 2004 relative à la solidarité pour l'autonomie des personnes âgées et des personnes handicapées , y muy especialmente la LOI n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées , han supuesto un importante avance en esta materia. Según el artículo 2 de esta última norma: « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant ».

Grecia

La Constitución de 1975 define por primera vez la responsabilidad del Estado en materia de empleo de minusválidos. El artículo 22 contiene además disposiciones relativas a la política de empleo. Según este artículo, "el trabajo constituye un derecho y debe gozar de la más alta protección por parte del Estado... Todos los trabajadores, con independencia de su sexo o de cualquier otra distinción, tienen derecho a una remuneración igual por un trabajo igual."

Una ley de 1986 define a las personas discapacitadas desde un enfoque laboral como aquellas entre 15 y 65 años de edad cuyas posibilidades de actividad profesional se ven limitadas a causa de una enfermedad o de una incapacidad física, mental o psiquiátrica, siempre que estén inscritas en el registro de minusválidos de la OAED (Organización Nacional para el Empleo y la Mano de obra) y que estén afectados de una discapacidad superior al 40%

Italia

La Constitución italiana de 1947, en su artículo 3, establece que: ““Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese". Por otro lado, en su artículo 38 se afirma: “Todo ciudadano incapaz de trabajar y desprovisto de los medios necesarios para vivir tendrá derecho al mantenimiento y a la asistencia social. Los trabajadores tendrán derecho a que se prevean y garanticen los medios proporcionados a sus necesidades vitales en caso de infortunio, enfermedad, invalidez y ancianidad y desempleo involuntario. Los incapaces para el trabajo y los inválidos parciales tendrán derecho a la educación y a la formación profesional. Las tareas previstas en el presente Artículo

serán asumidas por órganos e instituciones constituidas o complementadas por el Estado. Será libre la asistencia privada” .

La Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate introduce una nueva definición de discapacidad y tiene como principal objetivo la eliminación de las barreras, la mejora de la accesibilidad y la participación de los discapacitados en los servicios y las instalaciones convencionales. En ella se introdujo una definición de persona discapacitada totalmente nueva. Se considera discapacitada la persona afectada de una deficiencia física, mental o sensorial, estable o progresiva, que comporta dificultades para la formación profesional, la vida social o la integración profesional, colocándola en una situación desfavorable o provocando la exclusión social .

Luxemburgo

La Constitución de Luxemburgo de 1868 no hace referencia explícita a los discapacitados . Tampoco existe ninguna legislación de carácter general. Las diferentes leyes que se han ido aprobando se aplican a aspectos concretos de la situación de los minusválidos, especialmente aquellos relacionados con las consecuencias de las guerras y los accidentes de trabajo.

Según la Ley de 12 de noviembre de 1991 sobre la rehabilitación profesional, la integración y la reintegración de los trabajadores discapacitados ley de 1991, los trabajadores discapacitados son aquellas personas afectadas por una discapacidad provocada por la guerra o por un accidente de trabajo, así como las personas afectadas de una deficiencia física, mental o sensorial. La capacidad de trabajo debe verse reducida en un 30% como mínimo.

Países Bajos

La Constitución de los Países Bajos de 1983, en su artículo 1, enuncia el principio general de igualdad: “Todos aquellos que se hallen en los Países Bajos serán tratados de manera igual en las mismas circunstancias. No se permitirá ninguna discriminación fundada sobre la religión, las convicciones personales, las opiniones políticas, la raza, el sexo o cualquier otro motivo” .

Los Países Bajos tienen una larga tradición en la protección de los discapacitados, que históricamente se ha basado en los servicios de protección y de asistencia a las instituciones especializadas según el tipo de discapacidad. Durante los años 90 la legislación ha conocido cambios fundamentales. Se han adoptado numerosas leyes, orientadas a la responsabilidad individual y a la libertad de elección, y tendentes a limitar la dependencia de las prestaciones por invalidez .

No existe una definición general de discapacidad, sino que cada ley (subsidios, empleo protegido, etc.) establece su propia noción. La noción de persona discapacitada está relacionada con la capacidad limitada de generar ingresos, según criterios de pérdida de renta, y no según la gravedad de la discapacidad. Tras el diagnóstico médico, el nivel de discapacidad laboral se evalúa mediante procedimientos técnicos, a través de un sistema informatizado que compara las capacidades de la persona con las condiciones de más de 7.000 empleos. Si tres oficios aparecen como posibles para la persona, se considera

entonces que es apta para el trabajo. Ahora bien, si la pérdida de ingresos es muy grande, puede considerarse que la persona es discapacitada. La distinción entre discapacidad total y parcial depende también del hecho de que el beneficiario de un subsidio por discapacidad no pueda recibir ingresos mínimos por su trabajo.

Portugal

La Constitución portuguesa establece en su artículo 13: “1. Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley. 2. Nadie podrá ser privilegiado, beneficiado, perjudicado, privado de algún derecho o eximido de deber alguno por razón de ascendencia, sexo, raza, lengua, territorio de origen, religión, convicciones políticas o ideológicas, instrucción, situación económica y condición social”.

Además del texto constitucional, las normas más importantes en materia de discapacidad son las siguientes:

-Decreto Ley nº 43/76, de 20 de Enero Instituye el Secretariado Nacional de la Rehabilitación

-Ley nº 9/89, de 2 de Mayo, Ley de Bases de la Prevención, Rehabilitación e integración de los discapacitados. En ella se trata de promover la inserción de los discapacitados, según los principios de la Constitución de la Republica Portuguesa. En esta norma se considera discapacitada a la persona que, a causa de una pérdida o deficiencia, congénita o adquirida, de su estructura o de sus funciones físicas, intelectuales, fisiológicas o anatómicas que pueda limitar sus facultades, se halle en situación de desventaja para llevar a cabo las actividades normales, teniendo en cuenta la edad, el sexo y los principales factores sociales y culturales.

Reino Unido

La primera legislación relativa al empleo de minusválidos en Reino Unido fue la ley de 1944 (Disabled Persons (Employment) Act 1944), que fue adoptada para responder a las necesidades de los inválidos de la Segunda Guerra Mundial.

En 1995 se aprobó la Disability Discrimination Act 1995, en la que se establecía un sistema antidiscriminatorio global que suprimía el sistema de cuotas y daba una definición de discapacidad que coloca a los minusválidos en pie de igualdad para competir en el mercado laboral. En esta norma, la discapacidad se define como una deficiencia física o mental que tiene un efecto sustancial, de larga duración y negativo sobre la aptitud de la persona para ejercer actividades cotidianas corrientes. Diez años después entró en vigor la Disability Discrimination Act 2005, que ha introducido en el tratamiento de la discapacidad, entre otras novedades, la obligación de que el sector público promueva el derecho a la igualdad de los discapacitados .

Finalmente, el pasado 4 de diciembre de 2006 entró en vigor The Disability Equality Duty, en la que se conmina a todos los organismos públicos a que garantizan que las personas discapacitadas son tratadas igual que el resto de los ciudadanos.

Suecia

La política sueca para los discapacitados tiene por finalidad posibilitar a todo el mundo la participación plena y en igualdad de condiciones en la vida de la sociedad . Gran parte de la ayuda que necesitan las personas discapacitadas, es proporcionada por las autoridades estatales y locales. Así, por ejemplo, se puede emplear a un asistente personal que le ayude, y hay subsidios para adaptar las viviendas y los puestos de trabajo. La mayoría de los niños con discapacidades físicas siguen la escolaridad normal. Suecia tiene un Defensor del discapacitado, nombrado por el Gobierno, que vigila los derechos e intereses de las personas discapacitadas.

Suecia carece de una legislación general que establezca los derechos civiles de los minusválidos. En efecto, en la Constitución de 1976 no hay una referencia expresa a la discapacidad .Su integración queda recogida en textos específicos, en particular en párrafos contenidos en las disposiciones legales. La tendencia actual en Suecia es la atención que se presta a la Ley de Discriminación por razones de Discapacidad adoptada en el Reino Unido, con la intención de introducir una legislación antidiscriminatoria propia en materia de mercado laboral.

CAPÍTULO III. LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA EN ESPAÑA: SITUACIÓN, PERSPECTIVAS Y RETOS DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

A. Montero Soler

Profesor Ayudante de Economía Política

Sumario.

- 1. Introducción**
- 2. Tendencias demográficas y evolución esperada de la población dependiente en España.**
- 3. El apoyo informal a la dependencia: las mujeres soportan la carga.**
- 4. El diferencial de gasto social con Europa: una asignatura pendiente.**
- 5. La situación de la atención a la dependencia en España.**
- 6. La diversidad de modelos europeos de atención a la dependencia.**
- 7. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: una reforma necesaria.**

1. Introducción

La aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia constituye, sin lugar a dudas, un gran avance en materia de política social en nuestro país.

La desatención institucional a la que estaban condenadas una gran parte de las personas en situación de dependencia exigía la aprobación de un instrumento que paliara, al menos en parte, esa situación y que, además, enfrentara la perspectiva de que el número de personas dependientes irá incrementándose en el futuro como consecuencia de la evolución demográfica española. Esa evolución apunta inequívocamente hacia un progresivo envejecimiento de la población y, con ello, de las personas que en un futuro se encontrarán en situación de dependencia⁷¹. Y es que, a pesar de que la dependencia no se circunscriba exclusivamente a las personas mayores y pueda afectar a personas de cualquier edad, sí que es cierto que se incrementa notablemente conforme ésta avanza⁷². Así, el porcentaje de personas con problemas de autonomía para el desarrollo de sus tareas cotidianas aumenta conforme se consideran grupos poblacionales de mayor edad y, singularmente, cuando la edad contemplada es superior a los 80 años, momento en el que se produce un salto cuantitativo importante en el porcentaje de personas que necesitan de asistencia.

Todo ello constituye, evidentemente, un reto de la máxima importancia tanto para las familias como para la política social. Hasta el momento ha sido la asistencia

⁷¹ Según las últimas proyecciones del Instituto Nacional de Estadística (Inebase: “Proyecciones de población calculadas a partir del Censo de 2001”), hacia el año 2050 España podría tener un 30% de su población integrada por personas de 65 y más años.

⁷² Los resultados de los análisis para el caso de España muestran que más del 32% de las personas mayores de 65 años tiene algún tipo de discapacidad, mientras que en las menores de 65 años la proporción no llega al 5%. Por otra parte, existe un mayor número de mujeres que de hombres con discapacidad (el 58,3% de la población discapacitada son mujeres).

familiar, producto de nexos sustentados sobre la más básica solidaridad intra e intergeneracional, la que ha venido soportando la mayor parte de la carga asociada al cuidado y atención de las personas dependientes. Más concretamente han sido las mujeres la que en mayor medida han asumido ese sufrido papel dentro del ámbito familiar.

De esta forma, la presencia de un tupido tejido social fraguado en torno a la familia ha permitido que determinados Estados, singularmente los que han desarrollado un modelo “mediterráneo” de Estado de Bienestar, hayan podido ir rehuyendo la implementación de políticas para la atención directa a las personas dependientes, remitiendo el problema hacia el núcleo familiar y, a lo sumo, diseñando un tejido meramente asistencial de atención a la dependencia. Además, las políticas públicas de esos países han carecido de una perspectiva integral que abordara el problema en toda su complejidad y tenían, en el mejor de los casos, un carácter meramente subsidiario con respecto a la solidaridad familiar.

Sin embargo, las familias se encuentran cada vez más al límite de su potencial de cuidados y no pueden seguir soportando solas la carga que supone la atención de las personas dependientes de su entorno. Ese límite se ha ido aproximando con mayor celeridad en las últimas décadas como consecuencia de la confluencia de dos tendencias sociales de especial impacto sobre el fenómeno de la dependencia.

Por un lado, hay que destacar las propias transformaciones experimentadas por la estructura familiar tradicional. Esas transformaciones se manifiestan tanto en una progresiva “atomización”, con la extensión de las familias monoparentales, como en su “verticalización”, es decir, la existencia de un menor número de descendientes, de una mayor longevidad de los ascendientes y de un mayor número de generaciones de la misma familia conviviendo en el mismo hogar.

Y, por otro lado, también hay que resaltar el que por fin se va dando cauce a las legítimas aspiraciones de las mujeres por incorporarse al mercado de trabajo y desarrollar una carrera profesional en igualdad de condiciones que los hombres.

Con la aprobación de la nueva Ley la solidaridad familiar se complementa con un instrumento de intervención directa de los poderes públicos en materia de dependencia que permitirá aliviar la carga soportada por las familias y contribuirá a que, por fin, comience a superarse ese gran desfase existente en España entre el discurso retórico que considera que las familias son el centro de la sociedad y las intervenciones del Estado a favor de éstas⁷³.

2. Tendencias demográficas y evolución esperada de la población dependiente en España.

⁷³ Navarro (2006).

La importancia de la aprobación de la Ley de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia radica, de entrada, en la magnitud del colectivo afectado tanto de forma directa como indirecta por esta problemática.

Las estimaciones sobre el número de personas dependientes en España comienzan ya a ser abundantes como producto de la multiplicación de investigaciones al respecto durante los últimos años.

Sin embargo, los resultados de esas estimaciones no siempre son coincidentes, justificándose el origen de esas divergencias en cuestiones que van desde la delimitación conceptual del objeto de estudio a las fuentes estadísticas empleadas para su medición.

Así, en primer lugar, existe aún un amplio debate sobre el alcance conceptual del propio término “dependencia” y su distinción de otros conceptos semánticamente muy próximos como, por ejemplo, el de “discapacidad”⁷⁴.

En este sentido, y siguiendo la definición adoptada por el Consejo de Europa (1998), el concepto de dependencia se refiere a “aquel estado en el que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal”. Esto significa, por lo tanto, que no todos los discapacitados son dependientes pero sí todos los dependientes presentan algún tipo de discapacidad que les obliga a necesitar asistencia para el desarrollo de su cotidianidad.

Para ser más precisos, y en la terminología utilizada por la Organización Mundial de la Salud, la dependencia se entiende como el resultado de un proceso que se inicia con la aparición de un déficit en el funcionamiento corporal como consecuencia de una enfermedad o accidente y que comporta una limitación en la actividad. Cuando esta limitación no puede compensarse mediante la adaptación del entorno, provoca una restricción en la participación que se concreta en la dependencia de la ayuda de otras personas para realizar las actividades de la vida cotidiana⁷⁵.

Y, en segundo lugar, también existen divergencias derivadas de las diferencias existentes en las fuentes estadísticas empleadas para tratar de medir el fenómeno, en el tamaño y naturaleza de los espacios muestrales contemplados en esas fuentes, en la

⁷⁴ La discapacidad hace referencia a limitaciones funcionales o cognitivas que padecen ciertas personas a la hora de desarrollar actividades cotidianas consideradas como normales y que pueden tener como origen tanto una enfermedad como accidentes de índole laboral, doméstico o de tráfico. Se trata de una limitación que se evalúa en el marco de un contexto sociocultural determinado y refleja una brecha entre las capacidades de esa persona y las demandas del medio en el que se desenvuelve. En la medida en que la persona que padece algún tipo de discapacidad se ve obligada a solicitar ayuda en su quehacer cotidiano se convertirá, también, en una persona dependiente. Sobre el tema específico de discapacidad y dependencia, *vid.* Bordas Martínez (2005).

⁷⁵ *Libro Blanco* (2005).

metodología que utiliza cada una de las encuestas y en la metodología propia de cada una de las estimaciones⁷⁶.

Las principales y más recientes fuentes estadísticas utilizadas por numerosos grupos de investigación para estimar el número de personas dependientes en España son la “Encuesta sobre discapacidades, deficiencias y estado de salud” (EDDES) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística, el IMSERSO y la Fundación ONCE en 1999; las “Encuesta sobre condiciones de vida de las personas mayores” y la “Encuesta sobre apoyo informal” realizadas por el IMSERSO en 2004; y la “Encuesta nacional de salud” desarrollada por el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Centro de Investigaciones Sociológicas⁷⁷.

El panorama que se desprende de las diferentes estimaciones realizadas a partir de estas encuestas es, más o menos, parecido.

Ese panorama muestra que la proporción de personas mayores de 65 años con discapacidad severa o discapacidad para la realización de actividades básicas de la vida diaria oscila entre el 12% y el 25% de la población.

Por ser más concreto, y remitiéndonos a las estimaciones contenidas en el *Libro Blanco sobre Dependencia* (2005) se advierte que casi dos millones y medio de personas padecen discapacidades para la realización de las actividades de la vida cotidiana y un millón y medio necesita ayuda para el desarrollo de las tareas domésticas⁷⁸. De ellas, casi 960 mil son consideradas dependientes en algún grado y, por ende, necesitan apoyo para la supervivencia⁷⁹. Se trata, fundamentalmente, de personas mayores de 65 años y que viven en domicilios particulares, siendo atendidos mayoritariamente de manera informal.

Como contraste a las estimaciones del *Libro Blanco*, en el estudio de Abellán y Puga (2004) se ofrecen cifras aún más abultadas y se estima que, para ese mismo año, existían en España más de 1.650.000 personas dependientes, de las cuales más de 473 mil presentaban dependencia severa y requerirían de ayuda continuada. Entre los mayores de 65 años, la dependencia alcanzaba a 1.115.257 personas, es decir, dos de cada tres personas necesitadas de algún tipo de asistencia eran personas de edad y la mayoría de ellas eran mujeres.

Con independencia de las diferencias que pudieran derivarse de la fuente estadística utilizada no puede obviarse que la cifra es muy elevada y que la tendencia es al alza como consecuencia, entre otros factores, del proceso acelerado de

⁷⁶ En Palacios y Abellán (2006) se presenta una recopilación y síntesis de las múltiples estimaciones nacionales sobre dependencia y discapacidad realizadas hasta el momento en España.

⁷⁷ Hay que advertir que los resultados obtenidos a partir de las diferentes encuestas presentan problemas para su comparación dado que no existe en ellas una mínima homogeneidad en las definiciones de discapacidad y dependencia utilizadas como se aprecia cuando se analizan las preguntas utilizadas al respecto.

⁷⁸ En concreto, la Encuesta cifra en 3.528.221 el número total de personas con alguna discapacidad o con limitaciones que han causado o pueden llegar a causar discapacidades. Esto supone aproximadamente un 9% de la población española.

⁷⁹ De esas personas, el 14,7% son “grandes dependientes”; el 31,7% son “dependientes severos” y el restante 53,6% son “dependientes moderados”.

envejecimiento de nuestra población. De hecho, el propio *Libro Blanco* recoge estimaciones de los posibles escenarios demográficos para los próximos años y de ellos se deduce que el colectivo con mayor crecimiento para las próximas décadas será el de los mayores de 65 años, si bien el aumento sostenido del mismo no comenzará a producirse hasta el año 2011 y será a partir del año 2020 cuando su tasa de crecimiento se acelerará como consecuencia de la llegada a la edad de jubilación de las primeras generaciones del “baby boom” que en España comenzó a finales de los años cincuenta⁸⁰.

Asimismo, también hay que tener en cuenta que una característica demográfica que se irá agudizando con el paso del tiempo es el denominado “envejecimiento del envejecimiento”, es decir, el aumento del grupo de personas de 80 y más años. Baste con señalar que el número de personas que integran ese grupo poblacional se ha duplicado en sólo veinte años (entre 1970 y 1990) y las previsiones apuntan a que su número alcanzará los casi tres millones de personas en el año 2006, esto es, casi un 6,1% de la población española de ese año.

Por otro lado, no puede olvidarse que la dependencia no es tan sólo y de forma automática una consecuencia del envejecimiento sino que puede ser la resultante de otros factores tales como el mantenimiento de hábitos poco saludables durante la vida. Por lo tanto, la corrección de tales hábitos, los avances médicos y las actuaciones preventivas bien podrían generar una reducción paulatina de las situaciones de dependencia que contrarrestara, en cierta medida, la tendencia hacia el incremento de la dependencia derivado de la referida evolución demográfica de la población española.

En cualquier caso, y una vez ponderada la influencia opuesta que este último factor pudiera aportar, el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales presenta en el *Libro Blanco* un panorama futuro marcado inequívocamente por un incremento de la magnitud del colectivo de personas dependientes: en 2010 éste se habría incrementado, sobre los datos de 1999, en más de 286 mil personas; en 2015 lo habría hecho en más de 413 mil personas y para 2020 habría que añadir a las cifras de 1999 más de medio millón de personas.

Esa es, en mayor o menor medida, la evolución esperada que muestran también otros estudios diferentes al del Ministerio. Algunas proyecciones aventuran que en el año 2025 la demanda de cuidados de la población mayor de 64 años aumentará en un 44% respecto a la del año 2001⁸¹.

3. El apoyo informal a la dependencia: las mujeres soportan la carga.

El breve esbozo realizado de la tendencia seguida por el número de personas dependientes en España durante los últimos años ha de complementarse necesariamente con una descripción del otro grupo poblacional directamente afectado por este

⁸⁰ Las peculiares características de la historia demográfica española del siglo XX marcada por la tragedia humana de la Guerra Civil y la inmediata postguerra justificarían el perfil seguido por la tasa de envejecimiento de la población española.

⁸¹ Durán (2005).

problema: el de las personas que atienden las necesidades de aquéllas y que integran lo que en la literatura se denomina el “apoyo informal”.

La literatura al respecto define el “apoyo informal” como el prestado normalmente por parientes, amigos y vecinos –aunque también suelen incluirse dentro del mismo a las asociaciones de ayuda mutua y el voluntariado-, que suelen mantener una relación de afectividad con la persona dependiente y un compromiso de permanencia o duración en la realización de las tareas de atención a dichas personas⁸².

Dentro de ese grupo, la familia es quien suele soportar la mayor carga de la asistencia y, dentro de la familia, el papel preponderante corresponde a la mujer. Así lo corroboran las investigaciones realizadas al respecto por el IMSERSO y el INE sobre apoyo informal y en donde se pone de manifiesto que la mayor parte de los cuidados que requieren las personas mayores dependientes (el 83,5% del total) son asumidos casi exclusivamente por sus familiares y allegados⁸³.

Por otra parte, el perfil de la persona cuidadora es muy expresivo de la continuidad en el desigual y sexista reparto de las tareas en el seno familiar: el 84% de los cuidadores eran mujeres y tan sólo un 66% de ellas son apoyadas por otros miembros de la familia en tales tareas⁸⁴.

Se trata de mujeres que presentan muy bajos niveles de estudios (el 60% de ellas no tenía estudios o sólo poseía estudios primarios y sólo el 7% de esas mujeres tenían estudios universitarios); que, además, mayoritariamente (un 73%) no tienen una actividad laboral retribuida a pesar de que se encuentran en edad laboral; y que suelen convivir con la persona que atienden (en más de un 60% de los casos así ocurre), de hecho, suelen ser normalmente las hijas de la persona atendida⁸⁵.

El tiempo diario que los cuidadores dedican a la atención de las personas dependientes es muy elevado (entre otras razones porque suele implicar labores de cuidado de la salud puesto que la mayor parte de las personas dependientes mayores padece alguna enfermedad o sigue un tratamiento médico), como también lo es el periodo de tiempo durante el que se alargan esos cuidados. Así, ese periodo suele extenderse durante una media de 6 años, lo que justifica su consideración como “cuidados de larga duración”; pero, además, requiere en torno a 10 horas de media de atención diaria según suelen declarar los cuidadores en las encuestas realizadas al respecto.

Este tiempo, que implica un coste para las familias puede ser fácilmente monetizado multiplicando la cantidad de horas que dedican a la atención a las personas dependientes a su cargo por el precio medio de ese servicio si fuera prestado por un

⁸² Rodríguez (2004) define el apoyo informal como “el cuidado y atención que se dispensa de manera altruista a las personas que presentan algún grado de discapacidad o dependencia, fundamentalmente por sus familiares y allegados, pero también por otros agentes y redes distintos de los servicios formalizados de atención”.

⁸³ Estos datos y los que siguen proceden de la encuesta sobre *Cuidados a las personas mayores en los hogares españoles*, elaborada por el IMSERSO en 2004. IMSERSO (2005).

⁸⁴ En cualquier caso, es digno de señalar que comienza a cobrar importancia la “externalización” de la atención hacia personas que perciben una retribución por ello, pues un 14% de los hogares recurren ya a dichos servicios.

⁸⁵ El 50% de toda la población cuidadora son hijas.

profesional. De hecho, Rodríguez (2006) ha realizado una estimación para el año 2004 y el resultado es que la aportación de las familias cuidadoras de personas mayores fue durante ese año, como media, de 32.400 euros por persona en situación de dependencia⁸⁶.

Estos costes directos derivados de la atención familiar a las personas dependientes deber ser complementado con otra serie de costes de más difícil cuantificación y que también recaen mayoritariamente sobre las mujeres.

En este sentido, no puede olvidarse que son ellas las que sienten como sus perspectivas laborales se ven drásticamente reducidas⁸⁷. Esta situación limita la libertad de las mujeres para la elección de su actividad y de su carrera profesional y, en el caso de compatibilizar la atención doméstica a las personas dependientes a su cargo con el trabajo remunerado fuera del hogar, aumenta su carga de trabajo debido a la suma de obligaciones laborales y familiares y a la falta de apoyo que suele recibir de su pareja.

Además, son ellas las que soportan la carga física de la tarea y las que, por consiguiente, ven resentirse su salud⁸⁸.

Y, finalmente, son también las mujeres las que, además, ven deteriorarse su vida afectiva y relacional y es que el 64% declara que se ha visto obligada a reducir su tiempo de ocio.

Pero no sólo es preocupante el desproporcionado e injusto peso otorgado por el sistema social a la mujer en el mantenimiento de unas condiciones de vida mínimamente dignas para un colectivo tan amplio de población, es que el sistema de apoyo informal sobre el que se asienta la atención a la dependencia en nuestro país ha comenzado a mostrar síntomas de quiebra desde hace tiempo⁸⁹.

Las tendencias demográficas de la población española muestran, por un lado, un incremento de la esperanza de vida -y, con ello, un aumento del número de personas que necesitan de asistencia- y, por otro lado, una caída en las tasas de fecundidad -y, por ende, de las personas que pueden prestar dicha atención. La resultante, evidentemente, será una disminución del denominado “potencial de cuidados familiares”.

A ese fenómeno hay que unir otras tendencias que redundarán en una menor capacidad futura del sistema de apoyo informal para atender las situaciones de dependencia como son: las grandes transformaciones ocurridas en los modelos de familia apuntadas más arriba; el tamaño más reducido de las viviendas o las dificultades para acceder a ellas; el valor social otorgado a la autonomía e independencia en los modos de vida; y, sobre todo, la transformación radical de la posición social de las mujeres y de su rol dentro y fuera del hogar.

⁸⁶ Esa estimación sigue la que hizo Rodríguez Cabrero para el año 1999 y en donde se obtenía que cada familia venía a aportar más de 15 mil euros por persona dependiente y año. Rodríguez Cabrero (1999).

⁸⁷ El 26% de las mujeres que atienden a personas dependientes no pueden plantearse trabajar; el 11,5% ha tenido que abandonar el trabajo y el 12,4% se ha visto obligada a reducir su jornada.

⁸⁸ El 45% afirma tener diagnosticada una enfermedad crónica, el 32% se sienten deprimidas y el 51% se encuentra a menudo cansadas.

⁸⁹ Rodríguez (2006).

Todo ello invita a la transformación del modelo sobre el que se ha sustentado la asistencia a las personas dependientes en España. No sólo porque realiza una atribución excesiva de responsabilidad a las familias y, más concretamente, a las mujeres en la producción de bienestar social. Sino también porque, tal y como ha funcionado hasta ahora el modelo, se incurre en una paradoja que, precisamente, tiende a fomentar la perpetuación del mismo en detrimento de soluciones institucionales alternativas.

En efecto, el peso tan relevante que tiene en nuestro país el apoyo informal en la provisión de atención a las personas dependientes tiene como consecuencia que el Estado haya desatendido en gran medida la provisión de servicios sociales de atención a ese colectivo. De esta forma, allí donde se viene produciendo un mayor apoyo informal por parte de las familias a las personas dependientes es, precisamente, donde existen menores prestaciones públicas de apoyo a las familias. Por ser más precisos, dentro de la Unión Europea a 15 países (UE-15), España, que es el país donde la familia es la máxima proveedora de atención y cuidados a las personas dependientes de su entorno, es el último país en gasto social de apoyo familiar en porcentaje del PIB.

En este sentido, la aprobación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia puede ser considerada como un primer y esperanzador paso en la transformación de este modelo de asistencia a las personas dependientes.

4. El diferencial de gasto social con Europa: una asignatura pendiente.

Como acaba de señalarse, el predominio que existe en España de la asistencia informal a las personas dependientes puede ser considerado tanto la consecuencia como parcialmente la causa del limitado desarrollo que esta política social ha tenido en nuestro país y, por consiguiente, del escaso gasto público que se le ha asignado a la misma.

Esta circunstancia viene a confirmar el reducido grado de desarrollo que el Estado de Bienestar tiene en España; fenómeno que se hace mucho más evidente cuando se toma como referente la dimensión y alcance de los Estados de Bienestar de la mayor parte de los restantes países que integran la Unión Europea.

Así, según los últimos datos publicados por Eurostat y que se refieren al año 2003, en España sólo se gasta en torno al 19,7% del PIB en los servicios públicos y las transferencias asociadas al gasto social propio del Estado de Bienestar (excluyendo educación). Este porcentaje es mucho más bajo que en el promedio de países de la UE-15, en donde se gasta de media en dichas partidas alrededor del 28% del PIB⁹⁰.

Estas diferencias se vuelven más pronunciadas si en lugar del gasto social como porcentaje del PIB se toma el gasto público social por habitante expresado en unidades

⁹⁰ Para un análisis de la evolución temporal del gasto público social en España desde la aparición de la democracia puede verse Navarro (2005).

de poder de compra. En ese caso, mientras que el gasto social por habitante de la media de la UE-15 es de 6.926 unidades de poder de compra, el de España es de 4.186 unidades, es decir, el gasto social por habitante en España apenas supera el 60% del gasto social medio en la Unión Europea.

Por otro lado, y como factor indicativo adicional del importante déficit social que sigue manteniendo nuestro país, hay que tener en cuenta que el PIB per cápita en unidades de poder de compra de España era el año 2003 el 89,7% del de la UE-15. Ese diferencial en el grado de desarrollo de nuestra economía con respecto a la media comunitaria debería ser, lógicamente, el que también mostrara el gasto social en España con respecto al europeo porque ese es, teóricamente, el gasto social que le correspondería a este país dado su nivel de desarrollo.

Quiere decirse con ello que el gasto social per cápita en España debería ser el 89,7% del gasto social per cápita europeo. Sin embargo, y como se ha señalado más arriba, nuestro gasto social per cápita apenas superaba el año 2003 el 60% de la media comunitaria. Este diferencial de casi 30 puntos ofrece una idea bastante precisa del desfase tan importante que presenta el Estado de Bienestar español con respecto a los de los países de su entorno político y económico⁹¹.

Este déficit en el gasto público social se manifiesta en todas las partidas del mismo, a excepción del gasto por habitante en desempleo que en 2003 superaba la media europea como consecuencia del mayor nivel de paro existente en España. La respuesta hay que buscarla no sólo en factores estructurales, como el menor tamaño de nuestro sector público, sino también hay que atribuir la cuota de responsabilidad correspondiente a los gobiernos que aplicaron una fuerte restricción presupuestaria para alcanzar el equilibrio presupuestario en el contexto del Pacto de Estabilidad y Crecimiento firmado tras la creación del euro y que, a tal fin, frenaron drásticamente la tasa de crecimiento del gasto social cuando no lo contrajeron directamente.

Precisamente, y en relación con el tema que nos ocupa, el diferencial es más acusado en la partida de gasto dirigido a la familia e infancia, donde el gasto en España suponía únicamente el 26,7% de la media europea para el año 2003⁹². No en vano, como destaca el CES (2006), existe una importante carencia de servicios de ayuda a las familias en España; carencia que se agrava cuando se contempla el caso de los servicios de ayuda a las familias con personas dependientes a su cargo.

Así, sólo un 3% de las personas ancianas tiene algún tipo de atención domiciliaria comparada con un 18% en el promedio de la UE-15. De nuevo España es, según el último informe de la OCDE sobre servicios públicos a los ancianos de 2004, el país europeo que presenta el nivel de gasto público en atención domiciliaria y servicios de atención a las personas con discapacidades más bajo de la Unión Europea⁹³.

Esta situación, como ya se ha señalado, afecta especialmente a las mujeres, con un coste considerable para las mismas en términos personales, sociales y económicos,

⁹¹ De hecho, el gasto social en España debería ser aún mayor dado que el porcentaje de población anciana en España es superior al del promedio de la UE-15.

⁹² Otra área donde el déficit social también es muy agudo es el de vivienda con un gasto en España que representa tan sólo el 30,2% de la media europea.

⁹³ Navarro (2006).

como reflejan sus menores tasas de fecundidad y de acceso al mercado de trabajo en relación con la media europea⁹⁴. De hecho, y como destaca Navarro (2006), “las familias, y muy en particular las mujeres españolas, son las que cubren las enormes insuficiencias del Estado de Bienestar español, y ello a un elevado coste humano, social y económico”⁹⁵.

Por otro lado, la carencia de infraestructuras de servicios de apoyo a las familias tiene costes económicos que no sólo son soportados por las mujeres sino que repercuten sobre toda la sociedad. Así, según Eurostat, el porcentaje de mujeres en el mercado laboral era en el año 2005 del 51,2% cuando la media de la UE-15 es del 57,4%. Esto significa, por expresarlo en términos más gráficos, que si España, gracias a una política más activa de apoyo a las familias, tuviera el porcentaje de mujeres trabajadoras que tiene, por ejemplo, Suecia habría en nuestro país seis millones más de trabajadoras creando riqueza y contribuyendo a financiar un Estado de Bienestar mucho más extenso y no, como ocurre ahora, supliendo a base de buena voluntad las carencias de nuestro raquítico gasto social.

En definitiva, estos diferenciales en términos de gasto social de asistencia a las familias mantenidos por España con respecto a sus socios europeos constituyen en una rémora que necesita ser superada porque, entre otras razones, hipotecan el bienestar futuro de todos. Las tendencias sociodemográficas y las insuficiencias del sistema de apoyo informal exigen una participación activa de los poderes públicos en la atención a la dependencia que si hasta el momento ha sido cubierta sobre la base de la solidaridad intergeneracional cada vez precisa más de servicios formales comunitarios y residenciales y, por lo tanto, de mayor asignación presupuestaria pública.

5. La situación de la atención a la dependencia en España.

El marco del sistema español de protección de las situaciones de dependencia es, como se acaba de comprobar, manifiestamente insuficiente desde el punto de vista de su dotación presupuestaria. Pero, además, también se caracteriza, según concluye acertadamente Rodríguez Cabrero (2004) y puede comprobarse con un rápido repaso del mismo, por tres rasgos esenciales: débil extensión, baja intensidad y descoordinación.

De entrada, debe señalarse que aunque hay algunas situaciones de dependencia que están protegidas de manera obligatoria -aquéllas originadas como consecuencia de accidentes laborales o en las que el grado de minusvalía imposibilita para trabajar-, se desatienden todos los casos en los que la dependencia deriva de la edad o es consecuencia de una enfermedad salvo si se demuestra que la persona en cuestión

⁹⁴ La tasa de fecundidad de las mujeres españolas es de 1,18 niños por mujer fértil, una de las más bajas, no sólo de Occidente, sino también del mundo.

⁹⁵ Un dato muy expresivo de la carga que soportan las mujeres españolas es que aquéllas entre 35 y 55 años son las personas de este país que presentan mayor número de enfermedades debidas al estrés (tres veces más que los hombres).

carece de cualquier tipo de recurso económico que le permita hacer frente a su situación.

Además, el déficit es especialmente significativo tanto en materia de oferta de servicios sociales que complementen a los sanitarios como en el escaso impacto que tienen las prestaciones monetarias por dependencia.

En concreto, las prestaciones monetarias de la Seguridad Social relacionadas con la dependencia muestran una casuística especialmente compleja. De entrada, la cuantía de la prestación no guarda ningún tipo de relación objetiva con la situación de dependencia que trata de proteger. Pero, además, dicha cuantía dependerá de si se proviene del régimen contributivo o del no contributivo, del tipo de colectivo al que se pertenezca y, en el caso de las personas jubiladas, también estará en función de la cuantía de la pensión que perciban⁹⁶.

Y, en relación con la provisión de servicios sociales que complementen a los sanitarios, hace años que se denuncian tres carencias importantes.

En primer lugar, hay que destacar que son manifiestamente insuficientes. Esta situación era ya advertida en el Informe de 1999 del Defensor del Pueblo (2000) en donde se afirmaba que la oferta, tanto pública como privada, de servicios sociales en España era insuficiente en su conjunto. Pero, además, también se destacaba que la oferta pública no se correspondía ni con el grado de desarrollo económico y social de este país ni con las necesidades de atención de las personas dependientes⁹⁷.

En segundo lugar, también se denuncia el excesivo carácter asistencialista que presentan estos servicios, desestimándose el hecho de que la dependencia afecta a todas las clases sociales por igual y generándose, en última instancia, situaciones que sólo pueden ser catalogadas como injustas. Así, mientras que, por un lado, se garantiza la protección para las personas sin recursos -lo que no puede valorarse más que positivamente-, por otro se desatienden las necesidades de personas que, aún poseyendo recursos, éstos resultan ser insuficientes para que puedan proveerse de asistencia en el sector privado⁹⁸.

Y, en tercer lugar, hay que resaltar negativamente el hecho de que gran parte de las competencias en materia de servicios sociales correspondan a las Comunidades Autónomas. Esta situación está generando una creciente desigualdad territorial y una

⁹⁶ Vid, al respecto, Rodríguez Cabrero (2004).

⁹⁷ La cobertura del Servicio de Ayuda a Domicilio apenas cubre al 2% de la población dependiente.

⁹⁸ El coste medio mensual de una plaza en una residencia privada equivalía en 2002 aproximadamente a 2,5 veces el salario mínimo interprofesional; un coste que debe ser financiado íntegramente por el usuario. Frente a esta posibilidad, las plazas en las residencias públicas, dada su escasa oferta y la necesidad de establecer algún sistema para priorizar el acceso a las mismas, se reservan para los individuos que menores niveles de renta presentan, es decir, aquéllos con ingresos anuales iguales o inferiores al salario mínimo interprofesional. La resultante es que las capas de población con rentas medias, esto es, aquéllas que tienen demasiados ingresos para poder acceder a una plaza pública pero insuficientes para pagar una residencia privada son las que permanecen desatendidas. Montserrat (2003).

amplia dispersión en las tasas de cobertura para la población dependiente; desigualdad territorial que también se manifiesta en aspectos como los requisitos de acceso a los servicios y las aportaciones que debe realizar el usuario para su financiación⁹⁹.

En cualquier caso, la transferencia de las competencias en materia de servicios sociales a las Comunidades Autónomas no puede ser valorada en términos exclusivamente negativos. La razón es que han sido éstas las que en mayor medida han contribuido al crecimiento del gasto total en protección social a la dependencia en el conjunto del país. Así, el incremento interanual del mismo en el período 1995-2003 fue del 12,3% en euros corrientes y del 8,7% en euros constantes de 1997; sin embargo, el crecimiento de las prestaciones monetarias, que son competencia del Gobierno, experimentaron un crecimiento inferior al de los servicios sociales tanto en euros corrientes (6,1%) como en euros constantes (2,7%)¹⁰⁰.

Finalmente, las estimaciones que se han realizado sobre el gasto en protección social a la dependencia en España vienen todas a coincidir en la necesidad de realizar un mayor esfuerzo presupuestario que permita una atención adecuada para este colectivo y que libere a las familias de la carga asumida al respecto¹⁰¹.

A principios de siglo, y según diversas estimaciones, el gasto público neto total en prestaciones monetarias y servicios para las personas dependientes suponía en torno al 0,35% del PIB español¹⁰². La mayor parte de ese gasto (en torno al 75%) se destinaba a la financiación de los servicios sociales mientras que el 25% restante eran prestaciones monetarias. Por otro lado, un 65% del total de ese gasto o, lo que es lo mismo, en torno al 0,2% del PIB era absorbido por el colectivo de personas dependientes mayores de 65 años.

Sin embargo, esta situación dista mucho de ser plenamente satisfactoria por cuanto una gran cantidad de necesidades de la población dependiente se quedan sin atender o, como ya se ha insistido, son cubiertas desde el apoyo informal.

Si se tiene en cuenta que el porcentaje de población dependiente protegida en 2001 en España era del 25,6%, la universalización de la protección social para toda la

⁹⁹ Un detallado análisis de las diferencias existentes entre las políticas de asistencia a las personas dependientes por Comunidades Autónomas puede verse en Sancho y Díaz (2006). Desde otra perspectiva, también resulta útil al respecto el trabajo de Valiño y López (2006).

¹⁰⁰ *Libro Blanco* (2005).

¹⁰¹ Como se reconoce en el *Libro Blanco* (2005), las estimaciones del gasto público en dependencia son singularmente complejas de elaborar y mucho más si se trata de conocer cuál es el gasto total, tanto público como privado, que las sociedades destinan a este problema. La mayoría de los países presentan tan sólo estimaciones tentativas dado que, normalmente y como se ha señalado, el gasto público en dependencia tiene lugar en distintos niveles de las Administraciones Públicas en donde existen prestaciones que no siempre son reconocidas como prestaciones por dependencia y existen prestaciones cuya asignación a la dependencia es dudosa o discutible. Además, la variedad de prestaciones y su distinta función dificulta también la medición.

¹⁰² *Vid. Libro Blanco* (2005), Rodríguez Cabrero (2004) o Montserrat (2003).

población dependiente, con el nivel de prestaciones y datos de aquel año, exigiría elevar el gasto social hasta casi el 1,2% del PIB¹⁰³.

Es más, según estimaciones de Montserrat (2003), el gasto del consumo de servicios sanitarios y sociales de las personas mayores dependientes, si todas ellas consumiesen externamente los servicios adecuados a sus necesidades, habría debido absorber para el año 2002 un 1,32% del PIB español, del cual un 0,89% correspondería al gasto en servicios sociales y un 0,43% sería el gasto en servicios sanitarios. Ese año el Estado aportaba cerca del 0,23% del PIB a la financiación de la dependencia, lo que significa que el restante 1,09% estaba siendo asumido por las familias o no se realizaba.

Esta situación, como puede imaginarse, no sólo dista mucho de lo deseable sino que, además, también dista mucho del gasto en protección social a la dependencia que realizan los países de nuestro entorno. Como denuncia el propio *Libro Blanco* (2005), el esfuerzo público que actualmente está realizando el Estado en la atención a las personas con dependencia es bastante inferior al que realizan otros países vecinos y que van desde cifras alrededor del 0,7% del PIB en países como Italia (de igual tradición *familista* que España), Bélgica o Irlanda al 1,2% de Alemania y Francia o al 2,8-3% de Holanda y los países nórdicos.

Todo ello se traduce en que, a pesar de que desde mediado de la década de los noventa el gasto público total en servicios sociales de atención a la dependencia ha ido creciendo de forma continuada, éste sigue siendo claramente insuficiente y crece a un ritmo excesivamente lento para dar respuesta a las nuevas necesidades sociales.

6. La diversidad de modelos europeos de atención a la dependencia.

La exposición precedente justifica el que pueda afirmarse con rotundidad que en España la política social de atención a la dependencia está necesitada de un cambio que la aproxime a los patrones de protección de los países de nuestro entorno¹⁰⁴.

Ese cambio requiere tanto de una mayor asignación presupuestaria como de un viraje en el sentido de la misma. El objetivo de esa reforma debe ser lograr que la dependencia deje de ser contemplada como un problema individual y familiar y pase a ser considerada como un riesgo social que exige, necesariamente, de una atención pública integral y sistemática, es decir, conseguir para la dependencia el mismo grado de atención que en su momento consiguieron otros riesgos sociales que acabaron dando lugar al desarrollo de los sistemas contemporáneos de Seguridad Social.

En efecto, las tendencias sociales que han ido apuntándose hasta aquí (envejecimiento de la población, incremento de la esperanza de vida, incorporación de

¹⁰³ Si sólo se considerara el gasto en personas dependientes mayores de 65 años o en personas dependientes entre 6 y 64 años la universalización de las prestaciones exigiría llevar el gasto social hasta el 0,84% y el 0,36% del PIB, respectivamente. Rodríguez Cabrero (2004).

¹⁰⁴ Para una exposición de la evolución reciente y configuración del sistema español de atención a las personas en situación de dependencia, *vid.* Rodríguez Rodríguez (2006b).

la mujer al mercado laboral, cambios en el tamaño y composición de las familias, etc.) indican, sin lugar a dudas, que la protección social a la dependencia debe ocupar un lugar central –y no meramente residual- entre las políticas sociales.

Así ha ocurrido en diversos países europeos en donde, desde principios de la década de los noventa, se han desarrollado distintos sistemas de prestaciones sociales y ayudas a los cuidadores que configuran verdaderos sistemas sociales integrados de atención a la dependencia¹⁰⁵.

De hecho, fue la aprobación de la ley alemana de dependencia en 1995 la que trajo esta cuestión a la primera línea del debate sobre política social en Europa y, lo que es aún más importante, el modelo de atención a la dependencia recogido en esa ley se ha convertido en el gran referente a nivel europeo tanto a imitar como modelo de Seguridad Social como para comparar y evaluar su impacto social y financiero.

De esta suerte, en Europa han ido consolidándose durante estos años lo que podríamos considerar como diferentes modelos básicos de protección social a la dependencia que se incardinan, a su vez, en los diferentes modelos de Estados de Bienestar existentes en el continente.

Estos modelos presentan importantes diferencias a nivel nacional. De entrada, suelen diferir en su grado de cobertura que estará en función de si la dependencia es concebida como un riesgo particular inherente a la vejez o como un riesgo social susceptible de presentarse en cualquier momento de la vida. También se diferencian en el tipo de prestaciones al que se tiene derecho; éstas reflejarán, en última instancia, la concepción que se tenga sobre el estatuto jurídico-social del riesgo de dependencia y se traducirán en que la prestación pueda depender únicamente del nivel de la dependencia o se tenga también en consideración el nivel de renta. Otras diferencias se presentan en relación con los mecanismos previstos de financiación pudiéndose distinguir aquí entre si ésta se produce exclusivamente vía impuestos, vía cotizaciones o de una forma mixta. Y, finalmente, también cabe establecer distinciones atendiendo al tipo de normativa que los regulan, las condiciones de elegibilidad de los servicios o, incluso, la propia forma de gestionar el sistema.

En este sentido, y atendiendo a su orientación básica (universalista o profesional), su ubicación geográfica y la concepción institucional de la protección social a la dependencia (asistencial o universal), pueden distinguirse cuatro modelos básicos de protección a la dependencia con unas características particulares¹⁰⁶.

a) *El modelo universal nórdico*: no se encuentra regulado por leyes nacionales sino que la protección a las situaciones de dependencia, considerada como un derecho subjetivo de ciudadanía, es el resultado de la progresiva ampliación de la cobertura de los servicios sociales y sanitarios. La cobertura del sistema es universal y se accede al mismo en función de la necesidad del demandante evaluada por profesionales y con

¹⁰⁵ Esos fueron los casos de Austria (1993), Alemania (1995), Luxemburgo (1998), Francia (2004). Otros países, como Holanda y los países nórdicos, ya habían desarrollado entre 1975 y 1990 servicios sociales de atención a las personas dependientes sin aprobar previamente leyes específicas al respecto.

¹⁰⁶ Esta parte de la exposición sigue fundamentalmente a Rodríguez Cabrero (2006). En el *Libro Blanco* (2005) tan sólo se identifican y analizan tres de los modelos que aquí presentamos aunque se amplía el catálogo con la descripción de los modelos de otros países de la OCDE no europeos.

independencia de cuáles sean sus recursos económicos. De esta forma, el nivel de renta de la persona afectada sólo será tenido en cuenta para determinar, en su caso, el porcentaje de copago por los servicios recibidos. Se trata de un sistema que privilegia la prestación de servicios sociales frente a las prestaciones monetarias o el apoyo a los cuidadores.

Por otra parte, el sistema se financia a partir de impuestos generales que comparten el Estado central y los gobiernos territoriales dado que son los municipios los principales suministradores de los servicios sociales a la población.

Hay que señalar, además, que la intensidad protectora es muy elevada y ello se traduce, en consecuencia, en que el gasto público destinado a dichas partidas se sitúa en torno al 2%-3% del PIB de esos países, el más elevado de la Unión Europea.

b) *El modelo universal de Seguridad Social continental*: es el aplicado en países como Alemania, Francia, Luxemburgo, Austria o Bélgica que han decidido transformar sus modelos asistenciales en sistemas universales y, para ello, han incluido la protección social a la dependencia, reconocida como derecho subjetivo, en el ámbito de la Seguridad Social siendo gestionada y financiada en ese marco.

Su objetivo es, por lo tanto, la protección universal de las situaciones de dependencia y, especialmente, de las personas mayores a partir del apoyo activo a la familia cuidadora y con independencia de su nivel de recursos económicos.

En este modelo se otorga una amplia libertad para que la persona afectada o su familia elijan la combinación protectora que desee entre servicios sociales y prestaciones monetarias, aunque tiende a incentivarse la permanencia de la persona dependiente en su domicilio y, con ello, la prestación de servicios frente a la monetaria. La gestión de las prestaciones económicas suele estar centralizada mientras que la de los servicios está descentralizada en las administraciones territoriales.

Sus niveles de gasto no son muy elevados (en torno al 1% del PIB) y la forma de financiación del sistema es mixta, con cotizaciones a la Seguridad Social de los trabajadores en activo (y, en algunos países, también con las de empresarios y de los propios pensionistas) e impuestos generales (cuyo fin sería equilibrar financieramente el sistema y cubrir las prestaciones no contributivas), aunque también se ha dado cabida al copago como forma encubierta de contención del gasto por la vía de desincentivar la demanda del servicio¹⁰⁷.

c) *El modelo asistencial-liberal de los países anglosajones y de parte de la región báltica (Reino Unido e Irlanda)*: se trata de un sistema asistencial ampliado en donde sólo las más necesitadas de entre las personas dependientes tienen acceso gratuito

¹⁰⁷ A pesar de que los niveles de gasto son inferiores a los del modelo nórdico durante los últimos años se ha extendido el debate sobre la sostenibilidad financiera del sistema a pesar de que se ha producido la congelación de las prestaciones y existen aún importantes niveles de infraprotección. Todo ello ha extendido el copago que, frecuentemente, es financiado por las instituciones locales.

a los servicios sociales¹⁰⁸. El resto de la población dependiente puede obtener ayudas aunque lo más frecuente es el pago de los servicios o unos niveles de copago elevados.

Esta naturaleza dual de la atención a las personas dependientes -sanitaria y social- ha dificultado la coordinación entre ambos sectores y ha provocado un desplazamiento de la carga de la atención desde el sistema sanitario hacia los servicios sociales y de ahí hacia el individuo y la familia.

El coste del sistema, como puede suponerse, no es excesivamente elevado y se sitúa en torno al 1% del PIB.

d) *El modelo de los países del Sur de Europa y del Mediterráneo en general*: se trata de un modelo público eminentemente asistencial e, incluso, residual en países como Italia o España en donde la familia -y, más concretamente, la mujer- ha cargado de forma tradicional con el peso de la dependencia. Se financia fundamentalmente a través de impuestos.

El modelo se sustenta sobre una combinación de prestaciones monetarias a la Seguridad Social y servicios sociales municipales y autonómicos, es decir, un modelo de protección público mixto de carácter contributivo y asistencial. En cualquier caso, la cobertura es bastante limitada y destinada a cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos en situación de dependencia que carecen de recursos económicos. La consecuencia es un importante déficit de servicios, sobre todo de los comunitarios, y notables desequilibrios territoriales como consecuencia de la descentralización de los servicios de atención.

Se repite en este modelo lo ya referido para el caso del modelo anglosajón: el contraste entre un sistema sanitario universal y un insuficiente sistema asistencial de servicios sociales que acaba provocando situaciones de desprotección que son amortiguadas gracias a la intervención solidaria de las familias y, en los últimos tiempos, hacia la atención que prestan las mujeres inmigrantes en estos países¹⁰⁹.

Esas situaciones de desatención afectan sobre todo a las clases medias porque, por una parte, los requisitos de acceso, basados en la renta disponible, les impiden acceder a los servicios de provisión pública y, por otra, sus ingresos son insuficientes para acceder en el ámbito privado a esos mismos servicios.

El sistema ha llegado, en este sentido, a sus límites sociales y económicos y se encuentran en una fase de transición de donde debe resultar una nueva política social de socialización del riesgo a través de un sistema protector universal, suficiente y sostenible.

En España ese tránsito parece haberse acelerado con la aprobación de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia recién aprobada.

¹⁰⁸ A pesar de que el sistema sanitario sí que es universal y gratuito por lo que se da aquí la misma paradoja existente en España.

¹⁰⁹ Sobre el papel decisivo que han adquirido las mujeres inmigrantes en el cuidado y asistencia de las personas dependientes en España resulta fundamental el trabajo de Martínez (2006).

En cualquier caso, y a pesar de la diversidad de modelos de atención a la dependencia existentes en Europa, existen una serie de factores que, en los momentos actuales, tienden a promover una cierta convergencia entre los mismos y, al mismo tiempo, existen otros que incentivan su divergencia¹¹⁰.

En este sentido, la tendencia que se desprende de la discusión colectiva y el intercambio de experiencias que durante los últimos años viene desarrollándose en Europa en relación con los sistemas de atención a la dependencia muestra una cierta propensión hacia la convergencia en los planteamientos y la construcción de un acervo común en la materia.

Esa tendencia convergente estaría reforzada, en primer lugar, por el progresivo envejecimiento de la población y, con ello, el número de personas dependientes y, por lo tanto, el riesgo social que supone este fenómeno¹¹¹.

En segundo lugar, hay que destacar que los cambios en la estructura socio-familiar también son comunes en toda Europa; cambios que, en gran medida y como consecuencia de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo han alterado la oferta social que ha dado habitualmente respuesta a los problemas de dependencia y que descansaba sobre la responsabilidad femenina en los cuidados sociales. De esta forma, la solidaridad institucional provista desde las administraciones públicas debe complementar de manera activa los cuidados informales suministrados desde el entorno familiar de la persona dependiente.

En tercer lugar, también hay que tener en cuenta las propias demandas sociales de la población europea que presiona para que estas políticas superen su tradicional dimensión asistencial y acabe predominando la universalización de los servicios y prestaciones al respecto. Se trata de una perspectiva que concibe la protección a la dependencia como un derecho social subjetivo que debería posibilitar el acceso a una serie de prestaciones básicas. El aumento de la renta per cápita y la importancia electoral de la población mayor han contribuido a reforzar estas demandas en toda Europa.

En cuarto lugar, la desconexión existente en varios de los modelos de protección a las personas dependientes entre su dimensión sanitaria y su dimensión de servicios sociales exige también de una reformulación de los modelos que perciban y traten el problema desde una perspectiva integral, promoviendo los sistemas de doble intervención –sanitaria y social- y evitando, con ello, los fallos de atención provocados

¹¹⁰ Cuestión diferentes son las limitaciones y problemas a los que cada modelo se enfrenta en los distintos países en los que se encuentra implantado. Para una revisión de esa problemática nos remitimos al Capítulo XI del *Libro Blanco* (2005).

¹¹¹ No debe olvidarse que la población en situación de dependencia mayor de 65 años constituye en casi todos los países de la UE casi el 70% o más del total de personas en situación de dependencia y, en concreto, la población en situación de dependencia con 80 y más años es casi la mitad de toda la población dependiente. Pero que, además, las proyecciones que vienen efectuándose en los últimos años indican que el número de personas de 65 y más años de edad en la UE-15 crecerá el 68,8% entre el año 2000 y el 2050 y que, sobre todo, el número de personas de 80 y más años crecerá el 171,4% en ese mismo período. *Vid. Libro Blanco* (2005).

por la descoordinación entre ambos sistemas¹¹². Esto redundará en una mayor efectividad social y una mejora de la eficiencia económica de los sistemas. Para ello es necesario, por un lado, universalizar los servicios sociales (pues la sanidad ya lo suele estar en la mayoría de los casos) y, por otro, crear mecanismos de coordinación sociosanitaria. Del éxito en esa tarea dependerá, no sólo la calidad de los servicios prestados, sino también la propia viabilidad del sistema a largo plazo.

Y, por último, también hay que tener en cuenta la búsqueda de soluciones que aseguren la sostenibilidad financiera tanto actual como futura del sistema y que ineludiblemente apuntarán hacia una solución común por cuanto los sistemas de financiación de la protección social a la dependencia suelen ser similares: financiación pública de un conjunto de prestaciones básicas según el grado de dependencia que cohabita con diversas fórmulas de copago. Pero, además, también resulta ser común el contexto generalizado de contención del gasto social y de estabilidad presupuestaria impuesta por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

Estos factores que inducen a pensar en la progresiva convergencia futura de los modelos europeos de protección social a la dependencia se ven contrarrestados por otras tendencias, sobre todo al interior de cada uno de los Estados, que apuntan en sentido contrario.

Así, hay que tener en cuenta que los distintos modelos de protección a la dependencia constituyen un fiel reflejo de los diferentes tipos de Estados de Bienestar presentes en Europa y que éstos, a su vez, son deudores de las largas tradiciones de construcción y reforma social presentes en cada uno de los Estados que marcan diferencias significativas entre los mismos.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta que en esta materia rige el principio de subsidiariedad y que, por lo tanto, su desarrollo es competencia exclusiva de los Estados miembros a pesar de que la Comisión Europea les ha invitado a poner en común e impulsar estrategias comunes de desarrollo de los sistemas sanitarios y de cuidados de larga duración¹¹³. Esa invitación pasa por la realización de reformas institucionales que garanticen una atención sanitaria y unos cuidados personales que tengan como criterios definitorios el acceso universal, la calidad asistencial y su viabilidad financiera a largo plazo.

Además, tampoco puede despreciarse como factor de divergencia el hecho de la progresiva descentralización a la que se están siendo sometidos los servicios sociales. Se han ido configurando, así, sistemas de bienestar estructurados en torno a la existencia

¹¹² Esta división entre el sistema sanitario y el de cuidados personales se ha sustentado sobre una artificial separación entre el derecho a la salud, reconocido universalmente, y el derecho a los cuidados personales (reconocido como una cuestión asistencial aunque en trance de reconocimiento universal actualmente). Buena prueba de la artificialidad de dicha distinción se constata al comprobar que el gasto en cuidados de larga duración representa un porcentaje creciente del gasto sociosanitario llegando los países que mayor grado de cobertura otorgan al derecho a los cuidados personales a suponer hasta un tercio del gasto total.

¹¹³ *Vid.* Consejo y Comisión Europeos (2003). Un repaso sintético de las iniciativas promovidas desde las instancias políticas de la Unión Europea a favor del desarrollo de sistemas integrados de protección a las personas dependientes puede verse en de Lorenzo (2006).

de una regulación básica a nivel estatal y de un fondo de equilibrio territorial junto con una regulación, planificación y gestión descentralizada de los servicios. Esta situación está conduciendo a la progresiva regionalización del bienestar y, con ello, dificultará enormemente la homogeneización institucional en los niveles de gobierno superiores.

En definitiva, puede afirmarse que convergencia y diversidad se combinan en un contexto generalizado de extensión de la acción protectora en el espacio europeo. Y, aunque se está avanzando hacia la consolidación de un nuevo derecho social de protección del riesgo de dependencia no puede obviarse que siguen existiendo problemas prácticos de universalización real del mismo que se manifiestan en problemas de accesibilidad a los servicios, de calidad de éstos, de coordinación entre las instituciones y de financiación¹¹⁴.

7. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: una reforma necesaria.

La reforma del sistema de atención a la dependencia emprendida en España para tratar de equiparlo a los estándares de nuestro entorno ha acabado impregnada de los términos del debate sobre la recomposición de los sistemas de protección generalizado en toda Europa. En este sentido, se ha acometido intentando configurar un sistema que, de cara al futuro, garantice una universalización real de la cobertura de este problema con prestaciones suficientes y de calidad en consonancia con los sistemas vigentes en otros países de la Unión Europea.

Bien es cierto que esta cuestión podía y debía ser abordada antes y hubo ocasión haberlo hecho así cuando se negociaron los Pactos de Toledo en 1994, momento en el que se desarrollaron las principales reformas encaminadas a la modernización del sistema de protección social en España. Sin embargo, el problema de la protección a la dependencia fue dejado de lado como consecuencia de la prioridad que se le otorgó en la negociación de dichos Pactos a la búsqueda de acuerdos que permitieran garantizar la viabilidad del sistema de pensiones.

En todo caso, no tardaron en sucederse una serie de iniciativas desde distintos ámbitos que confluían en la necesidad de abordar la protección en caso de dependencia en España¹¹⁵.

Todas esas iniciativas coincidían en la necesidad de elaborar un sistema integrado de protección que abordara desde una perspectiva global el fenómeno de la dependencia. La participación activa del conjunto de la sociedad y la implicación de todas las instancias territoriales de la Administración Pública eran, al mismo tiempo, condiciones necesarias para la aprobación de una política integral de atención a la dependencia en donde quedara perfectamente definido el papel que debían desempeñar los distintos agentes del sistema de protección social en su conjunto¹¹⁶.

¹¹⁴ *Vid.*, al respecto, Rodríguez Cabrero (2006).

¹¹⁵ Para una revisión de todas las iniciativas previas a la aprobación de la Ley de Dependencia en España *vid.* de Lorenzo (2006).

¹¹⁶ Esos eran básicamente los términos y objetivos recogidos en la Recomendación Adicional nº 3 sobre la Dependencia de la Comisión no Permanente para la valoración de los resultados obtenidos por el Pacto de Toledo.

La resultante de las diversas iniciativas emprendidas durante estos últimos años ha sido la aprobación de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Una Ley que constituye un importante avance, no exento de hipotecas, en la regulación y protección del colectivo de personas dependientes en nuestro país y cuyos grandes principios rectores se sintetizan a continuación.

Así, la Ley regula, en primer lugar, las condiciones básicas de apoyo y atención a las personas en situación de dependencia sobre la base de los principios de universalidad, equidad e igualdad. A tal efecto se plantea un estatus jurídico de la persona en situación de dependencia común para todo el Estado y en donde se regulan sus derechos básicos. El derecho de acceso a las prestaciones públicas será, entonces, un derecho subjetivo que derivará directamente de la condición de dependencia de los beneficiarios y no de otros factores.

En segundo lugar, la Ley define las prestaciones básicas que los poderes públicos de todo el Estado deberán proporcionar a los ciudadanos en situación de dependencia y, en este sentido, busca aglutinar en sí misma y como única norma el marco general y común del derecho a tales prestaciones sociales. Para determinar el nivel de acceso a esas prestaciones se establecen unos determinados grados de dependencia cuya evaluación responde a unos criterios predeterminados de aplicación uniforme en todo el Estado.

Las prestaciones estarán en función del grado y nivel de dependencia, de la adecuación del servicio a las necesidades del solicitante y del nivel de renta del beneficiario.

Y, por último, la Ley promueve la integración y normalización del colectivo de personas dependientes desarrollando para ello un sistema de atención integral e integrado: el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Este Sistema reviste carácter público y debe contar con la participación de todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias. El Sistema estará constituido por una red de utilización pública diversificada y que integrará de forma coordinada, centros y servicios públicos y privados debidamente acreditados.

Además, el Sistema debe promover la coordinación, no sólo territorial, sino también entre la dimensión sanitaria y social de la protección a las personas en situación de dependencia.

En este sentido, y como ha destacado el CES (2006), este Sistema supondrá un cambio sustancial en el modelo español de protección social por cuanto descansará sobre un conjunto de equipamientos y servicios profesionalizados que cubrirán necesidades de atención que hasta ahora se atendían mediante el apoyo informal prestado por las familias.

El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se configuraría, por lo tanto, como una nueva modalidad de protección social que ampliaría y complementaría la acción protectora de la Seguridad Social y del Estado, dando cuerpo

a lo que ha sido considerado como el “cuarto pilar” del Estado de Bienestar junto a los sistemas sanitario, educativo y el de la Seguridad Social.

Este Sistema se sustentará sobre los siguientes principios básicos¹¹⁷:

a) Universalidad de la prestación, es decir, todas las personas en situación de dependencia, sea cual sea su edad y el origen de la dependencia y situación social podrán acceder a las prestaciones del sistema en las condiciones y con los requisitos que se establezcan.

b) Las prestaciones tendrán carácter público con independencia de las formas de financiación y de las que adopte la gestión concreta de cada prestación.

c) Se garantiza la igualdad básica en el acceso a las prestaciones de todas las personas con independencia del lugar de residencia si bien las administraciones autonómicas y locales podrán, con cargo a sus presupuestos, ampliar o mejorar las condiciones básicas.

d) Se contemplará la cofinanciación por parte de los usuarios en las condiciones que se establezcan.

En definitiva, el sistema tiende hacia un sistema de protección universal, ya que no plantea requisitos específicos de afiliación o cotización a los beneficiarios, asimilándose la protección de la situación de dependencia al derecho universal a la asistencia sanitaria y tratando de superar, con ello, las limitaciones del modelo asistencialista anterior.

En cuanto a las prestaciones consideradas en la Ley es de prever que se traducirán en una serie de mejoras importantes en la protección social de las personas dependientes. De hecho, se prevé un incremento relevante en los servicios tanto de atención en el domicilio como de los centros de día y de teleasistencia; también se espera un incremento de las prestaciones a los cuidadores informales de las personas dependientes que viven en su domicilio y se estima que se duplicará el número de plazas residenciales.

El modelo de prestaciones sociales previsto en la Ley (artículo 14) se sustenta fundamentalmente sobre la base de las prestaciones en servicios y contempla el caso de las prestaciones monetarias, tanto las vinculadas a un servicio como las destinadas a los cuidadores no profesionales, para ocasiones excepcionales.

La provisión de los servicios corresponderá casi en exclusiva al Estado que asumirá todos los papeles en el proceso: la evaluación del grado de dependencia, la prescripción del servicio que se estime más conveniente –y, en este sentido, el modelo ha sido tachado de excesivamente “tutelar”–, la financiación y provisión de dicho servicio e, incluso, en algunos casos, hasta la gestión del mismo.

Sin embargo, dado que la oferta de los distintos tipos de servicios sociales deberá aumentar muy rápidamente para poder ajustarse al cronograma de aplicación de

¹¹⁷ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (2006).

la Ley parece poco plausible, como señala Montserrat (2006), que la Administración pueda asumir ese incremento de la oferta a partir del aumento del número de centros públicos gestionados directamente por ella. Esto estimula el proceso de concertación de todos los distintos tipos de servicios públicos de atención a la dependencia y, de hecho, el artículo 16 de la Ley incluye dentro del Sistema público a los centros privados concertados debidamente acreditados¹¹⁸.

Por su parte, las prestaciones económicas pueden ser de tres tipos: prestaciones monetarias vinculadas a la adquisición de un servicio cuando éste no pueda ser provisto por la Administración (art. 17); compensaciones económicas para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales cuando se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así sea prescrito por los correspondientes responsables (art. 18); y compensaciones económicas para la contratación de un asistente personal (art. 19)¹¹⁹.

Hay que advertir que las dos primeras revisten carácter excepcional: sólo cuando la Administración no pueda suministrar el servicio o así expresamente lo determine la persona tendrá derecho a una prestación económica para la contratación de dicho servicio en el ámbito privado o la remuneración de un cuidador no profesional. Sin embargo, sí se considera como un caso normal la contratación de un asistente personal para el las personas dependientes menores de 65 años.

La financiación del Sistema es, en principio, pública y correrá a cargo del sistema impositivo del Estado que fijará en la Ley de Presupuestos Generales del Estado los recursos económicos necesarios para financiar el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado y nivel de su dependencia (art. 9).

Esto significa que la Administración General del Estado asumirá íntegramente el coste derivado de la cobertura de ese nivel mínimo de protección y, a partir de ahí, establecerá convenios con las Comunidades Autónomas en donde se determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema (art. 32).

¹¹⁸ La opción por la concertación, a pesar de las ventajas que pudiera tener en términos de eliminación de rigideces vinculadas a las compras o a la contratación del personal, puede generar importantes distorsiones sobre la adecuada provisión de los servicios sociales. De entrada, los centros concertados no tienen por qué reservar el total de su capacidad para los usuarios públicos y, en ese caso, conviven en un mismo entorno usuarios que, aun padeciendo idéntico tipo de dependencia, reciben tratamientos excesivamente diferenciados dando lugar a agravios comparativos injustificables entre los usuarios. Y, además, la competencia entre empresas por la adjudicación del servicio en los procesos de licitación puede provocar que las pujas sean excesivamente bajas e incluso insuficientes para cubrir el coste de la prestación lo que, evidentemente, redundará en la calidad del servicio prestado.

¹¹⁹ A pesar de que no se especifica en la Ley, la distinción entre el cuidador profesional y el asistente personal –en cualquier caso, ambos ajenos al ámbito familiar– parece sustentarse sobre la edad de la persona que recibe la atención. El cuidador profesional atendería a personas dependientes mayores de 65 años y el asistente personal lo haría con personas cuya edad es inferior a esos 65 años.

Pero, además, la Ley también prevé un mecanismo de “copago”, esto es, la participación de los beneficiarios en la financiación de las prestaciones del Sistema según el tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal (art. 33).

La implantación de este Sistema se hará de forma gradual tratando de buscar un cierto equilibrio entre los niveles de cobertura que garantizará la Ley, la suficiencia de la atención ofrecida y la sostenibilidad financiera del Sistema¹²⁰. El cronograma establece la implantación completa de la Ley para el año 2015; hasta ese año se irán incrementando progresivamente los niveles de asistencia a las situaciones de dependencia comenzando, evidentemente, por la atención a aquellas personas que presentan unos niveles más severos de dependencia y concluyendo por las situaciones de dependencia moderada.

¹²⁰ La preocupación por mantener el equilibrio entre esos tres elementos constituía una de las principales preocupaciones por las que el Consejo Económico y Social respaldaba en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley la implantación gradual del Sistema Nacional de Dependencia. CES (2006a).

CAPÍTULO IV. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE ASISTENCIA SOCIAL SUFICIENTE ANTE SITUACIONES DE DISCAPACIDAD.

•R. Calvo Ortega.

•Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

-SUMARIO:

I. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL: ASISTENCIA SOCIAL A LAS PERSONAS DISCAPACITADAS Y PROMOCIÓN DEL BIENESTAR DE LAS QUE SE INCLUYEN EN LA LLAMADA TERCERA EDAD.

II. FUNDAMENTO Y EFECTOS JURÍDICOS DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE ASISTENCIA A LOS DISCAPACITADOS. RASGOS ESENCIALES DEL MANDATO DE ASISTENCIA SOCIAL A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN.

A) SU BASE DOCTRINAL ESTÁ EN EL ESTADO DE BIENESTAR.

B) LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL ORDENAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL SON JURÍDICAS Y, COMO TALES, GENERAN EFECTOS JURÍDICOS. EN NINGÚN CASO PUEDEN CONSIDERARSE COMO DIRECTIVAS PROGRAMÁTICAS A LOS PODERES PÚBLICOS.

III. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE ASISTENCIA SOCIAL A LOS DISCAPACITADOS OBLIGAN A TODOS LOS PODERES PÚBLICOS DIRECTAMENTE. REFLEXIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS.

IV. FIJACIÓN DE LOS CONCEPTOS UTILIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN. PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA.

V. ASISTENCIA SOCIAL A DISCAPACITADOS Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA. ALGUNAS REFLEXIONES CONSTITUCIONALES Y SU REFLEJO EN LA LEY DE AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: COMPETENCIAS, COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIACIÓN.

VI. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y SU JUEGO EN LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA A LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

VII. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE DEPENDENCIA: INFORMACIÓN, ASESORAMIENTO Y FORMULACIÓN DE PROPUESTAS A TRAVÉS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS. NECESIDAD DE AUMENTAR ESTA PARTICIPACIÓN A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN.

I. PLANTEAMIENTO CONSTITUCIONAL: ASISTENCIA SOCIAL A LAS PERSONAS DISCAPACITADAS Y PROMOCIÓN DEL BIENESTAR DE LOS QUE SE INCLUYEN EN LA LLAMADA TERCERA EDAD.

La Constitución Española (CE) de 1978 tiene dos preceptos que establecen la obligación de los poderes públicos de ayudar (en el sentido más amplio de esta palabra) a las personas con discapacidad y de promover el bienestar de las personas incluidas en la llamada tercera edad, entendiendo por tal, en nuestra opinión, las que han sobrepasado la edad de jubilación correspondiente.

El primero de ellos es el art. 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”. Se trata de un precepto muy amplio que incluso engloba la previsión de la discapacidad, que más bien pertenece al campo de la salud (art. 43 CE) que al de la asistencia y recuperación de las personas discapacitadas. Prevenir es adelantarse a un hecho desfavorable para un sujeto (una persona en este caso) pero que todavía no se ha producido. Por el contrario, rehabilitar y reintegrar supone anular y neutralizar los efectos desfavorables en relación con un hecho pasado.

El segundo precepto es el art. 50 de la misma Ley Fundamental: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”. También este precepto mezcla aspectos y figuras distintas que científicamente deben separarse: las pensiones, que cuando son contributivas responden a una justicia conmutativa, y los servicios sociales que se citan, de muy distinto alcance y también de fundamento jurídico diverso.

La doctrina tiene una cierta propensión a tratar todas las figuras indicadas de una manera similar. Incluso la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (LPAPAPD) se refiere conjuntamente a ambos preceptos en su Exposición de Motivos. Aquí interesa, en un afán clarificador, destacar las dos figuras esenciales objeto de estudio en este trabajo. Primero, art. 49, la asistencia social a personas discapacitadas (tratamiento, rehabilitación e integración). Segundo, la promoción de bienestar a las personas mayores excluidas las pensiones (salud, vivienda, cultura y ocio).

Es cierto que esta diferenciación puede perder nitidez, dado que una persona mayor, precisamente por su edad, puede estar en situación de dependencia, igual que otra discapacitada, motivo por el que se estudia también aquí esta forma de discapacidad. No obstante, los conceptos son diferentes y la necesidad social distinta. La asistencia social a discapacitados es un objetivo prioritario y urgente en relación con el bienestar de las personas mayores, a pesar de la gran importancia de éste. La distinción es necesaria porque los recursos públicos son siempre limitados, las prioridades son imprescindibles en la programación y las urgencias son también distintas.

De cualquier manera, la asistencia social a discapacitados (art. 49) y la promoción de bienestar de las personas mayores (art. 50) son dos preceptos que realizan muy bien el principio de solidaridad, pudiendo calificarse de formidables. Los ciudadanos pueden sentirse satisfechos e incluso orgullosos de su recepción y tratamiento constitucional. Nosotros estudiaremos la asistencia social a discapacitados, cualquiera que sea su causa, por ser el objeto de este trabajo.

II. FUNDAMENTO Y EFECTOS JURÍDICOS DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DE ASISTENCIA A LOS DISCAPACITADOS. RASGOS ESENCIALES DEL MANDATO DE ASISTENCIA SOCIAL A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA QUE ESTABLECE LA CONSTITUCIÓN.

El art. 49 (asistencia social a personas discapacitadas) y el art. 50 (promoción de bienestar de las personas mayores) son dos normas jurídicas que tienen su fundamento en la caracterización que la CE hace en su art. 1 del Estado español. Dice este precepto, verdadero cimiento de todo el edificio público y privado, que “España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Aquí interesa destacar que un Estado Social hace de la sociedad (conjunto de ciudadanos organizados que residen en su territorio) objetivo prioritario de su acción desde un planteamiento democrático. A partir de la constitución del Estado como Social se fundamentan todas las políticas que el legislador y los poderes públicos territoriales consideren necesarias o convenientes. Entre ellas, y de forma destacada, la política de asistencia a las personas que estén en situación de dependencia.

Los rasgos esenciales de este mandato de los poderes públicos de asistencia social son los siguientes.

A) SU BASE DOCTRINAL ESTÁ EN EL ESTADO DE BIENESTAR.

No es extraño ver en la doctrina referencias indistintas al Estado Social y al Estado de Bienestar. Su origen político es el mismo. En un momento dado la opinión pública, en unos Estados antes que en otros, presiona para que el Estado vaya más allá de lo que originariamente habían sido sus funciones: institucionalización de los poderes; establecimiento y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos; establecimiento y funcionamiento de la justicia; relaciones internacionales; defensa nacional; infraestructuras básicas, etc. Esta presión de la opinión pública, originada a su vez por hechos diversos (sindicación de los trabajadores, creación de partidos de implicación social y de base trabajadora, cooperativismo obrero, desarrollo de actividades privadas altruistas y de contenido social, etc.), hace que el Estado avance en la asunción y desarrollo de otras políticas concretas: sanidad, educación, vivienda, asistencia hospitalaria, seguros sociales obligatorios, pensiones de jubilación, viudedad y orfandad, etc.

La intensificación de estas políticas concretas, su extensión y permanencia permite hablar de un Estado de Bienestar, es decir de una organización política suprema que ofrece y garantiza a los ciudadanos algo más que derechos y libertades fundamentales. Cuándo un Estado puede calificarse de Bienestar es una cuestión, en gran medida, de intensidad y de permanencia de la oferta de bienes y servicios sociales. De aquí que la

continuidad de este tipo de Estado o su crisis vaya unida a las dimensiones del gasto público y a las posibilidades de su financiación. En definitiva, el desarrollo del Estado de Bienestar depende de una fiscalidad importante y estable.

En resumen, como acabamos de indicar, el Estado Social resulta de un proceso de extensión e intensificación del Estado de Bienestar. Ambos responden a la misma idea. Nosotros utilizaremos la expresión “Estado Social” por ser la que incorpora nuestra Constitución y por representar, como acabamos de apuntar, un modelo avanzado de Estado de Bienestar.

B) LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL ORDENAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL SON JURÍDICAS Y, COMO TALES, GENERAN EFECTOS JURÍDICOS. EN NINGÚN CASO PUEDEN CONSIDERARSE COMO DIRECTIVAS PROGRAMÁTICAS A LOS PODERES PÚBLICOS.

El Estado Social establece, a través de las Constituciones y, en bastantes casos, de leyes ordinarias, numerosas declaraciones en las que se ordena a los poderes públicos que promuevan actividades muy diferentes y que asuman la defensa y promoción de bienes y servicios muy diversos: vivienda, salud, educación, pleno empleo, seguridad social, defensa de los consumidores, educación física, deporte, protección de la familia, etc., etc.

La CE sigue esta línea y, probablemente, sea un ejemplo de esta técnica en los textos constitucionales modernos. En esta dirección se inscribe el precepto que estudiamos en este trabajo: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título (I) otorga a todos los ciudadanos” (art. 49). La misma afirmación cabe en relación con las personas mayores. El art. 50 de la Ley Fundamental dispone que “Los poderes públicos (...) promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

La primera consideración que merecen estas normas es que no estamos en presencia de declaraciones o normas programáticas entendidas como aquéllas que se dirigen a orientar la actividad de los poderes públicos y, principalmente, del legislador ordinario. Son, por el contrario, normas jurídicas. Lo son desde un planteamiento puramente lógico, ya que si no fuera así la voluntad del constituyente quedaría en manos del poder legislativo o ejecutivo de turno, lo que no es lógicamente admisible. Si fuesen normas programáticas sólo podrían controlarse a través de un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, cuando transgrediesen abiertamente la Ley Fundamental. Si son normas jurídicas se integran en el ordenamiento, y el control de ellas resulta posible en todo momento.

La gran cuestión, y la más interesante en este aspecto, es el control constitucional por insuficiencia en el cumplimiento del mandato constitucional. Aún aquí cabe un control utilizando el método comparativo (en relación con la atención prestada en etapas o ejercicios presupuestarios anteriores) o un método lógico (en razón de la importancia y urgencia de las necesidades de que se trate) o teniendo en cuenta, también, circunstancias nuevas que pudieran haberse presentado.

Cualesquiera que puedan ser estos hechos, la cuestión está planteada: ¿El desarrollo y concreción de los mandatos del constituyente a los poderes públicos (entre ellos el de asistencia social a los discapacitados) deben quedar a la voluntad de los poderes legislativo y ejecutivo? Es cierto que el Tribunal Constitucional no puede sustituir al poder político. Pero, ¿Cuáles son los límites de su actuación? ¿Hasta dónde puede llegar en su función de control? ¿Qué medidas pueden avanzarse, discutirse y adoptarse para fortalecer la opinión pública como mecanismo eficaz de control del desarrollo y concreción de la voluntad del constituyente?

En mi opinión, hay que excluir que el desarrollo y la medida de las acciones sociales que establece la Constitución correspondan o sean protagonizadas sin mayores limitaciones por los poderes legislativo y ejecutivo. Esta es, ciertamente, la tesis de ilustres publicistas, pero no creo que deba ser admitida en nuestros días. Y ello sin negar que históricamente ha sido así. Lo que ha sido cierto históricamente, que el desarrollo social ha sido protagonizado en gran parte por los parlamentos y las administraciones, lo es o debe serlo menos en nuestros días, donde una conciencia social genérica ha ido tomando cuerpo, y la necesidad de medidas sociales específicas se ve cada vez como posible, sin que haya económica o tecnológicamente obstáculos insalvables que lo impidan. Y, sobre todo, se ve como el desarrollo obligado de un mandato constitucional. Esta evolución de la sociedad, que hay que juzgar muy positivamente, hay que explicarla desde un mayor debate político, la difusión de modelos de vida más avanzados por parte de los medios de comunicación, los deseos lógicos de un mayor bienestar material la rebeldía ante situaciones de insuficiencia, los avances tecnológicos que han hecho posible alcanzar objetivos hasta ahora inaccesibles, etc.

En resumen, lo que puede haber asido verdad hasta hoy no debe de serlo en estos momentos en que los presupuestos sociales, materiales y económicos han cambiado, y en el que es posible acelerar los objetivos sociales que la Constitución se fijó hace casi treinta años, recordando al legislador las declaraciones constitucionales y la conciencia ciudadana de que deben realizarse. En otras palabras, es cierto que el desarrollo de los objetivos del Estado Social son hechos por los poderes legislativo y ejecutivo, pero los preceptos constitucionales que los establecen claramente actúan como imperativos, como motor de arranque para estos poderes y como último fundamento de los mismos.

Esta afirmación supone rechazar la tesis del valor de los preceptos constitucionales de asistencia social sólo como herramientas de interpretación. Es cierto que esta cualidad es importante y, además, está reconocida expresamente por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Pero su círculo se limita a situaciones aporéticas y, a lo sumo, de interpretación de normas. En cambio, lo que aquí interesa se mueve en otro plano distinto: un mandato del constituyente al poder legislativo, principalmente, y al poder ejecutivo para que aprueben y pongan en marcha políticas concretas, para que las actualicen y mantengan su equilibrio y ponderación con otras a la luz, como hemos indicado anteriormente, de diversas consideraciones. También de la necesidad de llegar a mantener un esfuerzo fiscal de los distintos entes públicos, aspecto esencial ya que la asistencia social requiere un gasto importante que no debe ser obstáculo, no obstante, para su realización. Si se acepta la Constitución debe hacerse con sus consecuencias fiscales. Aunque, obviamente, no caben aquí mayores precisiones que, por otra parte, deberían de ajustarse a los principios tributarios constitucionales. Pero sí dejar constancia de que el Estado Social requiere un esfuerzo fiscal permanente que hay que aceptarlo y mantenerlo.

Los arts. 49 y 50 de la Constitución son, como ya hemos reiterado, preceptos de aplicación directa y van más allá de su papel de herramientas interpretativas. Hay que reconocer, no obstante, que “integrar personas con discapacidad”, “prestarles una atención especializada” y “promover su bienestar mediante un sistema de servicios sociales” son conceptos muchas veces imprecisos que pueden necesitar de un apuntalamiento de principios constitucionales concretos, e incluso de valores también establecidos por la Constitución.

Principios relativos a la asistencia social directamente aplicables no existen en nuestra Ley Fundamental. Hay sólo el gran rótulo y declaración de identidad “Estado Social” y los preceptos concretos antes transcritos contenidos en los arts. 49 y 50. No obstante hay preceptos que de forma indirecta, aunque importante, pueden afectar a las personas discapacitadas. Así, el principio de capacidad económica que rige el establecimiento y aplicación de los tributos, en cuanto aquélla queda disminuida real y potencialmente con la discapacidad. Igualmente, el principio de equidad en el gasto público (asignación equitativa de éste). Hay que tener en cuenta que la acepción más extendida de la equidad es la consideración del caso concreto en la aplicación de la ley. Llevada esta tesis a las ayudas a la discapacidad daría como resultado una prioridad del gasto público destinado a la integración del discapacitado, a su atención especializada, así como a la promoción de su bienestar.

Los valores constitucionales tienen, obviamente, un carácter abstracto. El artículo 1 de la Constitución propugna como valores superiores del ordenamiento del Estado “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Aunque el concepto de justicia tiene un componente ideológico importante, es poco discutible que aplicado a las actividades de estos entes y a la jerarquización de las necesidades sociales debe colocar la asistencia social que requiere la discapacidad en un lugar destacado. En un enfoque de justicia distributiva parece lógico que la prioridad en la actividad pública se rija por los criterios de carácter vital y urgencia de las necesidades de que se trate. Este razonamiento supondría dar prioridad a las ayudas a las personas discapacitadas.

El segundo valor constitucional de aplicación a nuestro estudio es la igualdad. La ayuda a los discapacitados a través de cualquiera de las técnicas ya indicadas (integración en la sociedad, asistencia especializada y promoción de su bienestar) constituye una búsqueda de la igualdad, es decir, una aproximación a una capacidad normal. Los términos de comparación que pueden dar lugar a un juicio de igualdad son muy diversos. Uno de ellos, de importancia capital, es entre capacidad plena y capacidad disminuida. Más aún, la reducción de estas situaciones tiene una importancia máxima. Principalmente es una consideración humana. Pero también, como contribución a la dignidad de la persona. Hay que tener presente que esta dignidad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, según establece la Constitución en su art. 10.1.

La LPAPAPD considera la igualdad como su fundamento y, al mismo tiempo, como objetivo social y político. Su artículo 1 dispone que la Ley “tiene por objeto regular las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”. Como he dicho anteriormente, es evidente que la asistencia social y, de manera especial, la que se presta a los discapacitados, es una actividad pro igualdad. Por otra parte, esta realidad de que estamos ante una promoción específica del valor igualdad sirve a la ley para justificar la regulación básica que lleva a cabo. Como

veremos posteriormente, esta ordenación es compatible con la atribución de competencia en materia de asistencia social que la Constitución hace a las Comunidades Autónomas en su art. 148.1.20ª.

Volviendo al punto de partida anterior, la intensidad de la acción de los poderes públicos, en cualquier campo y también en la asistencia a las personas discapacitadas, es de difícil exigencia en términos precisos. Ya vimos anteriormente qué criterios podían utilizarse para medir el cumplimiento efectivo del mandato constitucional a que nos referimos. A esta dificultad se añade una segunda: la distribución de su coste, dado que la competencia sobre la asistencia social es concurrente y corresponde a las tres Administraciones: general, autonómica y municipal. Veremos este tema al estudiar la financiación de la actividad administrativa.

III. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES SOBRE ASISTENCIA SOCIAL A LOS DISCAPACITADOS OBLIGAN A TODOS LOS PODERES PÚBLICOS DIRECTAMENTE. REFLEXIONES ESPECÍFICAS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS MUNICIPIOS.

La CE establece el mandato a los poderes públicos de asistencia social a personas discapacitadas. Los arts. 49 y 50 siguen la técnica repetida en otros preceptos constitucionales: “Los poderes públicos realizarán (...)”, “Los poderes públicos garantizarán (...)”. La determinación de estos poderes exige algunas reflexiones. En primer lugar, incluyen al poder legislativo, que es el principal responsable de la asistencia social a que nos estamos refiriendo. Aunque no hay una reserva de ley expresa en esta materia de asistencia social, a diferencia de lo que sucede con otras, su importancia política, económica y social lleva a exigir su regulación por ley sin mayores problemas. La lógica política en nuestro ordenamiento así lo ha hecho. Por ejemplo, la integración social de los minusválidos fue regulada por la Ley 13/1982, de 7 de abril, y las medidas fiscales y laborales de protección de los discapacitados han sido tradicionalmente reguladas por ley. Cuál sea la medida y el contenido mínimo que deba establecer cada ley sin que sea admisible su atribución a la potestad reglamentaria corresponde a la lógica, a la prudencia y a la responsabilidad del poder legislativo.

El campo normativo del Poder Ejecutivo es amplio, dada la complejidad de las situaciones de dependencia y su amplitud. La Disposición Final Séptima de la LPAPAPD efectúa una habilitación normativa al Gobierno de la mayor amplitud como, por lo demás, es lógico. Igualmente, en el caso de los ministros cuando exista una habilitación específica para producir disposiciones normativas.

En el caso de las Comunidades Autónomas (CC.AA), el planteamiento es el mismo que acabamos de ver para el Estado. Las Comunidades tienen poder legislativo y potestad reglamentaria para la regulación de las materias que sean de su competencia. Hay que recordar que la Asistencia Social lo es según el art. 148.1.20ª de la Constitución.

Siguiendo esta línea de examen del poder normativo (legislativo y reglamentario), cabe preguntarse por las Entidades Locales y, concretamente, por los Municipios. Éstos tienen, como es bien sabido, poder normativo que cristaliza en sus Ordenanzas. Por otra parte, la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local establece en su art. 25 k) como una de sus competencias la “prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”. Incluso la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración

Social de Minusválidos, ordena a estos entes municipales la realización de determinadas actividades y planes de adaptación de las vías públicas cuando fuese necesario. Es lógico que sea así, ya que la asistencia a personas en situación de dependencia se realiza con mayor facilidad, inmediatez y coste más bajo desde las administraciones más próximas a los administrados.

La LPAPAPD recientemente promulgada regula, en su art. 12, esta competencia normativa de los entes a que nos referimos en los siguientes términos: “1. Las Entidades Locales participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye.

2. Las Entidades Locales podrán participar en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia, en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga”.

Este precepto sugiere algunas observaciones. ¿Pueden las CC.AA. dirigir la actuación de los municipios en materia social, o deberá hacerlo una ley del Estado? Como ya vimos, la Ley 7/1985, de 2 de abril, lo hace directamente. De cualquier manera, habrá que estar a lo que disponga cada uno de los Estatutos de Autonomía, sin olvidar que la Constitución, en su art. 140, “garantiza la autonomía de los municipios”. Aunque estamos ante una competencia concurrente, hay que pensar que, en principio, sólo la ley estatal podrá regular la actividad de los municipios en este campo y respetando un margen de capacidad normativa de los municipios.

En cuanto a que “las Entidades Locales puedan participar en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga” (art. 12.2), se trata de un precepto absolutamente lógico pero reduccionista y limitativo del derecho de los municipios. En definitiva, estos son entes territoriales y deben estar en el Consejo Territorial del Sistema directamente por imperativo de la ley y por derecho propio, no porque lo disponga el citado Consejo. En un plano lógico es justo que sea así ya que, como prueba la experiencia, los municipios terminan teniendo competencias y responsabilidades importantes en el campo de la asistencia social.

Hasta aquí la concreción del mandato del constituyente a los poderes públicos en un plano normativo, es decir, de producción de normas. El examen se ha limitado, lógicamente, a los poderes que tienen esta capacidad normativa. Mayores dificultades ofrece esta precisión en relación con las entidades que, sin tener este poder normativo, si lo tienen de ejecución y aplicación de normas desde su status público. En este grupo deben inscribirse determinadas entidades que se incluyen en el sector público estatal y que no son la Administración General del Estado (por ejemplo, los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado, las entidades gestoras, servicios comunes y mutuas de accidentes de trabajo de la Seguridad Social, las fundaciones del sector público estatal, etc.). En todos estos casos estamos ante poderes públicos (organizaciones y régimen de Derecho Público) destinatarios del mandato del constituyente contenido en los artículos 49 y 50 de la Ley Fundamental. Su actividad aplicativa y de gestión se hará en la línea que quieren estos preceptos constitucionales (integración, atención especializada y promoción del bienestar), y estos

mandatos deben jugar como herramienta de interpretación ante situaciones y problemas concretos y de integración de situaciones también determinadas.

IV. FIJACIÓN DE LOS CONCEPTOS UTILIZADOS POR LA CONSTITUCIÓN. PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE ASISTENCIA.

El art. 49 de la Constitución utiliza dos conceptos distintos. Primero, el de “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” (personas con discapacidad a partir de la nueva Ley). La doctrina ha seguido en la determinación de esta figura subjetiva un criterio sociológico, hoy superado por la determinación normativa de estas situaciones así como por las actividades administrativas de verificación. La LPAPAPD de 14 de diciembre de 2006 ha precisado los conceptos de autonomía y dependencia y ha fijado los grados de dependencia (clasificados en dos niveles) y su valoración. Aquéllos se determinan por los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir y posteriormente la valoración de cada persona en concreto, que tendrá en cuenta datos de ésta: salud, entorno en que viva, considerando, en su caso, las ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le hayan sido prescritas.

El segundo grupo de conceptos se refiere a las medidas que los poderes públicos deben adoptar en relación con los discapacitados. Ya indicamos anteriormente que la Constitución incluye la prevención que puede considerarse más próxima a políticas de salud y de prevención de riesgos que de recuperación propiamente dicha. La amplitud de las medidas (tratamiento, rehabilitación e integración) es máxima. Como acabo de indicar, las medidas que establece la Constitución cierran un círculo de apoyo: en primer lugar, la atención especializada. Es, probablemente, la más importante. La nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal establece, en sus artículos 21 y siguientes, medidas de prevención (que tienden a evitar la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas) y cuya frontera, como hemos indicado, con la protección de la salud (art. 43 CE) es muy fluida. El servicio de teleasistencia (que responde a situaciones de emergencia o aislamiento). El servicio de ayuda a domicilio (cuya peculiaridad es su prestación en la vivienda de la persona necesitada). El servicio de centro de día y de noche (que se presta, como su propio nombre indica, fuera del domicilio de la persona necesitada y lleva a cabo una atención integral), y que requiere la creación de tales centros, prevista en la Ley, y su especialización, lo cual sólo parece posible para las ciudades con una población mínima, debido al coste que supondrá la especialización. Finalmente, el servicio de atención residencial, cuya nota esencial es la prestación de servicios continuados de carácter personal y sanitario en centros habilitados al efecto. En resumen, la nueva Ley prevé una gama de servicios que permiten una asistencia social diversificada y completa.

La Constitución, art. 49, se refiere también, además de a la atención especializada, al “amparo en el disfrute de los derechos que establece el Título I de la Constitución y que se otorgan a todos los ciudadanos”. La concreción de esta asistencia social a los discapacitados ofrece mayores dificultades, y habrá que considerar cada uno de los derechos por separado. Bastantes de ellos no necesitan un amparo especial en relación con el que se presta a otros ciudadanos (derecho a la libertad, seguridad, honor, intimidad personal, asociación, etc.), dado que no requieren una actividad administrativa previa. En otros casos (derecho a la educación, acceso a la cultura, disfrute de una vivienda digna y adecuada, etc.), sí serán necesarias unas normas jurídicas y una

actuación de las Administraciones que amparen el ejercicio de tales derechos. Normalmente, esta protección se realizará a través de las técnicas habituales de apoyo: adjudicación preferente de bienes, subvenciones, exenciones, beneficios fiscales, disfrute gratuito de bienes públicos, etc.

Como ya vimos anteriormente, el art. 50 de la Constitución contempla otro supuesto que puede dar lugar a asistencia social a discapacitados. Son las personas mayores, tercera edad según el precepto, que por ello estén en situación de dependencia. En estos supuestos son aplicables las técnicas que establece la LPAPAPD y que hemos visto anteriormente.

La Constitución no se refiere, lógicamente, a la titularidad pública o privada de las entidades que presten los servicios de asistencia social. La reciente Ley de Protección de la Autonomía Personal a la que nos venimos refiriendo, presenta algunas referencias incidentales y un principio general. Su art. 23, que regula la ayuda a domicilio, se refiere a “entidades o empresas acreditadas para esta función”. El art. 25, que establece el servicio de atención residencial, dispone que “será prestado por las Administraciones Públicas en centros propios y concertados”. Asimismo hemos de referirnos a la consideración como principio de la participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia (art. 3. m). Su importancia es máxima por su capacidad de aplicación a todas las situaciones y su carácter permanente.

En definitiva, todo está abierto. Teniendo en cuenta el carácter público de las prestaciones del sistema, cabe cualquier técnica de gestión prevista en las leyes administrativas. Y teniendo en cuenta que los servicios de asistencia social requieren un empleo intensivo de recursos humanos, se abre también la posibilidad de un concurso del mayor interés por parte de las empresas de economía social y, específicamente, de las cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales, que cuentan con una experiencia positiva en la prestación de servicios. Igualmente se acentúa la utilidad de las asociaciones de discapacitados para que, desde su experiencia propia, contribuyan a la asistencia social a la discapacidad.

V. ASISTENCIA SOCIAL A DISCAPACITADOS Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA. ALGUNAS REFLEXIONES CONSTITUCIONALES Y SU REFLEJO EN LA LEY DE AUTONOMÍA PERSONAL Y ATENCIÓN A LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: COMPETENCIAS, COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIACIÓN.

Como ya apuntamos anteriormente, la Constitución concreta su mandato de asistencia a los discapacitados en los poderes públicos. Los arts. 49 y 50, siguiendo el ejemplo de otros preceptos anteriores del mismo texto, comienzan incluso con una invocación a tales poderes para fijar un imperativo, en este caso de asistencia a las personas discapacitadas. Ya vimos, igualmente, la concreción que debe darse a este rótulo genérico de poderes públicos, tanto en un plano normativo como en un círculo estrictamente ejecutivo.

Las llamadas al conjunto de los poderes públicos para una actuación coordinada de todos ellos no deja lugar a dudas en el campo que aquí nos interesa, que es la asistencia a personas discapacitadas. De una parte, la igualdad como uno de los valores superiores

del ordenamiento jurídico, art. 1º, tiene un carácter general, subjetivo y, territorialmente, innegable. De otro lado, “corresponde a los poderes públicos (a todos) promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean realmente efectivas”.

En resumen, la realización de la igualdad en relación con todos los individuos y grupos atribuye una competencia al Estado innegable como responsable de esta generalidad de destinatarios. Por otra parte, las Comunidades Autónomas tienen atribuida expresamente la competencia en materia de asistencia social (art. 149.1.20ª). Finalmente los municipios, aunque no tienen específicamente atribuida esta competencia, sí que tienen reconocida por la Constitución su autonomía (art. 140) en la que cabe, lógicamente, la asistencia social, por tratarse de un servicio de proximidad. Todo ello convierte a la asistencia social en una competencia concurrente.

Se plantea así la necesidad de una coordinación administrativa que la LPAPAPD ha resuelto de manera generalmente aceptable, sin perjuicio de las observaciones que formulamos anteriormente. Esta coordinación se ha hecho a través de tres técnicas distintas: la precisión de competencias; la coordinación administrativa y la determinación de las aportaciones financieras.

La precisión de competencias está hecha en los arts. 9, 11 y 12 de la Ley. A la Administración General del Estado se le atribuye la determinación del nivel mínimo de protección para cada una de las personas discapacitadas, según el grado y nivel de su dependencia (art. 9). Se trata de una atribución lógica y equilibrada si tenemos en cuenta, como acabamos de decir, que el fundamento constitucional es el valor igualdad. Ser garante de un mínimo es tanto como decir hasta dónde se quiere llegar en este objetivo de igualdad. Por lo demás, la garantía de mínimos para todos los ciudadanos es, lógicamente, competencia del Estado.

La competencia de las CC.AA. es muy amplia, como reflejo de que ya la Constitución les atribuye como competencia propia la asistencia social (art. 148.1.2ª). A partir de aquí es lógico que la LPAPAPD haya hecho una atribución que comprenda la planificación, gestión, inspección y evaluación de los servicios. Además, podrán establecer niveles de protección adicionales al fijado por la Administración General del Estado. Supone, todo ello, una amplísima competencia de las Comunidades.

En cuanto a las Entidades Locales, hay que entender, lógicamente, que los municipios no tienen una competencia directa establecida por la Ley que analizamos, como acabamos de decir. Su art. 12.1 se limita a establecer que “Las Entidades Locales participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas, y dentro de la competencia que la legislación vigente les atribuye”.

Se trata de un precepto que, en mi opinión, plantea serias dudas. Primero, porque no se reconoce directamente por la Ley competencia alguna a los municipios. Al menos, no se hace con la necesaria claridad, ya que no se sabe si la expresión “dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye” se refiere a las Entidades Locales o a las Comunidades Autónomas. Hay que recordar que los municipios tienen la competencia genérica de “prestación de los servicios sociales y de promoción y inserción social” según la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y

que la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, atribuye competencias específicas también a estos entes.

La segunda duda es si las CC.AA. pueden promulgar normas que regulen la actividad de los municipios en el campo de la gestión de los servicios sociales a discapacitados. Habrá que estar a cada uno de los Estatutos de Autonomía, ya que lo que hace la Constitución es garantizar la autonomía de los municipios (art. 140).

La tercera cuestión reside en conocer por qué se ha negado a los municipios una prestación adicional a la mínima estatal y a la que las CC.AA. establezcan para ellas mismas. El reconocimiento de esta capacidad de adición hubiese sido una norma de flexibilidad del sistema y un aumento de la responsabilidad de los entes municipales en el campo de la dependencia. Se trata, no obstante, de una situación confusa. Si los municipios se limitan a ejecutar estrictamente lo planificado por la Comunidad Autónoma, no habrá prestación adicional. Pero si mejoran la calidad de los servicios en algún aspecto, estaremos en presencia de una adicionalidad.

El cuarto aspecto que produce una cierta perplejidad es que la participación de las Entidades Locales en el Consejo Territorial del Sistema (al que nos referiremos posteriormente) no derive directamente de la Ley. Es una discriminación en relación a la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas. En efecto, estas Administraciones integran el citado Consejo, según dispone el art. 8. Por el contrario, en relación con los municipios se establece que “las Entidades Locales podrán participar en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga”. Es cierto que la determinación de la representación municipal y provincial puede ofrecer alguna dificultad. Pero ésta podría haberse salvado trasladando la responsabilidad a la Federación Española de Municipios y Provincias, habiendo buscado desde la misma ley un cierto equilibrio.

La coordinación administrativa está prevista a través del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Su composición está establecida en el art. 8 de la Ley, antes citado, con la prescripción expresa de que en ella “tendrán mayoría los representantes de las Comunidades Autónomas”. Este precepto es equilibrado, ya que la Administración General del Estado decide por sí misma el nivel mínimo de protección con el único requisito de haber oído al Consejo Territorial. Se trata de un órgano plural con representantes del Gobierno y de la Administración General del Estado, de todas las CC.AA., y con participación de las Entidades Locales en la forma que ya hemos criticado antes. Además, no se sabe bien si esta posible participación lo es sólo en las deliberaciones o también en las decisiones, ya que la referencia que se hace a ellas queda fuera del art. 8 de la Ley, que es el que se refiere a la formación y competencia del Consejo Territorial.

La competencia que este precepto (art. 8) atribuye al Consejo Territorial va más allá de la coordinación administrativa, entrando en la planificación de aspectos importantes de la Asistencia Social. Así, se establecen los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos en el catálogo de los mismos, la cuantía de las prestaciones económicas vinculadas a un servicio, los criterios de participación del beneficiario en el coste del servicio, e informar la normativa estatal de desarrollo en materia de competencia. Junto a estas funciones, que tienen una naturaleza normativa o consultiva, el citado art. 8 establece otras actividades que sí pueden considerarse como

de coordinación. Principalmente, el establecimiento de proyectos y programas de común acuerdo y la adopción de criterios comunes de actuación y evaluación del sistema. De cualquier manera, la cooperación entre Administraciones está siempre abierta, y la figura del Convenio permitirá el establecimiento de actividades y la adopción de decisiones diversas de distinta naturaleza.

De esta cooperación administrativa se excluye a las Entidades Locales, que sólo podrán participar en el Consejo Territorial en la forma y condiciones que éste disponga. No obstante, nada impide que a través de la competencia muy amplia del Consejo Territorial y de la flexibilidad de la figura del Convenio se pueda llegar a una coordinación con ellas. Incluso, esta actuación en común podría incorporar a las provincias como entidad coordinadora a su vez de los municipios.

VI. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CAPACIDAD ECONÓMICA Y SU JUEGO EN LAS PRESTACIONES DE ASISTENCIA A LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

El principio de capacidad económica juega, normalmente, en el campo del establecimiento de los tributos. El art. 31 CE vincula el citado principio al deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos.

La consideración de esta capacidad económica de los administrados para tener preferencia en la adjudicación de bienes que realicen las Administraciones o en la utilización gratuita o preferente de servicios públicos de forma directa o indirecta no es una novedad. Esta extensión del principio que comentamos a la vertiente del gasto público debe ser juzgada positivamente en cuanto constituye una aplicación de la justicia y la igualdad, valores superiores, como es sabido, del ordenamiento jurídico. Teniendo en cuenta que los recursos son limitados, introducir este principio para establecer prioridades y fijar la participación de los administrados en la financiación de los servicios públicos es una decisión normativa que debe entenderse como justa y como idónea para avanzar en la igualdad, reduciendo las desigualdades a que llevaría una ordenación uniforme e indiscriminada. Podría llamarse, incluso, para apoyar esta tesis, al principio de asignación equitativa de los recursos públicos, establecido en el art. 31.2 de la Constitución.

En definitiva, la equidad en su sentido más jurídico supone tener en cuenta las peculiaridades y singularidades de cada situación concreta; y esto es, justamente, lo que se hace si para la utilización de los servicios de ayuda a las personas dependientes o para la obtención de prestaciones económicas con esta misma finalidad se tiene en cuenta la capacidad económica de los beneficiarios. Podría pensarse que esta consideración no es fácil, y que puede drenar la deseada celeridad en la prestación de los servicios públicos que correspondan. En la práctica no es así, o no debe serlo, ya que la renta y el patrimonio de las personas (los indicadores más precisos de capacidad económica) son conocidos por la Administración y hay una experiencia de certificación de estos datos.

Cuestión distinta es que la determinación de la capacidad económica de una persona discapacitada presente mayores dificultades que en los casos de capacidad plena. La razón es que la renta y el patrimonio reducen su valor como indicadores de capacidad económica en este caso por las mayores dificultades y necesidades de estas personas

discapacitadas. Incluso por la mayor seguridad para mantener una renta dada en el futuro. Ahora bien, todas las singularidades pueden ser previstas en la norma reglamentaria correspondiente, sin mayores problemas.

El art. 14.7 de la LPAPAPD afronta esta cuestión disponiendo que “a los efectos de esta Ley, la capacidad económica se determinará, en la forma que reglamentariamente se establezca, a propuesta del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en atención a la renta y al patrimonio del solicitante. En la consideración del patrimonio se tendrá en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta”.

La determinación de la capacidad económica por una norma reglamentaria, tal y como se indica en el precepto transcrito, puede provocar algún escrúpulo, ya que se trata de una materia cubierta por la reserva de ley. La referencia a la renta y al patrimonio (los dos principales indicadores) atenúa esta observación. El párrafo final del precepto (“en la consideración del patrimonio se tendrá en cuenta la edad del beneficiario y el tipo de servicio que se presta”) plantea algunas dudas: ¿Ponderará más o menos el patrimonio a medida que la edad del beneficiario sea mayor? Hay argumentos para defender dos posiciones distintas. En mi opinión jugará menos, ya que las posibilidades de obtención de otras rentas distintas del patrimonio (trabajo y actividades económicas) será menor.

La capacidad económica de las personas discapacitadas juega en dos planos distintos. En primer lugar, para determinar la prioridad en el acceso a los servicios, sólo cuando el grado y nivel de dependencia en las personas es el mismo. Su carácter decisorio es limitado y su utilización prudente.

El segundo plano donde actúa la citada capacidad es en relación con las prestaciones económicas. Así, en la prestación vinculada al servicio (que se reconoce cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado). En este caso, la prestación económica se determina de acuerdo con el grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario. La diferencia con el supuesto anterior es que aquí esta capacidad se fija en el convenio celebrado entre la Administración General del Estado y la correspondiente Comunidad Autónoma.

¿Quiere esto decir que la determinación de la capacidad que se haga en el Convenio puede separarse de la hecha reglamentariamente con carácter general? No lo creo, aunque el literalismo de la ley pueda llevar a la conclusión contraria. Hay que tener en cuenta que el art. 14.7 de la LPAPAPD, antes transcrito, comienza con una remisión general “a los efectos de esta Ley”. Por otra parte, y aquí está el argumento de más peso, la capacidad económica constituye un concepto constitucional y, como tal, general. La referencia que hace el art. 17 supone, solamente, que deberá tenerse en cuenta en el Convenio esta capacidad, pero en la forma en que ha sido fijada de acuerdo con el art. 14.7.

La misma observación es válida para la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. En este caso, la solución es más fácil, ya que no hay convenio, teniéndose en cuenta únicamente la capacidad económica.

Dentro del capítulo relativo a la capacidad económica de las personas discapacitadas debe estudiarse la contribución de estas a la financiación del sistema. La primera observación es que la contribución de la persona discapacitada es una tasa. Aunque se pueda decir que la actividad de las Administraciones Públicas es de solicitud voluntaria, en la práctica es obligatoria ya que, de una parte, la situación de discapacidad es no querida, y de otro lado, el sector privado presta estos servicios a un precio que excede, en la gran mayoría de los casos, de la capacidad económica de los administrados. No hay pues concurrencia material. En consecuencia, se aplicará el régimen tributario de las tasas.

La segunda observación es que la calificación de capacidad económica supone el respeto al mínimo vital que, en el caso de una persona discapacitada, resulta más elevado que en otra persona que no lo es. Con otras palabras lo dice acertadamente el art. 33.4 de la Ley: “ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del sistema por no disponer de recursos económicos”.

La tercera observación es que la Ley atiende ya, para fijar la cuantía de la tasa, a la naturaleza de los servicios: asistenciales y de manutención y hoteleros, según el mismo art. 33. La distinción es correcta, ya que los asistenciales implican una mayor urgencia y una mayor intensidad de las prestaciones, mientras que los de manutención y hoteleros pueden ser menos urgentes y menos esenciales. Aunque las fronteras son aquí fluidas, y a pesar de que, en bastantes casos, irán unidos los servicios a que nos referimos (los asistenciales irán unidos a los de manutención y hoteleros), la diferenciación es correcta a efectos de la exigencia y cuantía de la tasa, y merece un juicio positivo.

VII. LA PARTICIPACIÓN DE LOS ADMINISTRADOS EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DE DEPENDENCIA: INFORMACIÓN, ASESORAMIENTO Y FORMULACIÓN DE PROPUESTAS A TRAVÉS DE LOS ÓRGANOS CONSULTIVOS. NECESIDAD DE AUMENTAR ESTA PARTICIPACIÓN A LA LUZ DE LA CONSTITUCIÓN.

El último aspecto constitucional al que queremos referirnos es la participación política de los administrados en la asistencia social a las personas discapacitadas. La cuestión arranca de la Constitución y, concretamente, de su art. 9.2, que encierra una declaración fundamental: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

De este formidable precepto interesa aquí su última parte: “(...) facilitar la participación”. Es claro que, junto a la vida política, económica y social genérica está la específica de cada grupo de ciudadanos y, por lo que aquí interesa, el de las personas discapacitadas. La LPAPAPD, en su art. 41, establece dos órganos consultivos específicos integrados por los administrados: el Consejo Estatal de Personas Mayores y el Consejo Nacional de la Discapacidad. Aunque nada dice la Ley sobre su composición hay que entender, a juzgar por su denominación y funciones, que estarán integrados por personas directamente afectadas o vinculadas a otras que también lo estén.

Este art. 41 atribuye a los órganos consultivos las funciones de “informar, asesorar y formular propuestas que resulten de especial interés para el funcionamiento del

sistema”. Es evidente que estas tres funciones son importantes, y constituyen una manera de colaborar que debe ser juzgada positivamente. No obstante, quedan lejos de la participación que propugna la Constitución. Debería ampliarse a la emisión de juicio sobre la prestación de los servicios establecidos por la Ley, de manera que contribuyese a la formación de opinión pública en la sociedad sobre algo tan esencial y tan sensible como la asistencia social a personas discapacitadas.

Algo más, en definitiva, que lo que dice la Ley, y algo también que contribuya directamente a la formación de opinión. Es obvio que los administrados no van a sustituir a las Administraciones, pero sí pueden enjuiciar corporativa y rigurosamente la acción de éstas dentro de un círculo político y con efectos exclusivos de esta naturaleza. Ya indicamos anteriormente que en el control de los mandatos de la Constitución a los poderes públicos hay grados diversos. Más concretamente, entre el control de constitucionalidad (recurso o cuestión) y el informe, asesoramiento y formulación de propuestas cabe la formulación de un juicio a posteriori de los administrados. Un juicio motivado que siempre será útil para las Administraciones y que se aproximará a la participación que exige la Constitución.

CAPÍTULO V. TÉCNICAS DE APOYO A LOS DISCAPACITADOS NECESITADOS DE ASISTENCIA EXTERNA

-SUMARIO:

A.- SUBVENCIONES VINCULADAS AL COSTE DE LA DEPENDENCIA ORIGINADA POR LA DISCAPACIDAD

A. Vaquera García

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario

I) Concepto, características y principios que afectan a las subvenciones

II) Entes Públicos competentes para la asistencia social

III) La asistencia social como derecho subjetivo de los ciudadanos

IV) Procedimiento de concesión de las subvenciones

1) Procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva

2) Procedimiento de concesión directa

V) Tratamiento fiscal de las subvenciones recibidas en atención al coste de la dependencia originada por la discapacidad

1) Cuestiones generales aplicables a todo tipo de subvención en el marco de la imposición directa

2) Imputación de subvenciones de explotación o corrientes y de capital

3) Influencia de la concesión de subvenciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido

B.- MEDIDAS FISCALES

J. Calvo Vérez

Profesor Ayudante de Derecho Financiero y Tributario

I. LA TRASCENDENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO TRIBUTARIO. CRITERIOS PARA SU CALIFICACIÓN Y ACREDITACIÓN.

II. LA CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD COMO FACTOR DE REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LOS SUJETOS SOMETIDOS A IMPOSICIÓN. LA IMPORTANCIA DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL: PARTICULAR EXAMEN DE LAS CANTIDADES APORTADAS A FONDOS DE PENSIONES, SEGUROS DE VIDA Y SEGUROS DE DEPENDENCIA Y MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL. LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE LA EXENCIÓN EN EL IRPF SOBRE DETERMINADAS PRESTACIONES PERCIBIDAS POR LOS DISCAPACITADOS.

III. LA CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD GENERADORA DE DEPENDENCIA A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL MÍNIMO VITAL PERSONAL EN EL IRPF.

IV. ANÁLISIS DE LAS REDUCCIONES SUSCEPTIBLES DE SER APLICADAS SOBRE LOS RENDIMIENTOS PERCIBIDOS POR EL DISCAPACITADO.

-ACCESO DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS A LA ADJUDICACIÓN DE BIENES PATRIMONIALES DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, A LOS SERVICIOS PÚBLICOS PRESTADOS DIRECTAMENTE Y A LOS QUE HAYAN SIDO OBJETO DE CONCESIÓN O CONCIERTO A PRIVADOS. EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS COMO FASE ÚLTIMA Y PLENA DE INTEGRACIÓN SOCIAL.

C. PRIORIDAD DE LOS DISCAPACITADOS EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y UTILIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

-R. Calvo Ortega.

-Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.

I. INTRODUCCIÓN.

II. EL LUGAR DE LA ASISTENCIA SOCIAL A PERSONAS DISCAPACITADAS EN LA JERARQUIZACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS.

III. INICIACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: LABORALES, EMPRESARIALES Y PROFESIONALES.

IV. ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS Y AL DISFRUTE DE VIVIENDA.

1. SERVICIOS Y ACTIVIDADES SANITARIAS.

2. ACCESO A LOS SERVICIOS Y CENTROS DE EDUCACIÓN.

3. ACCESO AL DISFRUTE DE UNA VIVIENDA PROTEGIDA.

A.- Subvenciones vinculadas al coste de la dependencia originada por la discapacidad

I) Concepto, características y principios que afectan a las subvenciones

El coste de la dependencia originada por la discapacidad recae de forma primordial sobre “el esfuerzo personal e íntimo de la familia, (...), que con verdadero desprendimiento, atienden a sus mayores y demás discapacitados, apoyándose con servicios externos que se pueden encontrar en el sector privado, todavía no muy desarrollado, y en todo caso a su cargo y en un sector público, cuya cobertura es actualmente muy baja”¹²¹.

De esta forma, el gasto actual derivado de las personas con dependencia se está elevando considerablemente, lo que provoca el que se busquen fuentes de financiación adecuadas, entre las que se hallan, lógicamente, las subvenciones públicas¹²².

¹²¹ Vid. CUGAT, M.: “El gasto público y privado en atención a la dependencia. Financiación Presente y futura”, *Libro VI Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores*, Confederación Española de Organizaciones de Mayores, Valladolid, 2003, pág. 116.

¹²² Siguiendo a CUGAT, M.: “En estos momentos, la asistencia sanitaria supone el 7,5% del PIB, correspondiendo el 77% (5,6% PIB) al sector privado y el 23% (1,9% PIB) al sector público. El 3% del PIB se dedica a la atención de los mayores de 65 años, lo que corresponde, aproximadamente, a algo menos del 50% del gasto total sanitario. La edad influye fuertemente en el uso de este gasto. Se puede

Así, antes de proceder a examinar el procedimiento de concesión de las subvenciones, como alternativa de financiación, además de la fiscalidad de las mismas, resulta obligado hacer hincapié en el **concepto** de dicha institución, máxime cuando se ha regulado su régimen jurídico, de forma reciente, por medio de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Con anterioridad a dicha norma, como es bien sabido, la noción de subvención se hallaba en el art. 81 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, no existiendo un concepto legal en disposiciones previas¹²³, de manera que solamente había previsiones aisladas en diversos textos que incidían en algún aspecto particular de la figura¹²⁴.

Como ha comentado la doctrina, en la definición de dicho art. 81, se hacía referencia a dos realidades: “*disposición gratuita de fondos públicos*” y “*cualquier ayuda*”, aunque la diferencia entre ambas era poco menos que irrelevante¹²⁵, circunstancia que se ha suprimido en la regulación actual de la Ley General de Subvenciones.

considerar que el peso específico del gasto, es decir, la importancia relativa del mismo, para cada cohorte de edad es el siguiente:

Uso sanitario: de 0 a 4 años = 1

de 55 a 64 = 3

de 65 a 74 = 4,5

mayor de 75 = 6

Atención primaria: 10 a 14 años = 1

mayor 60 = 2

Es de destacar, que la mayor parte de estos costes, se producen en el inmediato período pre-mortem. Pero de este total, el sector público aporta únicamente el 27,1%, quedando el 72,9% restante, a cargo de los particulares, en pagos al sector privado para recibir atención domiciliaria, centros de día y residencias.

Pero a estos costes reconocidos, hay que añadir el gasto familiar que se deriva de los cuidados informales prestados por los miembros de la familia, por no poder ocupar un empleo o por la pérdida de éste en todo o en parte, más el coste en pérdida de tiempos de ocio, desgaste o deterioro de la salud del cuidador, etc..., que por su naturaleza no son cuantificables, pero sin duda, en conjunto, fuertemente elevados.

El gasto privado incluye las aportaciones que realizan las personas que ocupan una plaza residencial financiada públicamente. El volumen total de recursos que suponen estas aportaciones para el sector público no es despreciable, pues le permiten recuperar entre un 30% y un 40% de lo que se gasta en pagar a las residencias financiadas.

En los datos señalados no queda incluido el gasto farmacéutico, del que cabe señalar que, para los mayores de 60 años, es 10 veces superior al promedio de jóvenes y adultos”. (*Ibidem*, pág. 117).

¹²³ Dicho art. 81 definía las ayudas y subvenciones al aplicar su regulación: “*a) A toda disposición gratuita de fondos públicos realizada por el Estado o sus Organismos autónomos a favor de personas o Entidades públicas o privadas, para fomentar una actividad de utilidad o interés social o para promover la consecución de un fin público.*”

b) A cualquier tipo de ayuda que se otorgue con cargo al Presupuesto del Estado o de sus Organismos Autónomos y a las subvenciones o ayudas, financiadas, en todo o en parte, con fondos de la Comunidad Económica Europea”.

¹²⁴ Tal como advertía SESMA SÁNCHEZ, B.: *Las Subvenciones Públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1998, pág. 281.

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 281. Para un análisis detenido de la evolución de la investigación en este terreno, véanse las págs. 52 y ss.

Con ocasión de la aprobación de la nueva Ley¹²⁶ se ha omitido toda conceptualización en la también reciente Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, dejando al margen cuestiones procedimentales y de relaciones interadministrativas, como por ejemplo el art. 86, que disciplina los supuestos de gestión de subvenciones del Estado por parte de las Comunidades Autónomas¹²⁷.

En consecuencia, a los efectos que nos interesan en este apartado, debemos examinar el **art. 2 de la Ley General de Subvenciones** que se rotula: “*Concepto de subvención*”. Evidentemente, debe aplicarse a “*subvención*” el calificativo de “*pública*”, puesto que, para el supuesto de obtención de fondos por parte de entes privados, estaríamos en presencia de donativos, ayudas o liberalidades privadas, que excederían el objeto de este estudio, tal como considera el propio art. 1 de la Ley General de Subvenciones¹²⁸.

El citado art. 2, en sus tres primeros apartados, indica:

“1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla con los siguientes requisitos:

a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.

b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

¹²⁶ Reclamada como una necesidad por SESMA SÁNCHEZ, B., cuando escribía: “*La conclusión definitiva que se desprende de este estudio normativo (...), es la necesidad de uniformar y sistematizar la ordenación jurídica de las subvenciones públicas en nuestro ordenamiento mediante la promulgación de una Ley General de Subvenciones que, dentro de la flexibilidad de su establecimiento y concesión, ordene los aspectos básicos de su régimen jurídico*” (Ibidem, pág. 277).

A su vez, el Tribunal de Cuentas también recomendaba que se “*estudie la oportunidad de promulgar una Ley General de Subvenciones que regule, de forma sistemática y completa un fenómeno de tanta importancia económica y social dentro de la actividad financiera del sector público*”. (Vid.: *Comunicación del Tribunal de Cuentas a las Cortes Generales*, 29 de julio de 1993).

¹²⁷ Así, dicho art. 86 de la Ley General Presupuestaria establece: “*1. Los créditos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado destinados a la financiación de sectores, servicios, actividades o materias respecto de los cuales las comunidades autónomas tengan asumidas competencias de ejecución y no hayan sido objeto de transferencia directa en virtud de dicha ley, habrán de distribuirse territorialmente a favor de tales comunidades autónomas, mediante normas o convenios de colaboración que incorporarán criterios objetivos de distribución y, en su caso, fijarán las condiciones de otorgamiento de las subvenciones, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo.*

En ningún caso serán objeto de distribución territorial los créditos que deban gestionarse por un órgano de la Administración General del Estado u organismo de ella dependiente para asegurar la plena efectividad de los mismos dentro de la ordenación básica del sector (...)

2. Cuando, como consecuencia del traspaso de servicios estatales a las comunidades autónomas, éstas deban gestionar y administrar los créditos de subvenciones, se tendrán en cuenta las siguientes reglas: (...)

6ª Finalizado el ejercicio económico, y no más tarde del 31 de marzo del ejercicio siguiente, las comunidades autónomas remitirán al departamento ministerial correspondiente un estado de ejecución del ejercicio, indicando las cuantías totales de compromisos de créditos (...)

7º Las comunidades autónomas que gestionen las ayudas a que se refiere el presente artículo, deberán proceder a un adecuado control de las mismas que asegure la correcta obtención, disfrute y destino de los fondos percibidos por el beneficiario”.

¹²⁸ El art. 1, dedicado al “*objeto*” de la norma, expone: “*Esta ley tiene por objeto la regulación del régimen jurídico general de las subvenciones otorgadas por las Administraciones públicas*”.

c) *Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.*

2. *No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones que tenga atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública.*¹²⁹

3. *Tampoco estarán comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley las aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas, tanto ordinarias como extraordinarias, realicen las entidades que integran la Administración local a favor de las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”.*

A su vez, el apartado 4 de dicho precepto, expresa de forma taxativa:

“4. *No tienen carácter de subvenciones los siguientes supuestos:*

- a) *Las prestaciones contributivas y no contributivas al Sistema de la Seguridad Social.*
- b) *Las pensiones asistenciales por ancianidad a favor de los españoles no residentes en España, en los términos establecidos en su normativa reguladora.*
- c) *También quedarán excluidas, en la medida en que resulten asimilables al régimen de prestaciones no contributivas del Sistema de Seguridad Social, las prestaciones asistenciales y los subsidios económicos a favor de españoles no residentes en España, así como las prestaciones a favor de los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana y de los minusválidos.*
- d) *Las prestaciones a favor de los afectados por el síndrome tóxico y las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C reguladas en la Ley 14/2002, de 5 de junio.*
- e) *Las prestaciones derivadas del sistema de clases pasivas del Estado, pensiones de guerra y otras pensiones y prestaciones por razón de actos de terrorismo.*
- f) *Las prestaciones reconocidas por el Fondo de Garantía Salarial.*
- g) *Los beneficios fiscales y beneficios en la cotización a la Seguridad Social.*
- h) *El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito”.*

De este modo, conforme a la letra c) del apartado 4 transcrito, quedan al margen de la consideración como subvención las prestaciones asistenciales y los subsidios destinados a personas minusválidas, lo cual, unido a la también exclusión de pensiones contributivas y no contributivas de la letra a) evita el que nos detengamos en la materia relativa a la Seguridad Social.

De la lectura del citado artículo 2, se deducen, a nuestro parecer, un **requisito subjetivo** y **tres requisitos objetivos**, necesarios para que concurra la institución de la subvención pública.

El **requisito subjetivo** tiene una doble vertiente, **activa y pasiva**; **activa** en cuanto al sujeto que concede la subvención, puesto que, como señala el art. 3 de la Ley General de Subvenciones, “*se entiende por Administraciones públicas a los efectos de esta ley: a) La Administración General del Estado. b) Las entidades que integran la Administración local. c) La Administración de las comunidades autónomas*”. Además,

¹²⁹ Este apartado 2 ha sido recientemente modificado por la Disposición Final Octava de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007.

como muestra el apartado 2 del mismo artículo: “*Deberán asimismo ajustarse a esta ley las subvenciones otorgadas por los organismos y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas en la medida en que las subvenciones que otorguen sean consecuencia del ejercicio de potestades administrativas*”. Más adelante, nos ocupamos de forma concreta de los Entes Públicos competentes en materia de asistencia social, por lo que aplazamos para ese momento la exposición detenida de los mismos.

En la vertiente **pasiva** del requisito subjetivo se hallaría el sujeto beneficiado con el importe de la subvención, que puede ser cualquier persona pública o privada, como afirma dicho art. 2, con la salvedad del apartado 2, que excluye las aportaciones dinerarias entre las diversas Administraciones públicas destinadas a financiar globalmente la actividad de cada ente en el ámbito propio de sus competencias. Por lo tanto, los entes públicos pueden ser receptores de subvenciones, pero siempre que no se enmarquen en la obtención de fondos para engrosar las partidas generales de los presupuestos de dicho ente público¹³⁰.

Por lo que respecta a los **requisitos objetivos**, son la ausencia de contraprestación, la vinculación a una actuación específica y la finalidad u objetivo perseguido¹³¹.

La **no contraprestación** por parte de los beneficiarios (art. 2.1.a) de la Ley General de Subvenciones), obliga a excluir de las subvenciones aquellos desplazamientos patrimoniales que no tengan tal carácter, como es el caso de contratos con Administraciones públicas o cualquier vinculación de carácter laboral; lo mismo ocurre con aquellos supuestos en los que no se trata de cantidades abonadas de forma gratuita, como sucede con los créditos prestados por los sujetos activos, que darán lugar a la correspondiente obligación de devolución, con o sin intereses aplicables¹³².

¹³⁰ En este sentido, MARTÍN QUERALT, J. escribe: “... en la medida en que las transferencias respondan a la necesidad de satisfacer o dar cumplimiento a una obligación legal, cuyo fin es la financiación de un servicio público –normalmente deficitario–, no procede su calificación como subvención”. (Vid.: “La tributación por I.V.A. de las subvenciones a favor de entes públicos”, *Tribuna Fiscal*, núm. 126, 2001, pág. 3).

¹³¹ Como pone de manifiesto SESMA SÁNCHEZ, B., estos mismos requisitos están presentes en el art. 1.1 de la Ley de Subvenciones 2/1995, de 8 de marzo, de la Comunidad de Madrid, destacando esta autora el inconveniente de manejar un concepto con un limitado ámbito territorial. (Vid.: *Las Subvenciones Públicas*, ob. cit., pág. 283).

Como se deduce fácilmente, con la aprobación de la Ley General de Subvenciones, la nueva noción tiene un alcance general y se soslaya la limitación territorial, dejando al margen la adaptación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de esta figura jurídica.

¹³² No obstante, como indica DÍAZ ZURRO, A.: “... cuando la Administración asuma la obligación de satisfacer la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones, las cantidades aportadas tendrán la consideración de subvención a los efectos de esta Ley”. (Vid.: “La Ley General de Subvenciones: antecedentes, justificación de su necesidad y contenido”, *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 34, 2004, pág. 103).

Asimismo, se trata de una entrega de fondos¹³³ por parte de un ente público, por lo que, la ausencia de entrega o, dicho de otra forma, la **no entrega o entrega en una cantidad inferior** a la inicialmente prevista, tampoco podrá definirse como subvención; en efecto, piénsese en el supuesto de beneficios fiscales, devoluciones de tributos o bonificaciones en cuotas de la Seguridad Social, que no son cantidades percibidas de forma gratuita de un ente público, sino que consisten en dejar de abonar sumas debidas a las Administraciones públicas o a obtener la devolución de cuantías que se han ingresado en exceso¹³⁴.

Teniendo en cuenta el mismo razonamiento, si estamos ante las llamadas *subvenciones reintegrables*, tampoco podría definirse como auténticas subvenciones. En este terreno podemos hallar dos casos diferentes: en primer lugar, si lo que se procede es a un mero *reintegro* o *devolución* de una subvención a la que no se tenía efectivamente derecho a su disfrute (por incumplimiento de requisitos previos o finalidades de aplicación, por ejemplo), nos encontraremos ante un supuesto en el que no se ha llegado a originar en sí misma. En segundo término, si es una figura que conlleva la devolución posterior de la cantidad obtenida (las que hemos denominado *subvenciones reintegrables*), no sería evidentemente una subvención, sino un supuesto cercano a créditos ofertados por un ente público.

En resumen, para poder cumplir con este primer requisito objetivo, debe producirse un desplazamiento patrimonial de una Administración pública a un sujeto beneficiado, sin otro condicionante que el cumplimiento de las exigencias derivadas de las bases para poder obtener la subvención, lo cual se enmarca en el ámbito del segundo requisito objetivo que abordamos seguidamente.

El segundo requisito consiste en la **vinculación a una actuación específica** llevada a cabo por el sujeto beneficiario (art. 2.1.b) de la Ley General de Subvenciones).

En este caso, puede tratarse tanto de un comportamiento o acción a ejecutar, como de la justificación de uno ya realizado, pero siempre en el marco de acciones de fomento o de interés público (tercer requisito objetivo), lo que conduce a la exclusión de figuras como las indemnizaciones; en efecto, la indemnización tiene una función de garantía patrimonial de los particulares frente al daño realizado por otro particular o por un ente público, lo que tampoco cumpliría con la primera exigencia que hemos analizado, ya que estaríamos ante una reparación y no ante una entrega de dinero a causa de un fin

¹³³ Hay que precisar también que al hablarse de “fondos” se está excluyendo la realización de donaciones de bienes en especie o la prestación gratuita de servicios públicos, que lógicamente no se pueden considerar entregas de dinero, como señala GARCÍA NOVOA, C.: “Las subvenciones y el Impuesto sobre el Valor Añadido (I)”, *Impuestos*, 2000-I, pág. 208.

En cambio, GONZÁLEZ FARRERES, G. admite la entrega de bienes no dinerarios de forma indirecta cuando define las subvenciones como “*atribución patrimonial a fondo perdido, normalmente una suma dineraria, sin obligación de devolver por el beneficiario, que una Administración pública realiza a favor de otra Administración territorial distinta, o más frecuentemente, a favor de particulares, afectada o vinculada a un fin por el que se otorga*”. (Vid.: *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 103).

¹³⁴ Así, en Francia sucede lo mismo, excluyéndose del concepto de subvención los “*gastos fiscales*”, las garantías o avales públicos, enmarcados en el ámbito del crédito público o las prestaciones gratuitas de servicios. Vid.: HERTZOG, R.: “*Linéament d’une théorie des subventions*”, *Revue française de Finances publiques*, núm. 23, 1988, págs. 7 a 12.

determinado¹³⁵. En este sentido, las cantidades en cuestión deben estar vinculadas a programas de asistencia y servicios sociales para personas con discapacidad, de forma que se plasme de forma nítida la relación entre el dinero que se aporta y las actuaciones correspondientes.

Por último, el tercer requisito hace referencia a la **finalidad u objetivo perseguido**, que debe ser el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de un fin público (art. 2.1.c) de la Ley General de Subvenciones).

En concreto, la subvención se concede para promover una actividad concreta, específica y determinada que se considera beneficiosa para el interés general, por lo que ésta se estimula, mediante la actuación positiva por parte del beneficiario, lo que caracteriza a la figura que estamos estudiando¹³⁶.

Como es lógico, excede el contenido de este trabajo examinar con detalle cuándo se entiende que estamos ante una acción de utilidad pública o interés social, ya que ello conduce a una casuística muy variada, objeto de estudio en el ámbito del Derecho Administrativo¹³⁷. Lo que sí es evidente es que, como hemos adelantado unas líneas más arriba, dicha acción deberá dirigirse a favor de las personas con discapacidad de forma que estemos en el ámbito de la asistencia social.

¹³⁵ Debemos traer a colación en este momento la acertada opinión de GARCÍA NOVOA, C., quien entiende que sólo serán indemnizaciones las que realmente pueden calificarse como tales atendiendo a su régimen jurídico. A este respecto pone como ejemplo aquellas subvenciones en las que la situación que legitima su concesión es una pérdida o menoscabo en el patrimonio de quien va a resultar beneficiado, catalogándose a veces como indemnizaciones (como sucede con las cantidades otorgadas por la Comunidad Europea por el abandono de determinadas producciones). A este respecto, el citado autor escribe: “Podemos decir que en estos casos los poderes públicos comunitarios y nacionales están indemnizando, puesto que están compensando un perjuicio que una determinada política pública agrícola, sanitaria o de cualquier tipo, irroga a determinados sujetos. Pero esa compensación se hace a través de una norma de carácter general, no a través de la concreta evaluación del daño causado a cada sujeto, por lo que, en estos casos, la supuesta indemnización no tiene que corresponder necesariamente con el valor económico del bien o derecho menoscabado. Ello basta para que erosione su configuración como indemnización y para que admitamos que estamos ante auténticas subvenciones, en las que el fin público perseguido por la Administración consiste en neutralizar el impacto económico de ciertas políticas públicas en determinados sectores”. (Cfr.: “Las subvenciones y el Impuesto sobre el Valor Añadido (I)”, *ob. cit.*, pág. 209).

¹³⁶ Vid.: SESMA SÁNCHEZ, B.: *Las Subvenciones Públicas*, *ob. cit.*, pág. 209.

¹³⁷ Así, algún autor, como DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A. opina que no es menos cierto que la utilización que de las subvenciones se hace en la práctica no es en absoluto coincidente con el concepto indicado en el texto. (Vid.: IVA, *Subvenciones y Regla de la Prorrata en Nuestro Derecho Interno: su Adecuación al Derecho Comunitario*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 143.

En este sentido menciona la Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de febrero de 1992 en la que se diferencia entre subvenciones que responden a una finalidad o acción de fomento y “subvenciones-dotación”, frecuentemente incluidas en los Presupuestos Generales del Estado. El Alto Tribunal entiende que “si bien formalmente caracterizadas como subvenciones, en realidad encubren meras dotaciones presupuestarias destinadas a cubrir las necesidades de financiación de un determinado ente o servicio público y que sólo impropia o en una acepción muy genérica pueden asimilarse a las subvenciones en sentido estricto, constituyendo en realidad transferencias presupuestarias para asegurar la suficiencia financiera del ente público receptor (...)”.

Por lo tanto, creemos que si se respetan los requisitos anteriores (con las matizaciones que hemos indicado) se hallará un supuesto de subvención que se integre en el concepto de la Ley General de Subvenciones al que será aplicable el régimen de concesión y tributario que analizaremos en epígrafes posteriores, circunstancia que queda completada con el elenco de exclusiones al ámbito de aplicación de dicha Ley, enumeradas en el art. 4 y que se refieren a casos concretos con normativa específica¹³⁸.

Siguiendo con el desarrollo del presente trabajo, una vez que se ha concretado lo que entendemos por subvención, únicamente nos resta en este momento hacer una referencia sucinta a los **principios que afectan** a esta institución.

Por lo que respecta a las máximas de carácter constitucional, siguiendo a SESMA SÁNCHEZ, B.¹³⁹, se les puede aplicar el principio de igualdad (al ser un instrumento de política social y económica) y el principio de asignación equitativa de los gastos públicos (en cuanto se trata de auténticos gastos a cargo del presupuesto de un ente público). Por lo que se refiere al principio de legalidad, hay que estar al respeto del contenido de la reciente Ley General de Subvenciones, tantas veces citada, y cuyo concepto de subvención se ha comentado.

Como consecuencia de esa necesaria observancia, el art. 8 de dicha Ley regula unos principios generales que deben cumplir los órganos que quieran conceder subvenciones. Así, se debe concretar un plan estratégico, con los objetivos y efectos que se pretenden alcanzar, el plazo necesario para su consecución y los costes previsibles. Si entre esos fines hay alguno que pretenda influir en el mercado, la norma advierte que deben dirigirse a corregir fallos claramente identificados, teniendo una influencia lo menos distorsionadora posible.

Finalmente, el mismo precepto señala los principios a seguir por la gestión de las subvenciones, que se concretan en la publicidad, transparencia, concurrencia, objetividad, igualdad y no discriminación, eficacia en el cumplimiento de objetivos y eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, ya contenidos, en su mayoría, en el elenco de principios constitucionales que hemos mencionado.

En definitiva, el coste de la dependencia originada por la discapacidad puede ser sufragado de forma satisfactoria por la vía de las subvenciones, cuyas características fundamentales hemos analizado en este apartado y cuya estructura debe ceñirse a las mismas, para no encontrarnos ante figuras que no pueden catalogarse de “*subvención*”.

II) Entes Públicos competentes para la asistencia social

¹³⁸ Dicho precepto establece: “*Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: a) Los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario. b) Las subvenciones previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. c) Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos. d) Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, en los términos previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa*”.

¹³⁹ Vid.: *Las Subvenciones Públicas*, ob. cit., págs. 79 y ss.

Como se deduce fácilmente, una vez determinado lo que consideramos como subvención, así como sus elementos y principios aplicables, la cuestión se centra en el tema relativo al requisito subjetivo activo, es decir en el órgano que la concede. Para ello, hay que acudir a los **Entes Públicos encargados de la asistencia social**, integrados en la esfera de las distintas Administraciones Públicas.

Antes de proceder a determinar el elenco de dichos organismos, conviene reiterar el contenido del art. 3 de la Ley General de Subvenciones, ya expuesto más arriba, que matiza la aplicación de la Ley, de forma que:

“3. Los preceptos de esta ley serán de aplicación a la actividad subvencional de las Administraciones de las Comunidades autónomas así como a los organismos públicos y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas (...)

4. Será igualmente aplicable esta ley a las siguientes subvenciones:

a) Las establecidas en materias cuya regulación plena o básica corresponda al Estado y cuya gestión sea competencia total o parcial de otras Administraciones públicas.

b) Aquellas en cuya tramitación intervengan órganos de la Administración General del Estado o de las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de aquélla, conjuntamente con otras Administraciones, en cuanto a las fases del procedimiento que corresponda gestionar a dichos órganos”.

En consecuencia, tanto la **Administración estatal, como la autonómica y local se regirán por esta Ley**, en lo relativo al carácter básico de algunos de sus preceptos, siendo de aplicación también la normativa propia de las Comunidades Autónomas en la materia, en la que suelen coincidir con la estatal al extender su ámbito a las subvenciones que tramite la Administración autonómica y la de los organismos autónomos de ella dependientes¹⁴⁰.

¹⁴⁰ A modo de ejemplo, sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar las siguientes leyes generales sobre subvenciones, dejando al margen la regulación existente en el ámbito de las normas genéricas sobre Economía y Hacienda de algunas Comunidades Autónomas que también se ocupan de esta cuestión:

- Ley 5/2002, de 21 de junio, de Subvenciones de Navarra.

- Ley Foral 8/1997, de 9 de junio, que regula el régimen general para la concesión, gestión y control de las Subvenciones de la Administración de la Comunidad Foral y de sus organismos autónomos.

- Ley 7/1997, de 19 de junio, reguladora del régimen de subvenciones y ayudas, y que modifica el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco.

- Ley 2/1995, de 8 de marzo, Reguladora de las Subvenciones de Madrid.

- Ley 10/2006, de 17 de julio, de Subvenciones de Cantabria.

En cuanto a normativa de rango inferior a la ley que concede subvenciones entre Administraciones Públicas o que desarrolla aspectos relativos a las subvenciones:

- Real Decreto 1633/2006, de 29 de diciembre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones a la Comunidad Foral de Navarra y Comunidad Autónoma del País Vasco para proyectos de acción social a favor de las personas en situación de dependencia.

- Decreto 254/2001, de 20 de noviembre, de Andalucía, por el que se aprueba el Reglamento que regula los procedimientos para la concesión de subvenciones por la Administración de la Junta y sus Organismos Autónomos.

- Decreto 71/1992, de 29 de octubre, de Asturias, por el que se establece el Régimen general de subvenciones.

- Decreto 337/1997, de 19 de diciembre, de Canarias, por el que se establece el régimen general de ayudas y subvenciones de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma.

- Decreto 2/1991, de 15 de enero, de Castilla-La Mancha, de Régimen General de Concesión de Subvenciones.

- Decreto 77/1990, de 16 de octubre, de Extremadura, que regula el Régimen General de Concesión de Subvenciones, modificado por el Decreto 50/2001, de 3 de abril, sobre medidas adicionales de gestión de inversiones financiadas con ayudas de la Junta de Extremadura.

Por lo que respecta a la regulación que motiva la concesión de una determinada subvención, la Ley, para determinar el alcance de la misma, parte de distinguir las modalidades de actividad de los órganos públicos, según actúen en régimen de derecho público o en régimen de derecho privado; en este sentido, si las que se otorguen son consecuencia del ejercicio de potestades administrativas, quedarán sujetas a la Ley General de Subvenciones¹⁴¹.

Por lo tanto, la Ley, al encuadrarse en el **ámbito del derecho público**, se centraría en las entidades que se rijan por el mismo, quedando al margen las de derecho privado; sin embargo, como ha matizado la doctrina “en la medida en que nos encontramos ante personas jurídico-privadas, bajo la órbita del sector público, se puede entender más adecuada su sujeción a los principios de gestión e información a que se hace referencia en la LGS y que conforman las líneas básicas de buen hacer de cualquier institución pública. En este caso, las aportaciones gratuitas que realicen las fundaciones del sector público serán esencialmente finalistas y volitivas, de forma que el acto de otorgamiento será generador de derechos y deberes para las partes”¹⁴².

Además, debe advertirse que estamos en una materia cuyas **competencias son compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas** y, tal como ha puesto de manifiesto la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1992, en su Fundamento Jurídico 8º, cuando el Estado ostente competencia plena sobre la legislación de la materia, le

- Decreto 12/1992, de 2 de abril, de La Rioja, de Normas Regulatoras del Procedimiento de Concesión de Subvenciones y ayudas a la Comunidad Autónoma.

Finalmente, se pueden citar disposiciones de carácter sectorial relativas al tema de la discapacidad y la dependencia:

- Orden de 25 de julio de 2005, de Andalucía, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de ayudas por la contratación de personas para cuidado de un familiar, en primer grado de consanguinidad o afinidad, que tenga reconocido un grado de discapacidad de al menos un 75% o padezca enfermedad crónica que requiera la atención continuada, modificada por Orden de 19 de mayo de 2006.

- Decreto 94/2005, de 12 de abril, de Extremadura, por el que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones para la realización de programas de apoyo a las familias de las personas con discapacidad para la atención, el cuidado y la ocupación del tiempo libre.

- Orden de 8 de marzo de 2006 de Extremadura, por la que se convocan subvenciones para la realización de programas de apoyo a las familias de personas con discapacidad para la atención, el cuidado y la ocupación del tiempo libre, para el ejercicio 2006.

- Resolución de 27 de noviembre de 2006, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publican las subvenciones concedidas a entidades no gubernamentales en el área de atención a mayores, con cargo a los presupuestos 2006.

- Resolución de 30 de noviembre de 2006, del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, por la que se publican las subvenciones concedidas a entidades y organizaciones no gubernamentales para actuaciones de turismo y termalismo para personas con discapacidad, con cargo a los presupuestos de 2006.

- Resolución de 12 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por la que se publican las subvenciones concedidas al amparo de lo dispuesto en la Orden TAS/2160/2006, de 26 de junio.

- Resolución de 12 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, por la que se publican las subvenciones concedidas, en el área de Servicios Sociales, al amparo de lo dispuesto en la Orden TAS/1541/2006, de 9 de mayo.

¹⁴¹ En esta materia seguimos a DEL BARCO FERNÁNDEZ-MOLINA, J. y otros: *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 54.

¹⁴² *Ibidem*, pág. 55.

corresponde en su integridad la regulación de la subvención y a las Comunidades Autónomas las competencias de ejecución.

Sin embargo, como establece el art. 148.1.20ª, las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de asistencia social, lo que conduce a una atribución plena de competencias para los entes autonómicos que motivaría la inclusión en la esfera de su regulación propia.

Concretando un poco la exposición al tema que nos ocupa –la asistencia social y la dependencia- la reciente **Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia**, ha creado, por medio de su art. 6, el **Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia**, definiéndose de esta forma:

“1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia garantiza las condiciones básicas y el contenido común a que se refiere la presente Ley; sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en materia de promoción de la autonomía personal y la atención y protección a las personas en situación de dependencia; optimiza los recursos públicos y privados disponibles, y contribuye a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

2. El Sistema se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados.

3. La integración en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia de los centros y servicios a que se refiere este artículo no supondrá alteración alguna en el régimen jurídico de su titularidad, administración, gestión y dependencia orgánica”.

Dicho Sistema tiene la función de coordinar y de implementar las acciones a favor de la asistencia y está auxiliado por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, regulado en el art. 8 de la última Ley citada, cuyo régimen y competencias consiste en lo siguiente:

“1. Se crea el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como instrumento de cooperación para la articulación del Sistema. El Consejo estará constituido por el titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y por un representante de cada una de la Comunidades Autónomas, recayendo dicha representación en el miembro del Consejo de Gobierno respectivo que tenga a su cargo las competencias en la materia. Integrarán igualmente el Consejo un número de representantes de los diferentes Departamentos ministeriales. En la composición tendrán mayoría los representantes de las Comunidades Autónomas.

2. Sin perjuicio de las competencias de cada una de las Administraciones Públicas integrantes, corresponde al Consejo, además de las funciones que expresamente le atribuye esta Ley, ejercer las siguientes:

a) Acordar el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de la Ley previsto en el artículo 10.

b) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos de acuerdo con los artículos 10.3 y 15.

c) Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas previstas en el artículo 20 y en la Disposición Adicional primera.

d) Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.

e) Acordar el baremo a que se refiere el artículo 27, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración.

- f) *Acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos.*
- g) *Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema.*
- h) *Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes.*
- i) *Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.*
- j) *Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y en especial las normas previstas en el artículo 9.1.*
- k) *Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.*

El Consejo Territorial del Sistema, una vez constituido, acordará sus normas en cuanto a funcionamiento y Presidencia”.

Como más adelante indica el art. 9.2 de la norma, la financiación del nivel mínimo de protección garantizado para los beneficiarios del sistema, correrá a cargo de la Administración General del Estado, a través de la Ley de Presupuestos Generales; sin embargo, se reconoce expresamente la **cooperación entre el ámbito estatal y el autonómico**, como refleja el art. 10:

“1. En el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán el marco de cooperación interadministrativa que se desarrollará mediante los correspondientes Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas.

2. A través de los Convenios a los que se refiere el apartado anterior, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones recogidos en el Capítulo II del presente Título, incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado de acuerdo con el artículo 9.

3. En aplicación de lo previsto en el apartado anterior, el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia establecerá los criterios para determinar la intensidad de protección de cada uno de los servicios previstos en el Catálogo, y la compatibilidad e incompatibilidad entre los mismos, para su aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

4. Los Convenios establecerán la financiación que corresponda a cada Administración para este nivel de prestación, en los términos establecidos en el artículo 32 y en la Disposición transitoria primera de esta Ley, así como los términos y condiciones para su revisión. Igualmente, los Convenios recogerán las aportaciones del Estado derivadas de la garantía del nivel de protección definido en el artículo 9”.

Asimismo, los arts. 11 y 12 del mismo texto legal concretan la **participación de las Comunidades Autónomas y de los Entes Locales en este proceso**, lo que pone en evidencia la competencia de dichos Entes para la materia, así como para la concesión de las subvenciones correspondientes.

“Artículo 11. Participación de las Comunidades Autónomas en el Sistema.

1. En el marco del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, corresponden a las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las competencias que les son propias según la Constitución Española, los Estatutos de Autonomía y la legislación vigente, las siguientes funciones:

- a) *Planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia.*
- b) *Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia.*
- c) *Establecer los procedimientos de coordinación socio-sanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención.*
- d) *Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad.*
- e) *Asegurar la elaboración de los correspondientes Programas Individuales de Atención.*
- f) *Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios.*
- g) *Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo.*
- h) *Aportar a la Administración General del Estado la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación previstos en el artículo 32.*

2. En todo caso, las Comunidades Autónomas, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 podrán definir, con cargo a sus presupuestos, niveles de protección adicionales al fijado por la Administración General del Estado en aplicación del artículo 9 y al acordado, en su caso, conforme al artículo 10, para los cuales podrán adoptar las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas.

Artículo 12. Participación de las Entidades Locales.

- 1. Las Entidades Locales participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye.*
- 2. Las Entidades Locales podrán participar en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga”.*

Por último, y como es evidente, el acceso a las diferentes prestaciones económicas, reconocidas en los arts. 14 y ss. de la ya tantas veces citada Ley 39/2006, supone una cuestión aparte de las subvenciones, ya que entraría en el juego de las ayudas o prestaciones, cuyo estudio corresponde a otros epígrafes de este trabajo.

Otro aspecto a reseñar en lo relativo a los sujetos activos del pago de una subvención es la presencia de **entidades colaboradoras**, admitidas en el art. 12 de la Ley General de Subvenciones y que pueden ser otros órganos territoriales. Así, dicho precepto establece:

“1. Será entidad colaboradora aquella que, actuando en nombre y por cuenta del órgano concedente a todos los efectos relacionadas con la subvención, entregue y distribuya los fondos públicos a los beneficiarios cuando así se establezca en las leyes reguladoras, o colabore en la gestión de la subvención sin que se produzca la previa entrega y distribución de los fondos recibidos. Estos fondos, en ningún caso, se considerarán integrantes de su patrimonio.

Igualmente tendrán esta condición los que habiendo sido denominados beneficiarios conforme a la normativa comunitaria tengan encomendadas, exclusivamente, las funciones enumeradas en el párrafo anterior.

2. Podrán ser consideradas entidades colaboradoras los organismos y demás entes públicos, las sociedades mercantiles participadas íntegra o mayoritariamente por las Administraciones públicas, organismos o entes de derecho público y las asociaciones a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, así como las demás personas jurídicas públicas o privadas que reúnan las condiciones de solvencia y eficacia que se establezcan.

3. Las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales podrán actuar como entidades colaboradoras de las subvenciones concedidas por la Administración General del Estado, sus organismos públicos y demás entes que tengan que ajustar su actividad al derecho público. De igual forma, y en los mismos términos, la Administración General del Estado y sus organismos públicos podrán actuar como entidades colaboradoras respecto de las subvenciones concedidas por las Comunidades Autónomas y corporaciones locales”.

Seguidamente, el art. 15 enumera las **obligaciones de dichas entidades**:

“1. Son obligaciones de la entidad colaboradora:

a) Entregar a los beneficiarios los fondos recibidos de acuerdo con los criterios establecidos en las bases reguladoras de la subvención y en el convenio suscrito con la entidad concedente.

b) Comprobar, en su caso, el cumplimiento y efectividad de las condiciones o requisitos determinantes para su otorgamiento, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) Justificar la entrega de los fondos percibidos ante el órgano concedente de la subvención y, en su caso, entregar la justificación presentada por los beneficiarios.

d) Someterse a las actuaciones de comprobación que respecto de la gestión de dichos fondos pueda efectuar el órgano concedente, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

2. Cuando la Administración General del Estado, sus organismos públicos o las Comunidades Autónomas actúen como entidades colaboradoras, las actuaciones de comprobación y control a que se hace referencia en el párrafo d) del apartado anterior se llevarán a cabo por los correspondientes órganos dependientes de las mismas, sin perjuicio de las competencias de los órganos de control comunitarios y de las del Tribunal de Cuentas”.

Para finalizar este apartado dedicado a los órganos públicos competentes para la asistencia social, hemos de advertir de dos cuestiones: en primer lugar, al margen de su tratamiento en otro lugar, de la **existencia de diversos órganos y programas de asistencia social en los diversos niveles territoriales en España**. Baste como ejemplo los servicios de asistencia domiciliaria, cuya amplitud y extensión no es posible desarrollar aquí¹⁴³ y que son esenciales para la temática que nos ocupa.

¹⁴³ Vid. DE ANDRÉS PIZARRO, J.: “Desigualdades en los servicios de protección de la dependencia para personas mayores”, <http://www.doyma.es>, págs. 127 y ss. y CASADO MARÍN, D.: “La atención a la dependencia en España”, *ibidem*, págs. 136 y ss.

En este sentido, RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, P. escribe: “Las diferencias entre el sistema sanitario y los servicios sociales son enormes. Derivan, fundamentalmente, de su diferente grado de maduración, estructuración y consolidación en el conjunto de las políticas de protección social. Los servicios sanitarios están totalmente extendidos y conceptualizados (todo el mundo sabe cuál es y dónde está el centro de salud o el de consultas de especialistas o el hospital que le corresponde, quién es su médico de atención primaria, su pediatra, etc.) y el acceso a las prestaciones sanitarias (gratuitas en lo que atañe a la atención) constituye un derecho universal garantizado para toda la población. Por su parte, los servicios sociales

En segundo término, mencionar la aprobación del Real Decreto 918/2006, de 28 de julio, por el que se regula la **concesión directa de subvenciones a ayuntamientos para proyectos de acción social a favor de las personas mayores** en situación de dependencia.

En el art. 1 de esta norma, se lee lo siguiente:

“Este real decreto tiene por objeto regular la concesión directa de subvenciones a los ayuntamientos a los que se refiere el artículo 3 para convenios de colaboración que serán suscritos por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y las corporaciones locales que se detallan en el artículo 3.

La finalidad de la concesión es finalizar la construcción, ampliación, adaptación o equipamiento de centros de atención a personas mayores en situación de dependencia para poder proceder a su inmediata puesta en funcionamiento. Y ello para dar respuesta a las necesidades de atención urgente de personas mayores gravemente dependientes que tienen necesidad de recibir servicios y atención adecuada”.

Es particularmente interesante observar, que, en la normativa mencionada, se condiciona la obtención de la subvención al cumplimiento de las obligaciones que se establezcan en los convenios de colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, lo cual es una muestra del procedimiento habitual para actuar en este terreno. Así, volvemos a reiterar nuestra opinión expresada anteriormente de que no estamos ante subvenciones reintegrables, ya que ello estaría fuera del concepto de subvención legal que ya hemos expuesto, sino que se trata simplemente de las obligaciones que deben cumplirse por parte del sujeto beneficiario de la ayuda en cuestión.

III) La asistencia social como derecho subjetivo de los ciudadanos (Remisión)

Proseguimos el estudio de los elementos subjetivos que intervienen en el proceso de concesión de una subvención en el ámbito de la asistencia social y de las personas con dependencia, abordando de forma sintética el sujeto que recibe el pago de la cantidad, es decir, el beneficiario de la subvención.

Hay que distinguir, a modo de introducción, aquellos supuestos en los que el beneficiario de la subvención no sea la persona o personas que dan lugar a la situación que se trata de proteger y de ayudar económicamente; en efecto, piénsese en el supuesto en que se conceda una cantidad a la familia de una persona con minusvalía. En este caso, el dinero lo reciben las personas que soportan la mayor carga económica por la situación de dependencia, pero es un sujeto distinto el que cumple con los requisitos –la minusvalía- que originan la hipotética subvención.

adolecen de falta de estructuración y suficiente extensión, no tienen esa consideración de gratuidad y permanecen anclados en la mayoría de los lugares en una antigua concepción residual y asistencialista, que limita su campo de actuación a quienes tienen escasez de rentas y carecen de suficiente apoyo social. Las razones de estas diferencias estriban fundamentalmente en que el sistema sanitario, y aún más el educativo, han tenido un largo recorrido de conformación y tradición histórica, de modo que ambos llegan a la democracia como sistemas muy consolidados y con muchos recursos, al contrario de lo que ocurrió con los servicios sociales, mucho más recientes y mezclados con sus antecedentes de carácter benéfico y caritativo (...). (Vid.: *El sistema de servicios sociales español y las necesidades derivadas de la atención a la dependencia*, Documento de Trabajo 87/2006, Fundación Alternativas, Madrid, 2006, págs. 45 y 46). Resulta ilustrativo consultar los cuadros generales sobre estructura de los servicios sociales para personas mayores que se recogen en el *Libro Blanco para la Atención a las personas en situación de dependencia en España*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, págs. 352 y ss. en donde se muestra un elenco de servicios domiciliarios, teleasistencia, centros de día y servicios residenciales.

Dicho lo anterior, es preciso tener en cuenta el **fundamento subjetivo presente en la Constitución Española de 1978** para la protección de las situaciones de dependencia, que es objeto de estudio detallado en el Tercer Capítulo de esta obra, y al que nos remitimos.

Finalmente, hay que mencionar en este momento la definición que da el art. 11 de la Ley General de Subvenciones acerca de lo que entiende por **beneficiarios** de dichas ayudas.

“1. Tendrá la consideración de beneficiario de subvenciones la persona que haya de realizar la actividad que fundamentó su otorgamiento o que se encuentre en la situación que legitima su concesión.

2. Cuando el beneficiario sea una persona jurídica, y siempre que así se prevea en las bases reguladoras, los miembros asociados al beneficiario que se comprometan a efectuar la totalidad o parte de las actividades que fundamentan la concesión de la subvención en nombre y por cuenta del primero tendrán igualmente la consideración de beneficiarios.

3. Cuando se prevea expresamente en las bases reguladoras, podrán acceder a la condición de beneficiario las agrupaciones de personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, las comunidades de bienes o cualquier otro tipo de unidad económica o patrimonio separado que, aun careciendo de personalidad jurídica, puedan llevar a cabo los proyectos, actividades o comportamientos o se encuentren en la situación que motiva la concesión de la subvención”.

Por lo tanto, la norma general del Estado no establece ninguna cortapisa ni requisito añadido para las personas en situación de dependencia, llegando, incluso, a admitir, a personas jurídicas o entes sin personalidad que puedan ejecutar las actuaciones apropiadas para estos colectivos.

En cuanto a las **obligaciones a cumplir por parte de los beneficiarios**, contenidas en el art. 14 del mismo cuerpo legal, la principal, como no podía ser de otra manera, es la de cumplir con la conducta o la finalidad para la cual se concede la subvención en cuestión, así como el sometimiento a las comprobaciones oportunas por parte de los órganos concedentes¹⁴⁴, lo que llevado al tema que nos ocupa, se verifica de forma

¹⁴⁴ En concreto, el citado art. 14 indica: “*Obligaciones de los beneficiarios.*

1. Son obligaciones del beneficiario:

a) Cumplir el objetivo, ejecutar el proyecto, realizar la actividad o adoptar el comportamiento que fundamenta la concesión de las subvenciones.

b) Justificar ante el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, el cumplimiento de los requisitos y condiciones, así como la realización de la actividad y el cumplimiento de la finalidad que determinen la concesión o disfrute de la subvención.

c) Someterse a las actuaciones de comprobación, a efectuar por el órgano concedente o la entidad colaboradora, en su caso, así como cualesquiera otras de comprobación y control financiero que puedan realizar los órganos de control competentes, tanto nacionales como comunitarios, aportando cuanta información le sea requerida en el ejercicio de las actuaciones anteriores.

d) Comunicar al órgano concedente o la entidad colaboradora la obtención de otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos que financien las actividades subvencionadas.

Esta comunicación deberá efectuarse tan pronto como se conozca y, en todo caso, con anterioridad a la justificación de la aplicación dada a los fondos percibidos.

e) Acreditar con anterioridad a dictarse la propuesta de resolución de concesión que se halla al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social, en la forma que se determine reglamentariamente, y sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional decimoctava de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

f) Disponer de los libros contables, registros diligenciados y demás documentos debidamente auditados en los términos exigidos en la legislación mercantil y sectorial aplicable al beneficiario en

evidente a través de la constatación de la minusvalía correspondiente o la necesidad y dependencia de que se trate.

IV) Procedimiento de concesión de las subvenciones

Como último apartado en relación a las subvenciones relacionadas con el coste de la dependencia originada por la discapacidad, resulta ilustrativo abordar el procedimiento previsto para su concesión; en concreto y debido en cierto modo a que la normativa autonómica se remite o repite en ocasiones lo dispuesto a nivel estatal, nos vamos a centrar en la regulación contenida en los arts. 22 a 28 de la Ley General de Subvenciones, desarrollado, en su caso, por los preceptos correspondientes de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio.

La citada norma contempla en el art. 22 **dos fórmulas de tramitación**: el procedimiento ordinario de concesión en régimen de concurrencia competitiva y el procedimiento de concesión directa.

Como explicita el propio precepto y también reitera el art. 55 del Reglamento indicado, el procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva será el ordinario y habitual, quedando relegado el de concesión directa solo para los casos previstos en el art. 22.2: “*Podrán concederse de forma directa las siguientes subvenciones:*

a) Las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales, en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones.

b) Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesto a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa.

c) Con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública”¹⁴⁵.

cada caso, así como cuantos estados contables y registros específicos sean exigidos por las bases reguladoras de las subvenciones, con la finalidad de garantizar el adecuado ejercicio de las facultades de comprobación y control.

g) Conservar los documentos justificativos de la aplicación de los fondos recibidos, incluidos los documentos electrónicos, en tanto puedan ser objeto de las actuaciones de comprobación y control.

h) Adoptar las medidas de difusión contenidas en el apartado 4 del artículo 17 de esta Ley.

i) Proceder al reintegro de los fondos percibidos en los supuestos contemplados en el art. 37 de esta Ley”.

¹⁴⁵ Por lo que respecta a la regulación comunitaria en este sentido, el art. 168.1 del Reglamento de la Comunidad Europea 2342/2002, aprobado por la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, que aborda las normas de desarrollo del Reglamento del Consejo 1605/2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, indica lo siguiente:

“1. Únicamente podrán concederse subvenciones sin necesidad de una convocatoria de propuestas en los siguientes casos:

a) en el caso de la ayuda humanitaria contemplada en el Reglamento (CE) núm. 1257/96 del Consejo, y en el de las ayudas en situaciones de crisis definidas en el apartado 2;

b) en otros casos de emergencia excepcionales y debidamente justificados;

c) en favor de organismos que se encuentren en situación de monopolio de hecho o de derecho, debidamente motivada en la correspondiente decisión de concesión de la Comisión;

d) en favor de organismos incluidos en el acto de base para recibir una subvención”.

En relación al tema que nos ocupa, la mayoría de las subvenciones se regirán por el procedimiento de concurrencia competitiva, lo cual resulta más justo en atención a la comprobación pertinente de la situación de dependencia por discapacidad de que se trate¹⁴⁶.

Así, como pone de manifiesto el propio art. 22, con el régimen ordinario se garantizan los tres aspectos fundamentales que dan una mayor transparencia y justicia a la concesión de las ayudas y que consisten en la comparación de los aspirantes en un único procedimiento, el establecimiento de un orden de prelación de las solicitudes y en el otorgamiento de las subvenciones hasta que se alcance el crédito presupuestario correspondiente¹⁴⁷; estos elementos son la esencia del régimen de concurrencia competitiva, como advierte el citado precepto¹⁴⁸.

Por lo tanto, al tener que estar comprendido en el crédito aprobado con un destino concreto, las subvenciones se van a vincular, con carácter general, a un ejercicio concreto, es decir, a un presupuesto anual; sin embargo, como advierten los arts. 56 y 57 del Reglamento de desarrollo de la Ley General de Subvenciones, se prevén los supuestos de **tramitación anticipada** y de **subvenciones plurianuales**.

La **tramitación anticipada** se encuentra en el art. 56 del Reglamento, se permite para algunos casos determinados en los que la convocatoria se haga en un ejercicio anterior y, lógicamente, la cuantía total a entregar a los beneficiados tiene un carácter estimado.

Así, el citado precepto establece:

“1. La convocatoria podrá aprobarse en un ejercicio presupuestario anterior a aquél en el que vaya a tener lugar la resolución de la misma, siempre que la ejecución del gasto se realice en la misma anualidad en que se produce la concesión y se cumpla alguna de las siguientes circunstancias:

a) Exista normalmente crédito adecuado y suficiente para la cobertura presupuestaria del gasto de que se trate en los Presupuestos Generales del Estado.

¹⁴⁶ Como escribe SILVA URIEN, I.: “El carácter limitativo de los créditos presupuestarios, unido al necesario respecto al principio de legalidad, hacen que resulte imprescindible garantizar el acceso a las subvenciones en las mismas condiciones de objetividad a todos los posibles beneficiarios.

El único procedimiento capaz de garantizar la plena cobertura de cada uno de estos principios y responder a las necesidades anteriormente enunciadas es el de concurrencia competitiva.

Junto con éste, y por razones excepcionales, la Ley admite que exigencias de superior rango a los principios enunciados, derivadas, bien de la Ley, bien del interés público, puedan prevalecer excepcionalmente sobre alguno de los principios aludidos, permitiéndose el empleo del procedimiento de concesión directa” (Cfr.: *Comentarios prácticos a la nueva Ley General de Subvenciones*, ob. cit., pág. 192).

¹⁴⁷ Vid.: SILVA URIEN, I.: *Ibidem*, pág. 192.

¹⁴⁸ Art. 22.1: “El procedimiento ordinario de concesión de subvenciones se tramitará en régimen de concurrencia competitiva. A efectos de esta Ley, tendrá la consideración de concurrencia competitiva el procedimiento mediante el cual la concesión de las subvenciones se realiza mediante la comparación de las solicitudes presentadas, a fin de establecer una prelación entre las mismas de acuerdo con los criterios de valoración previamente fijados en las bases reguladoras y en la convocatoria, y adjudicar, con el límite fijado en la convocatoria dentro del crédito disponible, aquellas que hayan obtenido mayor valoración en aplicación de los citados criterios”.

b) *Exista crédito adecuado y suficiente en el proyecto de Presupuestos Generales del Estado que haya sido sometido a la aprobación de las Cortes Generales correspondiente al ejercicio siguiente, en el cual se adquirirá el compromiso de gasto como consecuencia de la aprobación de la resolución de la concesión.*

2. *En estos casos, la cuantía total máxima que figure en la convocatoria tendrá carácter estimado por lo que deberá hacerse constar expresamente en la misma que la concesión de las subvenciones queda condicionada a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el momento de la resolución de la concesión. En los supuestos en los que el crédito presupuestario que resulte aprobado en la Ley de Presupuestos fuera superior a la cuantía inicialmente estimada, el órgano gestor podrá decidir su aplicación o no a la convocatoria, previa tramitación del correspondiente expediente de gasto antes de la resolución, sin necesidad de nueva convocatoria.*

3. *En el expediente de gasto que se tramite con carácter previo a la convocatoria, el certificado de existencia de crédito será sustituido por un certificado expedido por la oficina presupuestaria del Departamento Ministerial en el que se haga constar que concurre alguna de las circunstancias mencionadas en el apartado 1 de este artículo.*

4. *Los efectos de todos los actos de trámite dictados en el expediente de gasto se entenderán condicionados a que al dictarse la resolución de la concesión, subsistan las mismas circunstancias de hecho y de derecho existentes en el momento en que fueron producidos dichos actos”.*

Evidentemente, para pueda acudir a este expediente, es necesario que, como dice dicho art. 56, exista un crédito en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para la partida en cuestión, lo que conduce a pensar que antes de la entrada del mismo en las Cortes Generales, no será posible esta tramitación anticipada. Esta afirmación excluye el que se pueda realizar la actuación en la fase de Anteproyecto de Ley y, en consecuencia, normalmente, hasta septiembre del año anterior, no se podrá iniciar la misma, al ser la fecha de presentación habitual del Proyecto de Ley¹⁴⁹.

Esta fórmula reviste el atractivo de poder adelantar el procedimiento y todos sus trámites, lo que permitirá que los sujetos puedan recibir las cantidades en fechas más tempranas del año de que se trate.

Por lo que respecta a las **subvenciones plurianuales**, el art. 57 del Reglamento las regula del siguiente modo:

“1. Podrá autorizarse la convocatoria de subvenciones cuyo gasto sea imputable a ejercicios posteriores a aquél en que recaiga resolución de concesión.

2. En la convocatoria deberá indicarse la cuantía total máxima a conceder, así como su distribución por anualidades, dentro de los límites fijados en el artículo 47 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, atendiendo al momento en que se prevea realizar el gasto derivado de las subvenciones que se concedan. Dicha distribución tendrá carácter estimado cuando las normas reguladoras hayan contemplado la posibilidad de los solicitantes de optar por el pago anticipado. La modificación de la distribución inicialmente aprobada requerirá la tramitación del correspondiente expediente de reajuste de anualidades.

3. Cuando se haya previsto expresamente en la normativa reguladora la posibilidad de efectuar pagos a cuenta, en la resolución de concesión de una subvención plurianual se señalará

¹⁴⁹ Así lo indica el art. 37.1 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que prescribe la entrada del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado en las Cortes Generales antes del día 1 de octubre del año anterior.

*la distribución por anualidades de la cuantía atendiendo al ritmo de ejecución de la acción subvencionada. La imputación a cada ejercicio se realizará previa aportación de la justificación equivalente a la cuantía que corresponda (...)*¹⁵⁰.

Al margen de estos dos supuestos –tramitación anticipada y subvenciones plurianuales– el procedimiento habitual seguirá los cauces del ejercicio económico correspondiente. Veamos a continuación cada uno de los dos procedimientos de concesión de forma separada.

1) Procedimiento de concesión en régimen de concurrencia competitiva

La normativa reguladora se encuentra en los arts. 23 a 27 de la Ley General de Subvenciones y en los arts. 58 a 64 del Reglamento de desarrollo.

Como todo procedimiento administrativo consta de **tres fases**: iniciación, instrucción y resolución¹⁵¹.

La fase de **iniciación** comienza siempre de oficio (art. 23) y se realiza mediante la convocatoria aprobada por el órgano competente en la que se desarrollará el procedimiento concreto para la concesión de la subvención, siempre respetando lo establecido en la Ley General de Subvenciones y en la normativa administrativa supletoria.

Dicha **convocatoria**¹⁵² tendrá el siguiente **contenido** (art. 23.2):

a) Indicación de la disposición que establezca, en su caso, las bases reguladoras y del diario oficial en que está publicada, salvo que en atención a su especificidad éstas se incluyan en la propia convocatoria.

b) Créditos presupuestarios a los que se imputa la subvención y cuantía total máxima de las subvenciones convocadas dentro de los créditos disponibles o, en su defecto, cuantía estimada de las subvenciones.

¹⁵⁰ Los límites del art. 47 de la Ley General Presupuestaria a que hace referencia el art. 57 citado en el texto, consisten en el 70 por 100 del crédito inicial a que corresponda a la operación en el ejercicio inmediato siguiente; el 60 por 100 para el segundo ejercicio y el 50 por 100 en los ejercicios tercero y cuarto posteriores.

¹⁵¹ Como indica SILVA URIEN, I.: *Ibidem*, pág. 196: “El procedimiento que recoge la Ley General de Subvenciones es un procedimiento especial, en tanto que se rige, en primer lugar, por esta ley y, con carácter supletorio, por la LRJ-PAC. Sin embargo, el diseño del procedimiento se ha realizado siguiendo de forma totalmente respetuosa el contenido de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...). La Ley General de Subvenciones configura un procedimiento de mínimos, compuesto por las actuaciones y trámites imprescindibles al servicio de los principios de gestión ya enumerados, y deja abierta la posibilidad de que las bases reguladoras establezcan aquellas fases adicionales que resulten necesarias a la naturaleza, objeto o fines de la subvención”.

¹⁵² De nuevo SILVA URIEN, I.: *Ibidem*, pág. 203, manifiesta que hay que distinguir entre la naturaleza de las bases reguladoras y de la convocatoria. Para las primeras, debe decirse que son de carácter dispositivo y contienen el régimen general de una línea o líneas de subvenciones y, como tales disposiciones, deben ser publicadas en un diario oficial. Por el contrario, la convocatoria tiene naturaleza de acto administrativo que está dirigido a una pluralidad indeterminada de administrados y, por lo tanto, debe seguir los requisitos de todo acto administrativo.

- c) Objeto, condiciones y finalidad de la concesión de la subvención.
- d) Expresión de que la concesión se efectúa mediante un régimen de concurrencia competitiva.
- e) Requisitos para solicitar la subvención y forma de acreditarlos.
- f) Indicación de los órganos competentes para la instrucción y resolución del procedimiento.
- g) Plazo de presentación de solicitudes.
- h) Plazo de resolución y notificación.
- i) Documentos e informaciones que deben acompañarse a la petición.
- j) En su caso, posibilidad de reformulación de solicitudes.
- k) Indicación de si la resolución pone fin a la vía administrativa y, en caso contrario, órgano ante el que ha de interponerse recurso de alzada.
- l) Criterios de valoración de las solicitudes.
- m) Medio de notificación o publicación, de conformidad con lo previsto en el art. 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Al contenido indicado, podemos hacer las siguientes precisiones:

En primer lugar, como advierte el art. 58 del Reglamento de desarrollo de la Ley General de Subvenciones, la convocatoria fijará necesariamente la **cuantía total máxima** destinada y los créditos presupuestarios a los que se imputan, sin que se puedan conceder subvenciones por cuantías superiores a los mismos, salvo en el caso que la propia convocatoria fije, además de la cuantía máxima, una cuantía adicional cuya aplicación no precisará de nueva convocatoria, siempre que se prevea un aumento cierto de los créditos, que en el momento de que se trate no lo estén todavía. En este caso, la cantidad debe ser cierta y precisa y con seguridad de que se va a disponer de las cuantías apropiadas.

En segundo término, el art. 60 del Reglamento, en relación a los **criterios de valoración** que deben recogerse en las bases reguladoras, precisa que si se toma en consideración más de un criterio, deberá expresarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos. Asimismo, si el procedimiento de valoración consiste en varias fases, se indicará en cuáles se irán aplicando los diversos criterios y el umbral mínimo de puntuación exigido al solicitante para continuar en el proceso de valoración y no ser excluido. Si no fuese posible precisar la ponderación entre los criterios, el Reglamento prevé que todos tendrán el mismo peso relativo.

En tercer lugar, las solicitudes de los interesados deberán acompañarse de los **documentos e informaciones** que se establezcan en la convocatoria, haciéndose la salvedad en el apartado 3 del art. 23 de la Ley General de Subvenciones, que los documentos exigidos que ya estuviesen en poder de cualquier órgano de la

Administración actuante no será preciso aportarlos de nuevo, de conformidad con el art. 35.f) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Para ello, el sujeto deberá hacer constar la fecha y el órgano o dependencia en que fueron presentados o emitidos, siempre que no hayan transcurrido más de 5 años desde la finalización del procedimiento a que correspondan¹⁵³.

Finalmente, el apartado 4 del art. 23 prevé un plazo máximo e improrrogable de 10 días para la **subsanción** por el interesado de los requisitos que no se hayan cumplido; en caso negativo, se le tendrá por desistido de su solicitud, remitiéndose la norma a la Ley de Régimen Jurídico citada.

Por lo que respecta al tema que nos ocupa –las situaciones de dependencia originadas por la discapacidad- la **publicidad** de los requisitos de las convocatorias está garantizada por su publicación en los diarios oficiales de que se trate; a su vez, la verificación de los mismos, deberá ajustarse a lo contenido en el texto de la convocatoria en cuestión y a los documentos que presenten los solicitantes, en especial, los que demuestren los grados de minusvalía –si los hubiere- y los gastos y limitaciones motivados por la dependencia.

Pasando a la fase de **instrucción**, el órgano competente para ella será el designado en la convocatoria, el cual realizará de oficio cuantas actuaciones estime necesarias para la “*determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe formularse la propuesta de resolución*” (art. 24 de la Ley General de Subvenciones).

Como establece el art. 24.3 de la Ley General de Subvenciones:

“3. Las actividades de instrucción comprenderán:

a) Petición de cuantos informes estime necesarios para resolver o que sean exigidos por las normas que regulan la subvención. En la petición se hará constar, en su caso, el carácter determinante de aquellos informes que sean preceptivos. El plazo para su emisión será de 10 días, salvo que el órgano instructor, atendiendo a las características del informe solicitado o del propio procedimiento, solicite su emisión en un plazo menor o mayor, sin que en este último caso pueda exceder de dos meses.

Cuando en el plazo señalado no se haya emitido el informe calificado por disposición legal expresa como preceptivo y determinante, o, en su caso, vinculante, podrá interrumpirse el plazo de los trámites sucesivos.

b) Evaluación de las solicitudes o peticiones, efectuada conforme con los criterios, formas y prioridades de valoración establecidos en la norma reguladora de la subvención o, en su caso, en la convocatoria.

¹⁵³ El citado art. 23.3 también prevé la imposibilidad material de obtener el documento por el órgano en cuestión, para lo que requerirá al solicitante para que lo vuelva a aportar o, en su defecto, lo acredite por otros medios.

Asimismo, se prevé la presentación telemática de solicitudes y documentación según la normativa administrativa supletoria y la sustitución de la presentación de algunos documentos por una declaración responsable del solicitante; en este último caso, antes de la propuesta de resolución de la subvención se deberá requerir al sujeto para que aporte la documentación que acredite la realidad de los datos contenidos en dicha declaración, cuyo plazo se establece que no sea superior a 15 días.

La norma reguladora de la subvención podrá contemplar la posibilidad de establecer una fase de preevaluación en la que se verificará el cumplimiento de las condiciones impuestas para adquirir la condición de beneficiario de la subvención”.

Una vez realizadas las actuaciones oportunas, el órgano instructor formulará la **propuesta de resolución provisional**, en la que habrá tenido a la vista el informe preceptivo que formulará un órgano colegiado, previsto en el art. 22.1 de la Ley General de Subvenciones y que habrá procedido a evaluar las solicitudes, siendo la composición de este órgano la fijada en las bases reguladoras de la subvención. En consecuencia, dicha evaluación no se habrá efectuado por el órgano instructor, sino por este órgano colegiado.

Dicha propuesta, con la motivación necesaria –como todo acto administrativo- deberá notificarse a los interesados, a la que podrán presentar las alegaciones oportunas en el plazo de 10 días¹⁵⁴. Una vez, examinadas las mismas, se formulará la **propuesta de resolución definitiva**, en la que se expresarán los solicitantes para los que se propone la concesión de la subvención y su cuantía, poniendo de manifiesto la evaluación y los criterios que se han seguido para llegar a ella. En todo caso, como establece el propio art. 24, estas propuestas de resolución, tanto provisional como definitiva, no crean derecho alguno a favor del beneficiario propuesto mientras no se le haya notificado la resolución de la concesión.

La última fase en la concesión de una subvención por el procedimiento de concurrencia competitiva es la de **resolución**. En ella, a tenor del art. 25 de la Ley General de Subvenciones, el órgano competente resolverá dicho procedimiento¹⁵⁵. Para ello, dispone, según el art. 63.1 del Reglamento, de un plazo de 15 días desde la fecha de la elevación de la propuesta de resolución.

A su vez, el **plazo** para resolver y **notificar** a los interesados¹⁵⁶ no podrá exceder de 6 meses (art. 25.4), computándose a partir de la publicación de la convocatoria, salvo que en la misma se indique otra fecha posterior¹⁵⁷.

¹⁵⁴ El apartado 4 del art. 24 de la Ley General de Subvenciones permite “*prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en procedimiento ni sean tenidas en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por los interesados. En este caso, la propuesta de resolución formulada tendrá el carácter de definitiva*”.

¹⁵⁵ El art. 10 de la Ley General de Subvenciones explicita cuáles son esos órganos competentes:

“1. Los ministros y los secretarios de Estado en la Administración General del Estado y los presidentes o directores de los organismos públicos y demás entidades que tengan que ajustar su actividad al derecho público son los órganos competentes para conceder subvenciones, en sus respectivos ámbitos, previa consignación presupuestaria para este fin.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, para autorizar la concesión de subvenciones de cuantía superior a 12 millones de euros será necesario acuerdo del Consejo de Ministros o, en el caso de que así lo establezca la normativa reguladora de la subvención, de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos.

La autorización a que se refiere el párrafo anterior no implicará la aprobación del gasto, que, en todo caso, corresponderá al órgano competente para la concesión de la subvención.

3. Las facultades para conceder subvenciones, a que se refiere este artículo, podrán ser objeto de desconcentración mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros.

4. La competencia para conceder subvenciones en las corporaciones locales corresponde a los órganos que tengan atribuidas tales funciones en la legislación de régimen local”.

En el caso de vencimiento de dicho plazo sin que se hubiese notificado el acto a los interesados, producirá un efecto de silencio administrativo negativo, entendiéndose desestimada la solicitud (art. 25.5).

Varios son los **extremos que debe contener el acuerdo de resolución:**

- En primer lugar, la motivación, de conformidad a lo indicado en las bases reguladoras de la subvención y, tal como indica el apartado 2 del art. 25, teniendo que estar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

- En segundo término, los sujetos solicitantes a los que se haya concedido la subvención.

- También se incluirá de forma expresa la desestimación del resto de solicitudes¹⁵⁸.

¹⁵⁶ La notificación de la resolución y su publicación, si ha lugar, se realizará de conformidad con los criterios generales contenidos en los arts. 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la referencia expresa que a ellos realiza el art. 26 de la Ley General de Subvenciones, aunque por su carácter supletorio, parece que dicha mención es superflua.

¹⁵⁷ No obstante, dicho art. 25.4 contempla el hecho de que “*en el supuesto de subvenciones tramitadas por otras Administraciones públicas en las que corresponda la resolución a la Administración General del Estado o a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de ésta, este plazo se computará a partir del momento en que el órgano otorgante disponga de la propuesta o de la documentación que la norma reguladora de la subvención determine*”.

También se plantea el problema de las subvenciones cuya solicitud se pueda presentar de forma continuada a lo largo de todo el año; así, según SILVA URIEN, I.: *Ibidem*, pág. 219: “se están dando dos soluciones prácticas:

a) Se aceptan todas las solicitudes que reúnen los requisitos, sin que opere el límite presupuestario. Este procedimiento tiene su acogida a partir de la publicación de la LGS en el artículo 22.2.b) de la Ley y, por tanto, no se contempla dentro del procedimiento de concurrencia competitiva.

b) Se aceptan las solicitudes en tanto no se agote el crédito presupuestario, con lo que las solicitudes presentadas en fechas tempranas tienen más posibilidades de ser aceptadas que las presentadas al final del ejercicio. Este sistema puede vulnerar el principio de distribución equitativa del gasto público, en tanto que ciudadanos con los mismos derechos obtienen una respuesta desigual por parte de la Administración”.

¹⁵⁸ Completando este extremo, el art. 63 del Reglamento, en su apartado 3 indica: “*Cuando así se haya previsto en las bases reguladoras, la resolución de concesión además de contener los solicitantes a los que se concede la subvención y la desestimación expresa de las restantes solicitudes, podrá incluir una relación ordenada de todas las solicitudes que, cumpliendo con las condiciones administrativas y técnicas establecidas en las bases reguladoras para adquirir la condición de beneficiario, no hayan sido estimadas por rebasarse la cuantía máxima del crédito fijado en la convocatoria, con indicación de la puntuación otorgada a cada una de ellas en función de los criterios de valoración previstos en la misma.*

En este supuesto, si se renunciase a la subvención por alguno de los beneficiarios, el órgano concedente acordará, sin necesidad de una nueva convocatoria, la concesión de la subvención al solicitante o solicitantes siguiendo a aquél en orden de su puntuación, siempre y cuando con la renuncia por parte de alguno de los beneficiarios, se haya liberado crédito suficiente para atender al menos una de las solicitudes denegadas.

El órgano concedente de la subvención comunicará esta opción a los interesados, a fin de que accedan a la propuesta de subvención en el plazo improrrogable de diez días. Una vez aceptada la propuesta por parte del solicitante o solicitantes, el órgano administrativo dictará el acto de concesión y procederá a su notificación en los términos establecidos en la Ley General de Subvenciones y en el presente Reglamento”.

- Con carácter general, la resolución pondrá fin a la vía administrativa, excepto, como establece el art. 63.2 del Reglamento, cuando se prevea expresamente otra cosa en la normativa reguladora.

Además, como advierte el art. 62 del Reglamento, el contenido de la resolución deberá identificar claramente los compromisos asumidos por los beneficiarios, en especial, en el caso de que el importe de la subvención y su percepción dependan de la realización por parte del sujeto de una actividad propuesta por él mismo. En este último supuesto, tendrá que estar de forma bien delimitada dicha conducta o el documento donde se formuló. Esta circunstancia reviste una especial importancia en el ámbito de las cantidades entregadas por razón de la dependencia derivada de una incapacidad, con el fin de comprobar si las medidas que se propongan son proporcionadas a los costes que se tratan de sufragar acudiendo a las subvenciones.

Por último, y para concluir este apartado dedicado al procedimiento de concesión de subvenciones por concurrencia competitiva, hay que mencionar la posibilidad, contenida en el art. 27 de la Ley General de Subvenciones, de **reformulación de las solicitudes**. En dicho precepto se establece:

“1. Cuando la subvención tenga por objeto la financiación de actividades a desarrollar por el solicitante y el importe de la subvención de la propuesta de resolución provisional sea inferior al que figura en la solicitud presentada, se podrá instar del beneficiario, si así se ha previsto en las bases reguladoras, la reformulación de su solicitud para ajustar los compromisos y condiciones a la subvención otorgable.

2. Una vez que la solicitud merezca la conformidad del órgano colegiado, se remitirá con todo lo actuado al órgano competente para que dicte la resolución.

3. En cualquier caso, la reformulación de solicitudes deberá respetar el objeto, condiciones y finalidad de la subvención, así como los criterios de valoración establecidos respecto de las solicitudes o peticiones”.

2) Procedimiento de concesión directa

El segundo procedimiento de concesión de una subvención es el denominado directo o que podríamos denominar de “adjudicación directa” o “extraordinario”. Solamente se puede acudir a él en los supuestos establecidos en el art. 22.2 de la Ley General de Subvenciones, ya examinado anteriormente.

En consecuencia, tal como dispone el art. 28.1 de la misma Ley, la resolución de concesión y, en su caso, los convenios a través de los cuales se canalicen estas subvenciones establecerán las condiciones y compromisos aplicables de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley General de Subvenciones.

Por lo tanto, no procederemos a reiterar en este momento los contenidos generales ya vistos en el apartado precedente, sino que solo comentaremos alguna particularidad en relación a los diversos casos del art. 22.2 que prevén este método de concesión.

En primer lugar, en relación al art. 22.2.a), para las subvenciones **previstas nominativamente en los Presupuestos Generales de algún organismo público**, el art. 65 del Reglamento de desarrollo de la citada Ley, define tales subvenciones como “*aquellas cuyo objeto, dotación presupuestaria y beneficiario aparecen determinados expresamente en el estado de gastos del presupuesto*”.

La regulación de este tipo de subvenciones vendrá motivada por su normativa específica y en su defecto, como no puede ser de otra forma, por la Ley General de Subvenciones.

En cuanto al procedimiento, según el mismo art. 65, se iniciará de oficio por el centro gestor del crédito presupuestario al que se imputa la subvención, o también a instancia del interesado, finalizando con la resolución de concesión o el convenio. En este caso, el acto de concesión o el convenio tendrá el carácter de bases reguladoras de la subvención.

La citada resolución deberá contener, según el mismo precepto (art. 65.3), los siguientes extremos:

“a) Determinación del objeto de la subvención y de sus beneficiarios, de acuerdo con la asignación presupuestaria.

b) Crédito presupuestario al que se imputa el gasto y cuantía de la subvención, individualizada, en su caso, para cada beneficiario si fuesen varios.

c) Compatibilidad o incompatibilidad con otras subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad, procedentes de cualesquiera Administraciones o entes públicos o privados, nacionales, de la Unión Europea o de organismos internacionales.

d) Plazos y modos de pago de la subvención, posibilidad de efectuar pagos anticipados y abonos a cuenta, así como el régimen de garantías que, en su caso, deberán aportar los beneficiarios.

e) Plazo y forma de justificación por parte del beneficiario del cumplimiento de la finalidad para la que se concedió la subvención y de la aplicación de los fondos percibidos”.

Todos estos requisitos de contenido, coinciden básicamente con los ya abordados al tratar la concesión por concurrencia competitiva.

En segundo término, en las subvenciones de concesión directa **impuesta a la Administración por una norma de rango legal** (art. 22.2.b)), el art. 66 del Reglamento prevé que si la ley que determine el otorgamiento de esta subvención se remite para su instrumentación a la formalización de un convenio de colaboración entre la entidad concedente y los beneficiarios, se aplicará al mismo lo dispuesto en el art. 65.3 del Reglamento, es decir, lo relativo al contenido de la resolución que expusimos en el supuesto anterior de concesión directa de forma nominativa.

Por último, para las subvenciones concedidas con carácter excepcional, acreditadas en razón de interés público, social, económico o humanitario u otras debidamente justificadas, que **dificulten su convocatoria pública** (art. 22.2.c)), el art. 28 de la Ley General de Subvenciones prevé que por Real Decreto, a propuesta del ministro competente y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, el Gobierno aprobará las normas especiales reguladoras de las mismas.

Dichas normas especiales deberán ajustarse a las previsiones de la Ley General de Subvenciones, salvo en lo relativo a los principios de publicidad y de concurrencia, conteniendo, como mínimo, los siguientes extremos:

“a) Definición del objeto de las subvenciones, con indicación del carácter singular de las mismas y las razones que acreditan el interés público, social, económico o humanitario y aquéllas que justifican la dificultad de su convocatoria pública.

b) Régimen jurídico aplicable.

c) Beneficiarios y modalidades de ayuda.

d) Procedimiento de concesión y régimen de justificación de la aplicación dada a las subvenciones por los beneficiarios y, en su caso, entidades colaboradoras”.

En todo lo demás, al igual que antes, se seguirá con carácter supletorio la regulación de la Ley General de Subvenciones.

V) Tratamiento fiscal de las subvenciones recibidas en atención al coste de la dependencia originada por la discapacidad

1) Cuestiones generales aplicables a todo tipo de subvención en el marco de la imposición directa

Tras examinar la noción de subvención y los procedimientos para su concesión en relación a situaciones de dependencia, corresponde iniciar el estudio del régimen fiscal de las mismas; en concreto, en este apartado nos vamos a referir a la tributación de su obtención por parte de los sujetos beneficiados en el marco de la fiscalidad directa (I.R.P.F. e Impuesto sobre Sociedades), relegando a una sección posterior lo relativo a la fiscalidad indirecta (IVA).

Dejando a su vez para el epígrafe siguiente el tratamiento fiscal específico de los dos tipos básicos de subvención a efectos fiscales y contables (corrientes y de capital), vamos a analizar a continuación la calificación tributaria de su obtención en el I.R.P.F. y en el Impuesto sobre Sociedades, los supuestos en los que la obtención de una subvención está exenta, la obligación de no retener y su influencia en los beneficios fiscales concedidos en ambos tributos.

La **calificación tributaria** de la obtención de subvenciones es idéntica en los dos impuestos aludidos, con las salvedades propias del carácter analítico o sintético de los mismos; así, en el **Impuesto sobre Sociedades**, con carácter general, tienen la consideración de ingresos a computar como tales en el resultado contable de la entidad, tal como indica en Plan General de Contabilidad.

En el **Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas**, se pueden calificar, a nuestro parecer, de dos formas, como rendimientos de actividades económicas, si la subvención tiene como destino ayudar a la financiación de dichas actividades, o como ganancia patrimonial si se entregan al margen del desarrollo de las mismas¹⁵⁹. En el supuesto de

¹⁵⁹ Piénsese en este último caso en las subvenciones por compra de vivienda, o para ayudar a la obtención de alquileres más baratos para jóvenes que quieren acceder a la primera vivienda o para la rehabilitación de la misma, que en ningún caso pueden tener la calificación de rendimiento de actividad económica, así como de subvenciones para ayudar al coste de personas con dependencia en el ámbito de economías familiares.

En este sentido, la Contestación a la Consulta de la Dirección General de Tributos de 25 de junio de 2002 (núm. 0975-02), en relación a una subvención a fondo perdido para la adquisición de viviendas, considera que “*el beneficiario de la subvención es siempre el adjudicatario de la vivienda, tanto si percibe directamente su importe como si lo percibe del promotor y lo descuenta del precio a satisfacer por la vivienda (...). En base a esta definición, la percepción de una subvención para la adquisición de una vivienda debe calificarse como una ganancia patrimonial al constituir una variación en el valor del patrimonio (...)*”.

rendimiento de actividad económica, se plantea inmediatamente el problema del **cómputo e imputación de las subvenciones** tanto en el ámbito de la estimación directa como de la estimación objetiva.

En la **estimación directa**, la contabilización depende de la distinción entre subvenciones de explotación o corrientes y subvenciones de capital, por lo que a su examen nos remitimos; en cuanto a la **estimación objetiva**, la solución se encuentra en la Orden EHA/3718/2005, de 28 de noviembre, por la que se desarrollan para el año 2006 el régimen de estimación objetiva del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y el régimen especial simplificado del Impuesto sobre el Valor Añadido y se modifica para las actividades agrícolas y ganaderas la tabla de amortización de la modalidad simplificada del método de estimación directa.

Esta disposición da un trato diferente para el caso de estimación objetiva agrícola, ganadera y forestal y para estimación objetiva por signos, índices o módulos¹⁶⁰.

Para la **estimación objetiva agrícola, ganadera y forestal**, el apartado 2.1 del Anexo I de la Orden, al establecer la forma de cálculo del rendimiento neto previo, indica que se *“obtendrá multiplicando el volumen total de ingresos, incluidas las subvenciones corrientes o de capital y las indemnizaciones, de cada uno de los cultivos o explotaciones por el ‘índice de rendimiento neto’ que corresponda a cada uno de ellos”*.

Por lo que respecta a la **estimación objetiva por signos, índices o módulos**, el apartado 3 del Anexo III de la Orden advierte que *“el rendimiento neto de módulos se incrementará por otras percepciones empresariales, como las subvenciones corrientes y de capital”*.

El tratamiento que se hace de las **subvenciones en la estimación objetiva**, presenta, a nuestro juicio, **dos aspectos significativos**; en primer lugar, la de carácter agrícola, ganadera y forestal está soportando una menor presión fiscal que en la de signos, índices o módulos, puesto que las subvenciones se incluyen con anterioridad a la aplicación del índice de rendimiento neto, el cual, lógicamente, minorará la cuantía de la subvención a integrar en la base imponible. Por el contrario, en el segundo tipo de estimación objetiva, las subvenciones se añaden al rendimiento neto de módulos, por lo que no recibirán ninguna reducción ni índice corrector.

En segundo término, hay que poner de manifiesto que no se hace una distinción en el tratamiento entre subvenciones corrientes y de capital que, como comprobaremos oportunamente, presentan una imputación temporal diferente; ello plantea la duda de si se deben por tanto tratar del mismo modo a efectos de la estimación objetiva y

Así, también la Contestación a la Consulta de 17 de julio de 2001 (núm. 1488-01) señala que: *“(...) las subvenciones para rehabilitación, mantenimiento y conservación de edificios otorgados por las Administraciones Públicas constituyen para sus beneficiarios ganancias patrimoniales, ya que se trata de variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente (...). Todo ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31.1 de la misma Ley; a lo que hay que añadir que esta ganancia no se encuentra amparada por ninguno de los supuestos de exención o no sujeción establecidos legalmente”*.

En el mismo sentido, véase la Contestación a la Consulta de 3 de julio de 1997 (núm. 1492-97).

¹⁶⁰ Evidentemente estamos en casos en los que la subvención no sea declarada exenta.

computarse en su totalidad en el ejercicio en que se devenguen o se puede utilizar el régimen general de imputación para la estimación directa que, como veremos inmediatamente, admite cierto diferimiento para las de capital. Ante el silencio del legislador en este punto entendemos que será conveniente seguir el criterio general para evitar situaciones de desigualdad; además, como la norma de la estimación objetiva procede a un cálculo real de las subvenciones, parece lógico que se impute en función de la estimación directa. En consecuencia, a su explicación nos remitimos.

Pasando a los supuestos en los que la **obtención de la subvención está exenta** de tributación en dichos impuestos directos, habrá que estar tanto al propio articulado de las leyes reguladoras de ambos tributos como a las leyes específicas que concedan las subvenciones en cuestión, puesto que en ellas se dará cuenta de la exención o no de las mismas¹⁶¹, cuyo estudio detenido, por su prolijidad y dispersión, excede los límites de este trabajo¹⁶², aunque con carácter general se puede afirmar la ausencia de beneficios fiscales para el cobro de subvenciones relativas a situaciones de discapacidad.

¹⁶¹ Como se deduce fácilmente, no entramos a examinar en este apartado las diferentes indemnizaciones o prestaciones obtenidas por sistemas de previsión social, así como su tratamiento tributario, constituidas a favor de personas con discapacidad, puesto que es una cuestión ya abordada en otras secciones del presente estudio.

¹⁶² Así por ejemplo, las Disposiciones Adicionales Cuarta y Quinta de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, contienen sendas exenciones sobre supuestos de subvención, algunas de ellas más cercanas a la noción de indemnización que de la institución que estudiamos, en función de la definición que hemos indicado en el texto.

En concreto, la primera indica que *“No se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas las subvenciones concedidas a quienes exploten fincas forestales gestionadas de acuerdo con planes técnicos de gestión forestal, ordenación de montes, planes dasocráticos o planes de repoblación forestal aprobadas por la Administración forestal competente, siempre que el período de producción medio, según la especie de que se trate, determinado en cada caso por la Administración forestal competente, sea igual o superior a 20 años”*. (En relación a esta exención, véase la Contestación a la Consulta de la Dirección General de Tributos de 19 de enero de 2000 (núm. 0042-00)).

La segunda, por su parte, establece: *“No se integrarán en la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas o del Impuesto sobre Sociedades las rentas positivas que se pongan de manifiesto como consecuencia de: a) La percepción de (...) ayudas de la política agraria comunitaria. b) La percepción de (...) ayudas de la política pesquera comunitaria (...). c) La percepción de ayudas públicas que tengan por objeto reparar la destrucción, por incendio, inundación o hundimiento de elementos patrimoniales afectos al ejercicio de actividades económicas. d) La percepción de las ayudas al abandono de la actividad de transporte por carretera satisfechas por el Ministerio de Fomento a transportistas que cumplan los requisitos establecidos en la normativa reguladora de la concesión de dichas ayudas. e) La percepción de indemnizaciones públicas, a causa del sacrificio obligatorio de la cabaña ganadera, en el marco de actuaciones destinadas a la erradicación de epidemias o enfermedades (...)”*.

Por lo que respecta a normas diferentes de las leyes reguladoras del I.R.P.F. y del Impuesto sobre Sociedades, se puede traer como ejemplo el art. 4.4 del Real Decreto-Ley 7/2002, de 22 de noviembre, por el que se establecen las medidas reparadoras en relación con el accidente del buque Prestige; en él se declaran exentas las ayudas concedidas a pescadores y mariscadores que tengan su origen en tal suceso. (En este sentido se pronuncia la Contestación a la Consulta de la Dirección General de Tributos de 17 de diciembre de 2003 (núm. 2350-03) que no extiende la exención para las ayudas que no tengan cabida en dicho Real Decreto-Ley, como pueden ser las correspondientes a compensar la pérdida de ingresos de una actividad económica).

Así por ejemplo, las subvenciones que se reciban por el empleo en el caso de trabajadores dependientes o del autoempleo, en el supuesto de trabajadores autónomos con alguna discapacidad, tributarán como ganancias patrimoniales para los primeros, o como rendimientos de la actividad económica de que se trate, para lo segundos, no contemplándose ninguna exención al respecto¹⁶³.

Respecto a la **obligación de retener** ciertas cantidades al abonar rentas, a efectos del Impuesto sobre Sociedades la obtención de subvenciones no se halla incluida entre los supuestos sujetos a dicho deber que se mencionan en el art. 58 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por el Real Decreto 1777/2004, de 30 de julio. Asimismo, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, los rendimientos de actividades empresariales y las ganancias patrimoniales -que es la calificación de la obtención de subvenciones, como hemos comprobado-, con carácter general, tampoco están inmersos en la citada obligación, regulada en el art. 73 del Reglamento del Impuesto, aprobado por el Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, y modificado recientemente por el Real Decreto 1576/2006, de 22 de diciembre.

Finalmente, la última cuestión a la que hacíamos referencia es la **incidencia** que tienen las subvenciones sobre algunos **beneficios fiscales**. En este caso, la normativa del I.R.P.F., como es bien sabido, se remite a la del Impuesto sobre Sociedades (art. 68.2 de la nueva Ley del I.R.P.F. de 2006), por lo que las consideraciones que se efectúan tienen igual validez para ambos tributos.

En concreto se trata de las Deducciones para potenciar la realización de determinadas actividades, contempladas en el Capítulo IV del Título VI (arts. 35 a 44) del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto-Legislativo 4/2004, de 5 de marzo. En la mayoría de estas deducciones (básicamente en las que incentivan la realización de diversos gastos de investigación o de inversión en bienes), se advierte expresamente en la norma que la totalidad o un porcentaje de las subvenciones obtenidas para ayudar a dicho gasto o inversión, deberán excluirse de la base sobre la que se calculará el porcentaje correspondiente de la deducción. Esta técnica, creemos que tiene su finalidad en impedir que el sujeto se beneficie en dos ocasiones: en primer lugar por la obtención de la subvención y, en segundo término, por la deducción de la cuota; sin embargo, se puede decir que el resultado positivo conseguido por el sujeto pasivo no es tanto, ya que, como hemos examinado, las ayudas que ha recibido deberán tributar como ingresos en cualquiera de los dos impuestos sobre la renta. De esta forma, pensamos que el objetivo de esta exclusión de la base de la deducción es motivar que sea el propio sujeto el que realice el desembolso

¹⁶³ Vid.: MARTÍN DÉGANO, I. y LUCAS DURÁN, M.: *Guía de la fiscalidad de las personas discapacitadas en el ámbito del trabajo: las personas y las empresas*, Fondo social europeo y Fundación ONCE, Landwell-Pricewaterhousecoopers, Madrid, 2006, pág. 57.

Para un análisis de la fiscalidad de las subvenciones en el ámbito de entidades sin ánimo de lucro o que puedan estar relacionadas con personas discapacitadas, como es el supuesto de Centros Especiales de Empleo o Sociedades Laborales, vid.: CALVO VÉRGEZ, J.: “Sociedades laborales: consideraciones tributarias”, en la Obra Colectiva: *Fiscalidad de las Entidades de Economía Social*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, págs. 354 y ss.

correspondiente a las actuaciones afectadas por estos beneficios fiscales y que no acuda a ayudas externas¹⁶⁴.

Además, como es bien conocido, la reciente aprobación de la Ley del I.R.P.F. ha llevado aparejada una modificación de la vigencia de estos beneficios fiscales del Impuesto sobre Sociedades, de tal modo que en diferentes lapsos de tiempo entre el 1 de enero de 2007 y el 1 de enero de 2014, quedarán derogadas, salvo en los supuestos de contratación de trabajadores minusválidos (art. 41) y de deducción por reinversión de beneficios extraordinarios (art. 42 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades).

2) Imputación de subvenciones de explotación o corrientes y de capital

Como hemos venido adelantando, nos resta abordar, en relación a la imposición directa, el tema de la imputación de las subvenciones obtenidas por el sujeto pasivo y que no se hayan declarado exentas.

En este tema, las consideraciones son idénticas para el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas como para el Impuesto sobre Sociedades, ante la remisión, tantas veces indicada, realizada por el primero al segundo en las normas de determinación del rendimiento neto de actividades económicas (art. 28.1 de la Ley del I.R.P.F.). Para el supuesto de obtención de subvenciones que se califiquen como **ganancias patrimoniales**, no será precisa la distinción entre subvenciones corrientes y de capital, puesto que la misma está reservada para el ámbito contable que se aplica para las actividades económicas; de este modo, la totalidad las cantidades recibidas deberán imputarse en el período en que se devenguen, dejando al margen supuestos especiales que indique la propia normativa reguladora de las mismas que permitan una imputación plurianual y que estarán vinculadas, como hemos comprobado al examinar el procedimiento de concesiones de subvenciones, a que también se otorguen con ese carácter.

Las **subvenciones corrientes o de explotación** son aquéllas que se dirigen a asegurar una rentabilidad mínima de una actividad económica o a compensar un déficit de explotación, mientras que las **subvenciones de capital** son las que se conceden para ayudar al establecimiento de una empresa mediante la financiación de sus inversiones o

¹⁶⁴ Los porcentajes de las subvenciones obtenidas que están excluidos de la base de la deducción son los siguientes:

- Art. 35.1.b) (Deducción por actividades de investigación y desarrollo): 65 por 100.
- Art. 35.2.b) (Deducción por actividades de innovación tecnológica): 65 por 100.
- Art. 36.2 (Deducción para el fomento de las tecnologías de la información y de la comunicación): 100 por 100.
- Art. 37.3 (Deducción por actividades de exportación): 65 por 100.
- Art. 38.7 (Deducción por inversiones en bienes de interés cultural, producciones cinematográficas, edición de libros, sistemas de navegación y localización de vehículos, adaptación de vehículos para discapacitados y guarderías para hijos de trabajadores): 100 por 100.
- Art. 39.4 (Deducción por inversiones medioambientales): 100 por 100.
- Art. 40.1 (Deducción por gastos de formación profesional): 65 por 100.

de las deudas que se originan con ellas¹⁶⁵. Estos dos supuestos, son de difícil encaje en el ámbito de las cuantías que se entreguen a situaciones de dependencia en razón de la discapacidad en el ámbito familiar, por lo que, solo se aplicarán en supuestos de empresas o fundaciones cuyo objeto social se dedique al cuidado y protección de dichas circunstancias.

El tratamiento tributario es diferente entre ambas; para las subvenciones **corrientes**, la imputación temporal se realizará en su totalidad en el ejercicio en que se devenguen, siguiendo el criterio general del art. 19 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, en ausencia de ninguna disposición específica en la materia; en cambio, para las subvenciones de **capital**, habrá que estar –por la remisión genérica del Impuesto sobre Sociedades a la normativa contable- a la Norma 20ª de Valoración del Plan General de Contabilidad, aprobado por Real Decreto 1643/1990, de 20 de diciembre. Dicha Norma establece que

“las subvenciones de capital de cualquier clase se valorarán por el importe concedido cuando tengan carácter de no reintegrables. A estos efectos serán no reintegrables aquellas en las que ya se hayan cumplido las condiciones establecidas para su concesión o, en su caso, no existan dudas razonables sobre su futuro cumplimiento.

Las recibidas con carácter de no reintegrables se imputarán al resultado del ejercicio en proporción a la depreciación experimentada durante el período por los activos financiados con dichas subvenciones.

En el caso de activos no depreciables, la subvención se imputará al resultado del ejercicio en el que se produzca la enajenación o baja en inventario de los mismos”¹⁶⁶.

Esta regulación fiscal de las **subvenciones de capital suscita cuatro observaciones de interés:**

En **primer lugar**, deberán estar siempre **vinculadas a un activo de la empresa**, que será el que ofrecerá la pauta a seguir en el caso de depreciación o de enajenación del mismo.

En **segundo término**, la **subvención se va a imputar de forma proporcional a la depreciación efectiva de los bienes**; en consecuencia, habrá que estar a la amortización contable correspondiente para aplicar los ingresos de que se trate. Sin embargo, en los casos en los que la amortización contable no coincida con la fiscal –piénsese en amortizaciones aceleradas o libertades de amortización que permite el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades-, se plantea el problema de si se usa entonces el mismo criterio acelerado para imputar la proporción de la subvención obtenida.

¹⁶⁵ Vid. en este sentido: VEGA HERRERO, M: *Guía Fiscal de la Actividad Forestal*, Asociación Forestal de Valladolid, 2001, pág. 54 y PÉREZ ROYO, I.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000, pág. 240.

¹⁶⁶ Este parecer es el que mantiene la Dirección General de Tributos, como puede comprobarse en las Contestaciones a las Consultas de 29 de febrero de 2000 (núm. 0367-00) y de 12 de diciembre de 2003 (núm. 2193-03).

En este sentido, la respuesta que ofrece la Dirección General de Tributos es vincular las subvenciones a la amortización fiscal, que será la que se tendrá en cuenta para calcular la proporción de imputación¹⁶⁷, mientras que algún autor, como PÉREZ ROYO, I., entiende que si es la norma contable (Plan General de Contabilidad) la que ha regulado esa imputación de las subvenciones de capital, deberá estarse a la amortización contable¹⁶⁸. La concreción práctica de esta opción está en que si se mantiene un criterio contable, se incluirán en el resultado contable una menor cantidad de ingreso que si se aplica uno de carácter fiscal, puesto que, si es de carácter acelerado, también elevará el ingreso por la subvención correspondiente.

A nuestro parecer y, en ausencia de una disposición expresa en la normativa fiscal sobre este problema, pensamos que ambas formas de imputación de amortizaciones aceleradas y de libertades de amortización son plenamente válidas y aplicables¹⁶⁹.

En **tercer lugar**, para el supuesto de **bienes no susceptibles de amortización**, la imputación de la subvención va a quedar en suspenso hasta que se produzca la enajenación del bien o se dé de baja en la contabilidad de la empresa o actividad económica de que se trate, lo cual supone un diferimiento del ingreso que favorece al sujeto pasivo. A ello se puede añadir que el art. 24.1.a) del Reglamento del I.R.P.F., considera a dichos rendimientos como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, lo que les permite aplicar la reducción del 40 por 100 en la base imponible, circunstancia no prevista para el caso del Impuesto sobre Sociedades¹⁷⁰.

Por último, en **cuarto lugar**, debemos recordar aquí lo indicado anteriormente para el supuesto de actividades económicas que estén incluidas en el régimen de estimación

¹⁶⁷ Así, en la Contestación a la Consulta de 30 de enero de 1997 (núm. 0152-97) se puede leer lo siguiente: “(...) si la inversión se amortiza aceleradamente, las subvenciones recibidas deberán imputarse como ingreso con la misma aceleración, por lo que deberá realizarse un ajuste extracontable positivo, que será una diferencia temporal, por la diferencia entre la imputación contable de las subvenciones de acuerdo con la normativa en materia de contabilidad y la imputación fiscal correspondiente”.

Hay que decir, que el criterio mantenido por la Dirección General de Tributos se basa en el art. 87.3 del derogado Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, que indicaba que “Las subvenciones por cuenta de capital serán amortizadas, imputándose como ingreso en la misma medida en que se amorticen las inversiones realizadas con cargo a las mismas. Si no fuese requisito la inversión, o si esta no fuese susceptible de amortización, o la amortización implicase un período superior a diez años, a contar desde el devengo de la respectiva subvención, ésta se computará como ingreso por décimas partes durante dicho período de diez años”.

En cambio, en el Reglamento actualmente en vigor, no se contiene una previsión similar.

¹⁶⁸ Vid.: *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, ob. cit., págs. 240 y 241.

¹⁶⁹ Para un estudio detallado, con exposición de ejemplos prácticos, acerca de la problemática contable de la amortización de bienes subvencionados y de la reversión de activos en caso de incumplimiento de condiciones de la subvención, véanse: CONESA DUARTE, A. y SUÁREZ FALCÓN, H.: “Contabilidad y fiscalidad en la extinción de las subvenciones”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 242, 2003, págs. 93 y ss. y GUZMÁN RAJA, I.: “La aplicación de las subvenciones de capital no reintegrables a los procesos de reversión de activos”, *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 250, 2004, págs. 169 y ss.

¹⁷⁰ Para PÉREZ ROYO, I., lo más coherente sería en este caso disponer que el importe de la subvención minoraría el valor de adquisición del activo no amortizable a la hora de calcular la ganancia patrimonial obtenida en su enajenación. (*Ibidem*, pág. 241).

objetiva del I.R.P.F., para las que pensamos que son aplicables los criterios generales examinados en este apartado.

3) Influencia de la concesión de subvenciones en el Impuesto sobre el Valor Añadido

El régimen tributario aplicable a las subvenciones se completa con el tratamiento que a las mismas se otorga en el ámbito de la imposición indirecta por el Impuesto sobre el Valor Añadido, modificado, en lo que aquí nos atañe, por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y por la Ley 6/2000, de 13 de diciembre, por la que se aprueban medidas fiscales urgentes de estímulo al ahorro familiar y a la pequeña y mediana empresa.

En consecuencia, este tributo afecta a las subvenciones de tres formas diferentes: en primer lugar, por la no sujeción de su otorgamiento; en segundo término, por la inclusión en la base imponible de algunos tipos y, finalmente, por la exclusión de la base imponible de otras, circunstancia que motiva la aplicación de la llamada regla de prorata. A cada una de estas cuestiones nos referimos seguidamente.

1) No sujeción al Impuesto de la obtención de subvenciones

Como es bien conocido, el hecho imponible del Impuesto sobre el Valor Añadido consiste en la entrega de bienes o prestaciones de servicios realizadas por quienes tengan la consideración de empresarios o profesionales a título oneroso (art. 4 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido). Por lo tanto, es evidente que la entrega de subvenciones públicas, al consistir en el abono de cantidades sin contraprestación para el cumplimiento de una determinada finalidad, es una operación no sujeta a dicho gravamen¹⁷¹.

No obstante, como se deduce fácilmente, aunque se considere no sujeta la concesión y abono de las mismas, ello no quiere decir que el destino al que posteriormente se dirijan no tenga influencia en el Impuesto, puesto que, podrán integrarse o no en la base imponible del tributo o afectar a la deducción de cuotas soportadas en función de la regla de prorata, como estudiamos seguidamente.

2) Subvenciones que integran la base imponible

La regulación del I.V.A. en esta materia se encuentra en el art. 78.Dos.3º de la Ley del impuesto; en él se preceptúa que se incluyen en el concepto de contraprestación –y, por ende, formarán parte de la base imponible–: *“Las subvenciones vinculadas directamente al precio de las operaciones sujetas al Impuesto”*, matizándose a continuación que *“Se considerarán vinculadas directamente al precio de las operaciones sujetas al Impuesto las subvenciones establecidas en función del número de unidades entregadas o del*

¹⁷¹ Como indica GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M.: *“no pueden ser objeto de tráfico empresarial, en cuanto que no son actos y operaciones realizadas por empresas, sino transferencias efectuadas por entes públicos a empresas”*. (Vid.: *Tributación de las Ayudas Comunitarias*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 163).

volumen de los servicios prestados cuando se determinen con anterioridad a la realización de la operación”.

Esta previsión de la norma es concreción de las obligaciones derivadas de la transposición de las Directivas comunitarias en materia de este gravamen, con lo que resulta esencial determinar cuándo se entiende que una subvención está *vinculada directamente* al precio de las operaciones sujetas al Impuesto, a efectos de añadirse a la base imponible correspondiente¹⁷².

Desde un primer punto de vista se puede considerar que la subvención directamente vinculada al precio quiere decir que determina la cuantía de éste, por lo que no sólo influye, sino que la cuantía del precio condiciona el derecho a recibir la subvención, porque sólo un precio determinado permite la misma¹⁷³.

En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2001¹⁷⁴ se ocupa de esta materia y así, en su apartado

¹⁷² Como escriben ABELLÁ POBLET, E. y DEL POZO LÓPEZ, J.: “*La razón, que justifica la inclusión de aquellas subvenciones directamente vinculadas al precio que reúnan los requisitos citados, radica en la propia naturaleza del Impuesto. El artículo 1 de la Ley proclama que el IVA recae sobre el consumo y el artículo 78 fija la base en el importe total de la contraprestación. Estas disposiciones no se observarían si no se incluyesen las subvenciones, ya que el precio que se paga por los consumidores sería menor por ser un precio subvencionado. Incluyendo la subvención percibida en función del número de unidades vendidas, se restablece la situación anterior a la subvención, y se grava el importe total de la contraprestación que, en este caso, será el precio pagado por el adquirente, más la parte de subvención que corresponda a la entrega*”. (Vid.: *Manual del Impuesto sobre el Valor Añadido*, tomo I, 2ª ed., El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1996, pág. 603).

En opinión de DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: “*si bien es cierto que quien otorga la subvención no está en dicho acto ‘pagando’ o ‘consumiendo’ en ‘beneficio propio’ bien o servicio alguno, no lo es menos que si aquélla se ‘afecta’ o ‘vincula’ directamente al precio de un determinado bien o servicio, debe ésta incluirse en la base imponible que grave la operación de ‘venta’ o ‘consumo’ de los mismos...*”. (Vid.: *IVA, Subvenciones y Regla de la Prorrata en Nuestro Derecho Interno: su Adecuación al Derecho Comunitario*, ob. cit., págs. 67 y 68).

¹⁷³ Vid. BANACLOCHE PÉREZ, J.: “*Jurisprudencia tributaria avanzada (y II)*”, *Impuestos*, núm. 22, 2002, pág. 7.

Este autor concreta la idea indicando: “*1) que quien recibe la subvención sea quien tenga la potestad de fijar el precio; 2) que dicho precio subvencionado se refiera a una operación realizada por el subvencionado fijador del precio o contrapartida a pagar por los adquirentes; 3) que la subvención se deba fijar en función de las operaciones a realizar (...), sujetas al IVA y, habitualmente, mediante contraprestación; 4) que la subvención se establezca con anterioridad a la realización de las operaciones, porque sólo conociendo su importe y sus condiciones (límites de precios, normalmente), puede quien realiza la entrega o el servicio establecer un precio que le permita tener derecho a recibir la subvención; 5) que la subvención forme parte de la contraprestación, es decir que, cuantificable una contraprestación según las condiciones de mercado, se perciba menor importe del adquirente, porque la diferencia se recibirá por la vía de la subvención; 6) que ésta se reciba por quien realiza la operación sujeta al IVA y que determinaría la obtención de la contraprestación; 7) que la subvención se reciba de un tercero, precisamente porque, de recibirse del adquirente del bien o del servicio, sería contraprestación y, por tanto, base imponible del IVA; 8) que se repercuta el IVA sobre el menor precio compensado por la subvención, porque, siendo ése un impuesto que recae sobre el consumo, referido al objeto imponible ‘renta gastada’, es obligado ordenar que no eluda esa imposición quien adquiere un bien o servicio, que tienen su valor de mercado que no se paga, por un precio inferior, fijando en ese menor importe precisamente (vinculación directa) porque quien entrega la cosa o presta el servicio a un precio ‘subvencionado’, sabe que recibirá de otro esa diferencia de contraprestación*”. (Ibidem, pág. 7).

¹⁷⁴ Sentencia de 22 de noviembre de 2001, ASBL Office des produits wallons, Asunto C-184/00.

12 se lee que “*el simple hecho de que una subvención pueda influir en el precio de los bienes integrados o de los servicios prestados por el organismo subvencionado no basta para que dicha subvención esté sujeta al IVA (...) es necesario además, como observó acertadamente la Comisión, que se abone al organismo subvencionado con el fin de que realice específicamente una entrega de bienes o una prestación de servicios determinada. Sólo en este caso puede considerarse que la subvención es la contraprestación de una entrega de bienes o prestación de servicios y está, por tanto, sujeta al impuesto*”.

Más adelante, el Alto Tribunal matiza lo anterior en el apartado 13 al señalar que “*para comprobar si la subvención constituye tal contraprestación, es necesario poner de relieve que los elementos constitutivos del precio del bien o del servicio deben quedar determinados a más tardar en el momento en el que se produce el hecho imponible*”.

En definitiva debe existir, según lo que se ha ido apuntando, un vínculo directo entre el precio y la subvención obtenida; cumpliéndose esto, el importe de la cantidad recibida se adicionará a la base imponible del tributo, en función de las sumas por unidad o por servicio que se abonen. Evidentemente se añadirán a la base imponible para calcular la cuota, pero no se incluirá en la factura a pagar por el tercer adquirente la cantidad correspondiente a la subvención, ya que precisamente se trata de una ayuda para rebajar el precio del bien o servicio¹⁷⁵.

3) Subvenciones que no forman parte de la base imponible. La regla de prorrata y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005

Las subvenciones que no estén vinculadas directamente al precio de un bien o servicio, no se incluirán en la base imponible del IVA, como acabamos de analizar; sin embargo, si se trata de cantidades destinadas a financiar actividades empresariales o profesionales del sujeto pasivo –ya sean subvenciones corrientes o de capital, en la línea que las hemos definido anteriormente-, estaban antes del año 2006 sometidas a las reglas contenidas en los arts. 102 a 106 de la Ley del Impuesto que regulan la prorrata a efectos de determinar las deducciones a practicar por parte de los sujetos pasivos.

Para un comentario detallado de la misma, vid. SÁNCHEZ GALLARDO, F.J.: “La Sentencia de 22 de noviembre de 2001 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la inclusión de las subvenciones en la base imponible del IVA”, *Carta Tributaria*, Monografías, núm. 6, 2002.

¹⁷⁵ Un ejemplo ilustrará gráficamente lo indicado en el texto:

Así, supongamos que una empresa recibe una subvención de un euro por unidad vendida, siendo el precio de venta de cada una 10 euros.

Si se venden 100 unidades, el precio de venta será:

$100 \times 10 = 1000$ euros.

La subvención obtenida ascenderá a:

$100 \times 1 = 100$ euros.

La base imponible del IVA consistirá en la suma de las dos (precio de venta y subvención):

$1000 + 100 = 1.100$ euros.

La cuota de IVA a repercutir se aplicará sobre dicha base imponible:

$1.100 \times 16\% = 176$ euros.

En cambio en la factura a pagar por el adquirente sólo se incluirá el precio de venta y el IVA repercutido (la subvención, evidentemente, no):

$1000 + 176 = \text{Total Factura: } 1.176$ euros.

En este ámbito se suscitaba (con anterioridad a la reforma operada en la Ley del IVA por la Ley 3/2006, de 29 de marzo, de modificación de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, para adecuar la aplicación de la regla de prorrata a la Sexta Directiva europea) el hecho de que el art. 102, en su apartado Uno, establecía la aplicación de la regla de prorrata cuando el sujeto pasivo, en el ejercicio de su actividad, efectúe operaciones que originen el derecho a la deducción y otras que no habiliten para dicho derecho, mientras que, seguidamente, el mismo apartado, indicaba que “*asimismo*” se incluirán las subvenciones en dicha regla. Este último inciso ha sido suprimido por la reforma expuesta, por lo que dejan de tener virtualidad las críticas que se vertían al mismo¹⁷⁶.

El problema que se planteaba era determinar si la regla de prorrata se debía aplicar siempre que se recibieran subvenciones que no integren la base imponible o si además era preciso que el sujeto lleve a cabo ambos tipos de operaciones (que habiliten y que no habiliten para deducir).

La doctrina científica se dividía en dos sectores: en primer lugar y amparándose en una interpretación sistemática de la Sexta Directiva Comunitaria sobre el I.V.A., se opinaba que, cuando la norma comunitaria se refiere a esta cuestión, hace referencia a la prorrata de forma general en el art. 17.5, mientras que en el art. 19.1 alude a la inclusión de las subvenciones en la misma, pero refiriéndose en este último precepto a la aplicación de esta regla conforme al art. 17.5; es decir, parecía que se estaba supeditando al criterio general, por lo que sería exigible que el sujeto pasivo llevase a cabo operaciones que originen y que no originen el derecho a deducir¹⁷⁷. En conclusión, este grupo de doctrina consideraba que la regla de prorrata no sería nunca de aplicación por el mero hecho de percibir subvenciones, siempre que el sujeto realizase únicamente operaciones con derecho a la deducción. Este parecer es el que al final ha prevalecido en la alteración del precepto por la reforma citada más arriba.

De este modo, el art. 102 de la Ley del I.V.A., si se interpretaba de forma contraria a lo indicado (obligando a aplicar la citada regla sólo por obtener subvenciones, sin mayores requisitos), resultaría contrario a la Sexta Directiva¹⁷⁸.

Sin embargo, de la lectura, y por ende, de una interpretación literal del antiguo art. 102, sustentaba el segundo parecer doctrinal, ya que inducía a pensar que el legislador español había incluido a las subvenciones como un medio para utilizar la prorrata, al margen de la deducibilidad o no, puesto que se empleaba la expresión: “*asimismo*”. En

¹⁷⁶ Para una completa referencia a la tramitación de la reforma de la Ley del IVA a través de la Ley citada en el texto y sus posibles consecuencias, vid.: BLÁZQUEZ LIDOY, A.: *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro y propuestas de reforma*, pendiente de publicación, 2006, págs. 201 y ss.

¹⁷⁷ Vid. DURÁN-SINDREU BUXADÉ, A.: *IVA, Subvenciones y Regla de la Prorrata en Nuestro Derecho Interno: su Adecuación al Derecho Comunitario*, ob. cit., pág. 90.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pág. 91. Igualmente ZURDO RUIZ-AYÚCAR, J.: “El IVA: más cambios”, *Impuestos*, núm. 12, 1988, pág. 27 y DE LA ORDEN ONDATEGUI, E.: “Notas a la Ley de acompañamiento en relación a las subvenciones y el Impuesto sobre el Valor Añadido (Ley 66/97 y modificación Ley 9/98)”, *Técnica Tributaria*, núm. 42, 1998, pág. 59.

esta línea, este segundo grupo doctrinal consideraba que el precepto era correcto y era el único medio para desarrollar con justicia y neutralidad las deducciones del Impuesto¹⁷⁹.

Todas las argumentaciones anteriores se han visto alteradas con la **Sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005**, que, como hemos advertido, han motivado la reforma de la Ley del IVA en el año 2006.

Dicha Resolución resuelve un recurso interpuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Estado español por incumplimiento de lo establecido en los artículos 17 y 19 de la Sexta Directiva de IVA, relativos a la limitación del derecho a deducción en materia de subvenciones.

La Comisión solicita al Tribunal que se declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Comunitario y, en particular de los apartados 2 y 5 del art. 17 y del art. 19 de la Directiva citada anteriormente. Así, a juicio de la Comisión, los antiguos arts. 102 y 104.2 de la Ley del IVA española limitaban dicho derecho a la deducción¹⁸⁰.

La Comisión también pone de manifiesto que la anterior medida incide, no ya sólo sobre los sujetos pasivos que utilizan los bienes y servicios previamente adquiridos para realizar de manera indistinta operaciones gravadas con derecho a deducción y operaciones que no implican tal derecho (los llamados '*sujetos pasivos mixtos*'), sino también sobre aquellos otros sujetos que emplean dichos bienes y servicios para

¹⁷⁹ Así lo indicaba GARCÍA NOVOA, C.: "... a nuestro modo de ver el recurso a la prorrata para limitar el porcentaje de deducción del IVA no debe considerarse una violación de los fines de la Directiva. Puesto que si el fin de la inclusión de las subvenciones en el denominador de la prorrata es impedir la deducción del IVA soportado sufragado con cargo a las subvenciones, la única forma de lograrlo sin discriminaciones es que la percepción de subvenciones sea un presupuesto para la aplicación de la prorrata". (Vid.: "Las subvenciones y el Impuesto sobre el Valor Añadido (I)", *ob. cit.*, pág. 207).

A su vez, MARTÍN FERNÁNDEZ, J. escribía: "en un primer momento puede pensarse que la previsión de la LIVA supera los límites de la autorización contenida en la Directiva, pues ésta no considera, como hace el art. 102.1 de la LIVA, que la percepción de subvenciones sea un presupuesto para la aplicación de la regla de prorrata. Es cierto que, tal vez éste sea el único medio para desarrollar con un criterio de justicia dicha habilitación. En caso contrario, los sujetos pasivos que deban utilizar la regla, por realizar entregas de bienes o prestaciones de servicios que no originan el derecho a la deducción, resultarían perjudicados respecto de los que sólo realicen operaciones que otorgan tal derecho, aunque perciban subvenciones. Los primeros habrían de incluir las subvenciones en el denominador de la fracción empleada para el cálculo de la prorrata, cosa que no ocurriría con los segundos". (Vid.: "La percepción de subvenciones y ayudas públicas y el IVA (especial referencia a las empresas públicas)", *Quincena Fiscal*, núm. 19, 1997, pág. 39).

¹⁸⁰ Para un completo estudio de las consecuencias de este Fallo, vid.: CAYÓN GALIARDO, A.: "Los efectos de la sentencia del TJCE de 6 de octubre de 2005, asunto c-204/03", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 71, 2005, págs. 11 y ss.

En el mismo sentido, MARTÍN FERNÁNDEZ, J. advierte de la relevancia de dicha Sentencia, ya que en la misma se advierte que no procede limitar en el tiempo sus efectos, de forma que su importancia es mayor de la esperada, al aplicarse no sólo hacia el futuro, sino que podrían revisarse todas aquellas autoliquidaciones que no estén prescritas. (Vid.: "Las subvenciones en el IVA desde la perspectiva comunitaria", *Boletín del Instituto Universitario de Estudios Fiscales y Financieros*, núm. 3, 2006, pág. 35).

efectuar únicamente operaciones gravadas con derecho a deducción (los denominados ‘*sujetos pasivos totales*’).

De este modo, siempre siguiendo la argumentación de la Comisión Europea, lo dispuesto en el anterior art. 102.1 de la Ley del IVA española que obligaba a aplicar la regla de prorrata por el hecho de obtenerse subvenciones, ampliaba de forma ilegal la limitación del derecho a deducción, por lo que se estaría introduciendo un criterio para el cálculo de la misma que no está previsto en la Sexta Directiva, siendo, además, contrario a ésta.

Así, el Tribunal rechazó las alegaciones efectuadas por el Gobierno español, en el sentido de que su interpretación del art. 19 de la Sexta Directiva garantizaba un mejor equilibrio en materia de competencia y, por tanto, el cumplimiento del principio de neutralidad del IVA¹⁸¹.

En definitiva, la norma de reforma interna española, procedió a suprimir el mencionado inciso y a quitar la mención en el art. 104 de la Ley del IVA de la inclusión de las subvenciones en el denominador de la fracción para aplicar la regla de prorrata. En consecuencia, la obtención de una subvención no afectará a la citada regla con carácter general.

Una vez expuesto lo anterior, hay que indicar que, al margen de lo relativo a la Sentencia examinada y la modificación normativa de la Ley del IVA, ya se excluían de dicha regla de prorrata las subvenciones que no financien actividades empresariales y profesionales (art. 102 Ley del IVA), circunstancia totalmente lógica, pues sólo en el ámbito de dichas actividades procede el devengo del Impuesto, lo cual provoca que se pueda considerar dicha advertencia, en cierto modo, superflua. Por lo tanto, las subvenciones obtenidas por un sujeto desde un punto de vista particular, al margen de sus actividades económicas, no tendrán ninguna trascendencia a los efectos que nos ocupan¹⁸².

B.- MEDIDAS FISCALES

I. LA TRASCENDENCIA DE LA DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO DEL DERECHO TRIBUTARIO. CRITERIOS PARA SU CALIFICACIÓN Y ACREDITACIÓN.

Sin lugar a dudas, es un hecho incontestable la importancia adquirida en los últimos tiempos por el conjunto de personas que sufren distintos grados de discapacidad,

¹⁸¹ Para un mayor detalle de la influencia de la Sentencia mencionada, vid.: CALVO VÉRGEZ, J.: “Base imponible del IVA en operaciones interiores: análisis de las subvenciones como concepto integrante de la misma y de su tratamiento en la regla de prorrata (en torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 6 de octubre de 2005)”, *Impuestos*, núm. 1, 2006, págs. 36 y ss.

También se puede consultar el comentario de GARCÍA PRATS, F.A.: “Jurisprudencia de la Unión Europea”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 74, 2006, págs. 116 y ss.

¹⁸² En el mismo sentido, VICTORIA SÁNCHEZ, A. se refiere a ellas como subvenciones que se corresponden con la esfera “*particular*” del receptor, como, por ejemplo, la cantidad percibida por un abogado para rehabilitar la fachada de su vivienda particular, que no está afectada a su actividad profesional. (Vid.: “Las subvenciones sobre el IVA”, *Gaceta Fiscal*, núm. 199, 2001, pág. 108).

quienes persiguen alcanzar su integración en un plano de igualdad con el resto de los ciudadanos. Esta igualdad no debe ser sólo de carácter nominal, sino que ha de proyectarse sobre todas aquellas situaciones de discriminación originadas por la situación inicial de clara desventaja en la que estos sujetos se encuentran, en aras de lograr una igualdad de oportunidades real.

Como es sabido, nuestra Constitución de 1978 reconoce en su art. 14 el principio de igualdad o de no discriminación, al disponer que *“todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o por cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Al mismo tiempo, se encarga de precisar el art. 9.2 de la Norma Fundamental que *“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*. Y el art. 10.1 de la Constitución (CE) afirma que *“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”*.

La aplicación de todos estos preceptos, sin perjuicio de su alcance general, adquiere especial importancia en el ámbito de la discapacidad, al promover la erradicación de toda discriminación por razón de las minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales de cualquier clase que pueda padecer un individuo.

Por otra parte establece el art. 49 CE, encuadrado dentro del Capítulo III del Título I (cuya denominación es *“De los principios rectores de la política social y económica”*), que *“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”*. Incluso, dentro de esta misma línea, cabría aludir a la incidencia del art. 41 CE, en virtud del cual, *“los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y las prestaciones complementarias serán libres”*.

Lo dispuesto en todos estos preceptos constitucionales debe ponerse además, dentro del marco específico de la fiscalidad, en conexión con el art. 31.1 de la Norma Fundamental, en virtud del cual *“todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”*.

Señala la Exposición de Motivos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad de las Personas con Discapacidad que estas personas *“precisan de garantías suplementarias para vivir con plenitud de derecho o para participar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos en la vida económica, social y cultural del país”*. Por su parte el art. 1 de esta Ley, que sirve de complemento a la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, se encarga de precisar que el objeto de la misma lo constituye *“establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”*.

La citada Ley 51/2003, de 2 de diciembre, tiene por objeto establecer medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, conforme a lo dispuesto en los arts. 9.2, 10, 14 y 49 CE. A estos efectos, se entiende por “igualdad de oportunidades” la ausencia de discriminación, directa o indirecta, que tenga su causa en una discapacidad, así como la adopción de medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de una persona con discapacidad para participar plenamente en la vida política, económica, cultural y social.

Refiriéndose al ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, su art. 1.2 dispone que tendrán la consideración de personas con discapacidad aquéllas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%, añadiéndose a continuación que, en todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33% los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Sucede no obstante que, ya desde la entrada en vigor de la citada Ley, se han producido decisiones administrativas heterogéneas y, en algunas ocasiones, contradictorias, emanadas de los distintos órganos de las Administraciones Públicas, en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista en el citado artículo. Pues bien, al objeto de precisar el alcance de la equiparación del grado de minusvalía prevista en el art. 1.2 de la Ley 51/2003 y de fijar unos criterios homogéneos de actuaciones para todo el Estado, se ha dictado recientemente el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad a los efectos de la Ley 51/2003. Dicho Real Decreto toma además en consideración lo dispuesto en el citado precepto, de conformidad con el cual la acreditación del grado de minusvalía se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

¿Cómo deben actuar los poderes públicos en el ámbito de la discapacidad? De conformidad con lo previsto en el art. 2.f) de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, la actuación de los poderes públicos ha de inspirarse en el llamado “principio de transversalidad”, comprendiendo *“las políticas y líneas de acción de carácter general en cualquiera de los ámbitos de la actuación pública, dónde se tendrán en cuenta las necesidades y demandas de las personas con discapacidad”*.

Dentro de las políticas a través de las cuales se plantea la posibilidad de prestar especial atención a este colectivo se encuentra la política fiscal. En efecto, la normativa tributaria ha de tener bien presente la específica problemática de los discapacitados. Y todo estudio que pretenda llevarse a cabo acerca de la protección de los discapacitados en ámbitos tales como los del Derecho de la Seguridad Social o el Derecho Tributario ha de partir de un dato que, no por obvio, deja de ser esencial: la existencia de una desigualdad entre las personas discapacitadas y quienes no padecen discapacidad alguna. Ahora bien, desde un punto de vista jurídico, estas diferencias (ya sean físicas, psíquicas, sensoriales o de cualquier otra clase), no pueden provocar que los discapacitados resulten discriminados, en cualquier ámbito, por razón de su minusvalía. La razón es bien sencilla: tienen los mismos derechos y deberes que el resto de los ciudadanos.

En consecuencia, estimamos que el Estado debe ejercer una acción represora sobre todas aquellas conductas ilegales que puedan originarse, prestando así una especial tutela a los derechos de las personas discapacitadas en aras de impedir que estos resulten menoscabados.¹⁸³

Ahora bien, al mismo tiempo, y debido a las diferencias esenciales que caracterizan la situación personal de las personas discapacitadas en relación con el resto de ciudadanos, el Estado debe adoptar además todas aquellas medidas que estime oportunas (tanto desde un ámbito normativo, como financiero o incluso desde el punto de vista del desarrollo de la función pública), con la finalidad de lograr reducir al máximo tales diferencias e igualar, en la medida de lo posible, a unos y otros ciudadanos en el disfrute de sus derechos.

Dicha diferencia de trato resulta plenamente justificada, no vulnerando en ningún caso el principio de igualdad o la prohibición de discriminación, dadas las circunstancias concurrentes a que nos referimos.

Sin lugar a dudas, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El principal objetivo que se persigue no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía.

Esta es la razón de ser que justifica la aprobación de la reciente Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. El origen remoto de esta Ley podemos situarlo en octubre de 2003, fecha en la que tuvo lugar la aprobación de la Renovación del Pacto de Toledo a través de la creación de una Recomendación Adicional 3.^a, en la que se disponía que *“resulta por tanto necesario configurar un sistema integrado que aborde desde la perspectiva de globalidad el fenómeno de la dependencia, y la Comisión considera necesaria una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección”*.

Por otra parte, conviene no olvidar que el reconocimiento de los derechos de las personas en situación de dependencia ha sido puesto de relieve por numerosos documentos y decisiones de organizaciones internacionales tales como la Organización Mundial de la Salud, el Consejo de Europa y la Unión Europea. Esta última, en el año 2002 y, precisamente, bajo la presidencia española, adoptó un conjunto de criterios que debían regir las políticas de dependencia de los Estados miembros, a saber: universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten. Las conclusiones del Informe elaborado por la Subcomisión sobre el estudio de la situación actual de la discapacidad, con fecha de 13 de diciembre de 2003, coincidían en la necesidad de configurar un sistema integral de la dependencia desde una perspectiva global con la participación activa de toda la sociedad.

¹⁸³En este sentido, deben destacarse las medidas contra este tipo de discriminación, ya sea directa o indirecta, recogidas en los arts. 6 y 7 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Dentro de nuestra sociedad, el conjunto de cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Baste citar el importante crecimiento experimentado de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7% de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6%). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado “envejecimiento del envejecimiento”, expresión con la que se designa al aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en sólo veinte años. Asistimos por tanto a la existencia de una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio.

Son múltiples además los estudios llevados a cabo en los últimos tiempos destinados a poner de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad. Téngase presente que más del 32% de las personas mayores de 65 años padecen algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población. A esta realidad, derivada del envejecimiento, se suma la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas, así como por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.¹⁸⁴

Queda claro por tanto que la atención a este colectivo de población constituye un reto ineludible para los poderes públicos que requiere una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra sociedad. No hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el “apoyo informal”. Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen asimismo nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan.

Como ya hemos precisado nuestra Constitución, a través de sus arts. 49 y 50 fundamentalmente, proclama la necesidad de prestar especial atención a las personas con discapacidad y a las personas mayores a través de un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos. Y si ya en el año 1978 los elementos fundamentales de ese modelo de Estado del bienestar se centraban, para todo ciudadano, en la protección sanitaria y de la Seguridad Social, el desarrollo social llevado a cabo desde entonces ha venido a situar a un nivel de importancia fundamental a los servicios sociales, desarrollados fundamentalmente por las Comunidades Autónomas, con la colaboración especial del llamado Tercer sector.

¹⁸⁴ Concretamente, según la Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud realizada en 1999, un 9% de la población española presentaba alguna discapacidad o limitación que le causaba o podía llegar a causar una dependencia para las actividades de la vida diaria o necesidades de apoyo para su autonomía personal en igualdad de oportunidades. Ello explica el hecho de que, pensando en este colectivo, se acometiera la creación de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Accesibilidad Universal de las Personas con Discapacidad.

Hasta ahora el conjunto de las distintas necesidades de las personas mayores y, en general, de los afectados por situaciones de dependencia, han sido atendidas por las Administraciones Públicas fundamentalmente desde los ámbitos autonómico y local, en el marco del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales, en el que participa también la Administración General del Estado. Dentro del ámbito estatal hemos de referirnos a los Planes de Acción para las Personas con Discapacidad y para Personas Mayores. Por otra parte, el sistema de Seguridad Social ha venido asumiendo algunos elementos de atención, tanto en la asistencia a personas mayores como en situaciones vinculadas a la discapacidad: gran invalidez, complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez y de la prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad, así como prestaciones de servicios sociales en materia de reeducación y rehabilitación a personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores.

Las entidades del Tercer sector de acción social vienen participando desde hace años en la atención a las personas en situación de dependencia, apoyando el esfuerzo de las familias y de las Corporaciones Locales en este ámbito. Estas entidades desarrollan una importante labor de prevención de los riesgos de exclusión de las personas afectadas.

Pues bien, la necesidad de garantizar a los ciudadanos, y a las propias Comunidades Autónomas, un marco estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia y su progresiva importancia lleva al Estado a intervenir en este ámbito con la regulación contenida en la nueva Ley de Dependencia, configurándola como una nueva modalidad de protección social destinada a ampliar y complementar la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social.

Lo que se persigue no es sino la configuración de un nuevo desarrollo de los servicios sociales que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el avance del modelo de Estado Social que consagra la Constitución, así como el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantista y plenamente universal. En este sentido, el Sistema de Atención de la Dependencia constituye uno de los instrumentos fundamentales destinados a mejorar la situación de los servicios sociales en nuestro país, respondiendo a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades.

A través de la nueva Ley de Dependencia se busca regular las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas. El citado Sistema tiene por finalidad principal la garantía de las condiciones básicas y la previsión de los niveles de protección a que se refiere la nueva Ley.

La Ley ha de servir de instrumento de apoyo para fomentar la colaboración y participación de las Administraciones Públicas y para optimizar los recursos públicos y privados disponibles. De este modo, se configura un derecho subjetivo fundamentado en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de

atención integral al ciudadano, al que se reconoce como beneficiario su participación en el Sistema y que administrativamente se organiza en tres niveles.

Es la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149.1 CE), la que justifica la regulación por parte de la nueva Ley de Dependencia de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación del citado Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y con pleno respeto de las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 CE.

Con carácter general, la nueva Ley establece un nivel mínimo de protección, definido y garantizado financieramente por la Administración General del Estado. Asimismo, y como un segundo nivel de protección, contempla un régimen de cooperación y financiación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas mediante convenios para el desarrollo y aplicación de las demás prestaciones y servicios que se contemplan en la Ley. Finalmente, al amparo de lo establecido en su texto, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar, si así lo estiman oportuno, un tercer nivel adicional de protección a los ciudadanos.

Dada la naturaleza del objeto de la nueva Ley, estimamos que se hace necesario un compromiso y una actuación conjunta de todos los poderes e instituciones públicas, constituyendo la coordinación y cooperación con las Comunidades Autónomas un elemento fundamental. Debido a ello, la Ley establece una serie de mecanismos de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, entre los que destaca la creación del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. En su seno debe desarrollarse, a través del acuerdo entre las Administraciones, la función de alcanzar: un marco de cooperación interadministrativa; una mayor intensidad de los servicios del catálogo; las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas; los criterios de participación de los beneficiarios en el coste de los servicios y el baremo para el reconocimiento de la situación de dependencia. Todos estos aspectos deben permitir el posterior despliegue del Sistema a través de los correspondientes convenios con las Comunidades Autónomas.

En definitiva se trata de desarrollar, a partir del marco competencial, un modelo innovador, integrado y basado en la cooperación interadministrativa y en el respeto a las competencias. La financiación vendrá determinada por el número de personas en situación de dependencia y de los servicios y prestaciones previstos en la nueva Ley, adquiriendo la misma un carácter estable, suficiente y sostenido en el tiempo, y quedando garantizada a través de la corresponsabilidad de las Administraciones Públicas.

Ha de ser la Administración General del Estado la encargada de garantizar la financiación a las Comunidades Autónomas para el desarrollo del nivel mínimo de protección para las personas en situación de dependencia recogidas en la nueva Ley. Concretamente, el Sistema diseñado al efecto ha de atender de forma equitativa a todos los ciudadanos en situación de dependencia, contribuyendo los beneficiarios

económicamente a la financiación de los servicios de forma progresiva en función de su capacidad económica, teniendo en cuenta para ello el tipo de servicio que se presta y el coste del mismo.

El nuevo Sistema diseñado al efecto ha de garantizar la participación de las entidades que representan a las personas en situación de dependencia y sus familias en sus órganos consultivos, reconociéndose la participación de los beneficiarios en el mismo y la complementariedad y compatibilidad entre los diferentes tipos de prestaciones, en los términos que determinen las normas de desarrollo.

La nueva Ley de Dependencia se estructura en un Título Preliminar, un Título Primero con cinco capítulos, un Título segundo con cinco capítulos, un Título tercero, dieciséis Disposiciones Adicionales, dos Disposiciones Transitorias y nueve Disposiciones Finales. A lo largo de su Título Preliminar, se recogen las disposiciones que se refieren a su objeto y los principios que la inspiran, los derechos y obligaciones de las personas en situación de dependencia y los titulares de esos derechos.

El Título I de la Ley configura el Sistema de Atención a la Dependencia, así como la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias, a través de los diversos niveles de protección en que administrativamente se organizan las prestaciones y servicios. La necesaria cooperación entre Administraciones se concreta además en la creación de un Consejo Territorial del Sistema (en el que pueden participar las Corporaciones Locales) y en la aprobación de un marco de cooperación interadministrativa a desarrollar mediante Convenios con cada una de las Comunidades Autónomas.

Asimismo son objeto de regulación las prestaciones del Sistema y el catálogo de servicios, los grados de dependencia, los criterios básicos para su valoración y el procedimiento de reconocimiento del derecho a las prestaciones.

Por su parte el Título II regula las medidas destinadas a asegurar la calidad y la eficacia del Sistema, a través de la elaboración de planes de calidad y sistemas de evaluación, y con especial atención a la formación y cualificación de profesionales y cuidadores. Dentro del citado Título se delimita igualmente el llamado sistema de información de la dependencia y el Comité Consultivo del sistema, en el que participan los agentes sociales, dotándose del carácter de órganos consultivos a los ya creados, a saber: Consejo Estatal de Personas Mayores, Consejo Nacional de la Discapacidad y Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social.

A lo largo de su Título III, se regulan las normas sobre infracciones y sanciones vinculadas a las condiciones básicas de garantía de los derechos de los ciudadanos en situación de dependencia. El conjunto de las Disposiciones Adicionales contenidas en la nueva Ley introducen los cambios necesarios en la normativa estatal derivados de la regulación que presenta. Por ejemplo, se incluyen diversas referencias en materia de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales, así como en la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en la normativa sobre discapacidad, gran invalidez y necesidad de ayuda de tercera persona, previéndose las modificaciones necesarias para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia.

Por último, su Disposición Transitoria primera regula la participación financiera del Estado en la puesta en marcha del Sistema durante un periodo transitorio hasta el año 2015, de acuerdo con las previsiones del calendario de aplicación de la Ley, contenido en su Disposición Final primera.

En suma, sin perjuicio de la necesidad de que el Estado adopte una política represiva de todas aquellas conductas que discriminen a los discapacitados por razón de su minusvalía, debe asumir también una posición de tutela activa destinada a eliminar plenamente el conjunto de obstáculos que se oponen a la plena integración del discapacitado en la sociedad.

Dichas acciones de los poderes públicos podrán encaminarse al establecimiento de medidas de discriminación positiva, que deben ser justificadas (en aras de la minusvalía padecida) y proporcionadas (en función de la finalidad perseguida), de manera que no resulten contrarias a Derecho¹⁸⁵. Y entre estas medidas positivas de acción susceptibles de ser adoptadas por los poderes públicos se sitúan las contenidas en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario.

Así las cosas, el legislador fiscal debe proceder, en primer lugar, a aplicar el principio de acción positiva, otorgando aquellos beneficios que compensen la situación de desventaja de partida. Y, en segundo término, ha de lograr que la tributación de los discapacitados sea justa y se corresponda con su verdadera capacidad económica, una vez cubiertas sus especiales necesidades. Coincidimos con CUBILES SÁNCHEZ-POBRE¹⁸⁶ en que *“sólo así se logrará una igualdad de trato efectiva pues es evidente que, si para compensar las minusvalías que padecen deben hacer frente a unos gastos superiores, las cantidades destinadas a sufragar tales gastos no pueden ser entendidas como una capacidad económica mayor”*.

¿Y qué medidas tributarias deben ser adoptadas en aras de garantizar la integración real de los discapacitados? A nuestro juicio, las normas tributarias han de responder a las necesidades de las personas discapacitadas o de su entorno cercano, esto es, de los familiares de los cuales dependan. Deben establecerse normas que incentiven la realización de actividades o actitudes que mejoren la situación de los discapacitados en nuestra sociedad.

Es cierto que, con carácter general, la legislación tributaria no se limita a utilizar un único término para referirse a las personas con discapacidad. Es más, en ocasiones, dentro de una misma norma el legislador emplea distintas expresiones a través de las cuales alude a una misma realidad.

Así, por ejemplo, mientras la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, alude en su art. 151.1 a la “persona con discapacidad o con movilidad reducida”, el antiguo Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se

¹⁸⁵El art. 8 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, define expresamente las citadas medidas como *“aquellos apoyos de carácter específico destinados a prevenir o compensar las desventajas o especiales dificultades que tienen las personas con discapacidad en la incorporación y participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, cultural y social, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”*.

¹⁸⁶CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P., “La tributación de las personas con discapacidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades. Visión crítica de la normativa actual y propuestas para su modificación”, en *Revista Técnica Tributaria*, núm. 72, 2006, pág. 23.

refería en su art. 58.6 a los contribuyentes “discapacitados”, y a las “personas minusválidas” en su art. 61.1. Como es sabido, en la actualidad hemos de remitirnos a lo dispuesto en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio. Pues bien, la nueva Ley se refiere, entre otros, en sus arts. 53 y 60 a las “personas con discapacidad”.

Por su parte la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre el Valor Añadido utiliza el término “minusválidos” en su art. 91.dos.4, si bien previamente, en su art. 45, emplea la expresión “personas física o mentalmente disminuidas”.

El Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, alude en su art. 41 a los “trabajadores minusválidos”. Y especialmente significativa resulta la variada terminología empleada por el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales; mientras su art. 82.1.f) se refiere a los “disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales”, en su art. 93.1.e) se mencionan a los “vehículos para personas de movilidad reducida”, “vehículos matriculados a nombre de minusválidos” y “vehículos conducidos por personas con discapacidad”; asimismo, su art. 103.2.e) se refiere, en términos más genéricos, a los “discapacitados”.

No cabe duda de que, de *lege ferenda*, resultaría más conveniente proceder a unificar esta variada terminología empleada por el legislador fiscal teniendo en cuenta que, desde un punto de vista estrictamente tributario, la expresión más correcta sería la de “persona con discapacidad”. Ahora bien, con independencia de reconocer la existencia de una falta de concreción terminológica estimamos que, a través del empleo de estas distintas expresiones, el legislador se está refiriendo siempre a un mismo supuesto de hecho.

A mayor abundamiento, dentro de los dos principales impuestos de nuestro sistema tributario (IRPF e IVA), se contiene una definición de “discapacidad” a la que resulta posible recurrir con la finalidad de poder interpretar adecuadamente los términos utilizados en los restantes textos legales. Como ha señalado CARBAJO VASCO¹⁸⁷, “*las clasificaciones de discapacidad, conceptos, sistemas de acreditación, etc., contenidos en el IRPF se trasladan pari passu a otro gravámenes*”.

Al amparo de lo dispuesto por el apartado seis del art. 58.6 del antiguo RDLeg 3/2004, de 5 de marzo¹⁸⁸, se ha venido afirmando que tienen la consideración de discapacitados

¹⁸⁷CARBAJO VASCO, D., “La familia y la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, en *Tribuna Fiscal*, núm. 12, 2003, pág. 21.

¹⁸⁸En idénticos términos se pronunciaba el artículo 47 quinquies de la antigua Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto. No obstante, la primera vez que se hizo uso de esta definición en el IRPF fue en el art. 5.bis de la antigua Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del Impuesto. Dicho precepto venía a especificar el grado de minusvalía recogido en el art. 28.2 de la Ley el cual se refería, dentro del concepto “otros gastos deducibles”, al “*15 por 100 sobre el importe de los ingresos íntegros, excluidas las contribuciones que los promotores de Planes de Pensiones imputen a los partícipes, con un máximo de 600.000 pesetas, para los sujetos pasivos que sean invidentes, mutilados o inválidos, físicos o psíquicos, congénitos o sobrevenidos, en el grado reglamentariamente establecido*”.

aquellos contribuyentes con un grado de minusvalía igual o superior al 33% a la fecha del devengo, esto es, a 31 de diciembre. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en determinadas ocasiones el citado TRLIRPF demandaba la existencia de un porcentaje superior (concretamente del 65%), al objeto de poder acceder al disfrute de ciertos beneficios¹⁸⁹.

Estos mismos parámetros son utilizados por la nueva Ley reguladora del IRPF, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, en su art. 60.3. Cuando el legislador alude a “personas con discapacidad” se está refiriendo, de acuerdo con lo previsto en el citado precepto, a aquellos contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33%, circunstancia que se considera probada respecto de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. En cambio, se estima acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% tratándose de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcancen dicho grado.¹⁹⁰

Así las cosas, a efectos de este Impuesto habremos de diferenciar entre dos tipos de discapacitados: aquellos que cuenten con un porcentaje de minusvalía igual o superior al 33%; y los que presenten un porcentaje igual o superior al 65%.

Y dentro del ámbito de la imposición indirecta, el art. 91.Dos.1.4º de la LIVA señala que “a efectos de esta Ley, se considerarán personas con minusvalía a quienes tengan esta condición legal en grado igual o superior al 33 por 100, de acuerdo con el baremo a que se refiere la Disposición Adicional Segunda de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre”. Esta redacción fue introducida en su día por la Ley 41/1994, de 30 de diciembre. Téngase presente además que la citada Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecían en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, resultó derogada por la vigente Ley General de la Seguridad Social. Por tanto, en la actualidad, el baremo al que alude el referido art. 91.Dos.1.4º de la LIVA se halla regulado en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.¹⁹¹

¹⁸⁹En efecto, dentro del art. 58 del RDLeg. 3/2004 se señalaba que las reducciones por discapacidad del contribuyente y de los ascendientes o descendientes incrementan su cuantía legal en aquellos supuestos en los que el grado de minusvalía fuese igual o superior al 65%; y su art. 61 contemplaba la aplicación de una reducción específica para las aportaciones a planes de pensiones realizadas a favor de personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

¹⁹⁰Señala concretamente el citado precepto de la nueva Ley que “a los efectos de este Impuesto, tendrán la consideración de personas con discapacidad los contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En particular, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado”.

¹⁹¹La calificación del grado de minusvalía responde además a diversos criterios técnicos unificados fijados mediante los baremos descritos en el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Señala la citada norma que serán objeto de valoración, tanto aquellas discapacidades que presente la persona como,

Nótese como el legislador tributario ha optado por calificar al discapacitado en función del grado de minusvalía existente y no de otros criterios tales como el empleado en numerosas ocasiones en el ámbito del Derecho del Trabajo relativo a la incapacidad temporal o permanente existente de cara a desarrollar un empleo. Desde nuestro punto de vista, se trata de una opción que resulta lógica, ya que la discapacidad a efectos tributarios no sólo ha de venir determinada por la existencia de limitación en el ámbito laboral, sino que puede abarcar además otros aspectos de la vida social¹⁹².

A la hora de proceder a valorar la existencia de un determinado grado de minusvalía, no sólo han de tenerse en cuenta las deficiencias físicas o psíquicas que pueda padecer el sujeto en cuestión, sino también diversos factores sociales complementarios relativos a su entorno familiar o a su situación laboral, educativa o cultural que puedan llegar a dificultar la integración social del discapacitado.

En suma, siempre que una determinada norma tributaria se refiera, de un modo u otro, a las personas con discapacidad, habremos de recurrir a la definición expuesta. Y es que sólo tendrán la condición legal de discapacitados, a efectos tributarios, aquellas personas con un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Ahora bien, ello no impide en ningún caso que, en determinadas circunstancias, la propia norma establezca un grado diferente al indicado. Y, de cualquier manera, si no lo hace, deberá estimarse que el grado de minusvalía igual o superior al 33% es el que determina la asunción de la citada condición.

Por otra parte, y tal y como ha venido precisando la normativa tributaria, **el grado de minusvalía ha de ser acreditado** mediante certificado o resolución expedido por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) o, en su caso, por el órgano competente de las Comunidades Autónomas. En la práctica, el correspondiente certificado o resolución es expedido por estos últimos ya que, salvo en las Ciudades de Ceuta y Melilla, esta competencia se encuentra transferida a las distintas Comunidades Autónomas.¹⁹³

En todo caso, debe quedar claro que la citada transferencia no obsta para que la valoración y calificación del grado de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del Estado. Ha de garantizarse en este punto la existencia de una igualdad de condiciones para el acceso de todo ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los diferentes organismos públicos otorguen.

Precisamente con la finalidad de alcanzar la consecución de dicha igualdad, se procedió en su día a la aprobación, mediante Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre,

en su caso, los factores sociales complementarios que puedan incidir al respecto relativos, entre otros, a su entorno familiar y a su situación laboral, educativa y cultural que dificulten su integración social.

¹⁹²Piénsese, por ejemplo, en las obras de adecuación que sea necesario realizar para la adecuación de la vivienda habitual, en la adquisición de un vehículo adaptado asimismo a la condición de minusválido, etc.

¹⁹³Véase a este respecto lo establecido en la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 2 de noviembre de 2000, por la que se dictan las normas de aplicación y desarrollo que determinan el procedimiento a seguir para el reconocimiento del grado de minusvalía así como la composición, organización y funciones de los correspondientes Equipos de Valoración y Orientación.

regulador del procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, de unos baremos susceptibles de ser utilizados para determinar los grados de minusvalía, cuya aplicación ha de efectuarse en el conjunto de las Comunidades Autónomas.

Al amparo de lo establecido en el citado RD 1791/1999, la acreditación ha de efectuarse presentando la resolución de los Directores Provinciales del IMSERSO en Ceuta y Melilla, o la del Director General de Servicios Sociales de la Consejería autonómica correspondiente.¹⁹⁴

Cabe señalar además que, con independencia de esta exigencia de la acreditación a través del IMSERSO o del respectivo órgano competente de las CCAA, el legislador tributario prevé la posibilidad de que, en determinados supuestos, la condición de minusválido no tenga que acreditarse a través de dicho sistema, al estimarse que la misma se halla reconocida por otros medios. Nos referimos a aquellos supuestos caracterizados por la existencia de razones de economía procesal que favorecen al discapacitado, al mismo tiempo que simplifican el desarrollo de las labores de gestión, posibilitando una rápida aplicación de los efectos que le son propios en el ámbito tributario.

Esta situación se plantea, por ejemplo, en relación con aquellos pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez.

Como es sabido, la “incapacidad permanente total” es aquella que inhabilita al trabajador para la realización de todas o, al menos, de las tareas fundamentales de su profesión habitual, siempre que le permitan dedicarse a otra distinta. Por su parte, la “incapacidad permanente absoluta” inhabilita por completo al trabajador para la realización de toda profesión u oficio, no ya sólo de la suya propia; y la “gran invalidez” afecta a quien, además de sufrir incapacidad permanente, necesita de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales.¹⁹⁵

El único grado de incapacidad permanente en el que se requiere la acreditación del IMSERSO (o, como será más habitual, del órgano competente de la Comunidad Autónoma), es el de la incapacidad permanente parcial.

¹⁹⁴En la práctica cabe no obstante la posibilidad de que dicha acreditación pueda realizarse también a través de la llamada “tarjeta acreditativa del grado de minusvalía”, creada al efecto por determinadas Comunidades Autónomas. Y asimismo también se podrá acreditar mediante la resolución de la reclamación previa interpuesta ante los Directores Provinciales u organismos autónomos o, en su caso, presentando la correspondiente sentencia del orden social que declare el grado de minusvalía requerido.

¹⁹⁵En relación con estos grados de incapacidad, cabe la posibilidad de que los mismos resulten declarados por una normativa distinta a la española. Véase a este respecto la Sentencia del TSJ. de Andalucía (Granada) de 5 de septiembre de 2000, que acepta esta equiparación de grados al señalar que “(...) teniendo en cuenta la homogeneización en materia de Seguridad Social entre los diversos países de la Comunidad Europea (Reglamento 1408/1971) y los efectos del Convenio Hispano Alemán de Seguridad Social, hemos de concluir que la definición de incapacidad de ganancia del Derecho alemán, está basada en la práctica incapacidad para todo trabajo, a diferencia de la incapacidad profesional (referida a la incapacidad para igual o similar profesión a la que se desempeñaba); y, en segundo lugar, se trata de una incapacidad que inhabilita al trabajador hasta el punto de impedirle obtener ingresos por cualquier trabajo, o que los mismos sean insignificantes, lo cual coincide sustancialmente con los requisitos de la invalidez permanente absoluta del Derecho español”.

Incluso puede llegar a suceder que, teniendo reconocida alguna de estas pensiones de la Seguridad Social por incapacidad permanente el pensionista opte, al cumplir los 65 años, por la pensión de jubilación, al resultar más beneficiosa e incompatible con aquéllas¹⁹⁶. Pues bien, en relación con estos supuestos la Dirección General de Tributos (DGT) tiene declarado en contestación a Consulta de 26 de marzo de 2003 que la manera de acreditar el grado de invalidez es a través del certificado del IMSERSO o del órgano competente de las Comunidades Autónomas. “*No basta –precisa el citado Centro Directivo- el haber tenido reconocida previamente la citada pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez*”. Ciertamente nos hallamos ante una interpretación excesivamente rígida, máxime si tenemos en cuenta que ya con anterioridad ha sido considerado como discapacitado, al ser pensionista por incapacidad permanente total.

En parecidas condiciones se encuentran los pensionistas de clases pasivas que tienen reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad si bien, con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 27/2003, de 10 de enero, por el que se modificaba el antiguo Reglamento del IRPF aprobado mediante Real Decreto 214/1999, de 5 de febrero, estos funcionarios se veían obligados necesariamente a acudir a la acreditación del IMSERSO, dado que en el régimen de clases pasivas no existe graduación de la minusvalía para reconocer la concesión de estas pensiones.

En este sentido, coincidimos con ALONSO-OLEA GARCÍA, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO¹⁹⁷ cuando señalan que “*el juicio que merece dicha disposición tiene un carácter de justicia innegable, puesto que pretende tratar de forma similar a personas reguladas por distintos regímenes jurídicos (Seguridad Social y clases pasivas) cuando se presenta una identidad de hecho*”.

En aquellos supuestos de incapacidad declarada judicialmente se considera acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65%, con independencia de que no llegue a alcanzarse dicho grado. Esta equiparación, introducida en su día por la Ley de Acompañamiento de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, ha adquirido una notable importancia, al permitir extender el régimen fiscal más favorable de las personas con un grado de minusvalía más alto a todos los incapacitados judiciales ya que, en ocasiones, estos últimos no alcanzan (pese a que no pueden regirse por sí mismos), el grado del 65%.¹⁹⁸

Tal y como ha manifestado la DGT, entre otras, en contestación a Consulta de 12 de julio de 2001, “*la ‘incapacidad declarada judicialmente’ corresponde únicamente a la*

¹⁹⁶Téngase presente que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 122 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, las referidas pensiones son incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, debiendo optar el sujeto por una de ellas.

¹⁹⁷ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 56.

¹⁹⁸Véase en este sentido MORIES JIMÉNEZ, M^a. T., “Beneficios fiscales de las personas con discapacidad”, en *Revista de Información Fiscal*, núm. 57, 2003, pág. 16.

*regulada por el artículo 199 del Código Civil, que establece que nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en el artículo 200 del mismo texto legal (las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma) y bajo el procedimiento previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues sólo en dichas normativas puede hablarse propiamente de 'declaraciones judiciales de incapacitación de las personas'*¹⁹⁹. Nótese por tanto como, al amparo de esta línea de interpretación, quedarían excluidas de este ámbito las resoluciones de los tribunales del orden social o de cualquier otro orden jurisdiccional que conozcan de los recursos en materia de incapacidades para el trabajo, así como aquellas situaciones de incapacidad que no impiden el gobierno por sí mismo.²⁰⁰

De cualquier manera, en torno a la regulación de todos estos medios de prueba destinados a acreditar la condición de discapacitado han de efectuarse diversas consideraciones. En primer lugar, nos hallamos ante unos medios de prueba a través de los cuales únicamente resulta posible constatar que el sujeto pasivo puede acceder a los beneficios fiscales en los que no se requiera un grado de minusvalía distinto del 33% que, como sabemos, es el que determina la condición de discapacitado. Y ello con independencia de que determinadas normas del IRPF exijan la acreditación de un grado de minusvalía del 65% para poder disfrutar del respectivo beneficio fiscal, en cuyo caso deberá acudir necesariamente a los certificados del IMSERSO o del órgano competente de la Comunidad Autónoma.²⁰¹

¹⁹⁹Más recientemente, este mismo criterio ha sido adoptado en contestación a Consulta de 9 de agosto de 2004.

²⁰⁰Este sería el caso, por ejemplo, de la curatela, regulada en un Título distinto al de la incapacitación, concretamente en el Título X del Libro Primero, mientras que la incapacitación queda regulada en el Título IX del mismo Libro.

²⁰¹Cabe no obstante precisar que, en aquellos supuestos en los que el legislador homologa automáticamente situaciones de incapacidad para el trabajo a un determinado grado de minusvalía sin aplicar baremo alguno, puede llegar a originarse situaciones conflictivas. Como es sabido la Disp. Adic. 3ª del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla, en materia de pensiones no contributivas, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, presume la existencia de una minusvalía igual al 65% en aquellos sujetos a quienes les haya sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente, en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo. Y si la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido de gran invalidez, la citada presunción alcanza un grado de minusvalía igual o superior al 75%. En estos casos es el INSS el encargado de remitir de oficio el expediente al IMSERSO (o, en su caso, al organismo autonómico correspondiente) para que estos se pronuncien sobre el resto de los requisitos. No parece en consecuencia que aquellos trabajadores que hubiesen obtenido del Instituto Nacional de la Seguridad Social el reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez tengan que acudir al IMSERSO o, en su caso, al órgano competente de las Comunidades con la finalidad de lograr que se les acredite un grado de minusvalía superior al 65%. Y ello debido a que la citada Disp. Adic. 3ª del RD 357/1991 ya concede esa atribución a los solos efectos de conseguir la pensión no contributiva y a que, en caso contrario, terminaría por generarse una desigualdad carente de toda justificación, ya que las personas que cuentan con una pensión contributiva por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez tendrían que acudir al IMSERSO o al respectivo órgano autonómico para conseguir el grado del 65%, mientras que aquellas otras personas con esa misma incapacidad pero recibiendo una pensión no contributiva, ya tendrían reconocido legalmente un grado de minusvalía del 65%. Una situación distinta se plantea, en cambio, en relación con los funcionarios del régimen de clases pasivas, respecto de los cuales no resulta posible la aplicación del mismo criterio, puesto que los Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS sólo se pronuncian sobre si existe incapacidad permanente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera a efectos de la pensión de jubilación. En este caso sí se debería acudir al dictamen del IMSERSO o del órgano competente de la CCAA para lograr acreditar un grado de minusvalía del 65%.

Queda claro por tanto que toda persona que no se halle incapacitada judicialmente debe recurrir al reconocimiento del IMSERSO o del correspondiente órgano autonómico si quiere disfrutar de los beneficios fiscales que exigen un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

¿Qué consideraciones nos sugiere la limitación de los medios de prueba contenida en el antiguo TRLIRPF y subsistente a la luz de la nueva Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto? A nuestro juicio se trata de una limitación, cuanto menos, discutible y que, en ningún caso, debe operarse desde la vía reglamentaria, como sucedía con anterioridad a la introducción del art. 47 quinquies de la antigua Ley 40/1998 (actual art. 60 de la Ley 35/2006) por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre²⁰². Y es que el único órgano competente para determinar el grado de minusvalía de un contribuyente a los efectos contemplados en el IRPF es el IMSERSO o, en su caso, el correspondiente órgano de los servicios sociales de la Comunidad Autónoma competente²⁰³. Sólo así se logra homogeneizar el reconocimiento y la determinación del grado de minusvalía.

Estimamos además más acertada, desde la perspectiva del necesario respeto al principio de capacidad económica, la adopción de un criterio de libertad de prueba que contribuya a evitar situaciones en las que el citado principio pueda verse vulnerado.²⁰⁴

Lo cierto es que el art. 60.3 de la nueva Ley 35/2006 (al igual que sucedía anteriormente con el art. 58.6 del RDLeg. 3/2004), recoge un tenor muy similar, al efectuar una remisión reglamentaria de cara a fijar los medios de prueba admitidos que, como ya sabemos, se reducen al certificado o resolución expedida por el IMSERSO u órgano autonómico competente. Precisa no obstante el citado precepto que *“en particular, podrá probarse la discapacidad por medios distintos (se refiere el legislador a los ya citados*

²⁰²De esta opinión se muestra RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, D., “La discapacidad en el nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, en *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 212, 2000, pág. 25, para quien *“debe declararse la nulidad de esta limitación reglamentaria de los medios de prueba, al carecer de cobertura legal suficiente”*.

²⁰³En efecto, tal y como se encargó de precisar la Resolución del TEAC de 17 de febrero de 2005, dictada como consecuencia de la interposición de un recurso extraordinario de alzada para unificación de criterio, *“A partir de la entrada en vigor de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y a los efectos de este Impuesto, con la salvedad de las excepciones contempladas en el artículo 67 del Reglamento del Impuesto, y de lo establecido en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el ejercicio 2000 (en relación a la minusvalía declarada judicialmente), el grado de minusvalía únicamente puede acreditarse mediante certificado o resolución expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales o el órgano competente de las Comunidades Autónomas. Dichos certificados han de ser expedidos, desde el 27 de enero de 2000, fecha de su entrada en vigor, conforme lo establecido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía sin que, a efectos de este impuesto, puedan reputarse válidos reconocimientos de minusvalía efectuados por otros facultativos u organismos realizados, incluso, en el ejercicio de competencias”*.

²⁰⁴Dicha vulneración tuvo lugar, por ejemplo, al hilo de la contestación a Consulta de la DGT de 26 de marzo de 2001, en la que se denegó la validez de un certificado clínico expedido por la Fundación del Instituto Valenciano de Oncología, centro en el que se trató la grave enfermedad que padecía la mujer del consultante, y que le impidió acudir a pasar la oportuna revisión en el órgano competente de la Comunidad Autónoma antes de fallecer.

anteriormente en materia de incapacidad laboral) *en el ámbito de la Seguridad Social o de las clases pasivas, así como la declaración judicial de incapacitación*”.

Sugieren ALONSO-OLEA GARCÍA, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO²⁰⁵ que, probablemente, nos estemos enfrentando a un falso problema, ya que la Administración tributaria no acepta otros medios de prueba (además de los ya indicados) de cara a reconocer los beneficios fiscales contemplados en el ordenamiento. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Ahora bien, en todo caso los citados medios de prueba podrán ser alegados ante los órganos que han de acreditar el grado de discapacidad (IMSERSO y órganos autonómicos competentes)²⁰⁶. Cuestión distinta es la relativa a la determinación del momento a partir del cual han de desprender efectos tributarios los certificados emitidos por los mencionados organismos de acreditación.

De cualquier manera, la condición de discapacitado habrá de ser debidamente acreditada, especialmente en relación con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Es más, consideramos que cualquiera de estos medios de prueba asimilados al dictamen del IMSERSO u órgano autonómico (supuestos de pensión de incapacidad permanente, absoluta, gran invalidez, etc.), deberían estimarse como válidos también en otros impuestos, sin limitar su eficacia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas²⁰⁷.

Porque si admitimos que el concepto de discapacidad ha de ser el mismo en todo el sistema tributario, lo mismo debe suceder con la acreditación de dicha condición. Lo contrario nos conduciría a situaciones contradictorias en las que resultaría aceptado el modo de acreditar la minusvalía en un determinado impuesto y no en otros, vulnerándose en consecuencia el principio de unidad de criterio que debe presidir toda actuación administrativa.

Lo cierto es, sin embargo, que la DGT, en contestación a Consulta de 4 de marzo de 2004, consideró que la acreditación regulada en el art. 67 del antiguo Reglamento del IRPF aprobado mediante Real Decreto 214/1999 lo era únicamente a los efectos del IRPF, descartando así la posibilidad de que la referida autorización pudiera extraerse además (en el supuesto específico planteado) de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales.

Téngase presente además que el grado de minusvalía determinante será el que se detente a la fecha del devengo del Impuesto, lo que podría llegar a provocar que la situación de minusvalía no coincida con su reconocimiento administrativo, al resultar éste posterior en el tiempo. ¿Cómo debe ser tratado este “desfase temporal” existente entre el período impositivo en el que ya se padece la minusvalía y aquél otro en el que dicha minusvalía es reconocida por uno de los medios exigidos por el IRPF?

²⁰⁵ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 59

²⁰⁶De hecho, en la práctica, los Servicios de Valoración y Orientación se pronuncian partiendo de los informes médicos y/o psicológicos presentados por los interesados, y que avalan las deficiencias alegadas.

²⁰⁷De esta opinión se muestra, entre otros autores, CARBAJO VASCO, D., “La familia y la reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”, ob. cit., pág. 21.

En nuestra opinión, si se lograra la acreditación en un momento posterior al devengo, sus efectos habrían de retrotraerse a ejercicios pasados no prescritos. De hecho, son múltiples los pronunciamientos jurisprudenciales que, en los últimos tiempos, vienen admitiendo estos efectos retroactivos cuando del informe oficial se deduzca que, en fechas anteriores al mismo, ya se daban las circunstancias que determinaron una minusvalía en un grado igual o superior al 33%.²⁰⁸

¿A partir de qué momento ha de estimarse que la condición de discapacitado desprende los efectos tributarios atribuidos por el ordenamiento jurídico? Sin lugar a dudas, es esta una cuestión de indudable trascendencia ya que, en función del criterio que se adopte al respecto, podrán ser o no aplicables los beneficios fiscales previstos en los distintos impuestos.

A priori parece claro que la fecha que determina esta condición es la del devengo, es decir, la del nacimiento de la obligación tributaria. Sucede sin embargo que el devengo no coincide en todos y cada uno de los tributos que reconocen beneficios fiscales relacionados con la discapacidad, lo que obliga a estar a la normativa específica de cada uno de ellos.

Con independencia de lo anterior, resulta posible aludir a la existencia de una situación que suele plantearse en los distintos impuestos que conforman el sistema tributario y que, en nuestra opinión, requiere de la adopción de un tratamiento unitario. Dicha situación no es otra que aquella que afecta a las personas que, teniendo el grado de minusvalía que exige la norma para ser discapacitado, no pueden acreditarlo a la fecha de devengo del impuesto de que se trate.

No se trata de un “supuesto de laboratorio”, ni mucho menos. Pensemos, por ejemplo, en aquellos casos en los que la situación de discapacidad ya consolidada (con un grado de minusvalía mínimo del 33%) no coincide con su reconocimiento administrativo, al ser éste posterior, produciéndose así un desfase entre el período impositivo en el que ya se padece la minusvalía y el período en que ésta se reconoce por uno de los medios que exige la norma tributaria (ya sea el dictamen del IMSERSO o el emitido por el órgano autonómico equivalente).²⁰⁹

¿Determina en estos casos la no acreditación en tiempo de la condición de discapacitado la pérdida del oportuno beneficio fiscal? ¿Surte efectos el reconocimiento administrativo respecto de aquellos períodos en los que ya se padecía la minusvalía a pesar de que no estuviera aún reconocida? En determinados supuestos, la Administración tributaria ha venido exigiendo la acreditación de la condición de discapacitado en el momento del devengo, con lo que la no presentación de la misma impediría disfrutar del correspondiente beneficio fiscal. Estima así la Hacienda Pública que el disfrute de la exención se halla condicionado al cumplimiento de este requisito formal.

Por su parte, la posición de los tribunales de justicia no resulta uniforme. En su Sentencia de 11 de septiembre de 2000, el TSJ. de Aragón vino a considerar que “*de los*

²⁰⁸Véanse a este respecto, entre otras, las Sentencias del TSJ. de Baleares de 22 de noviembre de 2002 y del TSJ. de Asturias de 23 de mayo de 2000 y de 9 de julio de 1999.

²⁰⁹Los motivos que podrían dar lugar a esta situación son diversos, resultando en ocasiones de responsabilidad del discapacitado y, en otras, de la propia Administración, a la luz del correspondiente proceso administrativo o judicial.

*preceptos reguladores de la pensión consecuentemente con la declaración de retiro por inutilidad física (arts. 47 y 48 del Texto Refundido de la Ley de Clases pasivas del Estado, aprobado mediante Real Decreto 670/1987, de 30 de abril), no se infiere el efecto retroactivo que se pretende, porque la incapacidad o inutilidad (...) no es la que se produce automáticamente por efecto de la lesión sufrida, sino la formalmente declarada mediante la oportuna resolución en que se reconozca la concurrencia de los requisitos establecidos en el art. 28.2.c) de la misma Ley". De este modo, consideraba el Tribunal que la declaración de retiro por incapacidad permanente presenta un efecto constitutivo de la nueva situación y del nacimiento del derecho a la pensión, produciéndose la eficacia de los efectos derivados de la exención tributaria desde dicho instante, esto es, *ex nunc*, y no retrotrayéndose al instante en que se produce el accidente habilitante. Un criterio distinto puede encontrarse, sin embargo, entre otras, en las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña y de Baleares de 3 de enero de 2000 y de 22 de noviembre de 2002, respectivamente, y en las Sentencias del TSJ. de Asturias de 9 de julio de 1999 y de 23 de mayo de 2000.*

Desde nuestro punto de vista, no creemos que pueda defenderse en el presente caso la aplicación de la teoría de los efectos constitutivos y no meramente declarativos del acto administrativo que reconoce la discapacidad. Téngase presente que el conjunto de los beneficios fiscales relacionados con la discapacidad tienen su fundamento en los propios principios constitucionales de capacidad económica (art. 31 CE) y de integración de los discapacitados (art. 49 CE). Ambos principios han de ser empleados a la hora de interpretar la norma fiscal.

Por otra parte si, como defendemos, la finalidad última de estos beneficios fiscales es la de atender a la discapacidad del sujeto pasivo (ya sea por tener éste una menor capacidad económica o al objeto de favorecer su integración social o laboral), parece lógico pensar que habrá que estar al momento en que se padezca la misma, con independencia de cuando e reconozca administrativa o judicialmente dicha situación.

Tal y como tuvo oportunidad de precisar el TSJ. de Cataluña en la citada Sentencia de 3 de enero de 2000, una cosa son los requisitos que han de concurrir para la existencia de la exención, y otra bien distinta las condiciones que demanda su aplicabilidad. Y es dentro de estas últimas donde debe encuadrarse el reconocimiento previo por la Administración.

En consecuencia, la acreditación administrativa no puede tener efectos constitutivos en esta clase de beneficios fiscales sino, a lo sumo, meramente declarativos²¹⁰. Ciertamente, no podrá disfrutarse de la exención hasta que no se

²¹⁰En este sentido, y refiriéndose a la declaración de retiro por incapacidad permanente, afirma SIMÓN ACOSTA, E., "Sobre los efectos constitutivos de la declaración de retiro por incapacidad permanente para la exención de cantidades percibidas con anterioridad", en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 4, 2001, pág. 56, que "la declaración de retiro por incapacidad permanente tiene efectos exclusivamente declarativos y, por tanto, las cantidades percibidas por el contribuyente desde el momento del hecho causante, en nuestro caso un accidente, deben considerarse exentas, siempre que se trate, como parece desprenderse del tenor de la sentencia comentada, de las lesiones permanentes e irreversibles desde el momento de producirse el accidente. Entendemos que debe ser así porque la condición de incapacitado permanente, de 'facto', se produce desde el momento del accidente, y no se puede hacer depender el disfrute de una exención tributaria inherente a esa situación del momento formal de su reconocimiento, que conlleva un procedimiento administrativo que puede demorarse en el tiempo". En términos similares se manifiesta LOZANO SERRANO, C., "La exención del Impuesto especial sobre determinados medios de transporte para vehículos de minusválidos", en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 17, 2001, pág. 178 cuando, al estudiar la exigencia legal del reconocimiento previo de la Administración

reconozca administrativamente el grado de minusvalía exigido. Ahora bien, cuestión distinta es que sólo a partir del período impositivo en que se obtiene dicho reconocimiento pueda disfrutarse de aquélla.

La propia DGT así parece reconocerlo en contestación a Consulta de 18 de febrero de 2005 al afirmar, sobre la base de lo establecido en el art. 57 de la LRJPAC, que *“la concesión de la exención prevista en la letra e) del apartado 1 del art. 93 del Texto Refundido podrá tener efectos sobre los períodos impositivos no prescritos en los que la exención fuera aplicable, siempre y cuando en el acto administrativo de concesión resulte probada la concurrencia de los requisitos para su aplicación a la fecha de devengo correspondientes a esos períodos (...) Efectivamente, el acto administrativo de concesión de exención podrá otorgarse con eficacia retroactiva cuando produzca efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya a la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto, y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas (...) En el supuesto de beneficios fiscales de carácter rogado en el ámbito de los tributos locales, dichos beneficios se disfruten, siempre que concurren los requisitos legalmente fijados para su aplicación, durante el período que la propia Ley tributaria señale, aun cuando se solicitase su reconocimiento en un momento posterior al tiempo en que pudo comenzar su disfrute, todo ello sin perjuicio de los efectos de la prescripción”*.

El criterio defendido por la DGT parece en consecuencia claro: el derecho a la aplicación de los beneficios fiscales se genera desde el instante en que se dan las condiciones necesarias para su disfrute y no desde que los mismos se solicitan. Así las cosas, si la solicitud en cuestión hubiese sido realizada con posterioridad a la fecha en que se produzcan dichas condiciones, el reconocimiento del beneficio fiscal tendría eficacia retroactiva a dicho momento, sin perjuicio de los efectos de la prescripción.²¹¹

La falta de justificante que supone la acreditación no debe determinar, en nuestra opinión, la pérdida definitiva del derecho de exención. Piénsese que si no fuera así, el disfrute de la misma quedaría condicionado, en determinados casos, de la mayor o menor eficacia administrativa existente en la tramitación del expediente, lo que estimamos inadmisibles.

Tal y como ha precisado LOZANO SERRANO²¹², refiriéndose a la exigencia legal del reconocimiento previo por parte de la Administración de la exención de los vehículos a nombre de los minusválidos en el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, *“siempre que, al producirse el hecho imponible, concurren los requisitos que lo*

de la exención de los vehículos a nombre de los minusválidos en el citado Impuesto Especial, estima que *“siempre que al producirse el hecho imponible concurren los requisitos que lo configuran en su modalidad externa, su efecto no puede ser otro –de acuerdo con la previsión legal- que generar la exención. Aunque si en ese momento no se alegan o aún no se han reconocido, se tenga por realizado el hecho imponible en su modalidad gravada, devengándose la obligación tributaria. Ello no impide que el reconocimiento posterior de las circunstancias de hecho en que se produjo el hecho imponible conlleven asimismo el reconocimiento de sus efectos legales, declarando procedente la exención generada en ese mismo momento, con la consiguiente devolución de lo ingresado”*.

²¹¹La aplicación del criterio consistente en retrotraer los efectos de la declaración de minusvalía al momento de la solicitud, pudiendo procederse en consecuencia a la aplicación del procedimiento de devolución de ingresos indebidos, es defendida igualmente en la STSJ. de Valencia de 5 de diciembre de 2003.

²¹²LOZANO SERRANO, C., “La exención del Impuesto especial sobre determinados medios de transporte para vehículos de minusválidos”, ob. cit., pág. 180.

configuran en su modalidad exenta, su efecto no puede ser otro –de acuerdo con la previsión legal- que generar la exención. Y ello aunque si en ese momento no se alegan o aún no se han reconocido, se tenga por realizado el hecho imponible en la modalidad gravada, devengándose la obligación tributaria”. Coincidimos con el citado autor en que ello no impediría que el reconocimiento posterior de las circunstancias de hecho en que se produjo el hecho imponible pueda conllevar asimismo el reconocimiento de sus efectos legales, declarándose en consecuencia procedente la aplicación de la exención generada en ese momento, con la pertinente devolución de lo ingresado.

En suma, una cosa es que el disfrute de la exención no pueda iniciarse hasta que se produzca la correspondiente declaración administrativa, y otra bien distinta que ésta surta efectos sólo respecto de aquellas operaciones cuyo devengo se produzca a partir de la fecha del correspondiente acuerdo tomado por el órgano administrativo competente. Y, por otra parte, una vez que se ha producido el reconocimiento de la exención, sus efectos han de retrotraerse al instante en que el sujeto pasivo formalizó su solicitud.²¹³

¿Y cual debe ser la fecha concreta a partir de la cual una persona pueda ser considerada discapacitada a efectos tributarios? *A priori*, cabría la posibilidad de considerar que la obtención de dicha condición se producirá a partir de la fecha de la resolución dictada por el Director Provincial del IMSERSO u órgano autonómico competente. Lo cierto es, sin embargo, que el art. 10 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, establece que, con carácter general, el reconocimiento del grado de minusvalía se entenderá producido desde la fecha de la solicitud.

De este modo, una vez obtenida la correspondiente acreditación administrativa a través de la cual se confiera la condición de discapacitado, sus efectos habrán de retrotraerse al momento en que se hubiese solicitado la obtención de dicha acreditación.²¹⁴

Ahora bien, con independencia de lo anterior, existen determinados supuestos en los que la retroacción de la condición de discapacitado únicamente al momento de la solicitud del oportuno dictamen puede no resultar acorde con el respeto al conjunto de los principios constitucionales. Pensemos, por ejemplo, en aquellas enfermedades o accidentes que generan una minusvalía evidente antes de que se produzca la solicitud.

En todos estos casos se trata de deficiencias objetivas, irreversibles y de carácter permanente respecto de las cuales no resulta complicado determinar y probar cuándo acontecen. Así las cosas, y al amparo de una interpretación finalista que resulte conforme con los distintos principios constitucionales que inspiran las disposiciones tributarias, parece más coherente atender a la fecha en la que se produjo el hecho indubitado que hubiese originado la minusvalía, estableciendo a partir de ella los efectos derivados de la declaración de persona con discapacidad. La razón es bien sencilla: es a

²¹³Véase en este sentido HERRERA MOLINA, P. M., *La exención tributaria*, Colex, Madrid, 1990, pág. 315, para quien “*si interpretamos de otra forma la exigencia del reconocimiento previo exigida por la ley, el instante en que despliega su eficacia el efecto desgravatorio dependería de la mayor o menor diligencia con que la Administración tramitase el expediente, lo que vulneraría el principio de legalidad*”.

²¹⁴Como ya se ha precisado, la forma de hacer valer el efecto retroactivo de la acreditación será a través del procedimiento para la obtención de devoluciones de ingresos indebidos debiendo acompañarse, junto a la oportuna solicitud de devolución, la acreditación administrativa o judicial de la condición de discapacitado.

partir de ese momento cuando la menor capacidad económica o la necesidad de integración quedan puestas de manifiesto, justificándose por tanto la aplicación del beneficio fiscal que establece la norma.²¹⁵

La fijación de esta fecha constituiría únicamente un problema de prueba, siendo necesario además que el dictamen de la entidad de valoración se pronuncie expresamente sobre aquélla a lo que, sin embargo, no queda obligado en la actualidad, al amparo de lo dispuesto en el art. 4 de la Orden Ministerial de 2 de noviembre de 2000. Y es que el citado precepto únicamente obliga a la entidad de valoración a especificar las eventuales deficiencias del estado físico y/o psicológico del interesado, las causas determinantes de las mismas, el grado de discapacidad derivado de las deficiencias recogidas, la valoración de su situación personal y de su entorno socio-familiar y la calificación del grado de minusvalía.²¹⁶

II. LA CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD COMO FACTOR DE REDUCCIÓN DE LA CAPACIDAD ECONÓMICA DE LOS SUJETOS SOMETIDOS A IMPOSICIÓN. LA IMPORTANCIA DERIVADA DE LA APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE PREVISIÓN SOCIAL: PARTICULAR EXAMEN DE LAS CANTIDADES APORTADAS A FONDOS DE PENSIONES, SEGUROS DE VIDA Y SEGUROS DE DEPENDENCIA Y MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL. LA APLICACIÓN DE LA TÉCNICA DE LA EXENCIÓN EN EL IRPF SOBRE DETERMINADAS PRESTACIONES PERCIBIDAS POR LOS DISCAPACITADOS.

Ya desde su primera Ley de 1963, el Sistema de la Seguridad Social ha venido prestando una especial atención a las personas discapacitadas. Hacia el año 1968 tuvo lugar la creación del primer Servicio Social de Menores Subnormales, el cual desarrollaba su acción a través de la articulación de dos clases de prestaciones: las económicas y las consistentes en el ofrecimiento de diversos servicios sociales desarrollados por centros destinados a la educación, instrucción y recuperación de los discapacitados.

A pesar de que ambos tipos de prestaciones continúan realizándose en la actualidad, centraremos nuestra atención en el estudio de las prestaciones económicas, a las que el Derecho Tributario dedica una minuciosa regulación. Dichas prestaciones quedan recogidas, además, en la Ley General de la Seguridad Social, que diferencia a este respecto entre las denominadas “contributivas”, de derecho estricto y que constituyen auténticos derechos subjetivos, resultando su concesión (una vez cumplidos los requisitos necesarios para causarlas) automática; y las llamadas “no contributivas”, que no tienen la consideración de derecho estricto, configurándose como derechos

²¹⁵Ciertamente, en numerosas ocasiones, lo que sucede es que la solicitud no es presentada por puro desconocimiento de los beneficios que puede aparejar. Pues bien, si se llegase a acreditar la condición de discapacitado con una fecha anterior a la de la solicitud, estimamos que el disfrute de los oportunos beneficios fiscales quedará limitado, como no puede ser de otra manera, por el instituto de la prescripción del derecho a la devolución de ingresos indebidos. En esta línea se manifiesta la DGT en contestación a Consulta de 18 de febrero de 2005 así como la Sentencia del TSJ. de Asturias de 27 de octubre de 2003, que precisa además la forma de hacer efectivo el reconocimiento de los beneficios fiscales, señalando que la misma “*dependerá de si ha transcurrido el período voluntario de pago o no a la fecha de la resolución en la que se reconozca la discapacidad. En el primer caso, se deberá acudir al procedimiento de devolución de ingresos indebidos; en el segundo, bastará con que el discapacitado presente la declaración del período impositivo correspondiente*”.

²¹⁶Precisamente debido a esta falta de previsión que, a nuestro juicio, habría de motivar la oportuna modificación legislativa, se opta por acudir a los tribunales de justicia quienes, a la vista del expediente, terminan por pronunciarse al respecto.

subjettivos imperfectos al depender el nacimiento del derecho a la prestación de una circunstancia personal como es demostrar un estado de necesidad.

Ambas modalidades de prestaciones se encuentran consolidadas desde hace tiempo en nuestro ordenamiento, tanto en lo relativo a su naturaleza como en lo referente a los requisitos y condiciones que deben ser observados para poder causarlas.

A la hora de proceder al análisis del régimen fiscal susceptible de aplicarse a este conjunto de prestaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas hemos de tomar, como punto de partida, lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto, de conformidad con el cual, *“constituye el objeto de este Impuesto la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador”*.

Como es sabido, la nueva Ley del IRPF tiene como objetivos fundamentales: mejorar la equidad; favorecer el crecimiento económico; garantizar la suficiencia financiera para el conjunto de las Administraciones Públicas; y favorecer la tributación homogénea del ahorro abordando, desde una perspectiva fiscal, los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia.

Ya en su Título preliminar se define como objeto del Impuesto la renta del contribuyente, considerando como tal la suma de todos sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales e imputaciones de rentas. Así, frente a la noción del antiguo TRLIRPF de considerar como objeto del Impuesto la renta disponible, es decir la resultante de disminuir las rentas totales obtenidas en el importe de las reducciones por circunstancias personales y familiares²¹⁷, la nueva Ley toma en consideración estas circunstancias en el momento del cálculo del Impuesto, eliminándose determinadas discriminaciones.

El IRPF constituye un impuesto directo, personal y subjetivo en el que, para calcular el importe a pagar, no sólo debe atenderse a los ingresos obtenidos en el período impositivo sino que, además, han de tomarse en consideración diversos factores determinantes de la verdadera capacidad económica del sujeto pasivo tales como la edad, el número de hijos, etc. Pues bien, entre estas circunstancias se encuentra la discapacidad del mismo o de las personas que de él dependan.

Nos hallamos ante un Impuesto destinado a gravar, en términos generales, los ingresos menos los gastos y las pérdidas que hayan tenido lugar en el patrimonio del contribuyente. Y, al objeto de poder computar tales ingresos, gastos y pérdidas, el legislador procede a diferenciar hasta cinco tipos distintos de renta que pueden producirse en la esfera patrimonial de una persona física, a saber: rendimientos del trabajo, rendimientos del capital (mobiliario o inmobiliario), rendimientos de actividades económicas, ganancias y pérdidas patrimoniales e imputaciones de renta.

²¹⁷En efecto, disponía el art. 2.1 del antiguo TRLIRPF que el objeto de dicho Impuesto lo constituye *“la renta del contribuyente, entendida como la totalidad de sus rendimientos, ganancias y pérdidas patrimoniales y las imputaciones de renta que se establezcan por la ley, con independencia del lugar donde se hubiesen producido y cualquiera que sea la residencia del pagador”*. Y añadía a continuación el apartado segundo del citado precepto que *“el impuesto gravará la capacidad económica del contribuyente, entendida ésta como su renta disponible, que será el resultado de disminuir la renta en la cuantía del mínimo personal y familiar”*.

Cada una de estas distintas modalidades de rentas resulta determinada de forma diversa, lo que contribuye a explicar la estructura analítica del Impuesto, a diferencia de lo que sucede con otras figuras impositivas (caso del Impuesto sobre Sociedades), que presentan una estructura sintética.

La nueva Ley 35/2006 efectúa en sus arts. 44 y ss. una clasificación de la renta distinguiendo al efecto entre renta general y renta del ahorro. Dentro de la renta general se incluyen los distintos tipos de rendimientos (del trabajo, actividades económicas, capital inmobiliario y determinados rendimientos del capital mobiliario), así como las imputaciones que la Ley establece (rentas inmobiliarias, transparencia fiscal internacional y cesión de derechos de imagen) y las ganancias y pérdidas patrimoniales que no deriven de una transmisión. En cambio, la renta del ahorro queda integrada por los rendimientos del capital mobiliario derivados de participación en fondos propios, los obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios y los derivados de operaciones de contratos de seguros de vida e invalidez.

E igualmente forman parte de la misma las ganancias y pérdidas patrimoniales procedentes de la transmisión de elementos patrimoniales, con independencia del período de generación de la misma. De este modo, la mayor parte de los rendimientos del capital mobiliario pasan a formar parte de la renta del ahorro, quedando únicamente fuera los rendimientos derivados del arrendamiento de bienes muebles, negocios, subarrendamiento, los derivados de la propiedad intelectual, los obtenidos por la prestación de asistencia técnica y los que procedan de la cesión del derecho o la explotación de la imagen.

El IRPF se presenta así como un impuesto analítico, lo que significa que las rentas obtenidas por el contribuyente deben calificarse en distintos tipos que tendrán una tributación diferenciada en función de la fuente de producción. Dichas rentas-tipo son: los rendimientos del trabajo, los rendimientos del capital (mobiliario o inmobiliario), los rendimientos de actividades económicas, las ganancias y pérdidas patrimoniales y las rentas imputadas. La diferencia en la tributación que determina la calificación de una renta reside en el cálculo de los rendimientos íntegros, de los rendimientos netos y de las reducciones que se podrán realizar.

En aquellos casos en los que el discapacitado actúe como trabajador dependiente, obtendrá rendimientos del trabajo. Por el contrario, si el discapacitado tuviese la condición de trabajador independiente, generaría unos rendimientos de actividades económicas. A nuestro juicio, ambas modalidades de renta son las que ofrecen una mayor relevancia dentro del régimen tributario susceptible de aplicarse a los discapacitados. Ahora bien, como es lógico, aquél podrá obtener además rendimientos procedentes de determinados contratos de seguros de vida e invalidez o ganancias o pérdidas patrimoniales derivadas de la venta de sus propiedades, de elementos patrimoniales afectos a su actividad o de donaciones efectuadas a instituciones o terceros.

Por otra parte, y con la finalidad de poder precisar la renta del discapacitado susceptible de quedar sometida a gravamen, habremos de tomar en consideración las reducciones procedentes del mínimo personal y familiar de aquél, así como diversas reducciones específicas que pueden ser practicadas sobre la base general y que han de ser analizadas a la luz de la modificación operada en su día por la Ley 46/2002 sobre la antigua Ley 40/1998, reguladora del Impuesto. Todo ello sin perjuicio del análisis que

requiere el tratamiento que ha de otorgarse a determinadas rentas percibidas por el discapacitado y declaradas exentas por el legislador, que constituye el objeto de estudio del presente epígrafe.²¹⁸

Sin lugar a dudas, en la actualidad, son los rendimientos del trabajo los que adquieren un mayor peso en relación con otras rentas-tipo integrantes del Impuesto, en tanto en cuanto la mayoría de los contribuyentes son asalariados, constituyendo tales rendimientos la parte principal de su renta. Define de manera genérica el art. 17.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, los rendimientos del trabajo como *“todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas”*.

En la inmensa mayoría de los casos, nos hallamos ante emolumentos que proceden del trabajo personal desarrollado en el marco de una relación laboral o, en su caso, de pagos diversos derivados de prestaciones por seguros de vida, planes de pensiones, etc. De cara al objeto de nuestro estudio, analizaremos la tributación de las rentas percibidas por un sujeto pasivo discapacitado en su condición de empleado o de perceptor de rentas de entidades diversas, sin perjuicio de tener asimismo presente el régimen fiscal que debe ser aplicado en sede del empleador de personas con minusvalía o bien del discapacitado que se autoemplea.

Al objeto de precisar los rendimientos del trabajo que han de incluirse en la base imponible del IRPF hemos de calcular, en primer término, el importe de los rendimientos íntegros para, con posterioridad, obtener el rendimiento neto, una vez reducidos una serie de conceptos. Finalmente hallaremos el rendimiento neto reducido, resultante de practicar algunas reducciones adicionales.

Tal y como acabamos de precisar, señala el art. 17.1 de la nueva Ley del IRPF que el rendimiento íntegro del trabajo se encuentra constituido por las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que perciba el sujeto pasivo por dicho concepto. Dichas rentas podrán percibirse en dinero, no planteándose entonces ningún problema respecto de su cuantificación, o en especie, en cuyo caso resultará preciso cuantificarlas de acuerdo con los criterios previstos en el art. 43 de la Ley 35/2006, siendo la regla general la relativa a su cuantificación por el valor normal de mercado, con algunas especialidades para ciertas remuneraciones.

Existen además determinadas exenciones previstas en el art. 42.2 de la nueva Ley relativas a diversos supuestos genéricos de percepción de rentas en especie por los trabajadores. Algunas de estas exenciones pueden llegar a tener un cierto interés en materia de discapacidad. Es el caso, por ejemplo, de: la relativa a las cantidades destinadas a la actualización, capacitación o reciclaje de trabajadores (supuestos de

²¹⁸ Asimismo conviene tener presente otras cuestiones de gran importancia a la hora de analizar el régimen fiscal al que quedan sometidas las rentas obtenidas por el discapacitado a efectos del IRPF, tales como la tributación de la unidad familiar, el cálculo de la cuota a ingresar por aplicación de las oportunas escalas de gravamen o las deducciones susceptibles de ser practicadas en la cuota del Impuesto (con especial atención a la deducción por inversión en vivienda habitual o a las deducciones por donaciones o por actividades económicas) las cuales, por razones de las dimensiones que requiere este trabajo, no serán objeto de análisis en el mismo.

capacitación de trabajadores discapacitados para su puesto de trabajo); la utilización de bienes destinados a servicios sociales y culturales por los empleados (así, los servicios de guardería o cuidado de personas discapacitadas); o el pago de las primas o cuotas satisfechas a cargo de la empresa a entidades aseguradoras para la cobertura de enfermedades del propio trabajador, cónyuge o descendientes, siempre que no excedan el límite de 500 euros anuales. En estos tres casos, las rentas en especie que eventualmente percibiese el discapacitado estarían exentas.

¿Cuáles son los principales rendimientos íntegros del trabajo susceptibles de ser percibidos por los discapacitados? La nueva Ley 35/2006 incorpora los **supuestos derivados de los nuevos instrumentos de previsión social** y se ubica, de nuevo, en la determinación del rendimiento neto la reducción por obtención de este tipo de rendimientos. Su cuantía se eleva sustancialmente respecto de la contenida en la regulación anterior, en especial respecto de las rentas más bajas, dando así cumplimiento al compromiso asumido de mejora de esta fuente de rentas. De este modo, pasan a tener la consideración de rendimientos íntegros del trabajo las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los denominados “seguros de dependencia”, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en situación de Dependencia.

Con carácter general, los rendimientos del trabajo susceptibles de ser percibidos por los discapacitados pueden ser agrupados en los siguientes bloques. En primer lugar, las pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas, así como las demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, enfermedad, viudedad, orfandad o similares, contenidos en el art. 17.2.a).1º de la Ley 35/2006.²¹⁹

En segundo término, las prestaciones percibidas por los beneficiarios de mutualidades generales de funcionarios, colegios de huérfanos y otras entidades similares, a excepción de aquellas prestaciones exentas procedentes de las mutualidades.

Tienen igualmente la consideración de rendimientos íntegros del trabajo las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y planes de previsión asegurados, siempre y cuando la contingencia que las origine sea la invalidez o incapacidad (arts. 17.2.a.3º y 6º de la Ley 35/2006). Señala el art. 17.2.a).3º de la nueva Ley que *“en todo caso tendrán la consideración de rendimientos del trabajo las siguientes prestaciones (...) 3.ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de planes de pensiones y las percibidas de los planes de pensiones regulados en la Directiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo”*.

Por su parte, el art. 17.2.a).6º de la nueva Ley califica como rendimientos del trabajo *“6.ª Las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes de previsión asegurados”*. Estos planes de previsión asegurados tienen la consideración de contratos de seguro cuyos requisitos coinciden con los exigidos para los planes de pensiones y restantes sistemas de previsión social en relación con las contingencias que debe cubrir el seguro y el régimen de indisponibilidad (con determinadas especialidades propias aplicables a

²¹⁹Lógicamente, deben quedar excluidas aquellas pensiones que, al amparo de lo establecido en el art. 7 de la Ley, se encuentran exentas.

esta figura contractual), y cuyas prestaciones permiten practicar una reducción en la base imponible para hallar la base liquidable.²²⁰

También las prestaciones percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro concertados con mutualidades de previsión social cuyas aportaciones hubieran podido ser, al menos en parte, gasto deducible de cara a determinar el rendimiento neto de actividades económicas pueden ser consideradas como rendimientos íntegros del trabajo. No obstante, tratándose de prestaciones por jubilación e invalidez derivadas de dichos contratos, su integración en la base imponible se producirá en el importe de la cuantía percibida que exceda de las aportaciones que no hubieran podido ser objeto de reducción o minoración en la base imponible del impuesto por incumplir los requisitos subjetivos previstos en el párrafo a) del art. 51.2 de la Ley 35/2006.

Son rendimientos íntegros del trabajo susceptibles de percepción por los discapacitados los derechos consolidados de los planes de pensiones, mutualidades de previsión social o de los planes de previsión asegurados en aquellos casos en los que se hacen efectivos en los supuestos previstos en el art. 8.8 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, a saber: desempleo de larga duración y enfermedad grave.

E idéntica calificación debe efectuarse respecto de las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas por los beneficiarios de contratos de seguro colectivo que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas en la Disp. Adic. 1ª del Real Decreto 1/2002, de 29 de noviembre, y en su normativa de desarrollo, en la medida en que su cuantía exceda de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente efectuadas por el trabajador (art. 17.2.a.5ª de la Ley 35/2006).

Por último, tienen la consideración de rendimientos íntegros del trabajo aquellos que derivan de las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, objeto de regulación por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en los términos previstos en la Disp. Adic. 18ª de la nueva Ley (art. 17.2.k de la Ley 35/2006).²²¹

²²⁰Estos sistemas de previsión social podrán ser tanto los de régimen general (planes ordinarios), como los constituidos a favor de personas con discapacidad (planes especiales).

²²¹Señala la citada Disp. Adic. 18ª de la nueva Ley lo siguiente: *“Las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de las personas con discapacidad, regulado en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, tendrán el siguiente tratamiento fiscal para la persona con discapacidad:*

a) Cuando los aportantes sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo hasta el importe de 10.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en conjunto.

Asimismo, y con independencia de los límites indicados en el párrafo anterior, cuando los aportantes sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo siempre que hayan sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades con el límite de 10.000 euros anuales.

A estos rendimientos les resultará de aplicación la exención prevista en la letra w) del artículo 7 de esta Ley.

Cuando las aportaciones se realicen por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a favor de los patrimonios protegidos de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, únicamente tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el titular del patrimonio protegido.

Los rendimientos a que se refiere este párrafo a) no estarán sujetos a retención o ingreso a cuenta.

b) En el caso de aportaciones no dinerarias, la persona con discapacidad titular del patrimonio protegido se subrogará en la posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos

Por otra parte, estos rendimientos del trabajo anteriormente señalados podrían ser percibidos por el discapacitado en especie, debiendo entonces cuantificarse de acuerdo con los criterios contenidos en el art. 43 de la Ley 35/2006 (que adopta, como regla general, la regla de cuantificación por el valor normal de mercado) o en el art. 17.2.k) del citado texto legal (si de lo que se trata es de aportaciones no dinerarias efectuadas a un patrimonio protegido de personas discapacitadas).

Con la finalidad de mejorar la cohesión social y de atender los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia, la nueva Ley 35/2006 opta por incentivar aquellos instrumentos destinados a proporcionar unos ingresos complementarios de las pensiones públicas o a la cobertura de determinados riesgos. Téngase presente que en la totalidad de los países desarrollados se está registrando un proceso de envejecimiento de la población que, en el medio plazo, dificulta la sostenibilidad de los sistemas públicos de previsión social. Para hacer frente a este importante reto el conjunto de los países de la OCDE pusieron en marcha, durante el pasado, diversas medidas de carácter fiscal, incentivando el desarrollo de planes de pensiones privados de carácter complementario al sistema básico de la Seguridad Social. El objeto de estos regímenes es que los individuos puedan obtener, a través del sistema público y de su plan de pensiones privado, una prestación que permita la aproximación de sus rentas al último salario percibido durante su vida laboral.

Dentro de las reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social deben incluirse, de acuerdo con lo previsto en la nueva Ley: las aportaciones efectuadas por los partícipes a planes de pensiones, incluyendo las contribuciones del promotor que le hubiesen sido imputadas; las aportaciones y contribuciones a mutualidades de previsión social; las primas satisfechas a los planes de previsión asegurados; las aportaciones realizadas por los trabajadores a los planes de previsión social empresarial regulados en la Disp. Adic. 1ª del TRLPFP, incluyendo las contribuciones del promotor; y las primas satisfechas a los seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de gran dependencia, conforme a lo dispuesto en la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia.

Obsérvese por tanto como se han añadido dos sistemas nuevos, como son los planes de previsión social empresarial y los seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de gran dependencia.

Refiriéndonos específicamente a las prestaciones derivadas de un Plan de Pensiones, sabemos ya que estas son calificadas como rendimientos del trabajo por el art. 17.2.a) de la Ley 35/2006. Y en el supuesto de que dichas prestaciones las reciba un discapacitado, tales rentas no serán objeto de un trato fiscal específico derivado de la

aportados, pero sin que, a efectos de ulteriores transmisiones, le resulte de aplicación lo previsto en la disposición transitoria novena de esta Ley.

A la parte de la aportación no dineraria sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se aplicará, a efectos de calcular el valor y la fecha de adquisición, lo establecido en el artículo 36 de esta Ley.

c) No estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la parte de las aportaciones que tenga para el perceptor la consideración de rendimientos del trabajo.

Por otra parte, estos rendimientos del trabajo anteriormente señalados podrían ser percibidos por el discapacitado en especie, debiendo entonces cuantificarse de acuerdo con los criterios contenidos en el art. 47 del TRLIRPF (que adopta, como regla general, la regla de cuantificación por el valor normal de mercado) o en el art. 16.4 del citado texto legal (si de lo que se trata es de aportaciones no dinerarias efectuadas a un patrimonio protegido de personas discapacitadas)”.

condición de desvalimiento que afecta al contribuyente, si bien existen determinados Planes en los que sí se toma en consideración dicha condición, al haber sido diseñados de manera específica para que el discapacitado resulte su beneficiario. Este distinto trato entre unos y otros se traduce en un aumento de los beneficios fiscales que recaen sobre las prestaciones recibidas y sobre las aportaciones efectuadas a los mismos.

La regulación fiscal básica de estos rendimientos procedentes de los Planes de Pensiones constituidos a favor de las personas con discapacidad se encuentra recogida en la Disposición Adicional Décima de la Ley 35/2006, así como en los arts. 51, 52 y 53 del citado texto legal, encargados de precisar los aspectos relacionados con la tributación de las prestaciones derivadas del Plan y de las aportaciones que a éste se realizan.

Téngase presente que, a la hora de analizar el régimen tributario de estos Planes de Pensiones y de otros sistemas alternativos de previsión social es necesario diferenciar entre las aportaciones que se pueden efectuar a los mismos antes de que se produzcan las contingencias cubiertas, y las prestaciones recibidas una vez acaecidas las mismas.

Con carácter general, la nueva Ley del IRPF busca reorientar los incentivos fiscales derivados de la previsión social complementaria hacia aquellos instrumentos cuyas percepciones se reciban de forma periódica, para lo cual se elimina la reducción del 40% anteriormente vigente para las retiradas del sistema del capital acumulado en forma de pago único. En efecto, se suprime la reducción del 40% aplicable a las prestaciones percibidas en forma de capital de los sistemas de previsión privados, incentivándose la percepción en forma de renta. Y, de igual forma, se reduce el límite máximo de aportaciones a planes de pensiones y fondos de pensiones para personas mayores de 52 años.

Desaparecen por tanto los porcentajes de reducción del 40% que resultaban contemplados en el art. 17 del antiguo TRLIRPF, y que eran de aplicación a las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes y fondos de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados, en aquellos casos en los que éstas se reciban en forma de capital, tanto en los supuestos de jubilación e invalidez como fallecimiento. Ello motiva que gran parte del atractivo fiscal que tenían los planes y fondos de pensiones al percibirse en forma de capital pierda su razón de ser, incentivándose de otra forma la percepción de la prestación en forma de renta.

Las reducciones aplicables en la base imponible lo son ahora con independencia de la forma en que se reciba la prestación. Y el conjunto de las prestaciones recibidas de todos estos sistemas de previsión social tributan en su integridad, sin reducción del 40%, como sucedía al amparo de la anterior normativa.

Ahora bien, a pesar de esta modificación la nueva Ley respeta los derechos adquiridos, de manera tal que en su Disp. Transit. 12^a encontramos dos normas de carácter transitorio en relación con las prestaciones percibidas. De una parte, por aquellas prestaciones acaecidas con anterioridad al 1 de enero de 2007, los beneficiarios pueden aplicar el régimen financiero y fiscal vigente a 31 de diciembre de 2006, pudiendo en consecuencia reducir el 40% de la prestación obtenida. Y, de otra, por aquellas prestaciones acaecidas con posterioridad al 1 de enero de 2007, por la parte

correspondiente a las aportaciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2006, los beneficiarios pueden aplicar la reducción del 40%.

En consecuencia, a partir del año 2007 la entidad financiera queda obligada a diferenciar qué parte del capital percibido procede de aportaciones realizadas hasta el 31 de diciembre de 2006 (capital al que se aplicará la reducción del 40%), y qué otra parte del capital procede de aportaciones efectuadas a partir de dicha fecha, en la que no se aplicará reducción alguna.

Adicionalmente, se conceden beneficios fiscales a los planes de previsión social empresarial y se prevé un nuevo producto de fomento del ahorro a largo plazo cuando se compromete la constitución de una renta vitalicia con el capital acumulado, el denominado plan individual de ahorro sistemático, si bien este opera de forma diferente a los demás al carecer de incentivo a la entrada.

Dentro del ámbito específico de la dependencia, han sido razones de equidad y de cohesión social las que han aconsejado al legislador fiscal otorgar una especial atención a este problema en España, incentivando, por primera vez desde el punto de vista fiscal, la cobertura privada de dicha contingencia. De esta forma se reconoce la realidad social española, en la que se da un incremento de la esperanza de vida que lleva asociado un problema de envejecimiento y dependencia de una buena parte de los ciudadanos, existiendo además otros factores que agudizan su dimensión en el sector de población que precisa de una atención especial.

Dos son los principales tipos de beneficios que se configuran a este respecto. En primer lugar, los dirigidos a aquellas personas que sean ya dependientes, para las que se prevé la posibilidad de movilizar su patrimonio inmobiliario con vistas a obtener unos flujos de renta que les permita disponer de recursos para paliar las necesidades económicas. Y, en segundo término, los destinados a aquellas personas que quieran cubrir un eventual riesgo de incurrir en una situación de dependencia severa o de gran dependencia.

Dado que la vivienda habitual constituye una importante manifestación del ahorro familiar, se introducen en la Ley mecanismos que permitan, en situaciones de dependencia severa o de gran dependencia, hacer líquida esta fuente de ahorro sin coste fiscal, lo que sin duda constituye un medio adicional de cobertura de esta contingencia. Concretamente, y en relación con la tributación de las pensiones de jubilación, se prevé que dichas pensiones puedan quedar complementadas con una renta vitalicia que pagarían las entidades financieras a cambio de la vivienda tras el fallecimiento del propietario y beneficiario de dicha prestación. La venta de la vivienda con dicho fin queda exenta del pago de las plusvalías.

En relación con las **aportaciones** efectuadas al conjunto de los sistemas de previsión social, cabe aludir a la existencia de un régimen general recogido en el art. 51 de la Ley 35/2006 y de un régimen especial de aplicación para las personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% al que se refiere el art. 53 de la citada Ley. Pues bien, volvemos a insistir en que las aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas discapacitadas implican importantes beneficios fiscales obtenidos vía reducciones en la base imponible.

En líneas generales, la principal especialidad fiscal del presente régimen se concreta en el conjunto de reducciones susceptibles de ser practicadas en la base imponible del Impuesto. Ello obliga a poner en conexión el citado art. 53 de la Ley 35/2006 con su art. 51, que establece un régimen de reducciones de la base imponible para las aportaciones efectuadas por el contribuyente a sistemas de previsión social ordinarios (planes de pensiones, mutualidades y planes de previsión asegurados en determinadas circunstancias), siempre y cuando se cumplan diversos requisitos previstos en la normativa reguladora de Planes y Fondos de Pensiones, integrada por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de Planes y Fondos de Pensiones (objeto de modificación por la Disp. Final 5ª de la nueva Ley del IRPF) y el Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

Como se recordará, la Disp. Adic. 10ª del antiguo TRLIRPF preveía la aplicación de un régimen especial para aquellas aportaciones efectuadas a favor de personas con minusvalía que, en líneas generales, venía a incrementar los límites previstos en el art. 60 del citado texto legal y que demandaba el cumplimiento de determinadas circunstancias, las cuales serán analizadas a continuación. No obstante cabe precisar que, a excepción de la citada especialidad, el tratamiento tributario de las prestaciones recibidas de estos Planes especiales para discapacitados era el mismo que el de los Planes ordinarios.

La nueva Ley del IRPF, debido a razones de equidad y de complementariedad con el sistema público de pensiones, acota los límites de las aportaciones. La experiencia de los últimos años ha servido para demostrar que la media de aportación no ha superado los 2.000 euros, si bien se han incentivado de forma desproporcionada, y al margen de los objetivos de la previsión social, aportaciones muy elevadas para determinados contribuyentes con elevada capacidad económica.

Así las cosas, ha sido la consideración de las aportaciones a estos sistemas como salario diferido, la acotación de los límites y el respeto al contexto de neutralidad en la tributación del ahorro, lo que justifica que todos los instrumentos de previsión social que cumplan con las características exigidas apliquen el incentivo de la reducción en la base imponible, sin distinción entre ellos. Y todo ello con la menor incidencia posible en la normativa financiera reguladora los planes y fondos de pensiones.

En relación con el sistema de tributación diseñado para los planes de pensiones, la intención básica de la Ley 35/2006 parece ser la de primar el rescate en forma de renta mensual en lugar de capital, como ocurría anteriormente, eliminándose los límites de aportación incrementados que existían en edades cercanas a la jubilación.

En materia de beneficios fiscales derivados de pensiones privadas complementarias se ha buscado concentrar los beneficios fiscales en las clases medias. Se pretende además que las rentas derivadas de esta fórmula de ahorro se perciban a lo largo de la vida del pensionista en lugar de cobrarlas de una sola vez. Al amparo de la normativa anterior, a efectos del cómputo de los límites, se computaban de manera independiente las aportaciones realizadas por el partícipe y las contribuciones empresariales imputadas por los promotores. En cambio, en la nueva Ley, el límite resulta único para ambos tipos de aportaciones. De este modo, se termina por reducir de manera significativa los

límites de aportaciones objeto de reducción, introduciendo además un límite sobre un porcentaje de los rendimientos obtenidos.

Desde un punto de vista objetivo, y tal y como puso de manifiesto la DGT en contestación a Consulta de 3 de febrero de 2003, para poder aplicar este régimen es necesario que los planes de pensiones previstos en el Real Decreto Legislativo 1/2002 tengan incluido en sus especificaciones el régimen de las personas con minusvalía de la Disp. Adic. 4ª. A la observancia de este requisito se había referido previamente la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en contestación a consulta planteada ante ese Centro Directivo con fecha de 20 de septiembre de 1999 en los siguientes términos: *“para que se puedan efectuar aportaciones a este régimen, y se puedan obtener los beneficios fiscales previstos en la norma tributaria es necesario que las especificaciones del plan de pensiones tengan regulado este régimen”*.

Por otra parte, y a tenor de lo establecido en el art. 13 del Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Planes y Fondos de pensiones, las aportaciones a planes de pensiones realizadas por partícipes con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% o bien psíquica igual o superior al 33%, así como las efectuadas por discapacitados que tengan una incapacidad declarada judicialmente, independientemente de su grado o las realizadas a su favor de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12 del citado texto reglamentario, pueden destinarse a la cobertura de diversas contingencias.²²²

Estas contingencias se hallan reguladas en los arts. 7 del RD 304/2004, de 20 de febrero, para los Planes Ordinarios, y 11 de la citada norma, respecto de los Planes para discapacitados. A ellas se refiere además el art. 8.6 del TRLRFP, objeto de modificación por la Disp. Final 5ª de la nueva Ley 35/2006, reguladora del IRPF.

La primera de estas contingencias es la relativa a la cobertura de la jubilación o situación asimilable de la persona con discapacidad conforme a lo previsto en el régimen de la Seguridad Social correspondiente, teniendo presente además que, de no resultar posible el acceso a dicha situación (piénsese por ejemplo en aquellos casos en los que la discapacidad padecida le imposibilite trabajar), podrá percibir la prestación correspondiente a la edad que se señale de acuerdo a las especificaciones del plan a partir del momento en que cumpla los 45 años, siempre que carezca de empleo u ocupación profesional.

En segundo término, las referidas aportaciones podrán hacer frente a la cobertura de la contingencia de incapacidad permanente total para el desempeño de la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez. E igualmente puede ser objeto de cobertura el agravamiento del grado de incapacidad permanente que le incapacite de forma permanente para el empleo u ocupación que viniera ejerciendo o para todo

²²²Se trata por tanto de una regulación que se aproxima a lo establecido en relación con el patrimonio protegido de los discapacitados, que también prevé una diferencia entre las discapacidades psíquicas y las de carácter físico o sensorial. Ahora bien, el legislador se muestra más exigente que en la regulación de los citados patrimonios protegidos, al menos en lo referente a los disminuidos psíquicos; y es que en el presente caso basta con que esta minusvalía sea superior al 33% para que se concedan beneficios fiscales en relación con un patrimonio protegido.

trabajo, incluida la gran invalidez sobrevenida, en aquellos supuestos en los que no resulte posible el acceso a prestación conforme a un régimen de la Seguridad Social.

La tercera gran contingencia susceptible de quedar cubierta a través de dichas aportaciones es la relativa al fallecimiento del discapacitado. Ahora bien conviene tener presente que, al amparo de lo establecido en el apartado primero de la Disp. Adic. 10ª de la Ley 35/2006, las aportaciones realizadas por personas que puedan efectuarlas a favor del discapacitado (es decir, aquéllas que tengan con él una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, así como el cónyuge o aquellos que les tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento) únicamente podrán generar, en caso de fallecimiento del discapacitado, prestaciones de viudedad u orfandad a favor de quienes las hubiesen realizado, en proporción a la aportación de éstos.²²³

Tal y como ha precisado ALONSO MURILLO²²⁴ esta regla viene, de alguna manera, a jerarquizar la relación de parentesco, generando el fallecimiento del discapacitado prestaciones por discapacidad y, si esta no resultara posible, prestaciones por orfandad o, en su defecto, el derecho a prestaciones a favor de los parientes que hayan realizado aportaciones al Plan de Pensiones y en proporción a éstas.

En cuarto lugar, las aportaciones a las que nos venimos refiriendo podrán destinarse a la cobertura de la jubilación o situación asimilable del cónyuge o de uno de los parientes del discapacitado en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive del cual dependa o de quien le tenga a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, y al fallecimiento del cónyuge del discapacitado o de uno de los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive de los cuales dependa o de quien, igualmente, le tuviese a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.

Por último, y como gran novedad, se recoge en la letra d) del art. 8.6 del TRLPFP una última contingencia, relativa a la dependencia severa o gran dependencia del partícipe regulada en la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

De cualquier manera, ha de quedar claro que las prestaciones del Plan sólo se perciben cuando se produce la contingencia cubierta a través del mismo, o bien cuando tiene lugar alguno de los supuestos que permiten hacer efectivos los derechos consolidados con antelación a la producción de dicha contingencia. Hasta ese momento las prestaciones permanecen indisponibles, siendo a partir de él cuando tributarán como rendimientos del trabajo.

En caso de que se produjese la disposición de los derechos consolidados de mutualidades de previsión social por circunstancias distintas de las admitidas en la normativa de los planes de pensiones, surgirá a cargo del mutualista la obligación de

²²³En este caso, además, serán considerados como rendimientos del trabajo procedentes de Planes ordinarios para quien percibe las prestaciones.

²²⁴ALONSO MURILLO, F., *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades)*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 89.

practicar una declaración complementaria en la que habrá de integrar las reducciones practicadas y abonar los intereses de demora correspondientes.²²⁵

Así las cosas, antes de que se produzca la contingencia, los derechos consolidados en los Planes para discapacitados podrán hacerse efectivos (ya sea en su totalidad o en parte), en los mismos supuestos que los previstos para los Planes ordinarios, si bien con determinadas especialidades. El primero de los citados supuestos sería el relativo a enfermedad grave, siempre y cuando la misma no fuese calificada como contingencia²²⁶; en cuanto al segundo de ellos, se refiere al desempleo de larga duración, resultando de aplicación en aquellos casos en los que dicha situación afecte al partícipe discapacitado, a su cónyuge o a uno de sus parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, de los cuales dependa económicamente o de quien lo tenga a su cargo en régimen de tutela o acogimiento.²²⁷

Por lo que respecta a aquellas contribuciones que hubiesen sido realizadas a partir de la edad ordinaria de jubilación no siendo posible sin embargo el acceso a la misma y pudiendo destinarse únicamente a la cobertura de la contingencia de fallecimiento del discapacitado, deberán realizarse bajo el régimen general, tal y como prevé el art. 11.2 del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones.

Ciertamente, el art. 13 del citado Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones alude a la posibilidad de efectuar aportaciones a planes de pensiones a favor de personas con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% o bien psíquica igual o

²²⁵Estas cantidades percibidas con motivo de la disposición anticipada tributarían como rentas del capital, salvo que resultasen abonadas en virtud de contratos de seguro concertados con la mutualidad de trabajadores por cuenta ajena o socios trabajadores, de acuerdo con lo establecido en la Disp. Adic. 1ª del TRLRFP. En este último caso habrían de calificarse como rendimientos del trabajo.

²²⁶Señala el art. 9.2 del RFPF que “*Se considera enfermedad grave a estos efectos, siempre que pueda acreditarse mediante certificado médico de los servicios competentes de las entidades sanitarias de la Seguridad Social o entidades concertadas que atiendan al afectado: a) Cualquier dolencia o lesión que incapacite temporalmente para la ocupación o actividad habitual de la persona durante un período continuado mínimo de tres meses, y que requiera intervención clínica de cirugía mayor o tratamiento en un centro hospitalario; b) Cualquier dolencia o lesión con secuelas permanentes que limiten parcialmente o impidan totalmente la ocupación o actividad habitual de la persona afectada o la incapaciten para la realización de cualquier ocupación o actividad, requiera o no, en este caso, asistencia de otras personas para las actividades más esenciales de la vida humana. Los supuestos anteriores se reputarán enfermedad grave en tanto no den lugar a la percepción por el partícipe de una prestación por incapacidad permanente en cualquiera de sus grados, conforme al régimen de la Seguridad Social, y siempre que supongan para el partícipe una disminución de su renta disponible por aumento de gastos o reducción de sus ingresos*”. Téngase presente no obstante que, tratándose de partícipes discapacitados, se considerarán también como enfermedad grave aquellas situaciones que requieran de forma continuada durante un período mínimo de tres meses, su internamiento en residencia o centro especializado, o bien tratamiento y asistencia domiciliaria.

²²⁷Dispone concretamente el art. 9.3 del RFPF que “*Los derechos consolidados podrán hacerse efectivos en el supuesto de desempleo de larga duración siempre que los partícipes desempleados reúnan las siguientes condiciones: a) Hallarse en situación legal de desempleo durante un período de tiempo continuado de, al menos, doce meses. Se consideran situaciones legales de desempleo los supuestos de extinción de la relación laboral o administrativa y suspensión del contrato de trabajo contemplados como tales situaciones legales de desempleo en el artículo 208.1.1. y .2 del TRLGSS y normas complementarias y de desarrollo; b) No tener derecho a las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo, o haber agotado dichas prestaciones; c) Estar inscrito en el Servicio Público de Empleo Estatal u organismo público competente como demandante de empleo en el momento de la solicitud; d) En el caso de los trabajadores por cuenta propia que hubieran estado previamente integrados en un régimen de la Seguridad Social como tales, el plan de pensiones podrá prever la facultad del partícipe de hacer efectivos sus derechos consolidados cuando figure como demandante de empleo de forma ininterrumpida durante los doce meses anteriores a la solicitud*”.

superior al 33%, así como a favor de discapacitados que tengan una incapacidad declarada judicialmente, independientemente de cual sea su grado. Sin embargo, ni el art. 61 ni la Disposición Adicional 10ª del TRLIRPF establecían tal diferenciación, quedando limitadas las reducciones contenidas en ellos únicamente a las aportaciones realizadas a planes de pensiones a favor de personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%.²²⁸

Así las cosas, no toda persona discapacitada de acuerdo con el concepto tributario de discapacidad (esto es, aquella persona con un grado de minusvalía igual o superior al 33%) podía acogerse al régimen especial. Era necesario padecer un grado de minusvalía igual o superior al 65% ya que, en caso contrario, únicamente existía la posibilidad de acogerse al régimen general.

Esta circunstancia (ciertamente criticable, ya que la legislación fiscal debe acoger la regulación de estos planes en el Reglamento regulador de los planes de pensiones), ha sido superada por la nueva Ley del IRPF. Tanto su art. 53 como su Disp. Adic. 10ª aluden a la posibilidad de efectuar aportaciones a planes de pensiones a favor de personas con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%, o bien psíquica igual o superior al 33%, así como a favor de discapacitados que tengan una incapacidad declarada judicialmente, independientemente de cual sea su grado.

¿Qué sujetos pueden beneficiarse de este régimen? Al amparo de lo establecido en la Disp. Adic. 10ª del antiguo TRLIRPF así como en los arts. 12, 13 y 14 del Real Decreto 304/2004, aquellos contribuyentes que tuviesen un grado de minusvalía igual o superior al 65% así como las personas que tuviesen con aquellos una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, su cónyuge o quienes les tuviesen a su cargo en régimen de tutela o acogimiento²²⁹. Significa ello, en consecuencia, que aquellos discapacitados que padeciesen un grado de minusvalía menor únicamente podrían ser beneficiarios de un Plan de Pensiones ordinario, no difiriendo su tributación (ya sea de la prestación o de la aportación) de la del resto de beneficiarios.

Basta un mero examen comparativo de lo dispuesto en ambas normativas, la fiscal y la jurídica, para constatar que la primera de ellas introducía una reducción de los posibles beneficiarios de dichos Planes en comparación con lo establecido en la segunda de ellas. En efecto, mientras la Disp. Adic. 4ª del TRLPFP así como el art. 12 del RPFPP incluían, además de a los discapacitados con una minusvalía superior al 65%, a aquellos que padeciesen una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y a los discapacitados que tuviesen una incapacidad declarada judicialmente, con independencia de cual sea su grado, el art. 61 y la Disp. Adic. 10ª del antiguo TRLIRPF únicamente aludían a la existencia de una discapacidad del 65%.²³⁰

²²⁸A mayor abundamiento, el art. 59 del TRLIRPF, relativo a la reducción por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas, tampoco recogía dicho requisito, no estableciendo la distinción entre discapacitados atendiendo a su grado de minusvalía.

²²⁹Esta circunstancia contrasta con lo que sucede en el régimen general, donde las aportaciones solamente las puede realizar el partícipe, salvo en los planes de pensiones en su modalidad del sistema de empleo, en el que también las puede efectuar el promotor.

²³⁰Coincidimos no obstante con ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho*

La normativa fiscal presentaba en este punto una cierta rigidez, al limitarse a proteger únicamente a los discapacitados con un grado de minusvalía superior al 65%, situación que se reproduce además en otras normas tributarias. Cabe plantearse incluso hasta qué punto con la adopción de este límite no se estaba dando pie al surgimiento del llamado “efecto escalón”, por virtud del cual una pequeña diferencia en el grado de minusvalía (pensemos por ejemplo en la existencia de un grado de discapacidad del 64%), originaría una consecuencia jurídica bien distinta. Resultaba más conveniente proceder a escalar más los presupuestos de hecho y sus consecuencias jurídicas, estableciendo un sistema de disfrute gradual de los beneficios para todas las personas con discapacidad.

Incluso en el supuesto de que el aportante lo fuese el propio discapacitado, la viabilidad práctica del presente beneficio fiscal podía llegar a ser muy reducida. Piénsese que el padecimiento de una minusvalía superior al 65% determina la existencia de unas graves limitaciones en la vida cotidiana y en la actividad laboral que, salvo en supuestos de carácter extraordinario o fraudulento, hacen extraordinariamente difícil encontrar personas que, en esas condiciones, puedan aplicarse el beneficio.²³¹

Volvemos a insistir en que la nueva Ley del IRPF elimina esta discriminación a través de sus art. 53 y su Disp. Adic. 10ª. En ambas normas se alude a “*aportaciones a planes de pensiones a favor de personas con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como de personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado*”.

Por otra parte, el art. 61 del antiguo TRLIRPF aludía únicamente a la relación de parentesco o tutoría, sin citar a los cónyuges (que, como es lógico, no constituyen parientes de acuerdo con la legislación civil) ni a las relaciones de acogimiento. Ahora bien, al remitirse el citado precepto a la Disp. Adic. 10ª del citado texto, podían considerarse igualmente incluidos²³². Esta situación se mantiene en el art. 53 de la nueva Ley 35/2006.

Tributario, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 170, en que la exclusión de los incapacitados judicialmente podía suplirse mediante la asimilación contenida en el art. 58.6 del antiguo TRLIRPF. Una situación distinta se plantea en relación con la inclusión de los discapacitados psíquicos a los efectos fiscales examinados, que requería efectuar una modificación legislativa. Argumentos a favor de la inclusión de los incapacitados judicialmente pueden encontrarse en ALONSO MURILLO, F., *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades)*, ob. cit., pág. 86 y en CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P., “La protección patrimonial de las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”, en *Quincena Fiscal*, nº 5, 2005, pág. 62, si bien al autora se muestra contraria a la inclusión de los discapacitados psíquicos en estos Planes.

²³¹A mayor abundamiento, y desde un punto de vista de justicia tributaria, carece de sentido proteger de manera extraordinaria la jubilación del discapacitado, estimando que su capacidad de obtención de rentas es lo suficientemente importante como para destinar dichas cantidades a un plan de pensiones.

²³²Ello no obsta sin embargo para que pongamos de manifiesto la injustificada discriminación del acogimiento que se producía en el presente caso, la cual fue incluso objeto de denuncia en el INFORME DEL DEFENSOR DE PUEBLO *Presente y Futuro de la Fiscalidad del Discapacitado*, Madrid, 1999, pág. 115. Tal y como se hacía constar en el citado Informe, esta discriminación fiscal se acentúa aun más cuando la propia normativa de los planes y fondos de pensiones regula, entre las contingencias que cubre el Plan, el fallecimiento o la jubilación de las personas que tengan en acogimiento al discapacitado.

Tal y como se desprende de lo dispuesto por una importante línea jurisprudencial, el término “tutela” ha de interpretarse en sentido estricto, al tratarse de un concepto acuñado en el ordenamiento civil²³³. En cambio, el término “acogimiento” posibilita una interpretación más laxa que se corresponde mejor con la finalidad de la norma.

¿Puede efectuar aportaciones el cónyuge separado legalmente a favor de su cónyuge minusválido? En opinión de la DGT (contestación a Consulta de 6 de febrero de 2002) así es, siempre y cuando no exista divorcio. Señala concretamente el citado Centro Directivo en dicha contestación que “*en cuanto a la extensión del término «cónyuge» que puede realizar aportaciones, dado que la normativa financiera y fiscal no especifica nada al respecto, habrá de acudir a las normas civiles, según las cuales el matrimonio no se disuelve hasta el divorcio, de acuerdo con lo que se establece en el artículo 85 del Código Civil, por lo que cabe entender que el cónyuge separado legalmente queda comprendido en la expresión «cónyuge».*”.

No obstante, volvemos a recordar que, por lo que respecta a los parientes por afinidad de la persona con minusvalía, la Dirección General de Tributos asume la doctrina elaborada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de junio de 1905 de conformidad con la cual, cuando la ley habla de parentesco sin mayor especificación, debe entenderse que se refiere exclusivamente al parentesco por consanguinidad y no al de afinidad.²³⁴

En todo caso, siempre que los aportantes resulten ser familiares del discapacitado, tendrán que designar a éste como beneficiario de manera única e irrevocable para cualquier contingencia.²³⁵

Tratándose de planes de pensiones, mutualidades y planes de previsión asegurada del art. 60 del antiguo TRLIRPF, las cuantías abonadas por los parientes, cónyuges, tutores y quienes ostenten una relación de acogimiento respecto de discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, otorgaban derecho a practicar una reducción en la base hasta el límite conjunto de 8.000 euros anuales. Y ello con independencia de aquellas otras aportaciones que pudiera efectuar dicho contribuyente a su propio sistema de previsión social, de conformidad con el citado precepto, siempre que el discapacitado a cuyo favor se realizasen las mismas fuese designado beneficiario de manera única e irrevocable para cualquier contingencia. En efecto, el citado límite se aplicaba sin perjuicio de aquellas aportaciones que pudiera realizar dicho contribuyente

²³³Véanse, entre otras, las SSTSJ de Castilla y León (Burgos) de 21 de enero y 9 de octubre de 1999 y de 30 de mayo y 9 de junio de 2000, la STSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2000 y la STSJ del País Vasco de 31 de mayo de 2000. En un sentido contrario se pronunció el TSJ de Cataluña en sus Sentencias de 25 de mayo de 1998 y de 21 de diciembre de 2001.

²³⁴En efecto, tal y como declaró este Centro en contestación a Consulta de 10 de febrero de 2000, “*los parientes por afinidad no pueden realizar aportaciones a planes de pensiones en favor de minusválidos en grado superior al 65 por 100, en los términos establecidos por la Disposición Adicional Decimoséptima mencionada*” (actual Disposición Adicional Décima del TRLIRPF).

²³⁵En nuestra opinión, la regulación de estos planes no debería restringir el círculo de personas que pueden realizar aportaciones a este tipo de planes. Y es que, a pesar de que no resulte lo habitual, si una persona que no sea el cónyuge, pariente hasta el tercer grado, tutor o persona que tenga en acogimiento al discapacitado desea efectuar aportaciones al plan de pensiones del discapacitado, debería de poder hacerlo y beneficiarse de las reducciones previstas al efecto.

a su propio sistema de previsión social, al amparo de lo previsto en el citado precepto.
236

La nueva Ley del IRPF fija el límite de aportación a planes de pensiones en 8.000 euros, contemplándose además la creación de un plan individual de ahorro con aportaciones máximas por contribuyente de 8.000 euros al año, que cabe invertir en instituciones de inversión colectiva o seguros, y cuya renta acumulada queda exenta de tributación si se recupera en forma de renta vitalicia al jubilarse o declararse la situación de invalidez del aportante, no teniendo las aportaciones anuales beneficios fiscales. Y, de igual forma, los contribuyentes mayores de 65 años o en situación de gran dependencia que enajenen inmuebles de su propiedad no tributan por esta ganancia.

Dentro de las reducciones susceptibles de ser practicadas existen importantes modificaciones respecto de la normativa anterior en lo referente a los límites por aportaciones y contribuciones a los sistemas de previsión social. Se fija como límite máximo, para el conjunto de todas las reducciones, la menor de las dos cantidades siguientes: el 30% de los rendimientos netos del trabajo y actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio, o bien 8.000 euros anuales. Y para aquellas personas mayores de 52 años, los límites reseñados se incrementan en el 50% y en 10.000 euros anuales, respectivamente. El citado límite del 30% opera en aquellos casos en los que resulte inferior al anterior, si bien no será de aplicación a aquellas cantidades que hubiesen sido aportadas con anterioridad a 1 de enero de 2007 y que, a tal fecha, estuviesen pendientes de reducción por insuficiencia de base imponible, tal y como lo establece su Disp. Transit. 12ª de la nueva Ley, a la que ya nos hemos referido con anterioridad.

Por su parte, aquellos productos ligados específicamente a la dependencia pasan a tener así las mismas ventajas fiscales de las que gozan los fondos y planes de pensiones. Se contempla un límite único de 10.000 euros anuales para las citadas aportaciones a fondos y planes de pensiones y productos ligados a la dependencia, que podrá incrementarse a 12.500 euros para los mayores de 50 años y a 24.250 euros en caso de discapacidad. Las aportaciones no pueden superar el 30% de las rentas activas del contribuyente (las derivadas del trabajo o actividades empresariales), porcentaje que se eleva hasta el 50% para los mayores de 52 años. Estos mismos límites rigen para los importes anuales máximos que abonen las empresas a los sistemas de previsión social.

De este modo, la Ley 35/2006 opta por extender las ventajas fiscales de los fondos y planes de pensiones a los productos ligados a la dependencia. Envejecimiento y dependencia pasan a tener un mismo tratamiento fiscal. Y, con la finalidad de asegurar que estos productos financieros sirvan efectivamente a la finalidad de complementar las pensiones o asegurar situaciones de dependencia, se vincula el beneficio fiscal a que sean percibidos en forma de renta vitalicia.

En todo caso, las cuantías anuales máximas aportadas a favor de una persona con minusvalía no pueden superar los 24.250 euros, incurriéndose en caso contrario en infracción muy grave en los términos previstos por el art. 35.3.n) del TRLRPF. Y

²³⁶En consecuencia, tan sólo en caso de muerte del citado discapacitado podrán generarse prestaciones de viudedad u orfandad a favor del aportante en proporción a la cuantía abonada.

tampoco cabe la posibilidad de que pueda reducirse el exceso por los propios aportantes, resultando lógica la adopción de un principio de asignación temporal de las aportaciones realizadas por personas distintas al discapacitado hasta llegar al límite máximo.

Como ya sabemos, puede suceder que quien realice las aportaciones sea el propio discapacitado con un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Pues bien, también en este caso se sigue la aplicación de un principio de asignación temporal de las aportaciones realizadas, de manera que aquéllas otorgan al discapacitado el derecho a reducir su base imponible con prioridad sobre el resto de aportantes hasta el límite antes citado de 24.250 euros, pudiendo los parientes, cónyuges y restantes terceros del discapacitado continuar aportando cantidades hasta la cuantía conjunta antes referida. Y sólo si las aportaciones realizadas por el discapacitado no alcanzaran el citado límite de 24.250 euros, podrían ser objeto de reducción las efectuadas por otras personas (parientes y cónyuge) a su favor en la base imponible de éstas, de forma proporcional.²³⁷

La inobservancia de todos estos límites de aportación es objeto de la sanción prevista al efecto en el art. 36.4 del TRLRFP, precepto que presenta una nueva redacción tras la entrada en vigor de la nueva Ley del IRPF. Señala concretamente el citado precepto en su actual redacción por la Disp. Final 5ª de la Ley 35/2006 que *“La inobservancia por el partícipe del límite de aportación previsto en el apartado 3 del artículo 5, salvo que el exceso de tal límite sea retirado antes del día 30 de junio del año siguiente, será sancionada con una multa equivalente al 50 por 100 de dicho exceso, sin perjuicio de la inmediata retirada del citado exceso del plan o planes de pensiones correspondientes. Dicha sanción será impuesta en todo caso a quien realice la aportación, sea o no partícipe, si bien el partícipe quedará exonerado cuando se hubiera realizado sin su conocimiento”*. Se prevé por tanto la imposición de una multa equivalente al 50% del exceso aportado sobre los límites legales, salvo que el exceso correspondiente a dicho límite sea retirado antes del 30 de junio del año siguiente²³⁸. Todo ello sin perjuicio, como es lógico, de la retirada del exceso.

Por otra parte, el presente régimen previsto en relación con estos Planes especiales de discapacitados es asimismo aplicable a las aportaciones y prestaciones realizadas o percibidas de Mutualidades de Previsión Social y de Planes de Previsión Asegurados a favor de minusválidos que cumplan los requisitos previstos para los citados Planes, recogidos en el art. 53 y en la Disp. Adic. 10ª de la Ley 35/2006. Ni que decir tiene que, en estos casos, los límites anteriormente indicados serán conjuntos para las aportaciones a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados.

²³⁷De cualquier manera, el límite de las aportaciones a estos Planes no toma en consideración la edad del discapacitado, a diferencia de lo que sucedía en el art. 60 del antiguo TRLRFP, circunstancia que se mantiene en el art. 52 de la nueva Ley 35/2006, respecto de los Planes ordinarios, circunstancia esta que discrimina a los beneficiarios de mayor edad.

²³⁸La multa se impondrá a quien realice la aportación, sea o no partícipe, si bien este último quedará exonerado en aquellos supuestos en los que la aportación se hubiera realizado sin su conocimiento. Y, junto a esta sanción para el aportante, el art. 35.3.n) del TRLRFP prevé la imposición de una sanción muy grave para la entidad gestora del Plan que consienta la realización de aportaciones superiores a los límites previstos, salvo que dichas aportaciones correspondan a la transferencia de los derechos consolidados por alteración de la adscripción a un plan de pensiones o a las previsiones de un plan de reequilibrio formulado de acuerdo con el régimen transitorio aplicable en cada momento.

Estas aportaciones no tributarán por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al considerarse como no sujetas (art. 53.3 de la Ley 35/2006). Es esta una medida extraña ya que, por el contrario, si las aportaciones se realizan a un patrimonio protegido, quedan sujetas a ISD en tanto en cuanto excedan de una determinada cuantía. Desde nuestro punto de vista, parece más lógico pensar que nos hallamos más bien ante un supuesto de exención que ante uno de no sujeción. Y la disposición de los derechos consolidados en circunstancias distintas a las previstas en la legislación (enfermedad grave o paro de larga duración) tributará como rendimientos del capital o del trabajo, obligando a presentar declaración-liquidación complementaria y a ingresar las cuotas correspondientes a las reducciones indebidamente practicadas en la base.²³⁹

Ciertamente el art. 61 del antiguo TRLIRPF no contenía alusión alguna, a diferencia de lo que sucedía con el art. 60 del citado texto legal en relación con los Planes ordinarios, a la situación que se origina respecto de aquellas aportaciones que no hubiesen podido ser objeto de reducción por insuficiencia de base imponible. Sin embargo el art. 51 del RIRPF, que desarrollaba este aspecto del art. 60 del TRLIRPF, sí que hacía mención al citado art. 61, lo que inducía a pensar que dicha ausencia no era sino un mero defecto de técnica legislativa que debía subsanarse a través de una interpretación sistemática.

En la actualidad, el art. 53.1.c) de la nueva Ley 35/2006 se encarga de precisar que “(...) c) Las aportaciones que no hubieran podido ser objeto de reducción en la base imponible por insuficiencia de la misma podrán reducirse en los cinco ejercicios siguientes. Esta regla no resultará de aplicación a las aportaciones y contribuciones que excedan de los límites previstos en este apartado 1”. En consecuencia, aquellas reducciones que no hubiesen podido efectuarse por insuficiencia de la base imponible, podrán ser practicadas en los cinco años siguientes, respetando siempre en cada periodo los límites antes citados, y estimándose siempre reducidas en primer lugar las aportaciones de años anteriores²⁴⁰. Dándose estas circunstancias, deberá solicitarse además el traslado en la declaración del período impositivo en que la reducción no hubiese podido realizarse, ya sea total o parcialmente.

Una vez acaecidas las contingencias protegidas por los planes de pensiones y los restantes sistemas de protección social, el contribuyente minusválido comienza a recibir las prestaciones, que constituyen desde ese momento rendimientos del trabajo personal.

De conformidad con lo establecido en el apartado tercero de la Disp. Adic. 10ª del antiguo TRLIRPF, las prestaciones de los sistemas de previsión social habían de ser percibidas en forma de renta, salvo que concurriesen circunstancias excepcionales, las cuales habían de ser desarrolladas reglamentariamente. Esta labor fue acometida por el

²³⁹En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.4 de la Ley 35/2006, y, por remisión a los apartados 8 y 9 del art. 51 de la citada norma, la disposición total o parcial de los derechos consolidados de las mutualidades de previsión social a favor de discapacitados en supuestos distintos a los expresamente previstos obliga al contribuyente a reponer las reducciones en la base imponible indebidamente practicadas mediante las oportunas declaraciones-liquidaciones complementarias, con inclusión de los intereses de demora. Y a su vez, las cantidades percibidas por la disposición anticipada de los derechos consolidados tributarán como rendimientos de capital mobiliario, salvo que provengan de cantidades abonadas a Mutualidades por profesionales o empresarios individuales integrados en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, en cuyo caso tributarán como rendimientos del trabajo.

²⁴⁰En este mismo sentido se pronuncian ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 214.

art. 15.1 del RFPF (que ha representado, a falta de pronunciamiento contenido en el RIRPF, la única referencia reglamentaria a que aludía el citado precepto). A la luz de lo dispuesto por este último precepto, cabía estimar que las prestaciones podían cobrarse en forma de renta, de capital o mixta, sin que hubiera de producirse circunstancia excepcional alguna, siempre y cuando derivasen de las aportaciones directas realizadas a favor de discapacitados. Era por tanto en las prestaciones derivadas de las aportaciones realizadas a favor de discapacitados por el cónyuge o partícipes hasta el tercer grado, cuyo beneficiario lo fuese el propio discapacitado, cuando habían de percibirse en forma de renta.

No obstante, se encargaba de precisar el art. 15.2 del RFPF que, en este segundo caso, podían percibirse en forma de capital o mixta en los siguientes supuestos: de una parte, en el caso de que la cuantía del derecho consolidado resultase inferior, al acaecimiento de la contingencia, a un importe de dos veces el salario mínimo interprofesional anual; y de otra, en el supuesto de que el beneficiario discapacitado estuviese afectado por una gran invalidez, requiriendo la asistencia de terceras personas para la realización de las actividades más esenciales de la vida.²⁴¹

La Disp. Adic. 10ª de la nueva Ley del IRPF nada precisa a este respecto, limitándose a señalar su apartado tercero que *“a los efectos de la percepción de las prestaciones se aplicará lo dispuesto en los apartados 8 y 9 del artículo 51 de esta Ley”*. Y el art. 51.9 de la Ley 35/2006 establece que *“la reducción prevista en este artículo resultará de aplicación cualquiera que sea la forma en que se perciba la prestación. En el caso de que la misma se perciba en forma de renta vitalicia asegurada, se podrán establecer mecanismos de reversión o períodos ciertos de prestación o fórmulas de contraseguro en caso de fallecimiento una vez constituida la renta vitalicia”*.

En todo caso volvemos a insistir en que, cualquiera que sea la forma en que se cobren las prestaciones (ya sea por producirse la contingencia cubierta o en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración), serán consideradas como rendimientos del trabajo, quedando en consecuencia sujetas a retención por el pagador.

Al amparo de lo previsto en el antiguo TRLIRPF, este conjunto de rendimientos no quedaban integrados en la base imponible en su totalidad, dado el tratamiento beneficioso que les reconoce el art. 17.3 del citado texto. Concretamente, en el supuesto de que las citadas prestaciones se hubiesen obtenido en forma de renta, tenían derecho a una reducción anual en el Impuesto de hasta un importe máximo de dos veces el salario mínimo interprofesional. Coincidimos con ALONSO MURILLO²⁴² en que era este un sistema extraño de determinación del límite que, lo que parecía significar, era que el límite máximo a la reducción quedaba fijado en el doble del salario mínimo, no pudiendo en consecuencia resultar un saldo negativo²⁴³. Nótese por tanto como

²⁴¹Esta situación contrasta con la que se producía al amparo del antiguo RFPF aprobado mediante Real Decreto 1037/1988, cuyo art. 10.ter no contemplaba este supuesto, refiriéndose únicamente a la posibilidad de cobrar en forma de capital o mixta, en los supuestos que ahora se regulan en el citado art. 15.2 del vigente Reglamento.

²⁴²ALONSO MURILLO, F., *Los sistemas privados de pensiones en la imposición estatal sobre la renta (IRPF e Impuesto sobre Sociedades)*, ob. cit., pág. 141.

²⁴³Este régimen especialmente privilegiado únicamente es de aplicación a aquellas prestaciones que se correspondan con aportaciones realizadas a partir del 1 de enero de 1999.

quedaban exentas de tributación las prestaciones recibidas en el importe del doble del salario mínimo interprofesional²⁴⁴. El citado límite del doble del salario mínimo interprofesional operaba además en relación con los rendimientos procedentes de aportaciones realizadas al patrimonio especialmente protegido.

Frente a este tratamiento, la nueva Ley del IRPF declara exentas las rentas del trabajo derivadas de las prestaciones recibidas en forma de renta de planes de pensiones por las personas con minusvalía, correspondientes a las aportaciones realizadas en su momento a favor de los discapacitados hasta un importe máximo de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). E igualmente se declaran exentas las rentas del trabajo derivadas de las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de los discapacitados con el límite anterior. De este modo, a pesar de que la no integración de estas rentas ya se encontraba recogida en el antiguo TRLIRPF en su art. 17.3, pasa ahora en la nueva Ley a formar parte de las rentas exentas.

Como se recordará, habiéndose obtenido las prestaciones en forma de capital, resultaba de aplicación una reducción del 50%, siempre que hubiesen transcurrido más de dos años a contar desde la primera aportación. Esta reducción resultaba mayor que la prevista en la regulación de los restantes Planes de Pensiones, dado que la regulación general preveía únicamente una reducción del 40% en estos casos.

Conviene no obstante precisar que la norma no exoneraba de este requisito consistente en que hubiesen transcurrido más de dos años a contar desde la primera aportación para el caso de que las prestaciones se percibieran en forma de capital cuanto la contingencia fuese la invalidez, a diferencia de lo que sucedía en el art. 17.2.b) del TRLIRPF, que sí recogía dicha exoneración para los Planes Ordinarios. Y en el supuesto de que las prestaciones fuesen obtenidas en forma mixta, se aplicaban las normas anteriormente indicadas a la respectiva prestación, detentándose el derecho a la aplicación de las dos deducciones por separado.²⁴⁵

El art. 18.4 de la nueva Ley 35/2006 deja claro a este respecto que *“las reducciones previstas en este artículo no se aplicarán a las contribuciones empresariales imputadas que reduzcan la base imponible, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 51, 53 y en la*

²⁴⁴Recuérdese a este respecto que, a partir de la publicación del Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el salario mínimo interprofesional queda desvinculado de las referencias efectuadas en los distintos textos legales, con la única excepción de aquellos aspectos salariales objeto de regulación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social especificados en dicha norma. Debido a ello se procedió a la creación del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), cuya concreción tiene lugar a través de las Leyes de Presupuestos de cada año.

²⁴⁵Afirman ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 173, que la referida circunstancia de tener derecho a las dos deducciones por separado puede inducir al contribuyente a llevar a cabo operaciones de planificación fiscal. En efecto, así es. Piénsese que, a la luz de dicha situación, podría recibirse por ejemplo en forma de renta la cuantía exenta, es decir, dos veces el salario mínimo interprofesional, y en forma de capital el resto, con la oportuna reducción del 50%. E incluso se podría optar por la constitución de una renta con el dinero percibido en forma de capital para complementar la renta anual recibida por el sistema de previsión, tributando en estos casos como rendimiento de capital, a tenor de lo dispuesto en el art. 25.3 de la Ley 35/2006, y distinguiendo según se trate de una renta vitalicia o temporal, inmediata o diferida.

disposición adicional undécima de esta Ley". En consecuencia, y como ya hemos tenido oportunidad de precisar, desaparecen los porcentajes de reducción contemplados en el art. 17 del antiguo TRLIRPF y aplicables a las prestaciones percibidas por los beneficiarios de los planes y fondos de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados, en aquellos casos en los que las mismas se perciban en forma de capital, tanto en los supuestos de jubilación e invalidez como fallecimiento. Ello motiva, a nuestro juicio, que buena parte del atractivo fiscal que tenían los planes y fondos de pensiones al percibirse en forma de capital pierda su razón de ser, incentivándose de otra forma la percepción de la prestación en forma de renta. Y es que volvemos a insistir en que las reducciones aplicables en la base imponible lo son ahora con independencia de la forma en que se reciba la prestación.

Acerca de qué debe entenderse por "invalidez" nada señalaba el TRLIRPF en su art. 17. Y tampoco lo hace la nueva Ley 35/2006 en su art. 18. Por su parte, el TRLGSS no se refiere a este término. En nuestra opinión, parece lógico pensar que a través del mismo el legislador está designando una de las contingencias cubiertas por los planes de pensiones, como es la relativa a la incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo y gran invalidez.²⁴⁶

Ha de quedar claro que el presente régimen únicamente es aplicable a aquellas prestaciones correspondientes a aportaciones efectuadas desde el 1 de enero de 1999, fecha de entrada en vigor de la antigua Ley 40/1998 reguladora del IRPF, cuya Disp. Adic. 17ª precisaba por vez primera este tipo de Planes señalando de manera expresa que, a partir de dicha fecha, podían efectuarse aportaciones a tales Planes. Y sólo tendrá lugar su aplicación cuando el perceptor lo sea el propio minusválido partícipe del Plan.²⁴⁷

Tal y como hemos señalado con anterioridad, y de conformidad con lo declarado por la Disp. Adic. 10ª de la Ley 35/2006 (criterio igualmente recogido en la Disp. Adic. 10ª del TRLIRPF), el presente régimen resulta también de aplicación a las aportaciones y prestaciones realizadas o percibidas de Mutualidades de Previsión Social y de Planes de Previsión Asegurados a favor de minusválidos que cumplan los requisitos previstos en los Planes, precisando la citada norma que, en tal caso, *"los límites establecidos serán conjuntos para las aportaciones a planes de pensiones, a planes de previsión asegurados y a mutualidades de previsión social"*.

Sucede no obstante que tales límites conjuntos sólo se prevén explícitamente para las aportaciones, no para el régimen aplicable a las prestaciones derivadas del Plan. Es esta una circunstancia no exenta de cierta lógica, dado que la citada Disposición únicamente está aludiendo al régimen tributario de las aportaciones y no al de las prestaciones recibidas por los planes.

Al amparo de la anterior regulación, cabía la posibilidad de plantearse hasta qué punto este silencio normativo existente en relación con la aplicación de los beneficios

²⁴⁶Todas estas situaciones han de determinarse conforme al Régimen correspondiente de la Seguridad Social, tal y como precisa el art. 8.6 del TRLRFP, en su actual redacción otorgada por la Ley 35/2006.

²⁴⁷En efecto, tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGT en contestación a Consulta de 14 de octubre de 1999, siendo las prestaciones percibidas por los familiares del minusválido por fallecimiento de éste, dichas prestaciones se regirán por el régimen general de los planes de pensiones.

previstos en el antiguo art. 17.3 del TRLIRPF significaba que el discapacitado beneficiario de estos tres sistemas de previsión social podía aplicarse las reducciones indicadas de manera independiente cuando recibiera las prestaciones de cada uno de ellos. *A priori*, la literalidad de la norma permitiría adoptar esta línea interpretativa. Desde nuestro punto de vista, sin embargo, los beneficios contenidos en el art. 17.3 del TRLIRPF habían de aplicarse al conjunto de prestaciones recibidas de los sistemas de previsión contemplados en el art. 61 y en la Disp. Adic. 10ª del citado texto.

Téngase presente que el propio art. 17.3 aludía a “*las prestaciones obtenidas en forma de renta o de capital por las personas con minusvalías correspondientes a las aportaciones a las que se refiere el art. 61*”. Y en tanto en cuanto este último precepto estaba haciendo referencia a aportaciones y contribuciones a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados constituidos a favor de personas con minusvalía, una interpretación correcta del mismo debía llevar a entender que los beneficios fiscales contemplados en el art. 17.3 del TRLIRPF establecían un límite conjunto para las prestaciones recibidas por los tres sistemas de previsión social ya citados. En cualquier caso es esta una cuestión que, con la nueva regulación, deja de plantearse.

Por otra parte, debe tenerse presente la posibilidad de aplicar una reducción del 40% para aquellos rendimientos que tengan un periodo de generación de más de dos años y no se obtengan de forma periódica o recurrente, y para los calificados reglamentariamente como obtenidos de forma notoriamente irregular en el tiempo, con algunas particularidades en relación con los derechos de opción de compra sobre acciones. La aplicación de esta reducción se mantiene en la actualidad en el art. 18.2 de la nueva Ley 35/2006.

Se trata de una reducción genérica que no tiene ninguna especialidad para discapacitados. Baste indicar simplemente que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 del RIRPF, podrán ser calificados como irregulares, siempre que se cobren en forma de capital y no de renta, entre otras: las prestaciones satisfechas por colegios de huérfanos e instituciones similares, en los supuestos de lesiones no invalidantes; las indemnizaciones derivadas de los regímenes públicos de la Seguridad Social o clases pasivas, o las prestaciones satisfechas por lesiones no invalidantes o incapacidad permanente, en cualquiera de sus grados, por empresas y entes públicos.

Procedemos a continuación a analizar el tratamiento fiscal que reciben las **rentas del ahorro** susceptibles de ser percibidas por los discapacitados. Previamente queremos efectuar unas breves consideraciones acerca de las principales líneas de reforma seguidas por la nueva Ley 35/2006 en relación con la tributación de estos rendimientos.

La nueva Ley otorga un tratamiento neutral a las rentas derivadas del ahorro, eliminando las diferencias no justificadas que existen actualmente entre los distintos instrumentos en los que se materializa. Con ello, a la vez que se busca simplificar la elección de los inversores, se pretende incrementar además la neutralidad fiscal de los distintos productos y favorecer la productividad y competitividad, mejorando la posición de nuestro país en un entorno internacional de libre circulación de capitales y de fuerte competencia.

De esta manera, se aborda la modernización de la tributación del ahorro, asignatura pendiente de las reformas precedentes. Y, al mismo tiempo, se evita que las diferencias en la presión fiscal que soportan los diferentes instrumentos distorsionen la realidad financiera del ahorro (como la denominada rentabilidad financiero-fiscal que mide una rentabilidad por completo ajena a las características intrínsecas del producto que se pretende comercializar), ya que ello configura un marco tributario caracterizado por la falta de transparencia y diferencias en la tributación que se utilizan con el objeto de mantener cautivas determinadas inversiones.

En consecuencia, la nueva Ley dispensa el mismo tratamiento tributario a todos los rendimientos del capital mobiliario incluidos en la llamada “renta del ahorro”. Ciertamente, al otorgarse un tratamiento neutral a todas las rentas derivadas del ahorro, se eliminan las diferencias no justificadas anteriormente existentes entre los distintos instrumentos a través de los cuales se materializa. Este conjunto de rendimientos pasan por tanto a incorporarse a la base imponible del ahorro, con excepción de determinados supuestos específicos que, por su naturaleza, podrían encontrar acomodo también en el seno de actividades económicas, como son los derechos derivados de la propiedad intelectual o industrial, los arrendamientos de bienes muebles, negocios o minas, o los derivados de la cesión de derechos de imagen.

La nueva Ley opta así por extraer de la base del Impuesto determinados rendimientos de capital mobiliario, así como ciertas ganancias patrimoniales, con la finalidad de hacerlos tributar a un tipo proporcional y sensiblemente inferior a los tipos marginales de la tarifa. Estos rendimientos que pasan a formar parte de dicha base imponible del ahorro son, concretamente, los siguientes: los obtenidos por la participación en fondos propios de cualquier tipo de sociedad (dividendos); los obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios (intereses, transmisión de activos financieros, etc.), y los procedentes de operaciones de capitalización y de contratos de seguros de vida e invalidez.

Por otra parte, la nueva Ley del IRPF elimina la norma de integración de dividendos que anteriormente se contenía en el TRLIRPF, al optar por un sistema clásico de relación entre el impuesto societario y el de la renta de las personas físicas. Consecuencia de esta opción es la desaparición de la deducción por doble imposición de dividendos, lo que comporta la desaparición, tanto de la deducción de la cuota como de la del coeficiente multiplicador, a efectos de su integración en la base. Se vuelve así al sistema clásico, si bien esta opción queda atemperada, no ya sólo por la introducción de la citada exención para aquellos dividendos que no superen los 1.500 euros anuales, sino también por la inclusión de los dividendos en la denominada base imponible del ahorro y su correspondiente sujeción a un tipo de gravamen más reducido, proporcional y sensiblemente inferior al tipo marginal de la tarifa. Ahora bien, esta exención solamente se aplica a los dividendos, dejando al margen a las restantes y, de manera especial, a los intereses.

Así las cosas, se ha optado por incorporar todas las rentas que la Ley califica como procedentes del ahorro en una base única con tributación a un tipo fijo (18 %), idéntico para todas ellas e independiente de su plazo de generación, sobre la base de que la globalización económica hace inútiles los intentos de fraccionar artificialmente los mercados financieros por tipos de activos o por plazos. Quedan por tanto unificadas en un solo tipo la tributación de todas las rentas del ahorro, caso de los incrementos patrimoniales y depósitos bancarios (que constituyen la fórmula más utilizada por las

rentas medias y bajas) así como libretas de ahorro, seguros y dividendos. Como se recordará, con anterioridad dichas rentas tributaban al tipo correspondiente al contribuyente, es decir, a la tarifa general del IRPF, disponiéndose además, según cada tipo de producto financiero, de diferentes reducciones en la base.²⁴⁸

Sabido es que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 25 de la Ley 35/2006, tienen la consideración de rendimientos del capital mobiliario los obtenidos por la participación en los fondos propios de cualquier tipo de entidad, así como los rendimientos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios y los rendimientos dinerarios o en especie procedentes de operaciones de capitalización y de contratos de seguros de vida o invalidez, salvo que estos últimos deban tributar como rendimientos del trabajo, conforme a lo dispuesto en el art. 17.2^a) de la Ley 35/2006.

En líneas generales, el esquema de liquidación que deben seguir estos rendimientos es similar al previsto para los rendimientos del trabajo, es decir: cálculo de los rendimientos íntegros; determinación de los rendimientos íntegros reducidos y cálculo de los rendimientos netos. Al objeto de nuestra investigación, interesa el estudio de los dos primeros (operaciones de capitalización y contratos de seguro), dado que la determinación del importe de los rendimientos netos (que será igual al resultado de restar a los rendimientos íntegros reducidos el importe de los gastos deducibles), carece de peculiaridad alguna en el ámbito de la discapacidad.

Sin lugar a dudas, las **operaciones de capitalización** adquieren gran importancia en el ámbito de las personas discapacitadas, debido a la posibilidad existente de constituir una renta, ya sea vitalicia o temporal, a favor del discapacitado, ya sea por él mismo o por un tercero ajeno (pariente, familiar, etc.). De hecho, suele ser bastante frecuente que un determinado sujeto abone a una entidad financiera un dinero, a cambio de tener cubiertas las necesidades futuras. Esta modalidad de negocios financiero-actuariales ofrece una considerable trascendencia para aquellas personas que adolecen de algún tipo de discapacidad, especialmente en aquellos casos en los que se trata de una deficiencia grave.²⁴⁹

A la hora de precisar el tratamiento tributario de tales rentas son varias las cuestiones que deben ser analizadas: el carácter de la renta que se constituye (si la misma es vitalicia o temporal): el carácter diferido o inmediato de dichos pagos y, finalmente, las modalidades de constitución de las mismas (*inter vivos* o *mortis causa*). Téngase presente que, en el supuesto de que tales rentas o pagos hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, el legislador del IRPF nada dispone respecto de su tributación. Así las cosas, parece lógico pensar que la constitución de una renta (previa aportación a la entidad financiera de un capital) mediante negocio sucesorio tributará en concepto de ISD por la cuantía cedida para la constitución de la misma y no en concepto de IRPF, al haber sido excluidos de las normas de

²⁴⁸En relación con los rendimientos obtenidos por la participación en fondos propios, a la luz de lo dispuesto en la nueva Ley del IRPF, el dividendo percibido no es objeto de multiplicación, de manera tal que se integra en la base imponible del ahorro, tributando al tipo fijo del 18%, y desapareciendo en la cuota del impuesto la deducción por doble imposición de dividendos. Y por lo que respecta a los rendimientos derivados de la cesión a terceros de capitales propios, en la nueva Ley los mismos pasan a formar parte igualmente de la base imponible del ahorro, tributando al 18% con independencia del período en que se hayan generado.

²⁴⁹Así, por ejemplo, cabe la posibilidad de que el progenitor de un deficiente psíquico opte por dejarle garantizada, a su muerte, una pensión a su hijo o descendiente.

determinación en el único rendimiento-tipo en el que podría quedar encuadrada, el de rendimiento de capital mobiliario. Y ello con independencia de que se trate de un tratamiento tributario carente de justificación.

En aquellos casos en los que la renta haya sido constituida mediante negocio lucrativo u oneroso *inter vivos*, la cuantía que habrá de considerarse rendimiento íntegro del capital mobiliario variará en función de si la renta es inmediata y vitalicia, temporal e inmediata o diferida (sea vitalicia o temporal).

Con carácter general la nueva Ley del IRPF, en relación con los rendimientos derivados de operaciones de capitalización y de contratos de seguros de vida e invalidez, prevé que su tributación pase a formar parte de la base imponible del ahorro, tributando al tipo fijo del 18%, con independencia de la antigüedad que presenten las primas satisfechas. Además, en relación con las operaciones de capitalización, se plantean modificaciones significativas en la percepción de rentas vitalicias y temporales que tengan por causa la imposición de capitales, así como en la percepción de rentas inmediatas (tanto temporales como vitalicias) que no hayan sido adquiridas por legado o por cualquier título sucesorio. De una parte, se reduce el porcentaje sobre la anualidad a los efectos de determinar el rendimiento del capital mobiliario. Y, de otra, dicho rendimiento pasa a tributar en la base imponible del ahorro al tipo del 18%.

Analicemos a continuación el tratamiento de las distintas modalidades de rendimientos dinerarios o en especie procedentes de operaciones de capitalización y de contratos de seguro de vida o invalidez. Siendo la renta percibida inmediata y vitalicia, al amparo de lo dispuesto en el art. 23.3.b) del antiguo TRLIRPF, dicha suma debía multiplicarse por un porcentaje que oscilaba entre el 45% (si el contribuyente contaba con menos de cuarenta años en el instante de su constitución) y el 20% (si el contribuyente tenía más de sesenta y nueve años en dicho momento). Señalaba concretamente el art. 23.3.b) del TRLIRPF que el porcentaje que debía computarse como rendimiento íntegro del capital mobiliario vendría determinado por el resultado de aplicar los siguientes porcentajes a la cuantía anual obtenida: 45% cuando el perceptor tuviese menos de cuarenta años; 40% si el preceptor tuviese entre cuarenta y cuarenta y nueve años; 35% si el perceptor tuviese entre cincuenta y cincuenta y nueve años; 25%, cuando el perceptor tuviera entre sesenta y sesenta y nueve años y el 20% en aquellos casos en los que el perceptor contase con una edad superior a los sesenta y nueve años.²⁵⁰

Pues bien, el art. 25.3.a).2º de la nueva Ley del IRPF se encarga de precisar que, tratándose de rentas vitalicias inmediatas que no hubiesen sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento de capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad los porcentajes siguientes: 40%, cuando el perceptor tenga menos de 40 años; 35%, cuando el perceptor tenga entre 40 y 49 años; 28%, cuando el perceptor tenga entre 50 y 59 años; 24%, cuando el perceptor tenga entre 60 y 65 años; 20%, cuando el perceptor tenga más de 66 y 69 años; y 8%, cuando el perceptor tenga más de 70 años. Como es lógico, estos porcentajes son los

²⁵⁰Tales porcentajes son calculados siguiendo un conjunto de reglas actuariales y tablas de esperanza de vida. Sin embargo, y habida cuenta de la menor esperanza de vida de la que, en numerosas ocasiones, gozan las personas discapacitadas, creemos que resultaría más adecuado con la aplicación del principio de justicia tributaria que se tuvieran en cuenta porcentajes diversos cuando los destinatarios de la renta tienen la consideración de discapacitados con un alto porcentaje de minusvalía.

correspondientes a la edad del rentista en el momento de la constitución de la renta, permaneciendo constantes durante toda su vigencia.

Tratándose de una renta temporal e inmediata, los porcentajes susceptibles de aplicación sobre las cuantías anuales percibidas en aras de obtener el rendimiento íntegro oscilaban, de acuerdo con lo previsto en el art. 23.3.c) del antiguo TRLIRPF, desde el 15% para rentas con duración igual o inferior a cinco años, hasta el 42% para aquellas rentas con una duración igual o superior a quince años. En efecto, a tenor de lo establecido en el citado art. 23.3.c) del TRLIRPF, la suma que debía computarse como rendimiento íntegro de capital mobiliario venía determinada por el resultado de aplicar los siguientes porcentajes a la cuantía anual obtenida: el 15% cuando la renta tuviera una duración igual o inferior a cinco años; el 25% cuando la renta tuviera una duración superior a cinco e inferior o igual a diez años, el 35% cuando la renta contase con una duración superior a diez o igual a quince años y el 42% cuando la renta tuviera una duración superior a quince años.

Por su parte, el art. 25.3.a).3º de la Ley 35/2006 se encarga de precisar que, tratándose de rentas temporales inmediatas que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento del capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad los porcentajes siguientes: 12%, cuando la renta tenga una duración inferior o igual a 5 años; 16%, cuando la renta tenga una duración superior a 5 e inferior o igual a 10 años; 20%, cuando la renta tenga una duración superior a 10 e inferior o igual a 15 años; y 25%, cuando la renta tenga una duración superior a 15 años.

Tratándose de una renta diferida (ya sea vitalicia o temporal), el art. 23.3.d) del antiguo TRLIRPF consideraba como rendimiento de capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad el porcentaje que correspondiera de los previstos en los supuestos anteriores, incrementado en la rentabilidad obtenida hasta la constitución de la renta. Dicho precepto debía ser puesto además en conexión con el art. 16 del RIRPF, de conformidad con el cual *“la rentabilidad vendrá determinada por la diferencia entre el valor actual financiero-actuarial de la renta que se constituye y el importe de las primas satisfechas (...) Dicha rentabilidad se repartirá linealmente durante los diez primeros años de cobro de la renta vitalicia. Si se trata de una renta temporal, se repartirá linealmente entre los años de duración de la misma con el máximo de diez años”*.

Idéntico tenor adopta el 25.3.a).4º de la Ley 35/2006, al disponer que *“4.º) Cuando se perciban rentas diferidas, vitalicias o temporales, que no hayan sido adquiridas por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, se considerará rendimiento del capital mobiliario el resultado de aplicar a cada anualidad el porcentaje que corresponda de los previstos en los números 2.º) y 3.º) anteriores, incrementado en la rentabilidad obtenida hasta la constitución de la renta, en la forma que reglamentariamente se determine. Cuando las rentas hayan sido adquiridas por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e inter vivos, el rendimiento del capital mobiliario será, exclusivamente, el resultado de aplicar a cada anualidad el porcentaje que corresponda de los previstos en los números 2.º) y 3.º) anteriores”*.

También los rendimientos derivados de contratos de seguro adquieren una gran importancia en relación con aquellas personas que padecen algún tipo de discapacidad. ¿Cuáles son los seguros que los originan y en qué consiste la contingencia que cubren?

Como se recordará, el Título III de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, reguladora del Contrato de Seguro (LCS) diferencia dentro del epígrafe relativo a “seguros de personas” entre los seguros de vida, responsabilidad civil, accidentes, enfermedad, asistencia sanitaria y asistencia. En cambio, ninguna alusión se efectúa al seguro de invalidez. Es más, tampoco se contempla de manera específica la invalidez dentro de la clasificación de riesgos por ramos que contiene la Disposición Adicional 1ª de la Ley 30/1995, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (LOSSP), quedando englobado el citado riesgo en los ramos de accidente y enfermedad. Así las cosas, y puesto que el citado contrato adolece de una identidad propia en la normativa reguladora de los seguros privados, habrá de identificarse atendiendo a su sentido usual, de acuerdo con lo establecido en el art. 12 de la LGT.

Con carácter general, podemos definir este contrato como aquél en el que la compañía aseguradora se obliga, a cambio del pago de una prima (única o periódica), a pagar al beneficiario del seguro una prestación cuando el asegurado en la póliza sufre la contingencia de la invalidez, ya sea como consecuencia de un accidente o de un proceso de enfermedad.

En la mayoría de los casos, el término “invalidez” suele hacer referencia a una situación de la persona en virtud de la cual ésta deja de poder valerse por sí misma, requiriendo del apoyo y de la asistencia de terceros. Asimismo suele entenderse también por tal concepto el detrimento sufrido en la salud personal que origina una disminución de mayor o menor grado en el desarrollo de su capacidad laboral, lo que presupone el ejercicio de esta última.

Lo cierto es, sin embargo, que en el TRLGSS se habla de “incapacidad” en sus distintos grados, o de invalidez, pero no se contiene expresamente el citado término, con la única salvedad de las pensiones no contributivas, en las que tiende a identificarse con aquellas deficiencias de carácter psíquico o físico (congénitas o no), que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes la padecen. En este último caso, además del requisito relativo a la no obtención de unas rentas mínimas, se requiere la concurrencia de un grado de minusvalía superior al 65%. Tampoco el régimen de clases pasivas procede a la utilización del término “invalidez”, limitándose a emplear la expresión “pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

Dada esta situación de falta de identificación a la que nos referimos la DGT, en contestación a Consulta vinculante de 5 de abril de 2000 formulada por la Unión Española de Entidades Aseguradoras y reaseguradoras precisó, tras constatar la ausencia de una definición expresa en la normativa de seguros, que “(...) *Dentro del campo de la Seguridad Social, el concepto de invalidez parece referirse a aquellas situaciones calificadas de incapacidad permanente que imposibilitan para el desarrollo de la actividad laboral, con carácter en principio definitivo, por contraposición a las situaciones de incapacidad temporal, en las que dicho impedimento tendría un carácter transitorio, y a las de lesiones permanentes no invalidantes, en las que no se produce un impedimento para la realización de la actividad laboral*”.

Estima además la DGT en la citada contestación que la situación de incapacidad permanente integra, en todo caso, a aquellos sujetos afectados con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, pudiendo entenderse por invalidez aquella situación que determine en la persona afectada la existencia de un grado de minusvalía igual o

superior al 33%, debiendo acreditarse dicho grado mediante certificado o resolución expedido por el IMSERSO.

Tal y como han puesto de manifiesto ALONSO-OLEA GARCÍA, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO²⁵¹, a pesar de que inicialmente la DGT parece querer vincular la invalidez con la existencia de una relación laboral, con posterioridad opta por objetivar la cuestión, considerando que la invalidez requiere únicamente la acreditación de un grado concreto de minusvalía, el 33%. Como bien señalan los citados autores, “*de acuerdo con esta interpretación existe una asimilación entre el concepto tributario de discapacitado y el de invalidez*” de manera que, en aquellos casos en los que en la póliza del contrato de seguro se contemple como contingencia dicho grado de minusvalía, los beneficiarios del contrato de seguro podrán disfrutar del presente régimen.²⁵²

El llamado contrato del seguro de enfermedad o asistencia sanitaria se presenta como un contrato en virtud del cual el asegurador, a cambio del cobro de una prima, se compromete a prestar al asegurado la asistencia precisa para la curación de cualquier enfermedad o accidente que padezca durante el período de cobertura. Tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGT en la citada Consulta de 5 de abril de 2000, “*se trata de un seguro de servicios médico-quirúrgicos, farmacéuticos, de internamiento en clínicas y hospitales, etc. Por tanto, la indemnización de este seguro consiste en la prestación del servicio sanitario convenido. En consecuencia, dado que las prestaciones de estos seguros tienen como finalidad el restablecimiento de la salud, no general renta alguna en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con independencia de que consistan en servicios sanitarios directamente realizados por la compañía de seguros o supongan el reembolso al asegurado de los gastos médico-sanitarios en que haya incurrido*”.

En cambio el contrato de seguro de asistencia cubre, básicamente, el riesgo de asistencia a personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o lugar de residencia permanente. Dentro de los límites y exclusiones establecidas en la póliza, este seguro incluye los gastos médico-quirúrgicos, farmacéuticos y/o de hospitalización del asegurado en el extranjero, así como el pago del traslado sanitario del asegurado herido o enfermo, etc.

Podemos afirmar en consecuencia que dentro de este seguro, al igual que sucede con el seguro de asistencia sanitaria anteriormente analizado, la indemnización consistirá en la prestación de un servicio sanitario, no generándose renta alguna a efectos del IRPF, al margen de que la prestación pueda consistir en la realización del servicio directamente por la compañía de seguros o bien en el reembolso al asegurado de los gastos en que éste haya incurrido.

En el contrato de seguro de accidentes, sin perjuicio de la delimitación del riesgo que las partes efectúen en el mismo, tiene la consideración de accidente “*la lesión corporal derivada de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado, que produzca invalidez temporal, permanente o muerte*”. Así se desprende del art. 100 de la Ley del Contrato de Seguro.

²⁵¹ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario, ob. cit., pág. 184.

²⁵²La citada Consulta de la DGT de 5 de abril de 2000 analiza además los distintos ramos del contrato de seguro existentes, efectuando diversas consideraciones de interés en relación con los seguros de asistencia sanitaria y de asistencia.

Por último, y refiriéndose al seguro de dependencia, señalaba la Disp. Adic. 14ª de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales para el año 2000 que el Gobierno, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de dicha Ley, presentaría a las Cortes Generales un informe relativo a este seguro que incluiría una propuesta de regularización, un marco fiscal que lo incentive y las modificaciones normativas que resultaren precisas para que pueda tratarse de una prestación realizada por los planes de pensiones, las mutualidades de previsión social y demás entidades aseguradoras. Lo cierto es, sin embargo, que, a pesar de lo establecido en la citada Disposición Adicional, el desarrollo normativo acometido en relación con el citado seguro ha sido escaso. En este sentido, coincidimos con MALDONADO MOLINA²⁵³ en que las medidas fiscales que podrían beneficiarlo están aún por llegar.

A la hora de analizar la tributación de la que son objeto los rendimientos derivados de estos contratos de seguro disponía el art. 23.3.a) del antiguo TRLIRPF que, de cara a la determinación de su rendimiento íntegro, en aquellos supuestos en los que la prestación procedente de los mismos se recibiera en forma de capital, el rendimiento de capital mobiliario vendría determinado por la diferencia entre el capital percibido y el importe de las primas satisfechas. Esta misma dicción adopta el art. 25.3.a).1º de la nueva Ley 35/2006.

Ahora bien, la aplicación de esta regla general se ve atenuada por una serie de consideraciones ya recogidas con anterioridad en virtud de las cuales las prestaciones recibidas por los seguros de enfermedad o asistencia sanitaria y por los seguros de asistencia no constituyen renta, toda vez que se relacionan con el restablecimiento de la salud.

Desde nuestro punto de vista, nos hallamos ante una afirmación cuanto menos discutible, dado que la renta gravable consiste, precisamente, en la diferencia entre lo abonado por las primas pasadas y la prestación recibida. Lo cierto es que esta interpretación administrativa viene a simplificar considerablemente la tributación a la que, de otro modo, quedarían sujetas tales rentas, máxime si tenemos en cuenta que podría tratarse también de prestaciones reiteradas en el tiempo.

Se trata además de una interpretación que, de alguna manera, equipara el tratamiento tributario que reciben las prestaciones de tales seguros con los seguros públicos de la Seguridad Social y mutualidades obligatorias de funcionarios, evitándose así desigualdades de trato que pudieran contravenir los principios constitucionales encargados de informar la exacción de los tributos. Y es que en estas últimas modalidades de seguros (ya sean públicos o semipúblicos) las prestaciones sanitarias no son consideradas como renta, a pesar de que las cuotas abonadas sí que tienen la consideración de gasto deducible, contribuyendo a reducir el importe de la renta gravable.

Recibiéndose la prestación derivada del seguro en forma de renta, serán de aplicación el conjunto de reglas ya examinadas relativas a las rentas vitalicias o temporales e inmediatas o diferidas. Así las cosas, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 25.3.a).4º de la Ley 35/2006, el importe del rendimiento se determinará por la

²⁵³MALDONADO MOLINA, J. A., El seguro de dependencia: presente y proyecciones de futuro, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, págs. 145 y ss.

aplicación de un porcentaje sobre la renta anual, al que habrá que sumar determinadas cuantías en el caso de que la renta no haya resultado de una prima única inicial e inmediata, a saber: la diferencia entre el valor actual financiero actuarial de la renta que se constituye y el importe de las primas satisfechas, distribuida entre los años en que se pagará la renta temporal (con un máximo de diez) o entre los diez primeros años de la renta vitalicia.

Tan sólo cabe exceptuar el caso de las prestaciones por jubilación e invalidez percibidas en forma de renta por los beneficiarios de contratos de seguro de vida o invalidez distintos de los contemplados en el art. 17.2.a) de la Ley 35/2006, en los que no se haya producido ningún tipo de movilización de las provisiones del contrato de seguro durante su vigencia. ¿Y cuando cabe entender que se ha producido “algún tipo de movilización de las provisiones del contrato de seguro? Al amparo de lo establecido en el art. 17 del antiguo RIRPF, ello sucedería cuando se incumplieran las limitaciones que, en relación con el ejercicio de los derechos económicos, establecen la Disposición Adicional 1ª del TRLRPF y su normativa de desarrollo respecto a los seguros colectivos que instrumenten compromisos por pensiones de las empresas.

Cumpliendo los anteriores requisitos, las prestaciones percibidas se integrarían en la base imponible del IRPF en concepto de rendimientos íntegros de capital mobiliario a partir del momento en que su cuantía exceda de las primas que hayan sido satisfechas en virtud de contrato o bien, en el supuesto de que la renta hubiese sido adquirida mediante negocio jurídico a título gratuito *inter vivos*, cuando excedan del valor actual financiero actuarial de las rentas en el momento de la constitución de estas.

Precisa no obstante el citado art. 25.3.a).4º de la Ley 35/2006 *in fine* que “*para la aplicación de este régimen será necesario que el contrato de seguro se haya concertado, al menos, con dos años de anterioridad a la fecha de jubilación*”. Sin embargo, en tanto en cuanto para las prestaciones por invalidez no se fija plazo alguno, no parece que dicha limitación incida sobre el objeto de nuestro estudio. En todo caso, señalaba el art. 17 del antiguo RIRPF que para la aplicación de lo previsto en el párrafo segundo del art. 25.3.a).4º de la Ley sería necesario que las contingencias en base a las cuales las prestaciones puedan percibirse fuesen las previstas en el art. 8.6 del RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el TRLRPF.

Finalmente, en los supuestos de rescate del seguro, preveía el art. 23.3.e) del antiguo TRLRPF (dicción que ha sido mantenida en el art. 25.3.a).5º de la nueva Ley), que “*cuando la extinción de la renta tenga su origen en el ejercicio del derecho de rescate, el rendimiento de capital mobiliario será el resultado de sumar al importe del rescate las rentas satisfechas hasta dicho momento y de restar las primas satisfechas y las cuantías que, de acuerdo con los párrafos anteriores de este apartado, hayan tributado como rendimientos de capital mobiliario*”. Añade asimismo el legislador que si las rentas hubiesen sido adquiridas mediante donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito e *inter vivos*, se restará adicionalmente la rentabilidad acumulada hasta la constitución de las rentas.²⁵⁴

²⁵⁴Téngase presente a este respecto que el derecho de rescate es objeto de regulación en el art. 96 de la Ley del Contrato de Seguro en relación con el seguro de vida, para aquellos tomadores que hubiesen satisfecho las dos primeras anualidades, quienes podrían obtener las cuantías fijadas en la póliza. E idénticas reglas tributarias rigen en los supuestos de cesión de póliza a que se refiere el art. 99 de la Ley del Contrato de Seguro.

¿Qué reducciones cabe practicar sobre estas rentas del ahorro? Al amparo de lo dispuesto en el art. 94 del antiguo TRLIRPF, sobre aquellas prestaciones por jubilación e invalidez procedentes de seguros colectivos de vida concebidos como sistemas alternativos a los planes y fondos de pensiones y que instrumenten los compromisos por pensiones asumidos por las empresas en los términos previstos en la Disp. Adic. 1ª del RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre, en la medida en que su cuantía excediese de las contribuciones imputadas fiscalmente y de las aportaciones directamente realizadas por el trabajador, cabía la posibilidad de aplicar distintos porcentajes reductores.

Estos porcentajes reductores variaban, con independencia del período transcurrido desde la aportación de la primera prima, en función de si las aportaciones de los empresarios habían sido o no imputadas a las personas a quienes se vinculaban las prestaciones. Así, en el supuesto de que no hubiesen sido imputadas, la reducción era del 40%, siempre y cuando se tratase de pensiones por invalidez o correspondiesen a primas satisfechas con más de dos años de antelación a la fecha de percepción (art. 94.1.b TRLIRPF).

Por el contrario, si las aportaciones de los empresarios hubiesen sido imputadas a las personas a quienes se vincularan las prestaciones, los porcentajes de reducción eran: del 40% si hubiesen sido percibidos por invalidez derivada de contratos de seguro colectivo (art. 94.2.a. del TRLIRPF); o del 75% si hubiesen sido percibidos por invalidez absoluta y permanente para todo tipo de trabajo y por gran invalidez, siempre y cuando derivaran de contratos de seguro concertados con más de ocho años de antigüedad, así como cuando el rendimiento procediese de indemnizaciones por invalidez permanente absoluta y gran invalidez, en los mismos términos señalados en la normativa reguladora de los planes de pensiones (arts. 94.2.b TRLIRPF y 11.3 del RIRPF).

La aplicación de estos porcentajes desaparece en la nueva Ley 35/2006. Ahora bien, con la finalidad de respetar las expectativas de quienes adquirieron determinados compromisos de inversión conforme a la legislación anterior, se mantiene el tratamiento fiscal actualmente vigente para estos contratos de seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones y que hubiesen sido formalizados con anterioridad a la fecha de sometimiento a información pública de la nueva norma.

Así las cosas, prevé la Disp. Transit. 13ª de la nueva Ley la adopción de una compensación fiscal en relación con aquellos contribuyentes que perciban un capital diferido derivado de contratos individuales de seguros sobre la vida o invalidez celebrados con anterioridad al 20 de enero de 2006, en la medida en que la nueva norma les resulte menos favorable que la establecida en el antiguo TRLIRPF. E idéntico criterio se adopta respecto de aquellos contribuyentes que perciban rendimientos procedentes de la cesión a terceros de capitales propios de instrumentos financieros contratados con anterioridad al 20 de enero de 2006, en idéntico supuesto al anterior.²⁵⁵

²⁵⁵Recuérdese que en la nueva Ley estos rendimientos tributan al tipo del 18%, mientras que en la normativa anterior, en la medida en que su período de generación resultara superior a dos años, gozaban de una reducción del 40%.

Procedemos a continuación a analizar el tratamiento fiscal que el legislador confiere a determinadas **rentas susceptibles de ser percibidas por el discapacitado y que, al amparo de lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 35/2006, se hallan exentas de gravamen.**

Antes de proceder al análisis de las distintas exenciones susceptibles de ser aplicadas sobre las rentas percibidas por el discapacitado, queremos referirnos brevemente a las principales novedades incorporadas en este punto por la nueva Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF.

Con carácter general, el conjunto de exenciones previstas en el art. 7 del antiguo TTRLIRPF se han visto ampliadas a las siguientes. En primer lugar, a aquellas rentas del trabajo derivadas de las prestaciones recibidas en forma de renta de planes de pensiones por las personas con minusvalía, correspondientes a las aportaciones realizadas en su momento a favor de los discapacitados hasta un importe máximo de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) . En segundo término, a las rentas del trabajo derivadas de las aportaciones realizadas al patrimonio protegido de los discapacitados, con el límite anteriormente indicado. Ciertamente, la no integración de estas rentas ya se encontraba recogida en el antiguo TRLIRPF en sus artículos 16.4 y 17.3, pasando ahora en la nueva Ley 35/2006 a formar parte de las rentas exentas.

La nueva Ley declara exentas las indemnizaciones previstas en la legislación del Estado y CC.AA. destinadas a compensar la privación de libertad en establecimientos penitenciarios derivados de la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía. E idéntico criterio se adopta en relación con aquellas rentas que se pongan de manifiesto al constituirse una renta vitalicia derivada de los planes individuales de ahorro sistemático. Estos planes, que tienen la consideración de instrumento financiero de ahorro, son creados en su Disp. Adic. 3ª, siendo la característica esencial de los mismos su configuración como contratos celebrados con compañías de seguros para constituir, con las primas aportadas, un capital que pueda percibirse en forma de renta vitalicia.²⁵⁶

En suma, se dispone la creación de un nuevo producto de previsión de manera que, tratándose de un fondo de inversión, el importe de las plusvalías generadas por el mismo quedan exentas en el supuesto de que fuesen cobradas en la jubilación y en forma de renta vitalicia, con un límite máximo de 240.000 euros por contribuyente. El beneficio fiscal del producto consiste por tanto en la exención de la rentabilidad acumulada al constituir la renta.

²⁵⁶El contratante, el asegurado y el beneficiario de estos contratos tiene que ser el propio contribuyente. El límite anual máximo satisfecho en concepto de primas no puede superar los 8.000 euros, siendo el montante máximo de primas acumuladas a lo largo de la duración del contrato de 240.000 euros. La primera prima satisfecha ha de tener una antigüedad superior a 10 años al momento de constitución de la renta vitalicia. La renta vitalicia se ha de constituir con los derechos económicos acumulados por las primas satisfechas. Y si se dispusiera de los derechos económicos con antelación a la constitución de la renta vitalicia, se tributaría por la constitución de la misma con arreglo a lo establecido en la ley. De la misma manera, si una vez empezada a percibir la renta vitalicia se anticipase ésta, se tributaría por la exención de que en su momento gozó la constitución. Aquella renta vitalicia que se perciba a partir de la constitución tributaría como renta del ahorro al tipo del 18% sobre un porcentaje de la anualidad, en función de la edad del rentista.

Tal y como hemos tenido oportunidad de precisar, la nueva Ley declara la exención de los dividendos y participaciones en beneficios obtenidos por la condición de socio o accionista anuales de cualquier tipo de sociedad, con el límite de 1.500 euros. Es esta una pequeña exención establecida en relación con los dividendos. Téngase presente no obstante que los dividendos ven alterada su forma de tributar en el IRPF, integrándose en la llamada “renta del ahorro”, y siendo su fiscalidad fija del 18%, independientemente del nivel de renta de su perceptor, y perdiendo el derecho a la deducción por doble imposición.

Por último, e incidiendo de manera especial en el objeto de nuestro estudio, se dispone la exención de las prestaciones económicas públicas percibidas por el cuidado familiar y asistencia a personas en situación de dependencia que se deriven de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en Situación de Dependencia.

Dentro del conjunto de exenciones recogidas en el citado precepto, aquellas que inciden sobre la persona del discapacitado podrían ser agrupadas en tres grandes bloques. En primer lugar, las exenciones que hacen referencia expresa a la condición de discapacitado del sujeto pasivo. En segundo término, aquellas exenciones que, sin incluir dicha referencia expresa, afectan a los sujetos pasivos que padecen un determinado grado de minusvalía ocasionado precisamente por el hecho que genera la pensión o indemnización exenta. Y, finalmente cabría aludir a un tercer grupo de exenciones en las que la condición de discapacitado del sujeto pasivo no aporta ningún dato adicional al supuesto de hecho contemplado, careciendo en consecuencia de relevancia al objeto de nuestro estudio.²⁵⁷

Aquellas **exenciones que hacen referencia expresa a la condición de discapacitado** requieren, de cara a su disfrute, que el sujeto pasivo detente la condición de minusválido e incluso, en determinados casos, la acreditación de un grado de discapacidad superior al legalmente exigido (33%) para poder disfrutar de ellas.

Dentro de este grupo de exenciones se sitúa, en primer término, la relativa a las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social, por las entidades que la sustituyan o por Mutualidades de Previsión Social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, recogida en el art.7 f) de la Ley 35/2006.

Dos son los grupos de prestaciones a los que se refiere el legislador a la hora de delimitar esta exención. De una parte, las reconocidas por la Seguridad Social o por aquellas entidades que la sustituyan. Y, de otra, las reconocidas por las Mutualidades de Previsión Social.

²⁵⁷ Este sería, por ejemplo, el caso de: las indemnizaciones por despido o cese del trabajador; las becas públicas para cursar estudios; las anualidades por alimentos; los premios literarios, artísticos o científicos y los premios Príncipe de Asturias; las ayudas a los deportistas de alto nivel; los premios de las loterías y apuestas; las gratificaciones satisfechas por la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias; las prestaciones percibidas por entierro o sepelio o los rendimientos del trabajo percibidos por trabajos efectivamente realizados en el extranjero.

Analicemos primero las prestaciones procedentes de la Seguridad Social o de las entidades que, en su caso, la sustituyan. ¿Quiénes satisfacen estas prestaciones? Con carácter general, su satisfacción corre a cargo de los órganos de la Seguridad Social a los que, a estos efectos, se refiere la norma, y de las entidades que la sustituyan. Dentro de los citados órganos de la Seguridad Social habría que incluir a las llamadas entidades gestoras, es decir, el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), el Instituto Social de la Marina (ISM) y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) si bien, en este último caso, existen determinadas particularidades relativas a las llamadas prestaciones no contributivas que serán convenientemente analizadas.

Mayores dificultades suscita la identificación de las entidades encargadas de sustituir a la Seguridad Social, máxime si tenemos en cuenta que el Texto Refundido regulador de la Ley General de la Seguridad Social no contiene ninguna referencia a este respecto.

A priori las entidades que podrían quedar encuadradas en este concepto serían, en primer lugar, los órganos de las Comunidades Autónomas a los que se les hayan transferido tales competencias. Sin embargo, la inclusión de dichos órganos ha de ser descartada, ya que no tienen transferido el pago de las pensiones contributivas, siendo el INSS quien detenta dicha función.

En segundo término, cabría aludir a las Mutualidades de Previsión Social encargadas de acoger a aquellos profesionales que, por uno u otro motivo, no se hallan integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Pues bien, esta segunda opción ha de ser igualmente descartada, debido a la existencia de una exención específica reconocida al respecto en el art. 7.g) de la Ley 35/2006.

El tercer gran grupo de entidades que podría considerarse sería el de aquéllas que desarrollan una labor sustitutiva de la que corresponde a la Seguridad Social a las Mutualidades de funcionarios y a las entidades colaboradoras del art. 67 TRLGSS, esto es, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social y las empresas. Sucede sin embargo que sólo las primeras aseguran y satisfacen prestaciones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, siendo en consecuencia las únicas que podrían verse afectadas por la norma.

Como es sabido, el aseguramiento de los riesgos de la actividad laboral puede ser cubierto por el INSS o por las citadas Mutuas, a elección del empresario. Y es precisamente la colaboración que prestan estas últimas al sistema de gestión de la Seguridad Social, así como las facultades de dirección y tutela que sobre ellas ejerce el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales lo que, a nuestro juicio, contribuye a explicar su calificación como entidades que, de alguna forma, vienen a sustituir a la Seguridad Social en este ámbito.²⁵⁸

Ahora bien, hemos de precisar que estas Mutuas no satisfacen las pensiones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez sobre las que se proyecta esta exención. En efecto, tratándose de una pensión vitalicia del tipo de las indicadas el pago lo efectúa el INSS previa constitución por parte de la entidad colaboradora del llamado

²⁵⁸Su calificación como entidades encargadas de sustituir a la Seguridad Social ha sido refrendada además por la DGT, entre otras, en contestaciones a Consultas de 2 de noviembre de 2000 y de 12 de febrero y 20 de diciembre de 1999.

“valor actual capital coste”. Por su parte, la entidad colaboradora se limita a capitalizar la pensión.²⁵⁹

Finalmente, habría que referirse a aquellas Mutualidades de Previsión Social que acogen a profesionales que, por uno u otro motivo, no se hallan integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. *A priori*, podría pensarse que son éstas las entidades a las que se refiere el legislador con la expresión “entidades que sustituyen a la Seguridad Social”. Sin embargo, esta mención carece de sentido desde el instante en que la propia Ley 49/1998 se encarga de precisar que la exención alcanza expresamente a estas Mutualidades.

Recapitulando, las entidades pagadoras de la prestación podrán serlo: el Instituto Nacional de la Seguridad Social; el Instituto Social de la Marina; el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales; los órganos de las CC.AA. que hayan asumido las competencias correspondientes; las mutualidades de previsión social que acojan a trabajadores por cuenta propia no integrados en el Régimen de Autónomos de la Seguridad Social o las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.²⁶⁰

Nótese por tanto como la expresión “entidades que le sustituyan” adolece de un contenido claro, induciendo a una cierta confusión, a no ser que pueda estimarse referida a determinadas entidades pagadoras de las pensiones anteriormente citadas pertenecientes a sistemas de seguridad social de otros países o instituciones.

Ha de quedar claro que no se hallan exentas las prestaciones satisfechas por cualquier otra entidad o empresa que no sea alguna de las citadas, al margen de que las mismas resulten percibidas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con los complementos privados a la prestación pública (caso de los seguros contratados por el asegurado o su empresa o de los planes de pensiones y complementos a la pensión pagados por las empresas, a pesar de que se encuentren previstos en el correspondiente Convenio colectivo).

¿Cuáles son las prestaciones que gozan de exención? En principio, el legislador únicamente reconoce la aplicación de la exención a dos de los cuatro tipos de incapacidad permanente existentes en su modalidad contributiva, a saber: incapacidad permanente absoluta y gran invalidez. Califica concretamente el art. 137 del TRLGSS la situación de incapacidad permanente de los trabajadores, cualquiera que sea la causa que la origine (es decir, ya se trate de enfermedad o de accidente, laboral o común) en distintos grados, siendo el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de sus Equipos de Valoración de Incapacidades, el encargado de evaluar, calificar y revisar la incapacidad, así como de reconocer el derecho a las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social por incapacidad permanente, en sus distintos grados, y de determinar las contingencias causantes de la misma.²⁶¹

²⁵⁹ Así lo establece el art. 25 de la Orden de 15 de abril de 1969 sobre normas de aplicación y desarrollo de las prestaciones de invalidez.

²⁶⁰ De este modo, si la prestación resultase abonada por otra entidad (caso por ejemplo de un seguro privado o de un plan de pensiones), aun cuando tales prestaciones hubiesen sido abonadas como consecuencia de una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, quedarían gravadas por el impuesto.

²⁶¹ Estas actuaciones son desarrolladas cualquiera que sea la Entidad gestora o colaboradora que cubra la contingencia de que se trate.

Pues bien, tan sólo aquellas prestaciones procedentes de situaciones de incapacidad permanente absoluta (en las que el trabajador se encuentra inhabilitado por completo para la realización de toda profesión u oficio, no sólo de la suya propia) o de gran invalidez (en las que el trabajador, además de padecer la incapacidad permanente, precisa de la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales), gozan de exención.²⁶²

Cualquier otra prestación concedida por incapacidad total o parcial es objeto de gravamen por el Impuesto. En efecto, quedan sujetas al IRPF como rendimientos del trabajo, tal y como se encarga de precisar el art.17.2.a).1ª de la Ley 35/2006 las prestaciones procedentes de incapacidad temporal, de la incapacidad permanente parcial (esto es de aquella que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para su profesión habitual, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma) o de la total (que inhabilita al trabajador para la realización de todas las tareas o, al menos, de las esenciales para el desarrollo de su profesión habitual, permitiéndole no obstante dedicarse a otra distinta), incluida la total cualificada.²⁶³

Desde determinados sectores de la doctrina se ha señalado que la exclusión de estas prestaciones de las rentas exentas podría resultar discriminatoria²⁶⁴. A nuestro juicio, sin embargo, se trata de una exclusión que puede justificarse por el hecho de que el trabajador, al disponer de la posibilidad de conseguir otro empleo, no ve limitada tanto su capacidad económica como aquellas otras personas a las que se les niega el acceso al mercado laboral, quienes verían reducida su capacidad de obtención de rentas a las citadas pensiones de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Por tanto, no podría considerarse discriminatorio el tratamiento dispensado por el legislador del IRPF, en la medida en que situaciones distintas deben ser objeto de un diferente trato fiscal.

En todo caso nótese que la ley establece un límite para la cuantía susceptible de quedar exenta, que se concreta en la cuantía reconocida como prestación máxima por la Seguridad Social derivada del concepto que corresponda. El exceso percibido queda gravado por el Impuesto. Y en aquellos casos de concurrencia entre prestaciones de la Seguridad Social y mutualidades, el exceso se entenderá referido a las prestaciones de la

²⁶²Como seguramente se recordará, la antigua Ley 18/1991, reguladora del IRPF declaraba exentas las prestaciones reconocidas al sujeto pasivo por la Seguridad Social derivadas de incapacidad permanente en sus cuatro grados, a saber: parcial, total, absoluta y gran invalidez. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 1994 la exención únicamente se proyecta sobre los dos últimos grados indicados, incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, ambos recogidos en el art. 135 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²⁶³Téngase presente a este respecto que, de conformidad con lo establecido por el art. 139.2 del TRLGSS, *“Los declarados afectados de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión correspondiente incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior (este incremento se conoce como incapacidad permanente total cualificada)”*.

²⁶⁴Véase a este respecto SANZ DÍAZ-PALACIOS, J. A., “La fiscalidad de los trabajadores discapacitados”, en *Trabajo y protección social del discapacitado*, Bomarzo, Madrid, 2003, pág. 247.

mutualidad. El establecimiento del citado límite nos merece un juicio desfavorable. Una vez acreditada la situación de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, todas las cantidades percibidas como consecuencia de ello (ya procedan de la Seguridad Social o de las entidades que la sustituyan, de un plan de pensiones o de un seguro privado que cubra dicha contingencia), deberían quedar exentas aun cuando la cuantía percibida exceda de la establecida en la normativa de la Seguridad Social. Y, al menos, en el caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades citadas en la Ley, deberían quedar exentas la totalidad de las cantidades percibidas sin tope alguno.

Por otra parte, y tal y como tiene declarado el TEAC en Resolución de 5 de junio de 1996, si alguna de estas modalidades de incapacidad sometidas a gravamen deviniese, posteriormente, en incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, no se tendría derecho a la aplicación de la exención con efectos retroactivos.

Tienen la consideración de beneficiarios de estas pensiones aquellos trabajadores a los que se les ha reconocido la incapacidad. La situación de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez se origina durante la vida activa del trabajador. Así, a partir del momento en que el trabajador afectado cumple sesenta y cinco años, dicha prestación pasa a denominarse pensión de jubilación. Debe advertirse que se trata de un mero cambio nominal, de manera que la prestación que se reciba continuará exenta (art.143.4 TRLGSS²⁶⁵). En este sentido se pronuncia además el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de abril de 1992.

Ahora bien, dentro del ámbito tributario, las consecuencias derivadas de este cambio nominal podrían llegar a adquirir una mayor repercusión ya que, a partir de dicho momento, dejarían de estar exentas. Si no fuese así, se produciría una discriminación frente al resto de jubilados que perciben una pensión.

La razón de la exención parece clara, radicando en la menor capacidad económica de quienes, hallándose en edad laboral, no pueden ejercer trabajo alguno por la discapacidad que padecen. No obstante, una vez que alcanzan la edad de jubilación, se encuentran en la misma situación que el resto de los pensionistas.²⁶⁶

Nótese además que, en aquellos supuestos en los que el sujeto padece una minusvalía estando ya jubilado, resulta imposible acceder a la pensión de incapacidad. En otras palabras, la pensión percibida no resulta transformada en una pensión por incapacidad exenta de gravamen. La DGT tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en contestación a Consulta de 14 de junio de 2001, señalando al efecto que la concurrencia de la minusvalía ha de apreciarse en cualquier momento de la vida activa del trabajador, es decir, con anterioridad a la jubilación.²⁶⁷

²⁶⁵Señala este precepto que *“Las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de sesenta y cinco años, pasarán a denominarse pensiones de jubilación. La nueva denominación no implicará modificación alguna, respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo”*.

²⁶⁶De este razonamiento se sirven ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 144 para afirmar que *“de lege lata, las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez deberían resultar exentas, al sobrevenir la jubilación del sujeto pasivo”*.

²⁶⁷No obstante en estos casos, al igual que sucede con cualquier otra persona, nada impide que el pensionista que padece la discapacidad acuda al IMSERSO o al órgano competente de la Comunidad

Conviene precisar además que esta exención a la que nos referimos únicamente alcanza al trabajador que sufre la lesión o enfermedad. A su muerte, la pensión pasará a ser de viudedad o de orfandad, quedando ambas sometidas a gravamen como rendimiento del trabajo.

Al amparo de lo establecido en la Ley del IRPF, la exención sólo puede ser declarada respecto de los dos tipos de incapacidad laboral indicados. En efecto, sólo disfrutaban de un tratamiento beneficioso las pensiones que se conceden a las personas cuya minusvalía les va a impedir volver a desempeñar su trabajo. Existen sin embargo otras prestaciones de la Seguridad Social recogidas en el propio articulado del TRLGSS que pueden llegar a suscitar dudas acerca de su exención, dado que son objeto de reconocimiento por una incapacidad para el trabajo. La eventual inclusión de estas rentas en la exención sólo podría efectuarse a través de una interpretación finalista de la norma, si no se quiere caer en la discriminación que supone tratar a situaciones iguales de forma diferente.²⁶⁸

Es el caso, por ejemplo, de la prestación de invalidez del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez. Esta prestación, actualmente extinguida, y regulada en su día por la Ley de 1 de septiembre de 1939 y por el Decreto 18 de abril de 1947 por el que se establece el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), se encontraba destinada a proteger situaciones de invalidez absoluta y permanente para la profesión habitual. Pues bien, tanto la Disposición Adicional 13ª como la Disposición Transitoria 3ª del TRLGSS, continúan reconociendo el derecho a seguir percibiendo estas prestaciones por quien las tuviesen reconocidas.

¿Qué tratamiento tributario han de recibir estas prestaciones? De conformidad con lo establecido por la DGT en contestación a Consulta de 20 de noviembre de 1995, las mismas no se hallan exentas, ya que su normativa reguladora tan sólo exigía una invalidez que imposibilitara el ejercicio de la profesión habitual y no otras, como requieren la incapacidad permanente absoluta o la gran invalidez.

Un criterio distinto ha sido sostenido, sin embargo, por RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ²⁶⁹ para quien, al amparo de lo dispuesto en el art. 2 de la Orden de 10 de agosto de 1957, de conformidad con el cual “*el percibo de las pensiones de vejez o invalidez es incompatible con la realización de cualquier trabajo o actividad que determine la inclusión del pensionista en un régimen o rama de subsidios o seguros sociales obligatorios*”, resulta equiparable a la incapacidad permanente absoluta del TRLGSS, quedando en consecuencia exenta.

La denominada pensión no contributiva de invalidez, reconocida por el IMSERSO y objeto de regulación en los arts. 144 y ss. del TRLGSS, es susceptible de percepción por aquellas personas afectadas por una minusvalía o por una enfermedad crónica en un grado igual o superior al 65% que carecen de rentas o ingresos suficientes. En otras

Autónoma para que se le reconozca un grado de minusvalía que pueda hacer valer a los efectos que considere oportunos.

²⁶⁸Algunas de las citadas prestaciones ya han desaparecido, a pesar de lo cual continua existiendo el derecho a percibir las para quienes las tuviesen reconocidas con anterioridad.

²⁶⁹RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *La discapacidad en el sistema tributario español*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pág. 173.

palabras, tienen derecho a su percepción aquellos trabajadores que, por no tener los años de cotización suficientes, no pueden alcanzar la pensión contributiva, y a los que la ley reconoce automáticamente uno de los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión no contributiva, como es el relativo al grado de minusvalía.

Tal y como establece la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, se presume la existencia de una minusvalía igual al 65% a quien le hubiese sido reconocida, en la modalidad contributiva, una invalidez permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo; e igualmente se presume la existencia de una minusvalía igual o superior al 75%, cuando la calificación en la modalidad contributiva hubiera sido de gran invalidez.

En contestación a Consulta de 17 de noviembre de 1997 la DGT consideró, a efectos de lo dispuesto en el art.9.uno.b) de la Ley antigua 18/1991, de 6 de junio, reguladora del IRPF, que habían de equipararse a las pensiones de incapacidad permanente absoluta las pensiones no contributivas de invalidez en aquellos casos en los que el perceptor tuviese un grado de invalidez desde el 65 hasta el 75%; precisaba además el citado Centro Directivo que, cuando el perceptor tuviese un grado de invalidez igual o superior al 75%, las referidas pensiones habían de equipararse a las pensiones de incapacidad permanente de gran invalidez.²⁷⁰

Al amparo de esta equiparación, la DGT terminó por considerar exentas a las pensiones no contributivas. Y dado que el citado art. 9.uno.b) de la antigua Ley del IRPF de 1991 presentaba la misma redacción que el TRLIRPF hasta hace poco vigente, parece lógico pensar en el mantenimiento de dicho criterio de exención para estas pensiones no contributivas.

Conviene recordar además que, desde la STC 239/2002, de 11 de diciembre, y la consiguiente modificación operada en el TRLGSS por la Ley 4/2005, de 22 de abril, no cabe duda alguna de que las CC.AA. pueden complementar las pensiones no contributivas. Ahora bien, debe quedar claro que este complemento no pertenece al ámbito de la Seguridad Social por lo que no quedarían exentas, debiendo ser calificadas como rendimientos del trabajo.²⁷¹

Los llamados subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, actualmente suprimidos, se reconocían a aquellos discapacitados que no estuvieran comprendidos en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social por no desarrollar actividad laboral alguna. En el primer caso (subsidios de garantía de ingresos mínimos), se requería un grado de minusvalía igual o superior al 65% y la imposibilidad de obtener empleo adecuado por esta causa. Y, por lo que respecta a los subsidios por ayuda de tercera persona, su percepción requería un grado de minusvalía igual o

²⁷⁰En cambio, la citada Consulta de la DGT no se pronunció respecto de aquellos discapacitados con un grado de minusvalía superior al 65% que no hubiesen trabajado nunca y que tuviesen derecho a la pensión no contributiva de invalidez. A nuestro juicio, y de acuerdo con el criterio expuesto en la presente Consulta, resultaría discriminatorio que estas pensiones estuvieran sometidas a gravamen.

²⁷¹Igual criterio debe seguirse respecto de las rentas mínimas de inserción social que satisfacen las Comunidades Autónomas.

superior al 75% y la necesidad de asistencia de una tercera persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

En la actualidad, la Disposición Transitoria 11ª del TRLGSS reconoce el derecho a seguir percibiendo estas prestaciones por quien las tuviese reconocidas, salvo que los interesados opten por percibir una pensión no contributiva. Pues bien, desde nuestro punto de vista, en tanto en cuanto nos hallamos ante prestaciones no contributivas en las que resulta exigible el mismo grado de minusvalía de cara a su equiparación a las contributivas de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, parece lógico pensar que estarán exentas, siguiendo el mismo criterio adoptado por la propia Administración tributaria respecto de la pensión no contributiva de invalidez.²⁷²

Un último supuesto susceptible de estudio en el ámbito de la exención analizada es el relativo a la percepción de una pensión de incapacidad permanente absoluta que abona una institución internacional, o bien otro Estado distinto del español. *A priori*, en tales casos la renta deberá quedar exenta cuando respondan a supuestos similares a los ya contemplados en nuestra legislación de la Seguridad Social, esto es, entidad pública, motivos de incapacidad para todo trabajo y, en su caso, necesidad de asistencia personal para las labores más esenciales de la vida.²⁷³

Como es sabido, estas pensiones son objeto de reconocimiento por el INSS tras el oportuno examen de los equipos de valoración, lo que determina necesariamente el transcurso de un determinado período de tiempo hasta la fecha de la resolución. De este modo, durante el tiempo que media entre la solicitud y la resolución cabe la posibilidad de percibir una pensión por incapacidad temporal que, posteriormente, podrá transformarse en permanente total, absoluta o gran invalidez en la fecha de la resolución.

¿Cómo deben calificarse las rentas que se reciben en este período cuando, con posterioridad, el dictamen reconoce una incapacidad personal absoluta o gran invalidez? Téngase presente además que, una vez que ha sido reconocida una incapacidad no exenta, las circunstancias pueden llegar a determinar que se evolucione por el transcurso del tiempo hacia una incapacidad exenta, situándonos ante los supuestos de revisión de las incapacidades. En definitiva, ¿cuál debe ser la fecha inicial del devengo de las prestaciones económicas exentas?

La cuestión relativa a la calificación de las pensiones recibidas hasta el momento en que el INSS se pronuncia sobre el grado de incapacidad fue objeto de análisis, entre otras, por la Sentencia del TSJ. de Aragón de 11 de septiembre de 2000, relativa al problema de la eficacia declarativa o constitutiva del acto administrativo por el que se reconoce a un funcionario público la situación de retiro por inutilidad física.

Declaró el Tribunal en el citado pronunciamiento que la citada declaración de retiro por incapacidad permanente presenta un efecto constitutivo de la nueva situación y del nacimiento del derecho a la pensión, aplicándose los efectos derivados de la exención

²⁷² Así lo ha reconocido además la DGT en contestación a Consulta de 15 de junio de 1995.

²⁷³ Véase a este respecto TOVILLA MORÁN, J. M., “análisis de la última doctrina administrativa y jurisdiccional sobre el sistema de la tributación de las pensiones en los convenios de doble imposición”, en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 17, 2004.

tributaria desde dicho momento, es decir, *ex nunc*, en lugar de retrotraerse al instante en que se produce el accidente inhabilitante. En palabras del Tribunal, “*las cantidades percibidas por el demandante durante el tiempo en que permaneció de baja para el servicio lo fueron como haberes en servicio activo y en situación similar a la incapacidad laboral transitoria (actual incapacidad temporal), por lo que no estarían exentas de tributación*”.

Este criterio no es compartido por SIMÓN ACOSTA²⁷⁴ para quien, al amparo de lo declarado por los tribunales de lo contencioso a la hora de fijar la normativa aplicable a las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social, debe estarse al momento en que se devenga la prestación. En opinión del citado autor, “*la condición de incapacitado permanente, de facto, se produce desde el momento del accidente, y no se puede hacer depender del disfrute de una exención tributaria inherente a esa situación del momento formal de su reconocimiento, que conlleva un procedimiento administrativo que puede demorarse en el tiempo, como de hecho así sucede en algunos casos*”. Sugiere por tanto el citado autor que debe estarse a la fecha que resulte fijada en el correspondiente informe médico, retro trayéndose los efectos de la declaración de incapacidad a ese momento.²⁷⁵

Por lo que respecta a la cuestión relativa a la eventual transformación de una incapacidad no exenta en exenta o viceversa hemos de reconocer que, sin lugar a dudas, un concreto grado de incapacidad puede ser objeto de revisión durante los años posteriores a su declaración. Ahora bien en aquellos casos en los que, tras el reconocimiento de una incapacidad no exenta, la evolución de una dolencia finaliza en una nueva declaración (previo examen médico) de una incapacidad exenta, ¿han de continuar sometidas a gravamen las pensiones obtenidas en ejercicios anteriores? A nuestro juicio, así es, de la misma manera que si la enfermedad en cuestión evolucionase hacia una discapacidad no exenta tampoco se perderían las exenciones disfrutadas durante los años en que se hubiese padecido la incapacidad absoluta o gran invalidez.²⁷⁶

¿Y que sucedería si la calificación inicial del INSS fuese impugnada y rectificada por el citado organismo o, en su caso, en vía judicial? Ciertamente cabe la posibilidad de que, en virtud de la aplicación del oportuno sistema de impugnaciones, una incapacidad permanente total resulte transformada en una incapacidad permanente absoluta. Pues bien, tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGT en contestación a Consulta de 12 de mayo de 2005, si así sucediese se tendría derecho a percibir los atrasos correspondientes por la diferencia de pensión de manera que, en la medida en que los mismos fuesen debidos a una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, quedarían exentos.

²⁷⁴SIMÓN ACOSTA, E., “Sobre los efectos constitutivos de la declaración de retiro por incapacidad permanente para la exención de cantidades percibidas con anterioridad”, en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 4, 2001, pág. 151. Véase asimismo PRIETO CURTO, I., “El tratamiento de la discapacidad en el sistema tributario. Su discriminación positiva”, en *Información Fiscal*, núm. 60, 2003, pág. 79.

²⁷⁵En palabras de PÉREZ RON, J. L., *Las exenciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 222, “*lo que tiene efectos retroactivos no es la exención, sino la propia incapacidad permanente, lo que conlleva, lógicamente, la aplicación de la exención desde la misma fecha de efectos de la incapacidad permanente*”.

²⁷⁶Nótese además como, en ambos casos, las pensiones percibidas no se hallan pendientes de una resolución que posibilite su calificación de un modo u otro. Ambas pensiones han sido percibidas de acuerdo con la incapacidad del trabajador existente en ese momento, no produciéndose ninguna situación de pendencia, sino un mero cambio en las circunstancias.

Analicemos a continuación las prestaciones de las Mutualidades de Previsión Social alternativas a la Seguridad Social. Declara el art. 7.f) de la Ley 35/2006 la exención de las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al citado régimen especial, siempre y cuando se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas para la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez de la Seguridad Social.

Como se recordará, existen trabajadores autónomos no integrados en el RETA (concretamente, aquellos que deben colegiarse obligatoriamente para ejercer su profesión), a quienes la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, les otorgó la posibilidad de integrarse en el citado Régimen Especial o bien continuar en sus Mutualidades de previsión social, que actuarían como alternativas (no como complementarias) al régimen Especial de la Seguridad Social.

De hecho, esta opción continúa manteniéndose para aquellos profesionales que, con posterioridad a 1995, se incorporen a un Colegio profesional no integrado en dicho Régimen Especial, al amparo de lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª y en la Disposición Adicional 15ª de la citada Ley.

Tal y como precisan PÉREZ LARA y LÓPEZ MARTINEZ²⁷⁷, a través de la creación de esta exención se busca equiparar el régimen de las prestaciones de las Mutualidades de Previsión Social con las prestaciones de la Seguridad Social cuando las primeras actúan como un sistema alternativo del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Parece claro, por tanto, que debe tratarse de prestaciones reconocidas por las mismas situaciones acogidas por la Seguridad Social, incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, constituyendo el límite a la cuantía de la exención el importe de la prestación máxima reconocido por la Seguridad Social.

¿Ha de entenderse que gozan de exención estos profesionales por aquellas prestaciones que reciban de su Mutualidad, siempre y cuando las mismas se deban a incapacidad permanente absoluta o gran invalidez? A nuestro juicio la respuesta ha de ser afirmativa. La finalidad no es otra que evitar una discriminación para aquellos profesionales que, padeciendo las citadas incapacidades, se encuentren en un sistema de protección social distinto al de la Seguridad Social.

Ahora bien, hemos de señalar que esta exención contenida en el apartado segundo del art. 7.f) de la Ley 35/2006 sólo se extenderá a la cuantía máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda, tributando el exceso como rentas del trabajo y estimándose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las Mutualidades, en las prestaciones de estas últimas.

Esta circunstancia adquiere gran importancia para los profesionales autónomos a los que se ha hecho referencia anteriormente ya que, a la luz de la aplicación de la citada Disposición Adicional 15ª de la Ley 30/1995, podría suceder que un mismo profesional

²⁷⁷PÉREZ LARA, J. M. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *Impuestos y discapacidad*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 32.

recibiese, a la vez y por estas contingencias, prestaciones de la Seguridad Social y de las Mutualidades alternativas a la misma.²⁷⁸

En aquellos supuestos en los que se produjese dicha circunstancia y la suma de ambas prestaciones resultase superior a la prestación máxima reconocida por la Seguridad Social, el exceso tendría la consideración de rendimiento del trabajo, imputándose a las prestaciones de las Mutualidades. De este modo se permitiría que, al imputarse el exceso a la Mutualidad, si se optase por recibir la prestación en forma de capital (lo que no resulta posible en el ámbito de la Seguridad Social), el profesional pudiera beneficiarse de la reducción del 40% prevista al efecto en el art. 18 de la Ley del IRPF. En cambio, si se permitiera imputar el exceso a la Seguridad Social, no cabría la posibilidad de disfrutar de dicha reducción, ya que tales prestaciones sólo podrían recibirse periódicamente en forma de renta.

¿Qué fecha inicial debe tomarse a efectos del devengo de las prestaciones económicas percibidas por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez? Con carácter general, habrá de acudirse a la del devengo del derecho a percibir estas prestaciones, que se producirá desde el momento en que se emita el dictamen médico de la Unidad de Valoración de Incapacidades. Ahora bien, en aquellos casos en los que la incapacidad permanente no derive de una situación de incapacidad temporal o ésta no se haya extinguido al no haber transcurrido el plazo máximo de la incapacidad temporal y no haberse emitido tampoco el alta médica con declaración de incapacidad permanente, los efectos económicos se originarán desde el momento de la solicitud. Así lo establecía el art.3 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, por el que se desarrollaba la Ley de 31 de julio de 1985, dictada en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente, de conformidad con el cual, *“cuando los interesados no se encuentren en alta o situación asimilada a la de alta, la declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad absoluta y gran invalidez derivada de contingencias comunes, sólo tendrá lugar a instancia de parte. En tales supuestos, los efectos económicos se producirán desde el momento de la solicitud”*.

Esta resolución administrativa presenta un efecto declarativo de la situación de incapacidad objeto de nuestro análisis. Las cantidades abonadas hasta ese momento no pueden calificarse de prestaciones por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez y, en consecuencia, no quedan exentas. Ahora bien, dentro del ámbito laboral existe jurisprudencia que reconoce una excepción a la citada regla general en aquellos casos en los que se pretende delimitar la normativa aplicable a las prestaciones del régimen general de la Seguridad Social. En estos supuestos se estima que debe estarse al momento en que se devenga la prestación, esto es, a la fecha del dictamen médico, salvo aquellos casos en que los que las lesiones padecidas por el beneficiario de la pensión queden fijadas con el carácter de definitivas, irreversibles o invalidantes con anterioridad. Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 25 de febrero de 1997.

En consecuencia, a la luz de esta jurisprudencia cabe sostener que el citado dictamen detenta únicamente efectos declarativos, debiendo considerarse exentas las cantidades

²⁷⁸En efecto, pensemos por ejemplo en el caso de un profesional que, con anterioridad a 1995, hubiese ejercido una actividad en el RETA y otra en la Mutualidad y que, en 1995, hubiese optado por su inclusión en el Régimen Especial tras haber cotizado en su Mutualidad o que, habiendo optado por mantenerse en su Mutualidad, decidiera cambiarse al RETA.

percibidas por el contribuyente desde el momento en que se produce el hecho que causa la discapacidad, siempre y cuando se trate de lesiones permanentes e irreversibles desde el mismo momento en que se empiezan a padecer.

Procedemos a continuación a analizar la exención relativa a las pensiones por inutilidad o incapacidad permanente del régimen de clases pasivas, susceptible de ser aplicada siempre que la lesión o enfermedad que hubiera sido causa de las mismas inhabilite por completo al perceptor de la pensión para el desarrollo de toda profesión u oficio (art. 7.g de la Ley 35/2006).

La presente exención equipara la situación de los funcionarios, civiles y militares, y demás personas pertenecientes al régimen de clases pasivas con la de los trabajadores a los que nos hemos referido con anterioridad. La finalidad de esta equiparación no es otra que lograr que toda prestación por una incapacidad que inhabilite para cualquier profesión u oficio quede exenta con independencia de que el perceptor de la misma pertenezca a un sistema de protección social u otro, ya sea el correspondiente a la Seguridad Social o al de las clases pasivas. De este modo las clases pasivas no quedan discriminadas respecto a los demás trabajadores.²⁷⁹

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril estas personas son: los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de Justicia, de las Cortes Generales, de otros órganos constitucionales o estatales, siempre que su legislación reguladora así lo prevea; el personal militar de carrera, el de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que tuviera adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro; el personal interino a que se refiere el artículo 1 del Decreto-Ley 10/1965, de 23 de septiembre; el personal anteriormente citado que preste servicio en las diferentes Comunidades Autónomas, como consecuencia de haber sido transferido al servicio de las mismas; los funcionarios en prácticas pendientes de incorporación definitiva; los ex Presidentes, Vicepresidentes y Ministros del Gobierno de la Nación y otros cargos contemplados en el art. 51 del RDLeg. 670/1987²⁸⁰; el personal que cumpla el servicio militar en cualquiera de sus formas; los Caballeros cadetes, alumnos y aspirantes de las Escuelas y Academias militares y el personal civil que desempeñe una prestación social sustitutoria del servicio militar obligatorio; el personal militar de empleo; el personal de las Escalas de complemento y reserva naval y el de tropa y marinería profesional que no tenga adquirido el derecho a permanecer en las Fuerzas Armadas hasta la edad de retiro.

¿Cuáles son los requisitos necesarios para poder disfrutar de esta exención? En primer lugar, debe haberse producido el reconocimiento y la declaración de la pensión de inutilidad o incapacidad permanente para el servicio por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda, de acuerdo con lo dispuesto en el propio RDLeg 670/1987. A partir de ese momento el funcionario pasa a percibir una pensión de jubilación que, debido a la causa que la ha originado, resulta exenta.

²⁷⁹Véase a este respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1996, de 22 de julio.

²⁸⁰Es el caso de los ex Presidentes del Congreso y del Senado, del Tribunal de Cuentas, del Consejo de Estado, del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y los ex Defensores del Pueblo y Fiscales Generales del Estado.

Y, en segundo término, será necesario probar que la lesión o enfermedad que hubiese sido la causa de la inutilidad inhabilita por completo para ejercer cualquier profesión u oficio. Todo ello con independencia de que se haya declarado y reconocido el derecho a la exención. Esta es precisamente la razón por la que los grados de incapacidad en el régimen de clases pasivas y en el de la Seguridad Social no concuerdan²⁸¹. Si se quiere equiparar el tratamiento de las clases pasivas al del resto de los trabajadores, no basta con tener reconocida la invalidez permanente. Habrá de acreditarse además que no se puede realizar ningún tipo de trabajo. Y de ahí la puntualización que realiza el legislador en el sentido de que la lesión o enfermedad debe inhabilitar para toda profesión o oficio.

Téngase presente que para poder disfrutar de la exención en las prestaciones de la Seguridad Social se exige una incapacidad permanente absoluta o una gran invalidez, lo que determina en ambos casos que el sujeto resulte inhabilitado para ejercer cualquier profesión; por el contrario, en el régimen de clases pasivas el único grado existente es el de la inutilidad o incapacidad permanente, en virtud del cual la lesión o proceso patológico, somático o psíquico que origina la pensión sólo imposibilita para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera, tal y como prevé el art.28.2.c) del RDLeg 670/1987. Así las cosas, con la finalidad de no plantear una discriminación respecto del régimen de la Seguridad Social, se exige acreditar que la incapacidad del funcionario no lo es sólo respecto de su profesión, sino también de cualquier otra.

A priori, deberían ser los propios Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS los que facilitarían el cumplimiento de este requisito de manera tal que, con independencia de pronunciarse acerca de la pensión de jubilación por incapacidad permanente para el desempeño de las funciones propias de su Cuerpo, Escala, Plaza o Carrera, resolvieran igualmente acerca de la posible existencia de incapacidad permanente y absoluta para todo trabajo, de conformidad con lo previsto en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de noviembre de 1996.²⁸²

No obstante, si en el dictamen de estos órganos no se hiciese referencia a dicha cuestión, habría que instar de los órganos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda el reconocimiento de que el sujeto se halla “*inhabilitado por completo para toda profesión u oficio*”²⁸³. Y, a este respecto, el órgano competente para actuar en el procedimiento destinado a solicitar el grado de invalidez que permita aplicar la exención es la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas del Ministerio de Hacienda.

²⁸¹En efecto, dentro del régimen de clases pasivas no existen las figuras de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, sino que se utiliza el término de “invalidez permanente”, que se corresponde con la incapacidad de desempeñar el trabajo habitual pero sin conllevar necesariamente la imposibilidad para realizar otro tipo de trabajo.

²⁸²Igualmente estos Equipos de Valoración de Incapacidades del INSS habrían de precisar si el funcionario incapacitado necesita de otra persona para la realización de los actos más esenciales de la vida.

²⁸³Véase a este respecto lo dispuesto en la Sentencia del TS de 29 de mayo de 1998.

Por otra parte, el sistema de previsión social de algunos funcionarios resulta completado con la adscripción obligatoria a determinadas Mutualidades administrativas: la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado (MUFACE), la Mutualidad de Funcionarios de la Administración Local, el Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS) o la Mutualidad General Judicial (MUGEJU).

De este modo, un funcionario jubilado por incapacidad tendría derecho a la pensión de clases pasivas y, en su caso, a la prestación de la Mutualidad correspondiente. Dichas Mutualidades reconocen distintas prestaciones, entre las que se encuentran las de gran invalidez, que quedarían así exentas. A este respecto, conviene precisar que las citadas mutualidades administrativas tienen establecidos los mismos grados de incapacidad permanente que la Seguridad Social (total, absoluta y gran invalidez), a diferencia de lo que sucede en el régimen de clases pasivas. En consecuencia, el reconocimiento de una pensión de jubilación resultaría compatible con la solicitud de una prestación de la Mutualidad, adjuntando el dictamen del INSS en que se califique la incapacidad permanente como gran invalidez.

Ahora bien, el problema que se plantea es dónde encuadrar estas prestaciones a efectos de su exención. Desde nuestro punto de vista, parece claro que no se trata de pensiones de clases pasivas. En este sentido, podría considerarse que nos hallamos ante prestaciones reconocidas por entidades que sustituyen a la Seguridad Social. Esta es la interpretación defendida por la DGT, entre otras, en contestaciones a Consultas de 21 de diciembre de 2000 y de 19 de febrero de 2001.

Nos hallamos por tanto ante un problema interpretativo derivado de la utilización por el legislador del IRPF de unos términos desconocidos por el Derecho de la Seguridad Social. En principio, las tres modalidades de funcionarios objeto de estudio se hallan actualmente encuadradas en el sistema de la Seguridad Social a través de sus respectivos regímenes especiales, en contraposición al Régimen general. Sin embargo, el hecho de pertenecer a uno de los regímenes de la Seguridad Social no implica que la entidad gestora respectiva sustituya a aquélla; se puede quedar encuadrado en la Seguridad Social aunque no se pertenezca al Régimen general.

Por último, cabe precisar que las reglas relativas al reconocimiento del derecho a percibir esta pensión y su incidencia sobre las cantidades que hubiesen sido recibidas con anterioridad coinciden con las previstas en relación con la exención de las prestaciones de la Seguridad Social por incapacidad permanente absoluta o gran invalidez.

Analicemos a continuación la exención prevista en relación con las prestaciones familiares por hijo a cargo y las pensiones y haberes pasivos por orfandad, objeto de regulación en la letra h) del art. 7 de la Ley 35/2006.

Como se recordará, la exención de las prestaciones por hijo a cargo resultó incluida en la antigua Ley del IRPF de 1991 por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social si bien, ya con anterioridad, diversos pronunciamientos jurisprudenciales habían estimado que las citadas prestaciones podían calificarse de exentas a la luz de la exención reconocida en el art. 9.1.1) de la Ley de

1991, que aludía a “*las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de 65 años*”.²⁸⁴

Con posterioridad, la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF, en vigor desde el 1 de enero de 2003 y de aplicación a los períodos impositivos iniciados a partir de dicha fecha, su art. 2 incorporó el siguiente inciso: “*así como las pensiones y los haberes pasivos de orfandad percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivos y demás prestaciones públicas por situaciones de orfandad*”. Por su parte, el art. 1. Primero.uno de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incorporó, con efectos a partir del 1 de enero de 2004, el siguiente párrafo: “*y las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto múltiple, adopción e hijos a cargo (...) También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales*”.

Se trata de unas prestaciones (contributivas o no) recibidas de cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social por hijos que viven y dependen del beneficiario de la ayuda, siempre y cuando estos sean menores de 18 años o mayores discapacitados en un grado igual o superior al 65%. Asimismo se exige que el progenitor u otro sujeto causante de la prestación no supere unos determinados ingresos.

Con carácter general estas ayudas se hallan reguladas en el Capítulo IX del Título II del TRLGSS (arts. 181 a 184). A la hora de precisar quienes son sus beneficiarios hemos de diferenciar según la prestación en cuestión tenga el carácter de contributiva o no contributiva. Tratándose de una prestación contributiva son beneficiarios, en primer lugar, las personas integradas en el Régimen General (afiliados y en alta o en situación asimilada) que no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 8.495,69 euros, si bien esta cuantía se incrementa en un 15% por cada hijo a cargo, a partir del segundo, éste incluido; y, en segundo término, los pensionistas del Régimen General por cualquier contingencia o situación, en la modalidad contributiva, y los perceptores del subsidio de invalidez provisional que no perciban ingresos (incluidos en ellos la pensión o el subsidio) superiores a la cuantía anteriormente indicada.

En cambio, tratándose de una prestación no contributiva, tienen derecho a su percepción quienes, residiendo legalmente en territorio español, tengan a su cargo hijos en los que concurran las condiciones anteriormente señaladas, siempre y cuando no perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 8.264,28 euros, y no tengan derecho (ni el padre ni la madre) a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. Igualmente se hallan facultados para percibir la citada prestación los huérfanos de padre y madre, en la cuantía que les hubiera correspondido a éstos, que sean menores de dieciocho años o minusválidos en un grado igual o superior al 65% (sean o no pensionistas de orfandad del sistema de la Seguridad Social) y los hijos no huérfanos abandonados por sus padres, se encuentren o no en régimen de acogimiento familiar.

Por su parte, las pensiones y haberes pasivos por orfandad son percibidas de la Seguridad Social (artículo 175 del TRLGSS), clases pasivas (art. 41 del RDLeg. 670/1987, de 30 de abril) y demás prestaciones públicas por situación de orfandad (caso

²⁸⁴Véanse en esta línea, entre otras, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cataluña de 28 de junio de 1991 y de Valencia de 30 de marzo de 2001.

por ejemplo de las reconocidas por la antigua Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, actualmente extinguida).

En el supuesto de que nos hallemos ante pensiones de la Seguridad Social, sus beneficiarios lo serían cada uno de los hijos del causante, cualquiera que fuese la naturaleza legal de su filiación siempre que, al fallecer el causante, resultasen menores de dieciocho años o estuviesen incapacitados para el trabajo y aquél hubiera cubierto el período de cotización exigido en relación con la pensión de viudedad.

En cambio, si dichas pensiones lo fuesen de clases pasivas, tendrían la consideración de beneficiarios los hijos del causante de los derechos pasivos que fueran menores de veintiún años, así como aquellos que estuvieran incapacitados para todo trabajo antes del cumplimiento de dicha edad o de la fecha del fallecimiento del causante²⁸⁵. Este derecho asistiría a cada uno de los hijos del fallecido o declarado fallecido, con independencia de la existencia o no de cónyuge supérstite.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, si el huérfano no realizase un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o cuando, realizándolo, los ingresos obtenidos en cómputo anual resultasen inferiores al 75% del salario mínimo interprofesional fijado en cada momento, también en cómputo anual, aquél podría ser beneficiario de la pensión de orfandad siempre que, a la fecha de fallecimiento del causante, fuera menor de veintidós años o de veinticuatro si, en dicho momento o antes del cumplimiento de los veintiún años (o en su caso de los veintidós), no sobreviviera ninguno de los padres.²⁸⁶

También gozan de exención en el ámbito del IRPF las ayudas públicas por el acogimiento de menores, personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años, así como para financiar su estancia en residencias o centros de día, objeto de regulación por el art. 7.i) de la Ley 35/2006.²⁸⁷ La razón de ser de la primera ayuda no es otra que el acogimiento en la propia casa de personas, mayores o menores de edad, con un grado de minusvalía igual o superior al 33%, así como de personas mayores de sesenta y cinco años (tengan o no minusvalía).

Nótese como, en primer término, ha de tratarse de prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas, quedando fuera de la aplicación de la exención cualquier otra percepción procedente de una entidad privada.

²⁸⁵ Ahora bien, si el hijo del fallecido no trabajara o sus ingresos anuales fuesen inferiores a determinado límite, la pensión se concedería siempre y cuando, a la fecha de la muerte del causante, tuviese menos de 22 años de edad o 24 en caso de fallecimiento de ambos progenitores.

²⁸⁶ En este último caso la pensión se extinguiría cuando el titular cumpliera los veinticuatro años de edad. No obstante, si el huérfano mayor de veintiún años resultara incapacitado para todo trabajo antes de cumplir los veintidós o veinticuatro años de edad, según corresponda, tendría derecho a la pensión de orfandad con carácter vitalicio.

²⁸⁷ A pesar de que, en principio, este supuesto de exención afectaba únicamente a personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años, a partir del 1 de enero de 2004 es igualmente aplicable en los supuestos de acogimiento de menores, al amparo de la redacción dada por el art. 1.Primeros.dos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

La causa que origina el derecho a su obtención es el acogimiento. Ahora bien, ¿cuáles son los términos en los que debe entenderse la figura del acogimiento? A efectos de precisar el alcance de esta figura jurídica habremos de acudir, en la generalidad de los casos, a la normativa autonómica que concede este tipo de ayudas, ya que el acogimiento regulado en el Código Civil (arts. 172 a 174) se encuentra limitado al de menores, mientras que el de esta exención resulta más amplio al encuadrar también a los mayores de sesenta y cinco años.

En este sentido consideramos que la aplicación de la exención comprenderá, tanto los acogimientos fundamentados en la norma civil (esto es, el llamado “acogimiento familiar”), como aquellos otros que puedan fundamentarse en diversos planes de protección social destinados a mitigar la existencia de una situación deficiente necesitada de amparo.

Señala la DGT en Resolución de 20 de mayo de 1999 que no será de aplicación la presente exención en aquellos casos en los que no concurra la condición de acogimiento en la propia casa del preceptor de la ayuda. Este mismo criterio es mantenido por el citado Centro Directivo en su Resolución de 31 de enero de 2003²⁸⁸. En consecuencia, quedaría excluido del concepto de acogimiento aquél que se produce en el seno familiar de la persona que por nacimiento ya forma parte del mismo; y ello con independencia de que la eventual percepción de una determinada ayuda pueda llegar a suponer un trato desigual, al presentar ambas medidas idéntica finalidad.²⁸⁹

Por lo que respecta al segundo tipo de ayuda pública, tienen derecho a su percepción aquellas personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, cualquiera que sea su edad, así como los mayores de sesenta y cinco años. La finalidad de su percepción es la de financiar su estancia en residencias o centros de día, públicos o privados. Para que la ayuda esté exenta, el resto de las rentas que reciben los beneficiarios de la misma no puede superar el doble del salario mínimo interprofesional.²⁹⁰

La exención prevista por el legislador parece encontrar su fundamento en la función desempeñada por el contribuyente, que viene a sustituir al Estado en la prestación de un servicio propio de nuestro Estado Social, como es el acogimiento de personas mayores o con minusvalía, percibiendo una remuneración pública por la prestación del citado servicio.

²⁸⁸Por su parte, en Resolución de 25 de marzo de 2004, considera la DGT que no debe aplicarse la presente exención a las ayudas otorgadas a los funcionarios públicos que tienen a su cargo familiares hasta el primer grado o el cónyuge con anomalías físicas, psíquicas o sensoriales.

²⁸⁹Acerca de esta cuestión véase PÉREZ LARA, J. M., “Algunas consideraciones en relación con la exención de las cantidades percibidas por el motivo de acogimiento”, en *Jurisprudencia Tributaria*, núm. 12, 2004, págs. 21 y ss.

²⁹⁰El Real Decreto 1613/2005, de 30 de diciembre, fija para el año 2006 el salario mínimo interprofesional en 18,03 euros/día o 540,90 euros/mes, según que el salario se halle fijado por días o por meses.

Con carácter general, la exención se proyecta sobre dos clases de ayudas públicas, como son las concedidas por el acogimiento y por la financiación de la estancia de determinadas personas en centros y residencias.

El primer tipo de ayuda se percibe con motivo del acogimiento en el propio hogar de cualquiera de los siguientes sujetos, no exigiéndose vínculo familiar alguno con ninguno de ellos: menores de edad, discapacitados²⁹¹ y mayores de sesenta y cinco años. En relación con estos últimos, es intrascendente si padecen o no un determinado grado de minusvalía.

Las prestaciones por acogimiento son prestaciones concedidas normalmente en virtud de la normativa autonómica, que será la que establezca los requisitos necesarios para percibir las.

¿Qué hemos de entender a este respecto por “acogimiento”? La DGT tiene declarado en contestación a Consulta de 25 de marzo de 2004 que el término “acogimiento” implica la recepción en el seno familiar de una persona ajena a la familia. En todo caso, parece lógico pensar que los términos en los que debe entenderse la citada figura han de ser los fijados por la normativa encargada de regular este tipo de ayudas (de carácter autonómico, en la mayoría de supuestos), dado que el Código Civil se refiere únicamente al acogimiento de menores, mientras que la presente exención se proyecta también sobre los mayores de edad.

La única duda que, a nuestro juicio, suscita su aplicación es la relativa a si debe quedar exento el pago de la ayuda económica percibida por una determinada familia en concepto de acogimiento de un mayor de sesenta y cinco años cuando la cantidad en cuestión es entregada a la persona mayor, siendo ésta quien, a su vez, lo entrega a la familiar. Pues bien, la DGT tiene declarado en contestación a Consulta de 30 de enero de 2001 que procede la aplicación de la exención en estos casos.

En cuanto al segundo tipo de ayuda pública indicado, lo perciben las personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% (cualquiera que sea su edad), así como los mayores de sesenta y cinco años con la finalidad de financiar su estancia en residencias o centros de día, públicos o privados.²⁹²

La aplicación de esta exención, fundamentada en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, demanda la concurrencia de diversos requisitos. En primer lugar, que se trate de ayudas económicas

²⁹¹Cabe precisar que, en relación con esa clase de sujetos, el legislador no especifica el grado de minusvalía al que debe atenderse. Habremos de acudir a lo dispuesto en el art. 60.3 de la Ley 35/2006, de conformidad con el cual, para adquirir la condición de incapacitado se requiere un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

²⁹²Con carácter general, habremos de acudir a lo dispuesto por la normativa autonómica respectiva que, en la práctica totalidad de los casos, adopta unos criterios homogéneos. Así, por ejemplo, define la Ley Andaluza 1/1999, de 31 de marzo, de Atención a las Personas con Discapacidad, a las residencias como “centros de atención integral destinados a aquellas personas que, al no poder asistidos en su medio familiar, lo precisen temporal o permanentemente”; y tienen la consideración de centros de día “los establecimientos destinados a la atención de aquellas personas que no puedan integrarse –transitoria o permanentemente- en un medio laboral normalizado o que, por su gravedad, requiriendo de atención continuada, no puedan ser atendidos por su núcleo familiar durante el día”.

otorgadas por instituciones públicas. En segundo término, que dichas ayudas sean percibidas por personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65% (con independencia de cual sea su edad), o por mayores de sesenta y cinco años (con o sin discapacidad).

Las ayudas han de tener como finalidad financiar la estancia de estas personas en residencias o centros de día. Y, para que esta segunda modalidad de ayuda goce de la correspondiente exención, es necesario además que el resto de rentas percibidas por los beneficiarios de la misma no supere el doble del salario mínimo interprofesional²⁹³. Esta circunstancia ha sido objeto de crítica, entre otros autores, por PRIETO CURTO²⁹⁴, para quien *“el límite del doble del salario mínimo es inadecuado, teniendo en cuenta que una residencia o centro de día, tanto para válidos como para asistidos, tiene un precio importante con relación al doble del salario mínimo; los válidos rondan ese importe, y los asistidos lo superan. La ayuda permite un desahogo, luego debería estar exenta, salvo importes que superaran los costes de la residencia o centro de día”*.

¿Qué hemos de entender por “centros de día”? Es un hecho cierto que muchas familias no quieren ingresar a sus mayores o a familiares que necesitan atención constante en residencias o centros especializados y, sin embargo, tampoco pueden atenderlos adecuadamente en el hogar. En relación con estas personas fueron creados los llamados “centros de día”, en los que el mayor o discapacitado es cuidado normalmente entre las 9 y las 5 o 6 de la tarde, cuando sus familiares están trabajando.²⁹⁵

Tal y como señaló la DGT en contestación a Consulta de 20 de diciembre de 2004, el otorgamiento de la exención queda condicionado al internamiento o estancia en uno de estos centros, resultando en cambio excluidas las denominadas “ayudas domiciliarias” concedidas a las personas que continúan viviendo en su hogar o en el de un miembro de su familia.

Cabe plantearse sin embargo hasta qué punto no debería concederse también la exención respecto de aquellas ayudas proporcionadas a personas con un grado de discapacidad igual o superior al 65%, en tanto en cuanto las mismas tienden a compensar la pérdida de capacidad económica que representa la atención requerida por

²⁹³Téngase presente no obstante que, como ya hemos indicado, a raíz de la publicación del Real Decreto-Ley 3/2004, de 25 de junio, se produce la desvinculación del salario mínimo interprofesional de otros efectos distintos de los laborales. En efecto, desde el 1 de julio de 2004 los efectos del salario mínimo interprofesional quedan limitados a los estrictamente laborales, manteniendo únicamente su vinculación en los supuestos tasados por la norma. En su lugar se crea el llamado Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), cuya utilización se produce como referencia o indicador para otras circunstancias distintas de las enumeradas en la norma en las que se utiliza el salario mínimo interprofesional, especialmente de cara a determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinados beneficios, prestaciones o servicios públicos.

²⁹⁴PRIETO CURTO, I., “El tratamiento de la discapacidad en el sistema tributario. Su discriminación positiva”, en *Información Fiscal*, núm. 60, 2003, pág. 61.

²⁹⁵Dado que el principal problema que plantean estos centros es su elevado coste, la Administración concede determinadas ayudas destinadas a financiar, si no completamente, si al menos en parte los gastos de la estancia. Y, como hemos indicado, siempre que los demás ingresos del mayor de 65 años, o del discapacitado en su caso, no excedan del máximo establecido, tales ayudas quedarán exentas.

estas personas, al margen de otros gastos que pueda implicar la discapacidad, y que son tomados en consideración a la hora de fijar las reducciones de la base imponible en el IRPF.

En nuestra opinión, el hecho de que las ayudas deban tener como finalidad financiar la estancia de estas personas en residencias o centros de día viene a discriminar a aquéllas otras que tienen por objeto mantener a la persona en su entorno social y familiar habitual, las cuales quedan sujetas y no exentas del IRPF²⁹⁶, máxime si tenemos en cuenta la finalidad de la medida, consistente en que dichas personas obtengan los cuidados necesarios para una vida digna. Porque dichos cuidados pueden obtenerse tanto a través de residencias o centros de día como en el entorno familiar habitual.

También en este caso se trata de una exención limitada a las ayudas públicas, quedando por el contrario excluidas, sin aparente razón de ser, las otorgadas por entidades privadas.

Una especial significación adquieren las ayudas a los deportistas de alto nivel, objeto de regulación en el art. 7.m) de la Ley 35/2006. Como es sabido, la exención se proyecta sobre aquellas ayudas económicas que son concedidas para la formación y mejora del deportista de alto nivel, teniendo tal consideración quien cumpla las condiciones establecidas al efecto en el Real Decreto 1467/1997, de 19 de septiembre.²⁹⁷

La cuantía de la exención asciende a 30.000 euros anuales, tributando el exceso como rendimiento del trabajo (si el deportista está sometido a un contrato laboral) o como rendimiento de actividad económica (si el deportista realiza dicha actividad por cuenta propia, no estando sometido a relación laboral).

Pues bien, también los deportistas con minusvalías físicas, psíquicas o sensoriales que tengan la consideración de deportistas de alto nivel podrán disfrutar de la aplicación de la exención. Y, de acuerdo con lo previsto en el art. 6 del Real Decreto 1467/1997, esta condición la detentarán: en el supuesto de modalidades o pruebas deportivas individuales, quienes se hubiesen clasificado entre los tres primeros puestos en los Juegos Paralímpicos o Campeonatos del Mundo de su especialidad organizados por las Federaciones internacionales afiliadas al Comité Paralímpico Internacional; y tratándose de modalidades o pruebas deportivas de equipo, quienes se hayan clasificado entre los tres primeros puestos en los Juegos Paralímpicos o Campeonatos del Mundo de su especialidad organizados por las Federaciones internacionales afiliadas al Comité Paralímpico Internacional.

En todo caso, a efectos de la consideración del deportista minusválido como deportista de alto nivel, resulta necesario haber formado parte de la alineación de la

²⁹⁶En este sentido, señala la DGT en Resolución de 20 de diciembre de 2004 que las ayudas domiciliarias no se encuentran exentas y sí sujetas al Impuesto, como rendimientos del trabajo.

²⁹⁷Con carácter general, las ayudas son financiadas, directa o indirectamente, por el Consejo Superior de Deportes, por la Asociación de Deportes Olímpicos, por el Comité Olímpico Español o por el Comité Paralímpico Español. En definitiva, los fondos pueden proceder de cualquier ámbito (público o privado), si bien para poder disfrutar del oportuno beneficio fiscal deben pasar por el filtro de alguno de los citados organismos.

Selección Nacional en el porcentaje del número de encuentros fijado en el anexo I del citado Real Decreto correspondiente a la temporada deportiva precedente o al año natural anterior, en su caso, o bien haber sido alineado en el último encuentro del campeonato.

Finalmente hemos de referirnos a la exención relativa a las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora y percibidas en la modalidad de pago único, establecidas en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio. Es esta la única exención legalmente prevista para los supuestos de prestación por desempleo, situándose su límite en la cantidad de 12.020,24 euros, de manera que el exceso tributará como rendimiento del trabajo en el IRPF.

A pesar de que nos hallamos ante una exención genérica para todos los contribuyentes, cabe aludir a la existencia de una especialidad en aquellos casos en los que la prestación la perciben los trabajadores minusválidos que se convierten en trabajadores autónomos. En este caso no resulta de aplicación el mencionado límite, quedando exenta la totalidad de la prestación. La referida exclusión del citado límite cuantitativo para los trabajadores discapacitados se produjo a raíz de la nueva redacción facilitada por el art. 2 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF, con aplicación a partir del 1 de enero de 2003.

La aplicación de la exención, objeto de regulación en la letra n) del art. 7 de la Ley 35/2006, se encuentra condicionada además a la circunstancia de que quien reciba la prestación acredite ante el Instituto Nacional de Empleo (INEM) que va a realizar una actividad profesional como trabajador autónomo o socio trabajador de una cooperativa de trabajo asociado o sociedad que tenga el carácter de laboral²⁹⁸. Asimismo se exige el mantenimiento de la acción o participación durante un plazo de cinco años, en el supuesto de que el contribuyente se hubiere integrado en sociedades laborales o cooperativas de trabajo asociado o bien, tratándose de un trabajador autónomo, el mantenimiento, durante idéntico plazo, de la actividad.²⁹⁹

A este conjunto de exenciones integradoras del primer bloque antes apuntado habría que añadir, como novedades incorporadas por la nueva Ley 35/2006 que inciden directamente sobre la persona del discapacitado, las siguientes: los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a las aportaciones a las que se refiere el art. 53 de la Ley,

²⁹⁸En efecto, queda condicionada la aplicación de la exención a que el trabajador discapacitado se convierta el trabajador autónomo en los términos previstos por el art. 31 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en el que, bajo el título “capitalización de las prestaciones por desempleo como medida de fomento de autoempleo de los minusválidos”, se incluye a los trabajadores minusválidos dentro del ámbito de aplicación de los arts. 1.º número 1 y 6 del Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se regula el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único como medida de fomento del empleo.

²⁹⁹Cabe no obstante estimar que no resulta incumplido este requisito cuando no se mantiene la acción o participación debido al cierre o disolución de la entidad por causas ajenas a la voluntad del trabajador (supuestos denominados de “ciclo económico”). Por su parte, la DGT tiene declarado en contestación a Consulta de 18 de octubre de 2005 que no se cumple la condición de mantenimiento de la acción o participación en aquellos supuestos en los que se transforma una sociedad cooperativa en una sociedad de responsabilidad limitada, manteniendo los socios el mismo porcentaje de participación en el capital social; y tampoco cuando se recupera la inversión a través de la devolución de las aportaciones vía reducción de capital, a pesar de que se conserven aún las participaciones en la entidad.

así como los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos a que se refiere su Disp. Adic. 18ª, hasta un importe máximo anual conjunto de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (letra w del art. 7 de la Ley 35/2006); y las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada derivadas de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia.

Una vez analizado el anterior grupo de exenciones, caracterizadas todas ellas por el hecho de que se alude de manera expresa a la condición de discapacitado, hemos de referirnos a la existencia de un segundo grupo de **exenciones que, sin hacer referencia expresa a la condición de discapacitado, afectan o pueden afectar a los sujetos pasivos con algún grado de minusvalía**. Este segundo grupo de exenciones afecta a cualquier sujeto pasivo, tenga o no algún grado de minusvalía. En la práctica, sin embargo, es bastante frecuente que algunos de estos sujetos pasivos sufran una determinada minusvalía causada por el hecho que hubiese generado el derecho a percibir la renta exenta (atentados, accidentes, etc.).

El fundamento del conjunto de exenciones que a continuación serán analizadas es, *a priori*, diverso. Así, mientras en algunos casos el legislador estima que, debido a la especial gravedad de las circunstancias que originaron el derecho a la percepción de las mismas, las rentas percibidas deben quedar exentas (configurándose así una forma más de beneficio relacionado con el impacto efectivo de la cuantía reconocida), en otros supuestos se considera que la cuantía reconocida constituye una especie de indemnización destinada a restablecer el *status quo* perdido por el contribuyente o, en otras palabras, una renta restitutiva y/o compensatoria que no origina un enriquecimiento susceptible de sometimiento a gravamen por el IRPF.

Comenzaremos nuestro análisis de este segundo grupo de exenciones por las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y pensiones públicas derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo, recogidas en el art. 7.a) de la Ley 35/2006. Fue concretamente el art. 2 de la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, de reforma del IRPF el que, con efectos desde el 1 de enero de 2003, incorporó al supuesto sin ningún tipo de condicionante la mención relativa a “*las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por actos de terrorismo*”.

Nótese como, en el presente caso, la exención viene motivada por causas objetivas y no por la condición de discapacitado, al margen de que dichas circunstancias, en numerosas ocasiones, puedan generar situaciones de discapacidad.

Estas prestaciones se encuentran reguladas en el art. 64 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, así como en la Disp. Adic. 28ª de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, y en los arts. 93 a 96 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. También han de considerarse incluidas en esta exención las indemnizaciones y ayudas económicas percibidas al amparo de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo, según se encarga de precisar el art. 13 de la citada norma.³⁰⁰

³⁰⁰Igualmente las ayudas aprobadas por las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales deben considerarse incluidas en la exención, dado su carácter público.

Conviene precisar, en relación con estas prestaciones, que únicamente se encuentran exentas aquellas derivadas de daños personales o materiales (vivienda, establecimientos mercantiles, vehículos, herramientas del trabajo) ocasionadas por atentado terrorista y percibidas que se reciban de instituciones públicas, no de las privadas. Es esta una diferenciación carente de razón de ser, ya que el fundamento indemnizatorio de la exención (basado en el principio de capacidad económica) impide cualquier tipo de desigualdad; es más, la propia normativa del IRPF sobre exenciones busca unificar el tratamiento de las ayudas públicas y privadas.

A través de la percepción de estas indemnizaciones se resarce, asimismo, el tratamiento médico prestado, concediéndose además ayudas destinadas al estudio y a la asistencia psicológica y psicopedagógica, y ayudas extraordinarias para paliar, con carácter excepcional, situaciones de necesidad personal o familiar de las víctimas no cubiertas o cubiertas de forma notoriamente insuficiente por las ayudas económicas. En definitiva, estas prestaciones están destinadas a todos los ciudadanos que hayan sido víctimas de este tipo de ataques, sin distinguir si pertenecen o no a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado.

La exención alcanza, cualquiera que sea su importe, tanto a lo percibido directamente por la víctima (pensión de invalidez), como a lo recibido por el cónyuge o hijos en caso de fallecimiento (pensiones de viudedad u orfandad). En el caso específico de las medallas y condecoraciones, las pensiones asociadas a las mismas no tienen un carácter indemnizatorio por los daños sufridos, sino de recompensa³⁰¹. En consecuencia, estas últimas pensiones quedan fuera del ámbito de la exención.

De cualquier manera, será necesaria la existencia de acuerdo por el que se reconozca el derecho a la indemnización, lo que contribuye a explicar su carácter de extraordinarias, quedando incluidas dentro de su ámbito de aplicación las pensiones extraordinarias de viudedad, orfandad y a favor de los padres.

Las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana, reguladas en el Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo³⁰², cuya exención queda recogida en el art. 7.b) de la Ley 35/2006, tienen una periodicidad mensual, siendo recibidas como consecuencia del contagio de esta enfermedad en el sistema sanitario público con anterioridad al carácter obligatorio de las pruebas de detección de dicho virus.

La percepción de estas ayudas sociales resulta compatible con la de cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a percibir, pudiendo ser beneficiarios de las mismas y, por ende, de la exención, tanto los afectados como sus cónyuges o aquellas personas que hubieren formado una unidad familiar debidamente acreditada con una persona afectada y que hubieran sido contaminados con el VIH por relación con la misma, así como los hijos de las personas afectadas o de las personas anteriormente

³⁰¹ Así se establece en la Orden de Mérito de la Guardia Civil, creada por la Ley 19/1976, de 29 de mayo, y en la Orden del Mérito Policial, regulada a través de la Ley 5/1964, de 29 de abril.

³⁰² Véase el art. 1 de este Real Decreto-ley 9/1993, de 28 de mayo, por el que se conceden ayudas a los afectados por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) como consecuencia de actuaciones realizadas en el sistema sanitario público. Su art. 2 precisa el importe de las ayudas a percibir, mientras que su art. 3 delimita el régimen fiscal de dichas ayudas.

indicadas que, habiendo nacido de un embarazo anterior a la fecha de diagnóstico del VIH de la madre, hubieran sido contaminados del referido virus, los hijos dependientes, menores de 24 años, de persona afectada viva o fallecida, los hijos minusválidos, cualquiera que fuera la edad, siempre que no realicen trabajo remunerado alguno y los adultos dependientes de los afectados mayores de sesenta y cinco años.³⁰³

En relación con las pensiones derivadas de la Guerra Civil, objeto de regulación en el art. 7.c) de la Ley 35/2006, tienen derecho a su percepción aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión de la Guerra Civil. Nos hallamos en el presente caso ante determinadas pensiones exentas, cualquiera que fuere el bando en el que participaron, proyectándose el ámbito de la exención tanto sobre las pensiones del régimen de Clases Pasivas del Estado como sobre las percibidas al amparo de la legislación especial dictada al efecto.³⁰⁴

La exención de dichas pensiones se refiere además, única y exclusivamente, a aquellas reconocidas a favor de los propios causantes de las mismas, esto es, las personas que sufrieron las lesiones o mutilaciones derivadas de la Guerra Civil española. Significa ello que la pensión de viudedad derivada de una pensión por lesiones sufridas en la guerra ha de quedar sujeta a IRPF como rendimiento del trabajo, debiendo practicarse la correspondiente retención a cuenta. Así lo tiene declarado la DGT, entre otras, en contestaciones a Consultas de 21 de septiembre de 2001 y de 14 de junio de 1999.

Las indemnizaciones por daños personales derivadas de responsabilidad civil o de contratos de seguro de accidentes, recogidas en el art. 7 d) de la Ley 35/2006, abarcan daños personales de carácter físico, psíquico o moral (honor, intimidad, etc.)³⁰⁵. Concretamente, precisa la DGT en contestación a Consulta de 30 de agosto de 1996 que por “daño” debe entenderse *“toda lesión corporal o síquica que derive de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del damnificado, que produzca la invalidez temporal o permanente o incluso la muerte”*.

La indemnización por daños personales puede proceder, en primer lugar, de supuestos de responsabilidad civil. En estos casos el causante del daño tiene la obligación de indemnizar a quien lo ha sufrido pudiendo hacerlo, bien directamente, o bien a través de una compañía de seguros con la que tenga suscrito un seguro de daños a terceros. La indemnización en cuestión resulta exenta, tanto si la percibe quien sufre el daño, como si la reciben sus herederos en caso de fallecimiento. Ahora bien, dicha exención sólo alcanza a la cantidad legalmente establecida o, en su caso, a la judicialmente

³⁰³A este respecto se consideran dependientes aquellas personas que convivan con el afectado a sus expensas y que no realicen trabajo remunerado ni perciban rentas patrimoniales, ni pensión alguna, excepto si se trata de pensiones percibidas por minusválidos en razón de dicha condición.

³⁰⁴Concretamente tienen derecho a su percepción tanto los excombatientes de la Zona Republicana, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 35/1980, de 26 de junio, como los miembros del Cuerpo de Caballeros Mutilados de Guerra, que desde 1992 se encuentran incluidos en el régimen de clases pasivas. No obstante, en relación con estos últimos, existe jurisprudencia en la que se declara que la pensión a favor de los Caballeros Mutilados sólo goza de exención en la parte correspondiente a la “pensión de mutilación”, sin alcanzar a los demás emolumentos. Véase en este sentido la STSJ Castilla y León (Burgos) de 15 de abril de 2000.

³⁰⁵No obstante, con anterioridad a la aparición de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, únicamente se aludía de manera expresa a los daños físicos o psíquicos, quedando excluidos los morales (honor, intimidad y propia imagen), objeto de regulación en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.

reconocida, cualquiera que sea el importe fijado, quedando el exceso respecto de las cuantías legales sometido a tributación.³⁰⁶

Es condición indispensable la existencia de una ley que reconozca la indemnización y que fije su cuantía. Y en el supuesto de que no la hubiere, habría que obtener una sentencia que permitiese su determinación. Ahora bien, tal y como reconoció el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de marzo de 1997, aun existiendo una ley, los tribunales no quedan vinculados por la cuantía regulada en la misma, pudiendo fijar una indemnización superior que estaría exenta.

En determinados supuestos, la cuantía de la indemnización resulta fijada legalmente, al afectar a un número considerable de víctimas. Esto es lo que sucede con los accidentes de circulación, donde la cuantía legalmente establecida queda fijada en un Anexo incluido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido.³⁰⁷

Fuera de este supuesto de accidente de circulación en el que, como acabamos de indicar, la cuantía se halla establecida legalmente, la cantidad exenta ha de ser fijada judicialmente. En este último caso no es necesario que la cuantía se establezca en una sentencia, siendo igualmente posible la utilización de fórmulas intermedias. Dentro de estas fórmulas se encuentran los actos de conciliación judicial, allanamiento, renuncia, desistimiento o transacción judicial, susceptibles de desarrollarse en aquellos casos en los que tiene lugar una aproximación voluntaria de las partes en conflicto, siempre que haya algún tipo de intervención judicial. Así lo tiene declarado la DGT, por ejemplo, en contestación a Consulta de 7 de junio de 1999.

¿Podrían incluirse dentro del ámbito de aplicación de esta exención aquellas ayudas públicas otorgadas a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, reguladas por la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, en aquellos casos en los que el culpable del delito resultara insolvente y no pagara la indemnización fijada en la sentencia? Es esta una cuestión ciertamente dudosa; *a priori*, no parece que nos hallemos ante un supuesto de responsabilidad civil, ya que el Estado sólo paga si el culpable del delito resulta insolvente, realizando el pago con la finalidad de amparar a la víctima y no como indemnización. En cambio, si el culpable del delito no resultara insolvente y abonase la indemnización fijada en la sentencia, si que resultaría aplicable la exención.

Ciertamente, la finalidad perseguida por el legislador no es otra que exonerar de imposición al perceptor de la renta, al presentar la misma naturaleza indemnizatoria respecto de los daños personales ocasionados, ya sean físicos, síquicos o morales. Ahora bien, en nuestra opinión, desde la perspectiva del principio de capacidad económica, no resulta admisible que una misma renta quede o no exenta dependiendo de la condición del sujeto pagador de la misma (culpable del delito o Estado, en su caso).

³⁰⁶Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que se hubiese llegado a un acuerdo extrajudicial por encima de la cuantía legal aplicable al efecto.

³⁰⁷La cuantía recogida en el citado Anexo es objeto de actualización periódica a través de sucesivas Resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Al amparo de lo señalado en la Disp. Adic. 1ª del RIRPF tiene igualmente la consideración de indemnización, en la cuantía legalmente establecida, aquélla que hubiese sido abonada por una entidad aseguradora como consecuencia de la responsabilidad civil de su asegurado.

A pesar de que la indemnización en cuestión podrá ser percibida en forma de capital o de renta, no parece que la exención deba estimarse referida a ambas modalidades de pago. Por el contrario, aquélla se proyecta sobre la indemnización satisfecha en forma de capital. Téngase presente que si lo fuera en forma de renta, dicha exención sólo alcanzaría el valor actual de la misma.³⁰⁸

La cuantía de los daños podrá ser fijada además por los Tribunales, no siendo necesario que su establecimiento tenga lugar mediante sentencia. Así las cosas, se admite la adopción de fórmulas intermedias, tal y como precisa la DGT en contestación a Consulta de 7 de junio de 1999³⁰⁹. En todo caso, la necesidad de intervención judicial excluirá la aplicación de la exención en aquellos supuestos en los que medie arbitraje.

Diversos pronunciamientos jurisprudenciales han optado por extender esta exención relativa a la indemnización por daños físicos a los rendimientos obtenidos en ejercicios sucesivos derivados de la inversión del capital percibido³¹⁰. La justificación que se ofrece es que, en estos casos, la indemnización no tiene como finalidad compensar en una sola y única vez un coste de reposición, sino un coste de mantenimiento derivado de la capacidad física que queda capitidismuinida de por vida. La consecuencia sería que la indemnización no constituiría ya un fin en si misma, siendo fijada en atención a los rendimientos financieros que obtenga el interesado a través de ella.

Ahora bien, ¿no se estaría entonces acudiendo a la vía de la interpretación analógica, legalmente prohibida? A nuestro juicio, así es. Un criterio contrario es sostenido, sin embargo, en la citada STSJ. de Murcia de 21 de marzo de 2001, al afirmarse que “(...) *al introducirse en la indemnización un factor interno de revalorización, hay que entender que forman parte de la misma las cantidades que se obtengan por inversión de aquélla, concluyéndose que tanto la indemnización como dichas cantidades han de considerarse incluidas en la exención*”.

Por lo que respecta a los intereses abonados por el retraso en el pago de la indemnización, creemos que deben considerarse exentos. Nótese que en este supuesto, a diferencia de lo que sucede en el anterior, el contribuyente no decide invertir la cuantía

³⁰⁸Puede suceder que la percepción en forma de capital resulte sustituida, mediante acuerdo entre la víctima y la compañía de seguros (que cumple con la responsabilidad civil del causante del daño) por una renta de carácter periódico. Pues bien, en este caso la citada renta constituirá una renta temporal o vitalicia, tributando en consecuencia como un rendimiento del capital mobiliario.

³⁰⁹Piénsese, por ejemplo, en aquellas situaciones en las que existe una aproximación voluntaria de las partes en conflicto, con independencia de que se produzca algún tipo de intervención judicial (acto de conciliación judicial, allanamiento, renuncia, desistimiento o transacción judicial).

³¹⁰Véanse, entre otras, las Sentencias del TSJ. de Murcia de 21 de marzo de 2001 y de 29 de enero de 2002.

percibida. Simplemente es compensado por el plazo de tiempo transcurrido desde el nacimiento de la obligación de pago hasta que el mismo se hace efectivo.³¹¹

De cualquier manera, la exención alcanza tanto a la indemnización percibida por quien sufre el daño como a la que reciben sus herederos, en caso de fallecimiento de aquél.³¹²

En segundo término, la indemnización por daños personales podrá proceder de contratos de seguros de accidente, debiendo percibirla el accidentado de su propio seguro y no de otra persona por responsabilidad civil. La exención sólo alcanza en el presente caso a la cuantía fijada por el RDLeg. 8/2004, de 29 de octubre, por lo que la parte de la indemnización percibida del contrato de seguro que exceda de la cuantía exenta generará un rendimiento del capital mobiliario. Y si indemnización en cuestión hubiese sido percibida por los herederos debido al fallecimiento en accidente de quien contrató el seguro, quedaría sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, no disfrutando de beneficio fiscal alguno. La razón de ser de esta sujeción es clara: cuando quien percibe la suma dineraria es el heredero del contribuyente no cabe aludir a la existencia de una naturaleza restitutiva; se trata simplemente de riqueza derivada de una herencia.

En definitiva, mientras la indemnización percibida por los herederos y derivada de los supuestos de responsabilidad civil se encuentra exenta en el IRPF, el seguro de accidente cobrado por los herederos resulta sometido a gravamen en el ISD.

Hemos de precisar además que la indemnización derivada de estos seguros no queda exenta en cuantía alguna en el supuesto de que las primas del contrato hubieran podido reducir la base imponible, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 51.2.a) de la Ley 35/2006 o hubiesen sido consideradas como gasto deducible (art. 30.2 de la Ley 35/2006), tratándose de contratos suscritos con mutualidades de previsión social por profesionales.

Como es sabido, el conjunto de los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes con motivo de los daños personales que puedan sufrir por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor. Estas indemnizaciones satisfechas por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuya exención es declarada por la letra q) del art. 7 de la Ley del IRPF, son fijadas de acuerdo con los procedimientos previstos en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se regula el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.³¹³

Cuando la exención fue introducida por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, únicamente hacía referencia a los daños físicos o psíquicos a personas. Sin embargo, a raíz de la

³¹¹La DGT se ha mostrado no obstante contraria a aplicar la exención a estos intereses, entre otras, en contestaciones a Consultas de 31 de enero de 2001 y 24 de febrero de 2000. A favor de esta interpretación puede consultarse la Resolución del TEAC de 11 de octubre de 2001.

³¹²Téngase presente que la determinación de los beneficiarios de la ayuda y de la exención corre a cargo de la ley correspondiente o, en su caso, de los tribunales de justicia, a través de la propia sentencia.

³¹³Este Reglamento contempla también la posibilidad de llegar a acuerdos de terminación convencional destinados a fijar la cuantía de las mismas.

nueva redacción facilitada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, se sustituye por la expresión “daños personales”.

Tiene la consideración de titular del derecho a la indemnización quien sufra la correspondiente lesión en su persona o en su patrimonio si bien, en caso de fallecimiento de este último, ni la Ley Reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ni el citado RD 429/1993 se encargan de precisar los sujetos que deben ser indemnizados. Con carácter general, la línea jurisprudencial seguida en torno a esta cuestión ha sido la de reconocer el derecho a los herederos y, más precisamente, a los vinculados por la relación familiar, cualquiera que resulte ser el grado de parentesco, y tomando igualmente en consideración las relaciones estables de convivencia afectiva independientemente de su orientación sexual.

Al margen de lo anterior, en caso de fallecimiento de la persona que hubiese sufrido el daño infringido por una determinada Administración Pública la exención no podrá extenderse a sus herederos, que quedarán sujetos a ISD.

Dentro de las gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español a consecuencia de la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias, contempladas en la letra o del art. 7 de la Ley 35/2006, la exención (carente de limitación cuantitativa) se proyecta sobre aquéllas de carácter estatal que, cualquiera que resulte ser su naturaleza, respondan al desempeño de una misión de paz o humanitaria.

Se trata por tanto de gratificaciones extraordinarias justificadas por haberse desempeñado en el extranjero la citada misión, a diferencia de lo que sucede con aquellas retribuciones percibidas durante el resto del año hallándose el sujeto en territorio español.

Tal y como precisa el art. 4 del Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, por el que se aprobó el Reglamento del IRPF, la exención alcanza además a las indemnizaciones o prestaciones satisfechas por los daños físicos o psíquicos padecidos durante las mismas.³¹⁴

Por último, hemos de aludir a la exención de que disfrutaban las ayudas económicas a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hubieran desarrollado la hepatitis C conforme a lo dispuesto en la Ley 14/2002, de 5 de junio (art. 7. letra s de la Ley 35/2006). Como se recordará, las personas pertenecientes a este colectivo fueron contagiadas de hepatitis C a consecuencia de tratamientos recibidos en el sistema sanitario público, en un momento en el que el estado de la ciencia no permitía disponer de medidas oportunas para prevenir esta transmisión³¹⁵.

³¹⁴En la actualidad el Real Decreto 8/2004, de 5 de noviembre, se encarga de regular un sistema de indemnizaciones para los supuestos de muerte o de daños físicos o psíquicos padecidos por los ciudadanos españoles con motivo de su participación en una operación de mantenimiento de la paz, de asistencia humanitaria, así como en otras de carácter internacional específicamente aprobadas por el Gobierno a estos efectos.

³¹⁵En efecto, no fue hasta el año 1990 cuando el sistema sanitario público español dispuso de los medios adecuados para prevenir la transmisión del virus de la hepatitis C a través de la sangre y de productos hemoderivados. Esta circunstancia motivó que las personas afectadas por hemofilia o por otras

El importe de la ayuda exenta (percibida de una sola vez, a tanto alzado) alcanza los 18.030,36 euros, siendo compatible con cualquier pensión pública que el beneficiario tuviera derecho a percibir.³¹⁶

Tienen la consideración de beneficiarios de la exención los contagiados³¹⁷ y, en caso de fallecimiento de estos, los hijos menores de edad y mayores incapacitados por partes iguales o, en su defecto, el cónyuge no separado legalmente, la persona que hubiera venido conviviendo con el fallecido de forma permanente con análoga relación de afectividad a la conyugal durante, al menos, los dos años anteriores al momento del fallecimiento o los padres de las personas fallecidas.

III. LA CONSIDERACIÓN DE LA DISCAPACIDAD GENERADORA DE DEPENDENCIA A EFECTOS DE LA DETERMINACIÓN DEL MÍNIMO VITAL PERSONAL EN EL IRPF.

Una vez integradas todas las rentas-tipo del contribuyente en la forma establecida en los arts. 47, 48 y 49 de la Ley 35/2006³¹⁸, debe procederse a la adecuación del Impuesto a las circunstancias personales y familiares del contribuyente, mediante la aplicación de los mínimos personal, familiar y por discapacidad, regulados en los arts. 57, 58, 59 y 60 de la nueva Ley.

Como es sobradamente conocido, el IRPF pretende someter a gravamen la capacidad económica efectiva del sujeto pasivo, una vez cubierto su mínimo vital. Este concepto

coagulopatías congénitas quedasen expuestas al riesgo de contraer hepatitis C como consecuencia de los tratamientos periódicos que debían recibir con concentrados de factores de coagulación.

³¹⁶El procedimiento que debe seguirse para la tramitación y concesión de estas ayudas es objeto de regulación mediante Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo.

³¹⁷Estas personas hemofílicas o con otras coagulopatías congénitas que resultaron contagiadas debían estar incluidas en un censo elaborado al efecto al amparo de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

³¹⁸A este respecto la nueva Ley del IRPF distingue, como no podía ser de otra manera, entre compensación e integración de rentas en la base imponible general y en la base imponible del ahorro. Dentro de la base imponible general se integran y compensan entre sí los distintos rendimientos que la Ley establece y aquellas ganancias o pérdidas patrimoniales que no deriven de la transmisión de elementos patrimoniales, toda vez que las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales, con independencia del período de generación, van a formar parte de la base imponible del ahorro. Si el resultado de la integración en la base imponible general entre ganancias y pérdidas arroja un saldo negativo, su importe se compensaría con el saldo positivo de los rendimientos e imputaciones obtenidos, con el límite del 25% de dicho saldo, produciéndose un aumento sobre el 10% anteriormente existente. Por su parte, la base imponible del ahorro se forma con el resultado positivo de integrar y compensar exclusivamente entre sí los rendimientos de capital mobiliario que integran la renta del ahorro y el saldo positivo resultante de integrar y compensar exclusivamente entre sí las ganancias y pérdidas patrimoniales derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales. En el supuesto de que el saldo resultante de la integración fuera negativo, podría compensarse en ambos casos con los saldos positivos de los cuatro ejercicios siguientes, si bien formando compartimentos estancos los rendimientos y las ganancias y pérdidas. En cuanto a las pérdidas patrimoniales procedentes de los ejercicios 2002 a 2006 que quedasen pendientes de compensación, la nueva Ley permite la compensación de las mismas. Ahora bien, debe diferenciarse al respecto entre aquellas pérdidas generadas en un período igual o inferior de, al menos, un año (las cuales se integran en la base imponible general) y las generadas en más de un año, que se integran en la base imponible especial. La Ley 35/2006 permite además que las primeras se integren, a partir del 2007, en la base imponible general, respetando el límite antes indicado del 25%, mientras que en las segundas se permite su integración en la base imponible del ahorro.

de “mínimo vital” lo integra la cantidad necesaria para sufragar las necesidades básicas de los individuos de manera que, de cara a su determinación, habrá que tener en cuenta un mínimo personal integrado por el importe necesario para atender a las necesidades del contribuyente individualmente considerado³¹⁹. Y, adicionalmente, tratándose de individuos integrados en una familia, ese mínimo deberá lógicamente incrementarse con el mínimo por descendientes, el cual tiene por objetivo cubrir las mayores necesidades económicas de los contribuyentes con descendientes a su cargo.

Señala MARÍN-BARNUEVO FABO³²⁰, refiriéndose a los dos mínimos, que ambos constituyen “*el incremento utilizado por el legislador para hacer efectiva la exigencia constitucional de que la renta destinada por el contribuyente a la atención de sus necesidades vitales quede libre de gravamen, por no ser indicativa de capacidad económica*”. A juicio del autor, la denominación “mínimo familiar” resulta perniciosa, ya que los únicos familiares que generan la reducción son los descendientes que cumplan determinados requisitos. No parece justificado además la exclusión de los hermanos, máxime teniendo en cuenta la frecuencia con la que estos parientes se cuidan entre sí y la obligación de alimentos recogida en el art. 143 del Código Civil.

De cualquier manera, y a pesar de la denominación utilizada, la convivencia con otros familiares que no sean los hijos (concretamente los ascendientes), se toma en consideración a efectos de practicar las reducciones de la base imponible y no en el mínimo familiar.

Hasta la entrada en vigor de la nueva Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del IRPF, las cuantías del mínimo personal y familiar resultaban idénticas para contribuyentes discapacitados o no, siendo posteriormente, una vez constituida la parte general y especial de la base imponible, cuando se tomaba en consideración la circunstancia de la discapacidad, procediéndose a la aplicación de una serie de reducciones.

Tanto el mínimo personal como el familiar se aplicaban, igual que a otro contribuyente, a los discapacitados para, con posterioridad, dado su carácter compatible, proceder a aplicar diversas reducciones.

La nueva Ley del IRPF ha optado por elevar los umbrales de rentas no sometidas a tributación y recuperar la igualdad en el tratamiento de las circunstancias personales y familiares. Como se recordará, hasta el año 1998 el tratamiento de las mismas se llevaba a cabo mediante deducciones en la cuota del impuesto. En cambio, a partir de 1999 fueron sustituidas por un mínimo personal y familiar deducible de la base imponible y cuya función era cuantificar aquella parte de la renta que, por destinarse a satisfacer las

³¹⁹Véase MARTÍN FERNÁNDEZ, J. (Coord.), *El mínimo personal y familiar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Análisis de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, a la luz del Derecho Comparado*, Instituto de Estudios Fiscales-Marcial Pons, 2000, págs. 12 y ss.

³²⁰MARÍN-BARNUEVO FABO, D., en la obra colectiva *Las situaciones de discapacidad en el sistema tributario*, ob. cit., pág. 59. De esta misma opinión se muestran RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. y RUIZ HIDALGO, C., *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, ob. cit., págs. 39 y 40 quienes, frente a la discriminación derivada de la exclusión de los hermanos, sugieren que la única vía a seguir sería el reconocimiento judicial de la tutela sobre el hermano, dado que se encuentra asimilado a la descendencia.

necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, se consideraba que no debería tributar por el Impuesto.

La consecuencia de este esquema de reducción en la base imponible, cuando se vincula a un impuesto con tarifa progresiva, era que el beneficio para el contribuyente resultaba directamente proporcional a su nivel de renta (a mayor renta, mayor beneficio), ya que el mínimo personal y familiar operaba a través del tipo marginal de cada contribuyente. De este modo se aceptaba que una misma necesidad, como pudiera ser la manutención de un hijo, tuviera una distinta consideración en el impuesto en función del nivel de renta de la familia.

De cara a asegurar una misma disminución de la carga tributaria para todos los contribuyentes con igual situación familiar, e independientemente de su nivel de renta, la nueva Ley 35/2006 configura un extenso y flexible primer tramo, en el que se computan los mínimos destinados a reconocer las circunstancias personales y familiares. Por tanto, estos mínimos, técnicamente, se gravan a tipo cero. Esta estructura supone que los contribuyentes no tributan por las primeras unidades monetarias que obtienen y que destinan a cubrir las necesidades vitales, de forma que contribuyentes con iguales circunstancias personales y familiares logran el mismo ahorro, mejorándose así la progresividad. Esta introducción de una cuantía a la que es de aplicación un tipo cero permite alcanzar el mismo efecto de equidad que se produce, por ejemplo, con la aplicación de las deducciones en la cuota.

De acuerdo con el tratamiento que la nueva Ley confiere a los mínimos, éstos constituyen la parte de la base liquidable que, al destinarse a la satisfacción de las necesidades básicas personales y familiares del contribuyente, no queda sometida a la tributación del Impuesto. Ello contrasta con lo dispuesto en la regulación anterior, en la que los mínimos operaban como reducciones, bien de la renta del período o bien de la base imponible. La nueva norma pretende que los mínimos personales y familiares tengan un tratamiento igual para todos los contribuyentes, con independencia de su nivel de renta.

En suma, la nueva Ley del IRPF eleva el mínimo exento, de manera tal que los asalariados con ingresos inferiores a 9.000 euros no tendrán que pagar impuestos, frente al límite de 3.400 euros existente con anterioridad. Tal y como tendremos oportunidad de precisar, se incrementan las cuantías de los mínimos personales (de 3.400 a 5.050 euros) y familiares. Concretamente, los mínimos familiares han sido elevados de 1.400 a 2.200 euros, cuando existan descendientes menores de tres años. Y el mínimo vital del contribuyente (integrado por la suma del mínimo personal y del mínimo familiar) pasa a ser tratado independientemente de su nivel de renta.

Analicemos en primer término el llamado **mínimo personal**. Como se recordará, a raíz de la reforma operada por la Ley 46/2002, el mínimo personal adquirió el carácter de único, cifrándose en la suma de 3.400 euros anuales, con independencia de que el contribuyente fuese o no discapacitado. En efecto, en la primera de las modalidades de unidad familiar prevista en el art. 84 del antiguo TRLIRPF, el mínimo personal se cifraba en 3.400 euros por cada uno de los cónyuges en la declaración individual o 6.800 euros en la declaración conjunta presentada por dos cónyuges con sus hijos menores o mayores sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

En cuanto a la segunda de las modalidades de unidad familiar prevista, (la monoparental), integrada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con él y cumplan las circunstancias exigidas al efecto (siempre y cuando no convivan a su vez con el otro progenitor de alguno de los hijos que integran la unidad familiar), el mínimo ascendía a 5.550 euros. No obstante, en el supuesto de que el contribuyente conviviese con el padre o la madre de alguno de los hijos que forman parte de su unidad familiar, el mínimo personal se cifraba en 3.400 euros. Nótese por tanto que el mínimo personal resultaba ser el mismo para los discapacitados y los no discapacitados.

Pues bien, la nueva Ley del IRPF eleva el mínimo personal a 5.050 euros y, junto con las reducciones por renta del trabajo y el mínimo familiar, pasa a constituir el mínimo vital, que queda exento de tributación. Señala su art. 57 que “1. El mínimo del contribuyente será, con carácter general, de 5.050 euros anuales. 2. Cuando el contribuyente tenga una edad superior a 65 años, el mínimo se aumentará en 900 euros anuales. Si la edad es superior a 75 años, el mínimo se aumentará adicionalmente en 1.100 euros anuales”.

Por lo que respecta al **mínimo familiar**, al amparo del antiguo TRLIRPF, el contribuyente podía deducirse por los descendientes (no a los ascendientes) a su cargo las cantidades de 1.400, 1.500, 2.200 o 2.300 euros en función de que éstos fuesen, respectivamente, el primero, segundo, tercero o cuarto y siguientes, siempre y cuando en el momento del devengo del Impuesto dichos descendientes tuviesen menos de 25 años, conviviesen con el contribuyente y no obtuvieran rentas anuales (incluidas las exentas) superiores a los 8.000 euros³²¹. Así lo establecía el art.43.1 del TRLIRPF.

Refiriéndose al concepto de “descendientes” señalaba el citado precepto (al igual que sucede con el art. 58 de la nueva Ley, al que posteriormente nos referiremos) que “a estos efectos, se asimilarán a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos en la legislación civil aplicable”. En consecuencia, parece claro que el concepto de tutela y acogimiento ha de ser interpretado en un sentido técnico-jurídico (delimitado en los arts. 172 a 174 y 222 a 285 del Código Civil) y no en el sentido amplio que se recoge en la exención del art. 7.i) de la Ley 35/2006³²². Nótese en cambio como, sin aparente justificación, quedan fuera de esta asimilación las figuras de la curatela y del guardador de hecho, a la que se refieren los arts. 286 a 297 y 303 del Código Civil, respectivamente.

Dado que el legislador no diferencia entre los tipos de acogimiento familiar existentes consideramos que, a estos efectos, debe incluirse el llamado acogimiento remunerado.³²³

En todo caso, la determinación de los miembros de la unidad familiar debía (y debe) hacerse en la fecha del devengo del impuesto. Y en caso de que se produjese el fallecimiento de uno de los descendientes que diesen derecho a reducción, de acuerdo

³²¹En el supuesto de que el descendiente presentase declaración del Impuesto, el ascendiente perdería automáticamente el derecho a restar en su declaración el mínimo por descendientes.

³²²De esta opinión se muestra además la Sentencia del TSJ País Vasco de 31 de mayo de 2000.

³²³Tal y como precisa la DGT en su Resolución de 26 de abril de 2005, no se contempla la unidad familiar por el tutor y la persona tutelada, lo cual impide la posibilidad de tributar conjuntamente.

con el régimen previsto en el antiguo TRLIRPF, se tenía derecho a una reducción por descendientes de 1.400 euros.

Al hilo de la eventual inclusión dentro del citado concepto de los parientes por afinidad de la persona con minusvalía, la DGT tuvo oportunidad de precisar en contestación a Consulta de 10 de febrero de 2000 que *“en el presente caso debe aludirse a la doctrina del Tribunal Supremo, expresada en la Sentencia de 20 de junio de 1905, en virtud de la cual cuando la ley habla de parentesco, sin mayor especificación, debe entenderse que se refiere exclusivamente al parentesco por consanguinidad y queda excluido el de afinidad”*.³²⁴

Desde un punto de vista estrictamente jurídico cabría la posibilidad de plantearse hasta qué punto la citada interpretación resulta acertada, ya que aquello que es válido para las normas civiles no debería ser necesariamente adecuado para las normas tributarias, al ser distintos los principios que informan unas y otras. Dentro del ámbito civil la interpretación restrictiva de tales términos ofrece una lógica clara: dado que nos hallamos ante un derecho privado que tiende a defender el patrimonio de la persona, una interpretación lata de las relaciones de parentesco podría terminar originando mayores obligaciones en el sujeto (por ejemplo, en materia de alimentos), o bien una minoración de sus derechos (caso de los derechos hereditarios).

Ahora bien, en el ámbito de la normativa tributaria los principios interpretativos han de ser otros, a saber: capacidad económica y no discriminación en la exacción del tributo. Y puesto que el mantenimiento de un pariente consanguíneo o por afinidad origina la misma merma en la capacidad económica creemos que, en esta materia, debe entenderse que el término parientes resulta aplicable también a estos últimos, siempre y cuando se cumplan los otros requisitos exigidos.

Cuando el legislador tributario del TRLIRPF se refería a aquellos descendientes “solteros” (expresión que, como posteriormente veremos, desaparece en la nueva Ley 35/2006), ¿estaba exigiendo la inexistencia de vínculo matrimonial en el momento del impuesto o, por el contrario, demandaba que dicho vínculo no hubiese existido nunca (excluyéndose, en consecuencia, las situaciones de divorcio y viudedad)? A juicio de CARBAJO VASCO³²⁵, la exigencia impuesta por el legislador había de ser interpretada simplemente en el sentido de “no estar casados”, siendo en consecuencia aplicable la deducción a los descendientes divorciados o viudos. Por en contrario, no habrían de quedar incluidos los separados debido a que, a la luz de la normativa civilista, la separación legal o de hecho no determina la ruptura del vínculo matrimonial.

Estamos de acuerdo con esta apreciación. Piénsese que la justificación última de la reducción no es otra que la reducción originada en la capacidad económica de una persona por la dependencia económica de otra. Y, a este respecto, ninguna trascendencia adquiere el hecho de que la persona resulte divorciada o viuda. Lo único relevante es el concepto de dependencia económica derivado de la inexistencia de vínculo matrimonial.

³²⁴ Asimismo quedarían excluidos, en este caso por aplicación de la norma, los parientes por línea colateral, debido precisamente a que no tienen el carácter de descendientes.

³²⁵ CARBAJO VASCO, D., *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre el Patrimonio*, Praxis, Barcelona, 1993, pág. 462.

Con carácter general, el establecimiento del mínimo familiar se debe al hecho de que el contribuyente (ascendiente) soporta los gastos vitales de sus descendientes, al carecer estos últimos de rentas propias. Así, en el hipotético caso de que el descendiente casado conviviese con su cónyuge en el hogar paterno, ello se debería a que la pareja carece de medios económicos para vivir independientemente, originándose una mayor carga para el ascendiente que, *a priori*, habría de verse reflejada en la ley, en aras de garantizar una correcta aplicación del principio de capacidad económica.

En relación con el requisito de “ser menor de 25 años” (mantenido en el art. 58 de la Ley 35/2006), la fijación de esta edad fue introducida por la antigua Ley 40/1998, reguladora del IRPF. Se consideraba así que los hijos dejan de estar a cargo del contribuyente al cumplir los 25 años de edad. Como se recordará, al amparo de la Ley 18/1991, el requisito para las deducciones familiares se concretaba en no superar los 30 años.

Estima MARÍN-BARNUEVO FABO³²⁶, refiriéndose al citado requisito, que, si bien es cierto que a partir de la edad de 25 años se está en condiciones de lograr la independencia económica, la realidad actual nos muestra que muchos jóvenes, debido en numerosas ocasiones a causas ajenas a su voluntad, no lo logran. Estamos de acuerdo con esta apreciación. Es un hecho que, a pesar de haberse alcanzado dicha edad, continua produciéndose una dependencia económica que corre a cargo de los descendientes y que debería quedar recogida en la configuración del mínimo familiar.

A diferencia de lo que sucede con el mínimo personal que, como hemos indicado, es el mismo para los discapacitados y no discapacitados, a la luz del antiguo TRLIRPF el mínimo familiar ofrecía diversas particularidades a este respecto. Tal y como precisa CUBILES SÁNCHEZ-POBRE³²⁷, este trato especial no se refería a los importes, que coincidían con los correspondientes a los descendientes sin discapacidad, sino a los requisitos necesarios para poder aplicar este mínimo.

La principal peculiaridad que presentaba esta regulación en relación con los discapacitados se concretaba en la posibilidad con que contaban los padres o ascendientes de deducir las cuantías anteriormente indicadas sin atender a la edad del descendiente cuando éste detentara la condición de discapacitado a la luz de la normativa del IRPF, debiendo cumplirse además los restantes requisitos relativos a la convivencia y obtención de rentas no superiores a 8.000 euros anuales.³²⁸

El citado tope de los 25 años no existía por tanto si el hijo era discapacitado, manteniéndose el derecho a practicar la reducción mientras existiera convivencia y el

³²⁶MARÍN-BARNUEVO FABO, D., en la obra colectiva *Las situaciones de discapacidad en el sistema tributario*, ob. cit., pág. 64.

³²⁷CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P., “La tributación de las personas con discapacidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades. Visión crítica de la normativa actual y propuestas para su modificación”, ob. cit., pág. 30.

³²⁸Recuérdese que, tal y como han precisado, entre otras, las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias de 19 de febrero de 1999, de Baleares de 22 de febrero de 2002 y de Cataluña de 12 de diciembre de 2001, la discapacidad que confiere el derecho al beneficio fiscal debe concurrir en el momento del devengo del Impuesto, aun cuando no se haya obtenido aún la oportuna certificación administrativa que así lo acredite. En este último caso, una vez obtenida la citada certificación administrativa, podría solicitarse, por ejemplo, la correspondiente devolución de ingresos indebidos.

discapacitado no obtuviese rentas anuales (excluidas las exentas) superiores a 8.000 euros o contrajera matrimonio. Desde nuestro punto de vista, se trataba de una especialidad justificada, ya que la discapacidad sufrida puede llegar a dificultar la independencia respecto de los padres, sin que el dato relativo a la edad deba resultar relevante en estos casos.

En consecuencia, bajo la vigencia del TRLIRPF, al objeto de proceder a la práctica de la reducción por hijo dentro del mínimo familiar, era suficiente con que concurriese la condición de discapacitado, no exigiéndose que se hallasen incapacitados judicialmente en el supuesto de que fuesen mayores de edad, tal y como exigía el art. 84 del citado texto legal para determinar la unidad familiar en la tributación conjunta.

A la hora de precisar el alcance del concepto de “convivencia”, interpreta la DGT en contestación a Consulta de 12 de septiembre de 2002 (utilizando la definición del diccionario de la Real Academia de la Lengua) que dicho término significa “vivir, cohabitar o morar” en compañía del contribuyente. Concretamente, en la citada contestación concedió este Centro Directivo la aplicación del mínimo familiar al progenitor que, de acuerdo con lo dispuesto en el convenio regulador aprobado judicialmente, tuviese atribuida la guarda y custodia de los hijos en la fecha del devengo del Impuesto, estimando que, en términos estrictos, se trata del contribuyente que convive con aquéllos.

Así las cosas, habría que atender al cónyuge que tuviera atribuida dicha guarda y custodia en la fecha en que se hubiese originado el devengo. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, también se ha reconocido la posibilidad de proceder al prorrateo entre ambos cónyuges en aquellos casos en los que la guarda y custodia resulta compartida, con independencia de quien sea el progenitor con el que esté conviviendo el hijo en dicha fecha.³²⁹

A la luz de esta doctrina administrativa, la “convivencia”, sin perjuicio de implicar la existencia de cohabitación, podría proyectarse también sobre aquellos supuestos en los que, viviendo separados, existiese una dependencia económica. Ello explicaría la pervivencia del requisito relativo a que el descendiente no obtenga rentas superiores a 8.000 euros.³³⁰

Cuestión distinta es la relativa a la aplicación de este mismo criterio en aquellos casos en los que se trata de hijos mayores de edad que conviven temporadas con uno y otro progenitor. Dado que el mínimo familiar se aplica hasta los 25 años, una posible alternativa sería acudir a lo dispuesto en el art. 61 de la Ley 35/2006 que, a la hora de

³²⁹Ya con anterioridad el citado Centro Directivo había puesto de manifiesto, siguiendo idéntica línea interpretativa, que en los casos de separación matrimonial el contribuyente que no conviva con el menor no tendrá derecho a la deducción, a pesar de mantenerlos por medio de una pensión (Consulta de 22 de diciembre de 1997). Y en contestación a Consulta de 23 de febrero de 2000 precisa la DGT que “*el cónyuge separado podrá probar por los medios de prueba admisibles en derecho que el descendiente convive con él a pesar de que el convenio regulador establezca lo contrario*”.

³³⁰ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 199, consideran que esta circunstancia supone una vulneración del principio de capacidad económica ya que, “*a pesar de no convivir con él, el hijo va a ser mantenido a costa del progenitor con el que no conviva, y ello debería tenerse en cuenta a la hora de calcular la base imponible de este último*”.

configurar la aplicación de la reducción por ascendientes, exige que estos convivan con sus descendientes durante la mitad del período impositivo³³¹. Sin embargo, también podría adoptarse el criterio de que cada contribuyente se aplique el mínimo familiar prorrateándolo en función de la temporada que el descendiente viva con él.

Disponía asimismo el art. 43.1 del TRLIRPF que “*se considerará que conviven con el contribuyente los descendientes que, dependiendo del mismo, estén internados en centros especializados*”. Esta última previsión, incluida en su día por la Ley 46/2002 y que venía a recoger la doctrina generalizada de la DGT, debe enjuiciarse de manera positiva, en tanto en cuanto otorga respuesta a una situación bastante frecuente en la práctica, al no poder numerosas familias atender al discapacitado en su propia casa.

Cabe no obstante plantearse qué debe entenderse por “centros especializados”. Desde nuestro punto de vista, si atendemos a la finalidad de la norma, habría que considerar como tales las instituciones sanitarias o de salud mental en las que se halle ingresado el descendiente. Y dado que no se exige que el descendiente sea discapacitado, podría considerarse que dicho requisito no es necesario para que se estime producida la relación de convivencia. En todo caso, y desde el punto de vista de la capacidad económica, estimamos que la cuestión carece de trascendencia, ya que en un supuesto como el indicado los padres o ascendientes deberán seguir sufragando las necesidades del descendiente, circunstancia esta que ha de ser tomada en consideración por el ordenamiento, al reducir la capacidad económica de aquéllos. Y todo ello sin perjuicio de que pueda resultar útil de cara a prevenir interpretaciones excesivamente literales de la norma.

Tal y como declaraba el art. 43 del antiguo TRLIRPF (y como precisa el art. 58 de la nueva Ley 35/2006), era necesario que el contribuyente no obtuviese rentas anuales superiores a 8.000 euros, excluidas las exentas. ¿Cómo debe interpretarse el concepto de “renta anual”? De acuerdo con lo señalado por la DGT en contestación a Consulta de 19 de diciembre de 2002, el concepto de “renta anual” lo integra la suma aritmética del conjunto de rendimientos, ganancias y pérdidas (rentas, en definitiva) positivas y negativas del período impositivo, sin tomar en consideración, a estos efectos, las normas de integración y compensación de rentas. En todo caso, los rendimientos deben ser computados por su importe neto, una vez deducidos los gastos, y sin aplicación de las reducciones procedentes de rentas irregulares.

Hemos de precisar que el conjunto de reducciones del mínimo personal y familiar indicadas hasta el momento resultaban comunes a todos los contribuyentes por el IRPF, con independencia del grado de minusvalía de éste o sus descendientes. ¿Cuál era entonces la particularidad que presentaba la norma en relación con los discapacitados? Sencillamente que, como ya hemos indicado, los padres o ascendientes se deducían estas cuantías sin atender a la edad del descendiente cuando éste era minusválido a los efectos de la norma fiscal (es decir, cuando padeciese una discapacidad de más del 33%) y se cumplieran el resto de requisitos ya mencionados en el momento del

³³¹En efecto, la norma primera del citado precepto obliga a prorratear por partes iguales las reducciones por edad y asistencia respecto de los mismos ascendientes, en aquellos casos en los que convivan con varios descendientes con el mismo grado de parentesco con aquellos. Esta obligación de prorrateo por partes iguales encuentra su justificación en el hecho de que dichas reducciones provocan un efecto sobre la cuota que será diferente para cada uno de los contribuyentes, en función de cual sea su base imponible.

devengo, a saber: convivencia, en los términos ya precisados, y obtención de rentas superiores a 8.000 euros anuales.

En el supuesto de que existieran varios ascendientes, las reducciones por descendientes correspondían (y corresponden, a la luz de la nueva regulación) al más cercano en grado, siempre y cuando dicho ascendiente obtuviese rentas anuales (incluidas las exentas) superiores a 8.000 euros. En caso contrario podría aplicarse la reducción otro ascendiente más lejano en grado, siendo necesario al efecto el cumplimiento del requisito de convivencia y los restantes ya analizados. Y siendo dos o más los contribuyentes legitimados para aplicarse el mínimo familiar respecto de un descendiente, el importe de la reducción se prorratearía por partes iguales entre ambos, salvo si el grado de parentesco con el descendiente resultase diferente.

En todo caso insistimos en que, a la luz del antiguo TRLIRPF, no resultaba posible la aplicación de la reducción por descendiente si éste presentaba declaración o si solicitaba, de acuerdo con lo previsto en los arts. 97 y 100 del citado texto legal, la devolución de las retenciones soportadas cuando no estuviese obligado a declarar. Se trataba de dos condiciones excluyentes cuya justificación, a nuestro juicio, planteaba diversas dudas, ya que ninguna de ellas es determinante de la suficiencia económica del descendiente.³³²

Como ya hemos indicado, habiéndose producido el fallecimiento del descendiente que otorgase derecho a la reducción en el periodo impositivo, el importe de aquella susceptible de ser aplicado ascendía a 1.400 euros, con independencia del número de hijos que habilitasen para el beneficio fiscal en dicho supuesto.

Basta un mero examen de las cuantías fijadas por el legislador del antiguo TRLIRPF en concepto de mínimos personal y familiar para constatar la existencia de una considerable diferencia entre sus importes y las reducciones por edad y asistencia por ascendientes contempladas en el mismo dado que el fundamento de ambas era, *a priori* el mismo, al igual que sucedía con el límite de renta que condicionaba la aplicación de las reducciones por descendientes: 8.000 euros anuales, excluidas las exentas.

De una parte, el legislador del TRLIRPF establecía una cantidad adicional al mínimo personal para el contribuyente que tuviese una edad superior a 65 o 75 años como salvaguarda de su mínimo vital. Y, de otra, se reducía la base imponible en una cantidad inferior al mínimo personal, cuando el contribuyente dedicara necesariamente una parte de su renta a afrontar las necesidades vitales de un ascendiente que se encontrase en aquella misma situación.

A mayor abundamiento, parecía existir una considerable desproporción entre el mínimo familiar por descendientes y la reducción por edad correspondiente a un ascendiente. Esta circunstancia fue puesta de manifiesto por ALONSO MADRIGAL³³³, para quien

³³²En efecto, de una parte, la obligación de declarar no se establecía sólo en función de la cuantía de la renta obtenida, sino también de su naturaleza (supuesto de que haya dos o más pagadores de rendimientos del trabajo) de manera que, a pesar de que la renta percibida pudiera resultar escasa, se perdería la reducción del mínimo familiar al imponer la norma la declaración; y por lo que a la retención soportada se refiere, ésta no dependía únicamente de la cuantía percibida, sino también de la naturaleza de la renta.

³³³ALONSO MADRIGAL, F. J., “La protección del mínimo vital de los mayores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: las reducciones en la base imponible por edad, asistencia, discapacidad de ascendientes y gastos de asistencia de los ascendientes discapacitados”, ob. cit., pág. 15.

la solución a esta situación podría pasar por “*permitir al contribuyente la reducción del importe del mínimo personal que correspondería al ascendiente de realizar su declaración, y no sólo la reducción por edad o asistencia*”.

Por otra parte, en el caso del mínimo familiar, el legislador disponía la aplicación de cantidades crecientes por cada descendiente adicional que diese derecho a su aplicación, mientras que en las antiguas reducciones por edad, asistencia, discapacidad y gastos de asistencia de los ascendientes (a las que nos referiremos posteriormente) se establecía una cantidad fija por ascendiente, sea cual fuere el número mayor o menor de ascendientes que conviviesen con el mismo y el número de descendientes que, además de los ascendientes dependieran del mismo.

Ante esta situación, desde determinados sectores de la doctrina se ha defendido la conveniencia de articular la protección del mínimo vital permitiendo su deducción de la cuota diferencial o incluso su abono de forma anticipada, al objeto de beneficiar a aquellos contribuyentes que, debido a su nivel de renta, no tienen obligación de presentar declaración. Ello permitiría además incrementar el efecto progresivo de la misma.

La nueva Ley 35/2006 se refiere al mínimo por descendientes en su art. 58, disponiendo que “*1. El mínimo por descendientes será, por cada uno de ellos menor de veinticinco años o con discapacidad cualquiera que sea su edad, siempre que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, de: 1.800 euros anuales por el primero; 2.000 euros anuales por el segundo; 3.600 euros anuales por el tercero; 4.100 euros anuales por el cuarto y siguientes. A estos efectos, se asimilarán a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento, en los términos previstos en la legislación civil aplicable. Entre otros casos, se considerará que conviven con el contribuyente los descendientes que, dependiendo del mismo, estén internados en centros especializados.*

2. Cuando el descendiente sea menor de tres años, el mínimo a que se refiere el apartado 1 anterior se aumentará en 2.200 euros anuales. En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, dicho aumento se producirá, con independencia de la edad del menor, en el período impositivo en que se inscriba en el Registro Civil y en los dos siguientes. Cuando la inscripción no sea necesaria, el aumento se podrá practicar en el período impositivo en que se produzca la resolución judicial o administrativa correspondiente y en los dos siguientes”.

Obsérvese por tanto como, a la luz de la nueva regulación, la deducción por el primer hijo pasa de 1.400 a 1.800 euros; la del segundo, de 1.500 a 2.000; la del tercero, de 2.200 a 3.600; y la del cuarto, de 2.300 a 4.100. Por lo que respecta a la deducción susceptible de ser practicada en relación con los hijos menores de 3 años, la misma aumenta 200 euros, a 1.400.

El mínimo por ascendientes es objeto de regulación en el art. 60 de la nueva Ley, de conformidad con el cual “*1. El mínimo por ascendientes será de 900 euros anuales, por cada uno de ellos mayor de 65 años o con discapacidad cualquiera que sea su edad que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros. Entre otros casos, se considerará que conviven con el contribuyente los ascendientes discapacitados que, dependiendo del mismo, sean internados en centros especializados. 2. Cuando el ascendiente sea mayor de 75 años, el mínimo a que se refiere el apartado 1 anterior*

se aumentará en 1.100 euros anuales". En consecuencia, respecto de los mayores de 65 y 75 años, la nueva Ley 35/2006 incrementa la deducción en 100 euros, a 900 y 1.100 euros, respectivamente.

Una de las grandes novedades que ofrece en este punto la nueva Ley del IRPF es la relativa a la creación de un "mínimo por discapacidad" en su art. 60. Dicho mínimo queda determinado por la suma del mínimo por discapacidad del contribuyente y del mínimo por discapacidad de ascendientes y descendientes.

Con carácter general, el mínimo por discapacidad del contribuyente se fija en 2.270 euros anuales tratándose de una persona con discapacidad, y en 6.900 euros anuales cuando se trate de una persona con discapacidad que acredite un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Dicho mínimo se aumenta además, en concepto de gastos de asistencia, en 2.270 euros anuales cuando acredite necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

Por su parte, el mínimo por discapacidad de ascendientes o descendientes se fija en 2.270 euros anuales por cada uno de los descendientes o ascendientes que generen derecho a la aplicación del mínimo por descendientes y ascendientes, siempre y cuando se trate de personas con discapacidad, cualquiera que sea su edad. El mínimo se fija en 6.900 euros anuales por cada uno de ellos que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65%, si bien dicho mínimo se incrementa, en concepto de gastos de asistencia, en 2.270 euros anuales por cada ascendiente o descendiente que acredite necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

A este respecto, el propio art. 60 de la nueva Ley 35/2006 se encarga de precisar en su apartado tercero que tienen la consideración de "personas con discapacidad" aquellos contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33%. Y, en particular, se considera acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 33% en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Por su parte, se entiende acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% tratándose de personas cuya incapacidad resulte declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

Finalmente, dentro de su Título V (dedicado, como hemos dicho, a la "adecuación del Impuesto a las circunstancias personales y familiares del contribuyente"), la nueva Ley del IRPF destina un último precepto, el art. 61, a establecer un conjunto de normas comunes para la aplicación del mínimo del contribuyente así como de los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad.

Señala el citado precepto que *"Para la determinación del importe de los mínimos a que se refieren los artículos 57, 58, 59 y 60 de esta Ley, se tendrán en cuenta las siguientes normas:*
1.ª Cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a la aplicación del mínimo por descendientes, ascendientes o discapacidad, respecto de los mismos ascendientes o descendientes, su importe se prorrateará entre ellos por partes iguales. No obstante, cuando los contribuyentes tengan distinto grado de parentesco con el ascendiente o descendiente, la aplicación del mínimo corresponderá a los de grado más cercano, salvo que éstos no tengan

rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso corresponderá a los del siguiente grado.

2.ª No procederá la aplicación del mínimo por descendientes, ascendientes o discapacidad, cuando los ascendientes o descendientes que generen el derecho a los mismos presenten declaración por este Impuesto con rentas superiores a 1.800 euros.

3.ª La determinación de las circunstancias personales y familiares que deban tenerse en cuenta a efectos de lo establecido en los artículos 57, 58, 59 y 60 de esta ley, se realizará atendiendo a la situación existente en la fecha de devengo del Impuesto.

4.ª No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en caso de fallecimiento de un descendiente que genere el derecho al mínimo por descendientes, la cuantía será de 1.800 euros anuales por ese descendiente.

5.ª Para la aplicación del mínimo por ascendientes, será necesario que éstos convivan con el contribuyente, al menos, la mitad del período impositivo”.

Varias son las novedades dignas de subrayar respecto de la regulación anterior. En primer lugar, a los efectos de proceder a la aplicación del mínimo por descendientes, desaparece el requisito de que el descendiente sea soltero. Y, por lo que respecta a la condición de la no presentación de declaración por los descendientes y ascendientes de cara a proceder a la aplicación del mínimo por descendientes y ascendientes, se permite la presentación de declaración, siempre y cuando el importe de las rentas declaradas no supere la cantidad de 1.800 euros.

En conclusión, el principal objetivo perseguido por la nueva Ley no es otro que lograr que los contribuyentes se desgraven una cantidad fija por hijo, en contraste con el modelo existente con anterioridad, en el que las rentas más altas quedaban más beneficiadas que las bajas.

IV. ANÁLISIS DE LAS REDUCCIONES SUSCEPTIBLES DE SER APLICADAS SOBRE LOS RENDIMIENTOS PERCIBIDOS POR EL DISCAPACITADO.

Como ya hemos puesto de manifiesto la base imponible del IRPF ha estado constituida, bajo la vigencia del antiguo TRLIRPF, por la renta disponible del sujeto, una vez restados los mínimos personal y familiar. En efecto, en el cálculo de la base imponible se partía de los ingresos del contribuyente, a los que se restaba el mínimo personal y por descendientes. No obstante, de cara a la aplicación de la base liquidable existían una serie de reducciones que tomaban en consideración las especiales circunstancias del contribuyente y, por lo que interesa al objeto de nuestro estudio, la discapacidad que pudiera sufrir.

Se trata de una medida lógica, ya que nos hallamos ante un impuesto subjetivo que pretende someter a gravamen la verdadera capacidad económica del sujeto pasivo. Y, de cara a valorar ésta, no basta con contar con el dato objetivo de los ingresos, sino que también habrá que tomar en consideración sus necesidades. En el caso de los discapacitados, existen además unos gastos adicionales que no afectan al resto de los contribuyentes y que tienen como efecto el que, a iguales ingresos, la renta disponible para el discapacitado resulta menor que la de cualquier otro contribuyente.

A priori, podría defenderse la posibilidad de descontar estos gastos a que se ven forzados los contribuyentes discapacitados debido a su situación de discapacidad del conjunto de sus ingresos. Ello permitiría conocer el remanente disponible y, por ende, la capacidad económica del contribuyente afectado por una discapacidad. Sucede sin embargo que el cálculo individualizado de dichos gastos plantea numerosas dificultades,

tanto para el propio discapacitado como para la Administración Tributaria. Todo ello sin perjuicio de los problemas de prueba que puedan llegar a plantearse, y de los gastos y dilaciones que su control originaría a la Administración.³³⁴

Así las cosas, señalaba el art. 50 del antiguo TRLIRPF que la base liquidable general del citado Impuesto se determinaría por el resultado de reducir de la base imponible general las cuantías previstas en los arts. 51 a 62 del citado texto legal si bien, en caso de anularse ésta, las reducciones terminarían por realizarse en la base imponible especial. Todo ello teniendo presente que en ningún caso podía resultar de tales reducciones una base liquidable general o especial negativa.

¿Cuáles son las reducciones que operaban sobre la base imponible de cara a conformar la base liquidable? Con carácter general, este conjunto de reducciones aludían a circunstancias tales como la percepción de rendimientos del trabajo (art. 51 del TRLIRPF), la prolongación de la actividad laboral (art. 52), la movilidad geográfica del trabajador motivada por razones laborales (art. 53), el cuidado de los hijos (art. 54), la edad del contribuyente (art. 55), la convivencia con ascendientes mayores de 65 años (art. 56)³³⁵ o el pago de pensiones compensatorias (art. 62). Pero también pueden referirse a la discapacidad (art. 58) o a las aportaciones y contribuciones realizadas al patrimonio protegido de los discapacitados (art. 59) o a sistemas de previsión social (arts. 60 y 61).

Únicamente podían beneficiarse de este conjunto de reducciones, propias o correspondientes a sus ascendientes, por edad, asistencia, discapacidad y gastos de asistencia de los discapacitados, aquellos contribuyentes cuya base imponible presentara entidad suficiente para soportar la reducción. Se trataba además de un conjunto de reducciones aplicadas en “cascada” y en el orden señalado por la Ley. Así, por ejemplo, la reducción por gastos de asistencia del ascendiente discapacitado presuponia la

³³⁴La utilización de la técnica de reducciones en la base que partan de los gastos reales de cada sujeto pasivo ha sido criticada por CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P., “La tributación de las personas con discapacidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades. Visión crítica de la normativa actual y propuestas para su modificación”, ob. cit., pág. 52., para quien dicha técnica “obligaría a tener que aportar los justificantes pertinentes y complicaría la gestión del impuesto extremadamente; frente a ello –defiende la autora- parece mucho más conveniente fijar una cantidad a tanto alzado que, en principio, sirva para compensar la situación de desventaja de la que parten los contribuyentes discapacitados o con familiares discapacitados a su cargo”.

³³⁵En efecto, el antiguo TRLIRPF preveía la aplicación de una reducción equivalente a la establecida para el contribuyente mayor, tratándose de aquel contribuyente que convive con un ascendiente mayor de 65 o de 75 años que no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros. Ahora bien, si del importe de las rentas del ascendiente que operan como límite para aplicar la reducción se excluyen las rentas exentas y se consideran el mínimo personal del ascendiente y las propias reducciones por edad, asistencia, discapacidad y gastos de asistencia como exenciones, ¿no habría que excluir sus importes de dicho cómputo? *A priori* el legislador no efectuaba ninguna salvedad, debido a que no consideraba dichas reducciones en la base como una exención, sino como supuestos de no sujeción. No obstante, coincidimos con ALONSO MADRIGAL, F. J., “La protección del mínimo vital de los mayores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: las reducciones en la base imponible por edad, asistencia, discapacidad de ascendientes y gastos de asistencia de los ascendientes discapacitados”, en *Impuestos*, núm. 10, 2006, pág. 14, en que, ya sea como renta exenta o como cantidades no sujetas al Impuesto, dichas sumas no deberían ser tenidas en cuenta a efectos del cálculo del límite de renta. Ello elevaría notablemente el límite del importe de la renta total, disponible y no disponible que puede percibir un ascendiente sin dejar de generar en el descendiente con el que convive el derecho a la reducción.

reducción por discapacidad del ascendiente que, a su vez, presuponía la aplicación de la reducción por edad del mismo; y, por lo que respecta a la reducción por asistencia del contribuyente, su aplicación presuponía la reducción por edad del mismo, lo que determinaba que sólo pudiera practicarse si las reducciones precedentes no hubiesen agotado su base imponible.³³⁶

El importe de este conjunto de reducciones por edad, asistencia, discapacidad y gastos de asistencia no resultó fijado atendiendo a consideraciones o parámetros de índole estadística, sino en términos de oportunidad política y, quizás también, de sacrificio en la recaudación. Coincidimos con ALONSO MADRIGAL³³⁷ cuando afirma que *“tras la decisión del legislador por la opción de la reducción en la base imponible para diferenciar el gravamen en función de circunstancias personales y familiares (...) hay implícitas una decisión de carácter político que atañe a la progresividad del impuesto, decisión política que no puede ni debe ser enmascarada tras criterios de pretendida neutralidad técnica”*.

Cabe no obstante plantearse hasta qué punto podía considerarse como incentivo una protección que se hallaba por debajo de la que en concepto de mínimo familiar se otorgaba por los hijos a cargo del contribuyente, y mucho más por debajo de la que se concedía en concepto de mínimo personal a un contribuyente.

De cualquier manera, la razón de ser de la aplicación de este conjunto de reducciones parecía clara: quienes asumen la carga familiar derivada de la existencia de un ascendiente que no dispone de una renta suficiente desarrollan una función social indiscutible que, cuando no es desempeñada por la institución familiar, ha de ser llevada a cabo por los poderes públicos. Y, obviamente, no sería justo que, a la hora de configurar el deber de contribuir, el legislador tratase igual a personas que, aun disfrutando de una misma renta disponible, se encuentran llamadas al sostenimiento de cargas familiares distintas.³³⁸

Como es sabido, a la hora de precisar la naturaleza de este conjunto de reducciones, se ha discutido en numerosas ocasiones si las mismas han de ser consideradas como supuestos de no sujeción o como supuestos de exención. En nuestra opinión, su consideración como supuestos de no sujeción y no de exención permitiría la ampliación del ámbito de aplicación de los mismos a otros no regulados a través de la analogía

³³⁶Nótese por tanto como el efecto acumulativo determina que sólo aquellos contribuyentes que se hallen por encima de un determinado umbral de renta, que crece en función de las circunstancias personales y familiares, puedan beneficiarse de la aplicación de las reducciones.

³³⁷ALONSO MADRIGAL, F. J., “La protección del mínimo vital de los mayores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: las reducciones en la base imponible por edad, asistencia, discapacidad de ascendientes y gastos de asistencia de los ascendientes discapacitados”, ob. cit., pág. 20. Añade además el citado autor que *“(...) el que la cantidad de renta que emplea efectivamente el contribuyente mayor de 65 o de 75 años para su propio sostén o el de sus ascendientes que dan derecho a las reducciones por edad, asistencia, discapacidad y gastos de asistencia de ascendientes discapacitados crezca conforme crece la renta del sujeto pasivo no puede llevar a pensar en ningún caso que la cantidad mínima realmente necesaria para dicho sostenimiento, que es la de que ha de quedar exonerada de gravamen en concepto de mínimo vital, crezca también”*.

³³⁸Ahora bien, no debe confundirse la discrecionalidad del legislador existente a la hora de determinar las modalidades de intensidad de este tratamiento favorable al que nos referimos con la necesaria adaptación del gravamen a la capacidad económica en función de las cargas familiares a través de la salvaguarda de los mínimos vitales personal y familiar; esta última obedece a un imperativo constitucional respecto del cual el legislador carece de facultades discrecionales que permitan limitar dicha salvaguarda.

dado que, si bien el art. 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, prohíbe aquella para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales, dicha prohibición no se proyecta sobre los supuestos de no sujeción.

Dentro de este conjunto de reducciones existían tres modalidades que, en la práctica, podían afectar a los discapacitados. En primer lugar, aquellas aplicadas al contribuyente por el hecho de ser el mismo discapacitado. En segundo término, las reducciones aplicadas al contribuyente, con independencia de su condición de discapacitado, por el hecho de que alguna persona de su entorno familiar padezca una minusvalía (supuestos de descendientes discapacitados, ascendientes³³⁹ discapacitados a cargo del contribuyente y aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas). Y, por último, aquellas reducciones caracterizadas por el hecho de tomar en consideración al mismo tiempo la discapacidad del contribuyente y de las personas de su entorno familiar (caso de las aportaciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de minusválidos, ya analizadas).

Todas estas reducciones específicas, susceptibles de proyectarse tanto sobre contribuyentes discapacitados como sobre aquellos otros en cuyo entorno familiar exista algún discapacitado, resultaban compatibles con aquellas otras reducciones que no hacían referencia alguna a la discapacidad pero que aludían a diversos supuestos similares (por razón de la edad, de la prolongación de la actividad laboral, de los rendimientos del trabajo percibidos, etc.). En consecuencia, todo trabajador discapacitado podía reducir su base imponible, primero en atención a su condición de trabajador (art. 51 del TRLIRPF) y, además, debido a su condición de trabajador discapacitado (art. 58.3 del TRLIRPF).

Dos eran los principales tipos de reducciones contemplados por el legislador y destinados a abordar la situación de discapacidad. De una parte, una serie de reducciones susceptibles de practicarse en la base imponible del contribuyente discapacitado o de determinados familiares, a través de las cuales se perseguía compensar la disminución de su capacidad económica por efecto de los mayores gastos habituales de las personas que padecen la discapacidad.

³³⁹Con carácter general, la Administración lleva a cabo una aplicación estricta del concepto de ascendiente, reduciéndolo tan sólo a quien lo es en línea recta, por nacimiento o adopción, y excluyendo la práctica de reducciones por parientes que lo son por afinidad o por línea colateral, pese a tratarse de parientes próximos en términos afectivos. En nuestra opinión, sin embargo, a favor de la aplicación de las reducciones por edad, asistencia y discapacidad a parientes distintos de los padres o abuelos jugaba el propio fundamento de las mismas, que no es otro que ajustar el gravamen a la capacidad económica del contribuyente que, por convivir con personas mayores de 65, 75 años o discapacitadas que dependen económicamente del mismo (por ser sus rentas anuales no exentas inferiores a la cantidad de 8.000 euros), ve reducida su renta disponible. Y es que dicha reducción será la misma tanto si la persona en cuestión es la madre del contribuyente como si lo es su madrastra, hermana, tía o suegra. A mayor abundamiento, consideramos que el incentivo que la norma fiscal debe proporcionar a la convivencia con el ascendiente ha de ser mayor cuanto menos estrecho resulte el parentesco. Debido a ello estimamos que carecía de sentido el hecho de que, mientras las reducciones por edad, asistencia y discapacidad quedaban restringidas a los ascendientes por nacimiento o adopción en línea recta, las reducciones de hasta 8.000 euros anuales derivadas de aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas reguladas en el antiguo art. 59 del TRLIRPF se extendiesen a aquellas personas que tuvieran con el discapacitado una relación de parentesco en línea recta o colateral de hasta el tercer grado inclusive.

Este primer grupo de reducciones pretendían compensar la situación de desventaja del contribuyente discapacitado respecto al resto de los ciudadanos, máxime si tenemos en cuenta que su riqueza se ve notoriamente disminuida por la necesidad de afrontar una serie de gastos necesarios por el mero hecho de sufrir una discapacidad. Sería injusto medir la capacidad económica de cada uno teniendo en cuenta únicamente sus bases imponibles objetivamente consideradas.

Y, de otra, diversas reducciones pensadas en relación con aquellas personas que realizan aportaciones al patrimonio protegido de las personas discapacitadas o a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados constituidos a favor de personas con minusvalía.

La finalidad de la aplicación de este segundo bloque de reducciones, actualmente subsistentes a la luz de la nueva Ley 35/2006, reside en incentivar fórmulas de ahorro y previsión destinadas a la atención de las necesidades de los discapacitados. Y el sistema de tributación que ofrecen estas fórmulas de ahorro a favor de personas discapacitadas resulta especialmente beneficioso, no ya sólo por lo que respecta al tratamiento de las aportaciones (que determinan la práctica de importantes reducciones en la base imponible de los aportantes), sino también en relación con el tratamiento que recibe el discapacitado, tanto cuando aparece como titular del patrimonio que recibe las aportaciones como cuando cobra las prestaciones procedentes de un plan de pensiones o figura equivalente.

En el presente epígrafe centraremos nuestro análisis en el primer grupo de reducciones apuntadas, es decir, el integrado por aquéllas motivadas por la discapacidad del sujeto pasivo o de las personas que de ellos dependan.

¿Cuál es la situación que ofrece la nueva Ley reguladora del IRPF? La Ley 35/2006 se refiere a la determinación de la base liquidable en su Título IV. Dado que, como ya hemos precisado, las circunstancias personales y familiares del contribuyente son tomadas en consideración en el momento del cálculo del Impuesto y que la reducción por rendimientos del trabajo se ha incluido en la determinación de los rendimientos netos, las reducciones a practicar sobre la base imponible general quedan limitadas únicamente a aquellas vinculadas con la atención de las situaciones de envejecimiento y dependencia. Se mantiene no obstante la posibilidad de reducir las pensiones compensatorias satisfechas por decisión judicial.

Por su parte, y como ya sabemos, el Título V de la nueva Ley se destina a valorar y cuantificar las circunstancias personales y familiares que son objeto de consideración en el Impuesto. Así, se procede a regular las diferentes circunstancias relativas al contribuyente (el mínimo personal, con el correspondiente incremento al alcanzar determinadas edades), descendientes (que incluye la especial consideración a los hijos menores de tres años), ascendientes (también con el incremento aplicable a partir de determinada edad) y discapacidad, tanto del contribuyente como de ascendientes y descendientes a su cargo, incluyendo los incrementos por asistencia a las situaciones de discapacidad de todos ellos.

En todo caso, la nueva Ley diferencia entre una base liquidable general y una base liquidable del ahorro. La base liquidable general no es sino el resultado de practicar en la base imponible general, exclusivamente, determinadas reducciones, sin que pueda

resultar negativa como consecuencia de dichas disminuciones. En el supuesto de que dicha base resultase negativa, su importe podría compensarse con las bases liquidables generales positivas obtenidas durante los cuatro años siguientes.

Además de la reducción por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social dispone el legislador de la nueva Ley, como ya hemos tenido oportunidad de precisar, la aplicación de reducciones por: aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidas a favor de personas con minusvalía; aportaciones a patrimonios protegidos de las personas discapacitadas; aportaciones a mutualidades de previsión social realizadas por deportistas profesionales, y por el pago de pensiones compensatorias a favor del cónyuge y anualidades por alimentos distintas de los hijos del contribuyente satisfechas por decisión judicial.

En cuanto a la base liquidable del ahorro, queda integrada por el resultado de disminuir la base imponible del ahorro en el remanente, si lo hubiera, de la reducción por pensiones compensatorias, sin que pueda resultar negativa como consecuencia de esta disminución.

Del conjunto de reducciones contempladas en el antiguo TRLIRPF en sus artículos 51, 52, 53 y 58.3 (las cuales eran concebidas como una minoración de la base imponible general a los efectos de determinar la base liquidable general), la nueva Ley introduce algunas novedades, entre las cuales destaca la desaparición de alguna de ellas, el mecanismo de integración de dichas reducciones en el esquema liquidatorio del Impuesto y el aumento de su cuantía.

Téngase presente que las reducciones por la obtención de rentas del trabajo pasan a practicarse directamente del rendimiento neto, a los efectos de determinar el rendimiento neto reducido de trabajo, en lugar de reducir la base imponible general del Impuesto, como contemplaba el antiguo TRLIRPF.

Señala el art. 20 de la Ley 35/2006, relativo a la reducción por obtención de rendimientos del trabajo, lo siguiente: *“1. El rendimiento neto del trabajo se minorará en las siguientes cuantías: a) Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo iguales o inferiores a 9.000 euros: 4.000 euros anuales; b) Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo comprendidos entre 9.000,01 y 13.000 euros: 4.000 euros menos el resultado de multiplicar por 0,35 la diferencia entre el rendimiento del trabajo y 9.000 euros anuales; c) Contribuyentes con rendimientos netos del trabajo superiores a 13.000 euros o con rentas, excluidas las exentas, distintas de las del trabajo superiores a 6.500 euros: 2.600 euros anuales. 2. Se incrementará en un 100 por ciento el importe de la reducción prevista en el apartado 1 de este artículo, en los siguientes supuestos: a) Trabajadores activos mayores de 65 años que continúen o prolonguen la actividad laboral, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; b) Contribuyentes desempleados inscritos en la oficina de empleo que acepten un puesto de trabajo que exija el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio, en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Este incremento se aplicará en el periodo impositivo en el que se produzca el cambio de residencia y en el siguiente. 3. Adicionalmente, las personas con discapacidad que obtengan rendimientos del trabajo como trabajadores activos podrán minorar el rendimiento neto del trabajo en 3.200 euros anuales. Dicha reducción será de 7.100 euros anuales, para las personas con discapacidad que siendo trabajadores activos acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento. 4. Como consecuencia de la aplicación de las reducciones previstas en este artículo, el saldo resultante no podrá ser negativo”*.

Obsérvese por tanto como la nueva Ley 35/2006 incrementa las reducciones de trabajo contempladas en el antiguo art. 51 del TRLIRPF, pasando de 2.400 a 2.600 euros anuales para los rendimientos netos del trabajo superiores a 13.000 euros. Y en el supuesto de rendimientos netos del trabajo inferiores a 9.000 euros (con anterioridad el límite se situaba en 8.200 euros), la reducción pasa a ser de 4.000 euros, en lugar de los 3.500 euros actuales.

Asimismo se aumentan las reducciones cuando las rentas del trabajo son obtenidas por trabajadores discapacitados activos. La reducción pasa a ser de 3.200 euros anuales, en lugar de los 2.800 euros contemplados con anterioridad. Y tratándose de trabajadores activos discapacitados que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65% o que necesiten ayudas de terceras personas o movilidad reducida, el importe de la reducción pasa de 6.200 euros a 7.100 euros anuales.

Finalmente, desaparecen las reducciones contempladas en los arts. 52 y 53 del antiguo TRLIRPF, las cuales se hallaban vinculadas a la prolongación de la actividad laboral y a la movilidad geográfica.

Analicemos en primer término las reducciones susceptibles de ser aplicadas en relación con los **contribuyentes discapacitados**. Es un hecho cierto que los discapacitados, por el mero hecho de serlo, demandan cantidades más elevadas que el resto de los ciudadanos en aras de atender sus necesidades básicas³⁴⁰. Todos estos gastos han de ser tenidos en cuenta por el legislador a la hora de medir la capacidad económica del sujeto pasivo, una vez hayan atendido a los mismos.

Dentro del conjunto de reducciones que puede aplicarse el contribuyente por el hecho de padecer el mismo una discapacidad tradicionalmente se ha venido diferenciando entre una primera de carácter genérico, en la que no se requeriría más requisito que la discapacidad, y dos de carácter más específico en las que se requeriría que el contribuyente precise de asistencia o bien que trabaje. En todo caso ha de quedar claro desde un primer momento que las tres reducciones han sido compatibles entre sí y, además, con el resto de reducciones anteriormente indicadas.

A la reducción por contribuyentes discapacitados se refería el art. 58.1 del antiguo TRLIRPF, de conformidad con el cual los contribuyentes podían reducir su base imponible, con carácter general, en 2.000 euros anuales tratándose de una minusvalía igual o superior al 33% e inferior al 65%, y en 5.000 euros anuales en caso de minusvalía igual o superior al 65%. La referida discapacidad debía padecerse en la fecha del devengo del Impuesto, aun cuando en dicha fecha no hubiese sido todavía acreditada por el organismo oficial que resulte competente. Dicha reducción resultaba además compatible con la recogida en el art. 55 del antiguo TRLIRPF para contribuyentes mayores de sesenta y cinco años, cuyo importe se cifraba en 800 euros.³⁴¹

³⁴⁰ Así, por ejemplo, los discapacitados deben adquirir diversos aparatos destinados a suplir su minusvalía tales como scanners, ordenadores o programas especiales para ciegos, dispositivos en teléfonos o electrodomésticos para sordos, etc.

³⁴¹ Como se recordará, a la luz de lo dispuesto en la antigua Ley 40/1998, el antecedente inmediato de esta reducción por edad lo constituía el mínimo personal del contribuyente. Con posterioridad, tras la reforma operada por la Ley 46/2002, de 28 de diciembre, la reducción por edad dejó de estar integrada en el

Ciertamente, no parece que estas cantidades (2.000 euros anuales para discapacitados con minusvalía inferior al 65%, o 5.000 euros para discapacitados con un grado igual o superior al 65%) fuesen suficientes de cara a compensar los mayores gastos que sufren estos sujetos por razón de su minusvalía. Y es que las necesidades especiales que padecen estas personas son mucho más elevadas en relación con los demás contribuyentes.³⁴²

La reducción en concepto de gastos de asistencia quedaba recogida en el art. 58.4 del antiguo TRLIRPF. Establecía este precepto que aquellos contribuyentes discapacitados que acreditasen necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida o un grado de minusvalía igual o superior al 65% podían reducir la base imponible en 2.000 euros anuales. Esta reducción era compatible con la prevista en el art. 56.1 del citado texto legal (la llamada reducción por asistencia). De este modo, el contribuyente discapacitado mayor de setenta y cinco años que incurriese en dichos gastos podía sumar a las anteriores cantidades la reducción de 1.000 euros prevista en la citada norma.³⁴³

Ahora bien, ¿hasta qué punto no se producía una duplicidad entre esta reducción relativa a gastos de asistencia y la reducción por discapacidad del contribuyente anteriormente analizada? Piénsese que si un contribuyente acreditaba padecer un grado de minusvalía superior al 65% (sin necesidad de ayuda de tercera persona o movilidad reducida) podía practicarse, en primer lugar, la reducción por discapacidad de 5.000 euros contenida en el art. 58 del antiguo TRLIRPF y, a continuación, la de 2000 euros recogida en el apartado cuarto del citado precepto. Realmente, era la asimilación del grado del 65% a la existencia de ayuda de tercera persona o de movilidad reducida (criterio acorde, a nuestro juicio, con la realidad) lo que originaba esta situación.³⁴⁴

mínimo personal. Ahora bien, a pesar de ello su finalidad continuaba siendo la misma: ajustar el gravamen a la capacidad económica del contribuyente, esto es, a su renta disponible. Véase a este respecto ZÁRATE MARCO, A., “Deducciones en la base versus deducciones en la cuota. El mínimo personal y familiar en el IRPF”, en *Crónica Tributaria*, núm. 93, 2000, pág. 105 y, más recientemente, ALONSO MADRIGAL, F. J., “La protección del mínimo vital de los mayores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: las reducciones en la base imponible por edad, asistencia, discapacidad de ascendientes y gastos de asistencia de los ascendientes discapacitados”, ob. cit., pág. 11.

³⁴²De hecho, ni siquiera sumando estas cuantías con la reducción prevista como asistencia para discapacitados (2.000 euros), a la que nos referiremos a continuación, parecen cubrirse las especiales necesidades de éstos.

³⁴³Nótese como, en relación con aquellas personas discapacitadas con un grado de minusvalía igual o superior al 65%, la reducción susceptible de ser aplicada aparecía dividida en dos tramos: de una parte, 5.000 euros en concepto de discapacidad; y, de otra, 2.000 euros en concepto de asistencia. En torno a esta circunstancia afirmaba CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P., “La tributación de las personas con discapacidad en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y en el Impuesto sobre Sociedades. Visión crítica de la normativa actual y propuestas para su modificación”, ob. cit., pág. 53, que “*a pesar de que la reducción por asistencia de los discapacitados beneficia a más sujetos que la reducción incrementada por discapacidad, si se reconoce que las personas con movilidad reducida o que necesitan la ayuda de terceras personas merecen gozar de una reducción especial por tener unos mayores gastos y dificultades, también en estos casos deberían tener derecho a la deducción por discapacidad incrementada*”.

³⁴⁴Dada esta situación, desde determinados sectores de la doctrina se apuntó la posibilidad de excluir esta asimilación o, en su caso, atribuir distintas cantidades para aquellos sujetos que padeciesen un grado de minusvalía superior al 65% y que no requirieran gastos de asistencia. En este sentido se pronunciaban, por ejemplo, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La*

¿No resultaba más lógico excluir esta asimilación o, en su caso, optar por la atribución de distintas cantidades en relación con aquellos sujetos que padecieran un grado de minusvalía del 65% y que no requiriesen de gastos de asistencia? Desde nuestro punto de vista, así es. De cualquier manera, el legislador del antiguo TRLIRPF optó por considerar que con grados de minusvalía superiores al 65% se requiere en todo caso la asistencia de tercera persona.

Finalmente, en aquellos supuestos en los que el contribuyente discapacitado resulte ser un trabajador activo, con independencia de la reducción prevista en el art. 51 del antiguo TRLIRPF³⁴⁵ (es decir, la general para rendimientos del trabajo, actualmente recogida en el art. 20 de la Ley 35/2006), o de las contenidas en los arts. 52 (relativa a la prolongación de la vida laboral para aquellos trabajadores activos mayores de 65 años que continúen o prolonguen la actividad laboral³⁴⁶) y 53 (referente a la movilidad geográfica³⁴⁷) del citado texto para los perceptores de rendimientos del trabajo (actualmente suprimidas), el art. 58.3 del RDLeg. 3/2004 reconocía una minoración genérica en la base imponible de 2.800 euros para los minusválidos que percibieran rendimientos del trabajo como “trabajadores activos”.

La citada cuantía era susceptible de incrementarse además hasta 6.200 euros cuando dicho trabajador minusválido acreditase necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida o un grado de minusvalía igual o superior al 65%. En efecto, dichos contribuyentes debían acreditar la necesidad de ayuda de terceras personas para desplazarse a su lugar de trabajo o para desempeñar el mismo, o bien la existencia de una movilidad reducida para utilizar medios de transporte colectivos, mediante el oportuno certificado o resolución del IMSERSO o del órgano competente de las Comunidades Autónomas en materia de valoración de las minusvalías, basándose al efecto en el dictamen emitido por los equipos de valoración y orientación dependientes de las mismas.

No obstante hemos de precisar que, al amparo de la anterior normativa, dicha reducción únicamente podían aplicarla los trabajadores por cuenta ajena perceptores de rendimientos del trabajo, y no en cambio los trabajadores por cuenta propia perceptores de rendimientos de actividades económicas. Estos últimos podían deducirse de sus rendimientos íntegros los gastos asociados a las dificultades de desplazamientos por motivos de trabajo. Esta circunstancia fue objeto de crítica, entre otros autores, por

protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario, ob. cit., pág. 201.

³⁴⁵Como se recordará, esta reducción oscilaba entre los 2.400 y los 3.500 euros, en función de los rendimientos netos del trabajo obtenidos durante el período impositivo y de otras rentas distintas de la citada fuente.

³⁴⁶La aplicación de esta reducción determinaba un incremento del 100% en el importe de la anterior reducción.

³⁴⁷La aplicación de esta reducción por movilidad geográfica tenía lugar cuando el contribuyente desempleado inscrito en la oficina de empleo aceptaba un puesto de trabajo que exigía el traslado de su residencia habitual a un nuevo municipio, incrementándose igualmente en un 100% la reducción por rendimientos del trabajo recogida en el art. 51 del TRLIRPF, y siendo aplicable únicamente en el período impositivo en el que se produjera el cambio de residencia y en el siguiente.

GOROSPE OVIEDO³⁴⁸, para quien la reducción había de extenderse igualmente a los empresarios o profesionales discapacitados, ya que la minusvalía de estas personas, al igual que sucede en el caso de los trabajadores activos, también les supone una merma en la posibilidad de obtener ingresos.

Estamos de acuerdo con esta apreciación. Es más, dicha minusvalía les provoca además un elevado coste derivado de la adquisición de medios con los que poder integrarse en el mercado de trabajo. En un sentido contrario se pronunciaron ALONSO-OLEA GARCÍA, LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO³⁴⁹, para quienes, en relación con aquellas personas que obtienen rendimientos procedentes del desarrollo de las actividades económicas, dichas circunstancias han sido ya contempladas a través de la deducibilidad de tales gastos.

La nueva Ley 35/2006 ha optado por proyectar la reducción prevista en el ámbito de los rendimientos del trabajo sobre los rendimientos netos de las actividades económicas, en idénticos términos cuantitativos. Se introduce así una reducción de los rendimientos de las actividades económicas respecto de aquellos trabajadores autónomos que padezcan algún tipo de discapacidad.

Señala a este respecto el art. 32.2 de la nueva Ley que “(...) Adicionalmente, las personas con discapacidad que obtengan rendimientos netos derivados del ejercicio efectivo de actividades económicas podrán minorar el rendimiento neto de las mismas en 3.200 euros anuales. Dicha reducción será de 7.100 euros anuales, para las personas con discapacidad que ejerzan de forma efectiva una actividad económica y acrediten necesitar ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento. 2.º Para la aplicación de la reducción prevista en este apartado será necesario el cumplimiento de los requisitos que se establezcan reglamentariamente, y en particular los siguientes: a) El rendimiento neto de la actividad económica deberá determinarse con arreglo al método de estimación directa. No obstante, si se determina con arreglo a la modalidad simplificada del método de estimación directa, la reducción será incompatible con lo previsto en la regla 4.ª del artículo 30.2 de esta Ley; b) La totalidad de sus entregas de bienes o prestaciones de servicios deben efectuarse a única persona, física o jurídica, no vinculada en los términos del artículo 16 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades; c) El conjunto de gastos deducibles correspondientes a todas sus actividades económicas no puede exceder del 30 por ciento de sus rendimientos íntegros declarados; d) Deberán cumplirse durante el período impositivo todas las obligaciones formales y de información, control y verificación que reglamentariamente se determinen; e) Que no perciban rendimientos del trabajo en el período impositivo; f) Que al menos el 70 por ciento de los ingresos del período impositivo estén sujetos a retención o ingreso a cuenta. 3.º Como consecuencia de la aplicación de esta reducción, el saldo resultante no podrá ser negativo”.

Nótese como, para poder aplicar esta nueva reducción, se exige la observancia de diversos requisitos. En primer lugar, el rendimiento neto de la actividad ha de

³⁴⁸GOROSPE OVIEDO, J. I., “Medidas que afectan a las rentas del trabajo en la reforma del IRPF”, en *Quincena Fiscal*, nº 16, 2002, pág. 21. En esta misma línea pueden consultarse los trabajos de RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. y RUIZ HIDALGO, C., *La protección de las personas discapacitadas a través del ordenamiento tributario*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág. 36 y MORIES JIMÉNEZ, Mª. T., “Beneficios fiscales de las personas con discapacidad”, en *Información Tributaria*, nº 57, 2003, pág. 27.

³⁴⁹ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN, M. y MARTÍN DÉGANO, I., *La protección de los discapacitados en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario*, ob. cit., pág. 202.

determinarse con arreglo al método de estimación directa. Si se determinase en el régimen de estimación directa simplificada, esta reducción sería incompatible con el porcentaje de gastos de difícil justificación del 5%. La totalidad de las ventas o prestaciones de servicios de la actividad económica deben realizarse a personas físicas o jurídicas no vinculadas, en los términos previstos en el art. 16 del TRLIS, de acuerdo con su actual redacción por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de Prevención del Fraude Fiscal.

El total de gastos deducibles de todas las actividades económicas realizadas no puede superar el 30% del rendimiento íntegro declarado. El empresario o profesional no puede obtener rendimientos de trabajo objeto de imputación. Y el 70% de los ingresos obtenidos en su actividad durante el período impositivo ha de quedar sujeto a retención a cuenta.

Volvemos a insistir en que la cuantía de esta reducción, susceptible de ser practicada sobre el rendimiento neto de las actividades económicas, pasa a ser idéntica a la que resulta de aplicación a las personas que obtienen rendimientos del trabajo, lográndose así la consecución de un trato igualitario.

¿Qué debemos entender a este respecto por “trabajador activo”? Tal y como ya hemos tenido oportunidad de precisar, la citada expresión tiene su origen en el art. 18 de la antigua Ley 40/1998, reguladora del IRPF. A nuestro juicio, a través de la utilización del referido término lo que persigue el legislador tributario no es sino discriminar aquellas rentas percibidas por razón del desempeño de una actividad laboral frente a aquellas otras que, a pesar de haber sido calificadas como rendimientos del trabajo, no retribuyen relación laboral alguna vigente en el período impositivo de percepción (caso por ejemplo de las pensiones y de los haberes pasivos). Se origina así una desigualdad de trato que queda justificada sobre la base de que al trabajador discapacitado se le suponen unos gastos mayores que a la persona con discapacidad que no desempeña actividad laboral alguna.

Señala la DGT en contestación a Consulta de 24 de enero de 2002 que no tiene la consideración de trabajador activo el contribuyente que se halle en situación legal de desempleo, a no ser que hubiere estado en activo durante algún día del período impositivo considerado antes de pasar a la respectiva situación legal de que se trate (prejubilación o desempleo). De este modo se busca simplificar la aplicación de la reducción, frente a otras alternativas posibles tales como el prorrateo de la reducción aplicable entre el número de días trabajados en el período impositivo. Este mismo criterio había sido ya defendido con anterioridad por el citado Centro Directivo en contestaciones a Consultas de 15 de marzo y de 17 de julio de 2001.

Asimismo rechaza la DGT en contestaciones a Consultas de 25 de noviembre de 2002 y de 24 de mayo de 2001 que pueda considerarse como trabajador activo a quien ha pasado a situación de prejubilación, a pesar de que continúe cotizando en el Régimen Especial de la Seguridad Social³⁵⁰. Y en contestación a Consulta de 10 de diciembre de 2003 precisa el citado Centro Directivo que *“la expresión ‘trabajador activo’ debe entenderse como la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de*

³⁵⁰Más recientemente, en contestación a Consulta de 10 de febrero de 2004, la DGT ha vuelto a confirmar que la situación de jubilación no da derecho a la aplicación de esta reducción.

organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

¿Resulta en consecuencia necesaria la existencia de una relación laboral de cara a la aplicación de esta reducción? Desde nuestro punto de vista, la respuesta a la citada cuestión ha de ser negativa. En efecto, creemos que la reducción podrá aplicarse a situaciones asimiladas, con independencia de que dicha relación laboral haya sido o no declarada por juez o tribunal alguno. Y es que siempre que el dinero se perciba por el desarrollo de un trabajo efectivo, controlable y a consecuencia del cual deban rendirse cuentas, quienes perciban tales cantidades deben ser considerados como trabajadores activos a este respecto.

Mayores dudas podrían suscitarse al hilo de determinadas situaciones en las que la citada relación sinalagmática no se presenta tan clara. Este sería el caso, por ejemplo, de aquellas becas o ayudas financieras concedidas por el Sector público o privado para la dedicación al desarrollo de una actividad concreta, fundamentalmente de investigación. En nuestra opinión, siempre que el dinero se perciba por el desarrollo de un trabajo efectivo, controlable y que requiera una rendición de cuentas, quienes perciban tales cantidades podrán ser considerados como trabajadores activos.

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, durante la vigencia del antiguo TRLIRPF el importe de la reducción se incrementó de 2.800 euros a 6.200 en aquellos supuestos en los que el grado de minusvalía resultaba igual o superior al 65%, así como cuando el discapacitado acreditaba tener una movilidad reducida o necesitaba de la ayuda de terceras personas. En la actualidad, la Ley 35/2006 cifra el importe de la reducción en 7.100 euros anuales.

Pues bien, en el caso de que un sujeto con tal grado de discapacidad pudiera seguir trabajando (dado que ese es el grado que, en las pensiones no contributivas, resulta asimilado a la incapacidad permanente absoluta), estaremos ante una reducción que entraña una cierta complejidad, al utilizar diversos conceptos jurídicos indeterminados no previstos expresamente en la norma.

Así, por ejemplo, ¿qué sucede si el contribuyente, sin llegar a padecer a una minusvalía del 65% (que representa el límite objetivamente determinado), pretende acreditar una movilidad reducida o la necesidad de ayuda por parte de terceras personas? Con anterioridad a la reforma operada por la Ley 46/2002, el art. 18 de la antigua Ley del IRPF de 1998 preveía un incremento de las reducciones en los rendimientos del trabajo para aquellos trabajadores activos discapacitados con un grado de minusvalía igual o superior al 33% e inferior al 65% que, para desplazarse a su lugar de trabajo o para desempeñar el mismo, acreditaran necesitar ayuda de terceras personas o una movilidad reducida.³⁵¹

¿Debemos considerar esta “necesidad de ayuda de terceras personas” o la “movilidad reducida” referidas al desplazamiento del trabajador al centro de trabajo? La cuestión se suscita porque, mientras el art. 58.3 del TRLIRPF nada exigía a este respecto (al igual que sucede con el art. 20 de la vigente Ley 35/2006), el art. 70.2 del RIRPF interpretaba la “necesidad de ayuda de terceras personas” como referida al desplazamiento al puesto

³⁵¹Un supuesto parecido se recogía también en el art. 28.2 de la antigua Ley 18/1991, reguladora del IRPF, y modificada en este punto por la Ley 31/1994.

de trabajo o al desempeño de la actividad laboral, y la “movilidad reducida” como equivalente a la dificultad de utilización de medios públicos.

¿Nos hallábamos en el presente caso ante la existencia de un exceso reglamentario? En nuestra opinión, la solución pasa por atender al contexto de la norma. Y a luz de este, consideramos que la verdadera justificación del precepto reside en la aplicación del principio de capacidad económica, dado el incremento del gasto que pueden llegar a ocasionar las dificultades de movilidad que aquejan a un trabajador a la hora de tener que desplazarse por motivos laborales.

En consecuencia, creemos que tanto la asistencia de terceras personas como la movilidad reducida deben ponerse en conexión con el trabajo desarrollado por el sujeto pasivo, máxime si tenemos en cuenta que se trata de un beneficio fiscal concedido a trabajadores activos, como ya hemos indicado.

No estimamos que resulte necesaria a este respecto la prueba de un desplazamiento efectivo al centro de trabajo. Dicho desplazamiento se sobreentiende por el mero hecho de hallarse el trabajador en su puesto de trabajo. Ello no obsta sin embargo para que, en el curso de una determinada inspección, pueda plantearse la necesidad de la prueba de la realidad del desplazamiento, o bien la necesidad de asistencia de una persona para el desarrollo de la actividad de que se trate, siempre y cuando existiesen indicios de que dicha asistencia no estuviese relacionada con el trabajo realizado por el sujeto pasivo.

Dos son las posibilidades que se plantean al contribuyente al objeto de poder beneficiarse de la presente reducción, siendo suficiente con el cumplimiento de una sola de ellas. En primer lugar, probar a través de certificado o resolución del órgano competente (ya sea el IMSERSO o el correspondiente órgano autonómico) la movilidad reducida a efectos de la utilización de medios de transporte. Para este primer caso la norma no requiere la acreditación adicional de la efectividad del desplazamiento al trabajo, si bien su propio contexto parece poner en relación la movilidad reducida con la actividad laboral realizada por el sujeto pasivo.

En cuanto a la segunda posibilidad antes apuntada, consiste en acreditar la necesidad de ayuda de terceras personas por motivos laborales, siendo éstas las que suplen la minusvalía del trabajador. En este segundo supuesto, la exigencia de que la ayuda de terceras personas se requiera por el ejercicio de un trabajo ha de considerarse deducida del propio espíritu de la norma.³⁵²

De cualquier manera, queda claro que la inconcreción de la que adolece la norma puede dar lugar, en la práctica, a una considerable litigiosidad entre la Administración y el contribuyente, ya que resulta extraordinariamente difícil acreditar en qué medida los servicios prestados por una persona se deben o no a motivos laborales.

El art. 70.2 del antiguo RIRPF se limitaba a interpretar que la asistencia por parte de una tercera persona debía estar relacionada con el desplazamiento al lugar de trabajo o con el desempeño del mismo, quedando así minimamente centrado el contexto del

³⁵² Así, por ejemplo, la asistencia de una persona al discapacitado por razón de la minusvalía pero por motivos que no guarden relación alguna con el ejercicio de la actividad profesional, no posibilitaría la aplicación de la presente reducción.

beneficio fiscal. Y, desde nuestro punto de vista, este criterio interpretativo resulta adecuado, al no requerirse que la ayuda en cuestión sea remunerada, siendo suficiente con probar la necesidad de la misma por medio del oportuno certificado o resolución del IMSERSO o del órgano autonómico que resulte competente. Tampoco es preciso acreditar la realidad de esta asistencia personal.

Por otra parte, en ambos supuestos planteados, el citado art. 70 del RIRPF se mostraba taxativo al enumerar los medios de prueba que permiten acreditar las anteriores circunstancias. No se permite otra prueba que los certificados o resoluciones de los órganos oficiales anteriormente señalados lo que, a nuestro juicio, no supone una restricción al derecho de prueba contemplado en el art. 24 de la Constitución, ya que dicho derecho podrá ser ejercitado debidamente ante el órgano competente para efectuar las referidas declaraciones administrativas.

En conclusión, bien puede considerarse que la dificultad a la que venimos aludiendo planteada a la hora de interpretar la oportunidad de la reducción en aquellos supuestos en los que existe un grado de minusvalía situado entre el 33 y el 65%, constituye un problema más aparente que real. Tanto la movilidad reducida como la necesidad de ayuda de terceras personas deben interpretarse en el sentido de que resulten tan graves que impidan al contribuyente desarrollar una vida normal, asimilándose así a la situación legal de gran invalidez en la que, como consecuencia de una pérdida anatómica o funcional, la persona no pueda desarrollar trabajo alguno, necesitando la asistencia de otras personas para los actos más esenciales de la vida tales como vestirse, desplazarse, comer u otros análogos. En estos supuestos parece lógico pensar que el contribuyente deba tener reconocida una minusvalía de, al menos, el 65%.

Téngase presente por último que, en la actualidad, el art. 20.4 de la Ley 35/2006 se encarga de precisar que *“como consecuencia de la aplicación de las reducciones previstas en este artículo, el saldo resultante no podrá ser negativo”*.³⁵³

En suma, a la luz de todas estas apreciaciones cabe constatar que el legislador tributario ha ido teniendo cada vez más presente la discapacidad del contribuyente o de quienes dependan de él, así como las implicaciones que, como sujeto pasivo, dicha circunstancia origina en su capacidad económica. Debido precisamente a ello fueron establecidas las reducciones examinadas, las cuales deben saludarse de manera positiva. Ahora bien, con independencia de lo anterior hemos de reconocer que, desde una perspectiva de técnica legislativa, nos hallamos ante una regulación sumamente dispersa, lo que perjudica claramente a la seguridad jurídica.

Procedemos a continuación a estudiar aquellas reducciones susceptibles de ser aplicadas en relación con los **descendientes discapacitados**. Como ya sabemos, junto a las anteriores reducciones, que toman en consideración las circunstancias personales del contribuyente, existen otro tipo de reducciones que, partiendo de las circunstancias

³⁵³Ya con anterioridad establecía el art. 58.3.in fine del TRLIRPF un límite de cara a la aplicación de la presente reducción, de conformidad con el cual la misma no podía determinar que los rendimientos netos del trabajo, minorados por las reducciones relativas dichos rendimientos, a la prolongación de la actividad laboral y a la movilidad geográfica, se concretasen en una cuantía negativa. De hecho, en caso de que las referidas reducciones reguladas en los arts. 51, 52 y 53 del antiguo TRLIRPF, respectivamente, junto con aquella otra objeto de nuestro análisis, superasen el importe de los rendimientos netos del trabajo, ésta quedaba disminuida por la diferencia entre los rendimientos del trabajo y la suma de dichas reducciones.

familiares del mismo, pueden ser aplicadas en función de los ascendientes y/o descendientes que forman parte del núcleo familiar. En este sentido, cabe aludir a la existencia de un primer grupo de reducciones comunes a la totalidad de los contribuyentes que tengan descendencia (sean o no discapacitados) y que, junto con el mínimo familiar, reduzcan la base imponible en 1.400 euros por el cuidado de cada hijo menor de tres años.³⁵⁴

Sin perjuicio de lo anterior, en aquellos casos en los que el contribuyente contase con descendientes discapacitados, al amparo de lo dispuesto en el antiguo TRLIRPF, el contribuyente disfrutaba de la posibilidad de aplicar dos reducciones específicas que habían de añadirse al mínimo familiar del art. 43 del TRLIRPF y a la citada reducción por cuidado de hijos menores de tres años anteriormente regulada en el art. 54 del mencionado texto legal.

La primera de estas reducciones a que nos referimos era la relativa a la reducción por descendientes discapacitados, con independencia de su edad, que generasen el derecho a aplicarse la reducción por mínimo familiar. Dicha reducción quedaba regulada en el art. 58.2 del antiguo texto legal, concretándose en un importe de 2.000 euros anuales si el grado de minusvalía resultaba superior al 33% e inferior al 65%, y de 5.000 euros anuales cuando el grado de discapacidad fuese igual o superior al 65%.

Acerca del alcance que presenta el concepto de “descendientes” y los requisitos que deben ser observados de cara a la aplicación de la presente reducción, nos remitimos a lo indicado en su momento al analizar el mínimo familiar. Sí queremos poner de manifiesto, sin embargo, la falta de equiparación a los descendientes discapacitados de otros parientes colaterales o afines. Téngase presente que en otros preceptos del antiguo TRLIRPF (caso por ejemplo del art. 59.1, al tratar de las aportaciones realizadas a patrimonios protegidos, o del art. 61 y la Disp. Adic. 10ª, relativos a las aportaciones efectuadas a planes de pensiones constituidos a favor de discapacitados), se concedían diversos beneficios fiscales a los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, produciéndose en consecuencia una falta de uniformidad en el tratamiento otorgado.

La segunda reducción susceptible de ser destacada, a la que se refería el art. 58.4 del antiguo TRLIRPF, se concretaba en una minoración adicional de 2.000 euros anuales por cada descendiente que acreditase necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida o un grado de minusvalía igual o superior al 65%.³⁵⁵

A pesar de que nada establecía el legislador al respecto (y lo mismo sucede con el art. 60 de la vigente Ley 35/2006, al regular el mínimo por discapacidad), parece lógico pensar que tanto la “movilidad reducida” como la “ayuda de terceras personas” han de ser acreditadas por el IMSERSO u órgano autonómico competente, de acuerdo con una

³⁵⁴Esta reducción no debe confundirse con el beneficio fiscal susceptible de ser aplicado en la cuota diferencial del Impuesto, la llamada deducción por maternidad, a la que tienen derecho las mujeres trabajadoras por cada hijo menor de tres años (con independencia de que sea discapacitado o no).

³⁵⁵Acerca de la naturaleza de los conceptos de “movilidad reducida” y “necesidad de ayuda por terceras personas” nos remitimos a lo anteriormente indicado en relación con los trabajadores discapacitados, teniendo presente que para el segundo de los supuestos enunciados no resulta necesaria la vinculación a la actividad laboral (desplazamiento al trabajo o asistencia en el mismo). En el presente caso la “ayuda” ha de interpretarse en el sentido de cuidado asistencial del descendiente discapacitado.

aplicación analógica y sistemática del art. 70.2 del antiguo RIRPF. No obstante, y en tanto en cuanto en este supuesto no resultan excluidos otros medios de prueba, cabe estar a lo dispuesto en el art. 80 de la LGT, resultando de aplicación el criterio de libertad de prueba. Así las cosas, podría constituir prueba suficiente el reconocimiento de una pensión de gran invalidez por el INSS, ya que para alcanzar este grado de incapacidad se requiere la ayuda de una tercera persona que deba asistir al discapacitado para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida. En todo caso, la discapacidad ha de padecerse a la fecha del devengo del Impuesto, aún cuando no haya sido acreditada por el órgano pertinente.

A la hora de proceder a la aplicación de ambas reducciones, y por expresa remisión del art. 58.5 al art. 57 del antiguo TRLIRPF, establecía el legislador la aplicación de un conjunto de reglas comunes, actualmente contenidas en el art. 61 de la Ley 35/2006, precepto encargado de regular diversas normas comunes para la aplicación del mínimo del contribuyente y por descendientes, ascendientes y discapacidad.

Así, por ejemplo, cuando dos o más contribuyentes tuviesen derecho a la aplicación de las citadas reducciones respecto de los mismos descendientes (o ascendientes), su importe se prorratearía entre ellos por partes iguales. En cambio, si los contribuyentes tuviesen distinto grado de parentesco con el descendiente, la aplicación de la reducción correspondería al de grado más cercano, salvo que éstos careciesen de rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso correspondería a los del siguiente grado³⁵⁶. A este respecto, la determinación de las circunstancias personales y familiares ha de realizarse atendiendo a la situación existente en la fecha de devengo del Impuesto, requiriéndose la convivencia con el sujeto pasivo en, al menos, la mitad del período impositivo.

Cabe precisar finalmente que, en el presente caso, la remisión efectuada a la fecha del devengo podía llegar a plantear un problema al que no se refería el legislador, a diferencia de lo que sucedía en la regulación del mínimo familiar. Nos referimos concretamente a aquellos supuestos en los que el fallecimiento del descendiente tuviese lugar antes de la fecha del devengo del Impuesto. Como es sabido, en relación con el mínimo familiar disponía el art. 43.5 del antiguo TRLIRPF que, cuando así ocurriese, el ascendiente podría deducirse la suma de 1.400 euros, si bien en la reducción por descendiente se perdería. A la luz de esta regulación estimamos que, en aras de salvaguardar la aplicación del principio de capacidad económica, debiera contemplarse la posibilidad de prorratear la cuantía prevista por el art. 58 del antiguo TRLIRPF o, al menos, de establecer una cantidad fija, tal y como sucede con el mínimo familiar.

Al igual que hemos visto en relación con los descendientes discapacitados, también respecto de los **ascendientes discapacitados a cargo del contribuyente** cabía aludir a la existencia de dos reducciones específicas. Previamente, todo contribuyente podía aplicarse unas reducciones por cada ascendiente, fuese o no discapacitado, siempre y cuando concurrieran determinados requisitos. Así sucedía con la llamada reducción por edad, objeto de regulación en el art. 55.2 del antiguo TRLIRPF. Aquellos ascendientes que generasen el derecho a la reducción por edad a que se refería el citado precepto tenían derecho a la práctica de una reducción de 2.000 euros anuales. No obstante, dicha

³⁵⁶Téngase presente además que, de acuerdo con lo que disponía el art. 100 del antiguo TRLIRPF, no resultaba posible la aplicación de la reducción cuando los descendientes presentasen declaración por el IRPF o hubiesen solicitado la devolución de retenciones prevista al efecto.

minoración ascendía de 5.000 euros en aquellos supuestos en los que el grado de minusvalía resultase ser igual o superior al 65%.

Esta primera reducción se remitía a los requisitos previstos en el citado art. 55.2 del TRLIRPF precepto que reconocía, como ya sabemos, el derecho a practicar una minoración en la base imponible de 800 euros por ascendientes a cargo del contribuyente, siempre que el referido ascendiente contase con más de 65 años, no percibiera renta superiores a 8.000 euros anuales (excluidas las exentas) y conviviese con el contribuyente al menos durante la mitad del período impositivo. Asimismo era necesario que el ascendiente no hubiese presentado la declaración del IRPF ni hubiese solicitado su devolución como contribuyente no obligado a declarar.

Téngase presente no obstante que, en el supuesto de que el ascendiente fuese discapacitado, no sería necesario el cumplimiento del requisito relativo a la edad, bastando con verificar el cumplimiento de los otros dos (convivencia y nivel de rentas). En todo caso, la minusvalía debía padecerse en la fecha del devengo del Impuesto, al margen de que no hubiese sido declarada aún por el organismo pertinente a tales efectos.

A juicio de la Administración Tributaria, el parentesco debe estimarse por consanguinidad y no por afinidad. De este modo, no resultaría posible la aplicación de la reducción, por ejemplo, con motivo del mantenimiento de los suegros, tal y como tuvo oportunidad de precisar la DGT en contestación a Consulta de 19 de junio de 2001³⁵⁷. Como se recordará, en el caso específico de los suegros, durante la vigencia de la antigua Ley 18/1991, la Administración admitía la reducción por ascendientes por afinidad, previendo expresamente el prorrateo entre ambos cónyuges de la deducción por ascendientes. Esta circunstancia condujo a la Administración a extender la aplicación de la deducción a aquellos supuestos en los que un contribuyente viudo convivía con sus suegros. Sin embargo, a raíz de la aprobación de la Ley 40/1998, la Administración dejó de permitir la aplicación del mínimo familiar por ascendientes en los supuestos de parentesco por afinidad, excepto en la modalidad de declaración conjunta. Esta situación se ha mantenido posteriormente con el TRLIRPF, disponiendo su art. 86.2.2^a que, en la tributación conjunta, se tendrán en cuenta las circunstancias personales de cada uno de los cónyuges integrados en la unidad familiar. E idéntico criterio se adopta en el art. 84 de la nueva Ley 35/2006.

Volvemos a insistir una vez más en que, desde nuestro punto de vista, la adopción de este criterio entra en contradicción, en primer lugar, con el principio de capacidad económica; a la luz de una interpretación finalista del citado precepto habría que incluir también dentro del término “parentesco” a los parientes por afinidad.

Pero es que, además, esta aplicación estricta del concepto de ascendiente que realiza la Administración, reduciéndolo tan sólo a quien lo es en línea recta (por nacimiento o adopción), con la consiguiente exclusión de los parientes por afinidad o por línea

³⁵⁷Y lo mismo sucedería con un hermano o hermana que conviva con el contribuyente y no tenga rentas anuales distintas de las exentas superiores a 8.000 euros (a pesar de padecer, por ejemplo, una minusvalía psíquica del 65%), con un tío o una tía que padezca una minusvalía igual o superior al 65% (se trataría de un pariente colateral del tercer grado que no da derecho a la práctica de ninguna reducción en concepto de ascendiente), o de la madrastra o el padrastro que conviva con el contribuyente durante un período prolongado de tiempo.

colateral (a pesar de tratarse de parientes próximos, en términos afectivos), resulta incompatible con la justicia.

A mayor abundamiento, consideramos que la inclusión de los parientes por afinidad resultaría incongruente con la política legislativa seguida por el propio texto legal, que concede en ocasiones beneficios a determinadas actuaciones destinadas a favorecer a los parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado (caso, por ejemplo, de las aportaciones a los patrimonios protegidos o de aquellas otras efectuadas a los planes de pensiones constituidos a favor de los discapacitados) y que, en otras ocasiones opta por la denegación de los citados beneficios.³⁵⁸

Por lo que respecta al alcance del término “convivencia”, conviene recordar que la Administración ha venido manteniendo una línea interpretativa restrictiva en torno a dicha expresión, identificando la misma con la “cohabitación física y diaria en la misma vivienda habitual”³⁵⁹. Significa ello que si el ascendiente reside en su propia vivienda, a pesar de que el descendiente le asista en todo tipo de tareas domésticas, sufragando sus gastos e incluso pernoctando más del 50% de las noches en el domicilio del ascendiente, no podrá practicarse la citada reducción³⁶⁰.

En nuestra opinión se vuelve a plantear aquí una eventual vulneración del principio de capacidad económica. Nótese además que el legislador no contempla como requisito la necesidad de que las cuotas de los centros especializados en que residen sus ascendientes resulten abonadas, aunque sea en parte, por sus descendientes. Dada esta falta de previsión, la aplicación de la reducción podría contrariar el citado principio.

Como se recordará, a través de la modificación operada en la antigua Ley 40/1998, reguladora del IRPF, por la Ley 46/2002, tuvo lugar el traslado del requisito contenido en el art. 40.4. *in fine* de la antigua Ley, relativo a la convivencia con el ascendiente al menos durante la mitad del período impositivo al art. 57.4 del TRLIRPF, produciéndose la eliminación de la exigencia de “dependencia” vigente en aquél momento³⁶¹.

³⁵⁸En otras palabras, si lo que se persigue mediante la aplicación de estas reducciones es aproximarnos a cifrar la capacidad económica del contribuyente, esta queda igualmente disminuida tanto cuando el pariente a su cargo lo es el padre como cuando se ha hecho cargo de un tío o del suegro, por ejemplo.

³⁵⁹Declara, por ejemplo, la DGT en contestación a Consulta de 2 de febrero de 2000 que “convivencia” significa cohabitación, es decir, “*vivir, cohabitar, morar en compañía del contribuyente*”.

³⁶⁰Esta circunstancia podría plantearse, por ejemplo, en aquellos supuestos en los que exista imposibilidad de trasladar al ascendiente discapacitado al domicilio del sujeto pasivo por no encontrarse este adecuado a la minusvalía de aquél o por la inexistencia de espacio suficiente. La DGT ha negado la aplicación de la reducción en estos supuestos a través de numerosas Consultas, entre otras, las de 2 de febrero de 2001, 12 de septiembre y 25 de noviembre de 2002 y 25 de noviembre de 2003. En esta última la DGT deniega la aplicación de la reducción a un contribuyente que se desplaza expresamente la mayoría de las noches a cuidar a su madre.

³⁶¹Pensemos por ejemplo en el caso de un ascendiente que cumpla los requisitos exigidos para generar la reducción con respecto al descendiente con el que convive, aunque dependa económicamente de otro u otros descendientes que le sufragan la totalidad o parte de los gastos derivados de su asistencia. Estos últimos, al no convivir con aquél, no tendrían derecho a la reducción. Coincidimos con MARTÍN GÁLVEZ, P., “El mínimo exento en la nueva regulación del IRPF”, en *Impuestos*, tomo I, 1999, pág. 281, en que sería deseable una aplicación más flexible de este requisito ya que, en definitiva, lo importante no es otra cosa que la dependencia económica. En palabras del citado autor “*la convivencia, como dato fáctico, no es imprescindible ni necesaria para permitir el sujeto reducir la base imponible en el mínimo*”.

Señala la DGT en contestación a Consulta de 25 de noviembre de 2002 que el hecho de que el contribuyente sufrague los gastos de alquiler del ascendiente y de la persona que lo atienda ha de ser tomado como índice de que no se cumple el requisito de convivencia, “(...) a pesar de que el contribuyente se desplace más del 75% de las noches al domicilio del ascendiente y sufrague las atenciones que el mismo requiere”.³⁶²

En cuanto al requisito de que la convivencia se prolongue, al menos, durante la mitad del período impositivo, se trata de una previsión pensada específicamente para aquellos casos en los que los ascendientes mayores conviven por temporadas con varios descendientes lo que determina que, como mucho, puedan aplicarse el beneficio fiscal dos descendientes. Así las cosas, cabe considerar que dicho período de tiempo podrá transcurrir de forma continua o discontinua a lo largo del año.

Por otra parte, en el caso de que el ascendiente conviva a lo largo de un período impositivo con más de dos descendientes, cada uno de los cuales disponga a su vez de vivienda propia, podrá suceder que, o bien ninguno de ellos pueda aplicarse el beneficio fiscal, al no darse en ningún caso una convivencia de, al menos, seis meses, o bien que sólo uno de ellos pueda beneficiarse de la reducción por haber convivido seis o más meses, en cuyo caso de la literalidad de la norma cabría deducir que el sujeto en cuestión podrá aplicarse el íntegro del beneficio fiscal³⁶³.

A nuestro juicio, una correcta aplicación del principio de capacidad económica exigiría que el legislador permitiera de manera expresa el prorrateo de la reducción, incluso en aquellos supuestos en los que el número de beneficiarios resultase superior a dos, ya que todos ellos colaboran con sus rentas al sostenimiento del ascendiente.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 57.4.in fine del antiguo TRLIRPF (circunstancia que se mantiene en la regulación que ofrece la nueva Ley), el requisito relativo a la convivencia ha de ser cumplido aún cuando el ascendiente discapacitado resulte internado en “centros especializados”, entendiéndose por tales las instituciones sanitarias o asistenciales, de salud mental, así como las residencias de ancianos. Se trata de una novedad incorporada a raíz de la modificación operada en esta materia por la ya citada Ley 46/2002 que, sin embargo, obvia toda referencia al hecho de que el

familiar. En este sentido, debemos preguntarnos si tal reducción no podrá ser practicada por un sujeto pasivo del que dependa su padre, pero que viva en un asilo de ancianos y no obtiene ningún tipo de rentas o que viva en su propio domicilio, sin rentas o con rentas inferiores al salario mínimo interprofesional. Evidentemente, a nuestro juicio, la ratio legis no puede ser ésta”.

³⁶²En esta misma línea se sitúa la contestación a Consulta de 25 de noviembre de 2002, que analiza un supuesto de imposibilidad material de cohabitación, ya que el consultante tiene que atender las necesidades más elementales, tanto de su madre, aquejada de graves problemas de salud, como de su hermano, con minusvalía psíquica de más del 65%.

³⁶³La exigencia de este requisito relativo a que la convivencia se prolongue durante, al menos, la mitad del período impositivo, permitiría además que dos descendientes puedan practicar la reducción completa por un mismo ascendiente, siempre que convivan exactamente la mitad del año con cada uno de ellos. En cambio, impide el prorrateo de la misma en aquellos casos en los que la convivencia durante el año resulta inferior a seis meses, a diferencia de lo que sucedía bajo la vigencia de la Ley 18/1991. De cualquier manera, y tal y como tuvimos oportunidad de precisar en su momento, se trata de una prueba muy complicada, produciéndose de hecho en la práctica “arreglos” entre los propios descendientes destinados a prorratearse el importe de la reducción por mitades y en turnos, al objeto de poder hacer frente al rigor de la norma.

descendiente deba sufragar los gastos que origine el internamiento en el correspondiente centro especializado, como quizás hubiese resultado lógico desde la perspectiva que ofrece una adecuada aplicación del principio de capacidad económica³⁶⁴.

Es esta una importante deficiencia de la norma que, en nuestra opinión, habría de ser corregida a la luz de una interpretación finalista del precepto. Y lo mismo cabe indicar respecto de la posibilidad de que, existiendo varios contribuyentes descendientes que puedan beneficiarse de la reducción, siendo únicamente uno de ellos el que satisface los gastos que origine el centro especializado en el que se halle ingresado el ascendiente, proceda prorratear su aplicación entre quienes verdaderamente hayan procedido a sufragar tales gastos.

¿Resultaba compatible la presente reducción con la establecida en el art. 55.2 del antiguo TRLIRPF? Así es, por mención expresa además del art. 58 del citado texto legal. En consecuencia, siendo de aplicación ambas reducciones a un mismo supuesto, procedía aplicar en primer término la de 800 euros del citado art. 55.2 del TRLIRPF para, con posterioridad, entrar a minorar los 2.000 euros o, en su caso, los 5.000 euros anuales a los que se refiere el art. 58 del antiguo texto legal.

La justificación de dicha compatibilidad parece clara: aún cuando ambas reducciones se aplicaban en base a la misma circunstancia, la finalidad no era otra que otorgar un trato de favor a la discapacidad. Y ello a pesar de que, al amparo de la adopción de una adecuada técnica normativa, parecía lógico proceder a la unificación de ambas, al menos en la parte a la que se refieren a circunstancias idénticas.

Por lo que respecta a la segunda de las reducciones susceptibles de aplicarse por ascendientes discapacitados, esta se refería a los gastos de asistencia. Su regulación quedaba recogida en el art. 58.4 del antiguo TRLIRPF, que fijaba una reducción adicional de 2.000 euros anuales en los supuestos en los que aquellos acreditasen necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida o un grado de minusvalía igual o superior al 65%.³⁶⁵

Era esta una reducción dirigida al contribuyente en virtud de su propia discapacidad o por la discapacidad de sus ascendientes o descendientes. Los descendientes debían reunir los requisitos establecidos para el mínimo familiar, mientras que los ascendientes habían de cumplir los requisitos diseñados para la reducción por edad de ascendientes. Y por lo que respecta al alcance de los conceptos de descendiente y ascendiente, volvemos a insistir en que la doctrina administrativa ha venido considerando que el parentesco debe entenderse por consanguinidad y no por afinidad.³⁶⁶

³⁶⁴Téngase presente que en aquellos supuestos en los que el propio discapacitado (ya sea directamente o de forma indirecta, a través del previo pago de unas primas de seguro de vida que haga frente a esta posibilidad) o bien una determinada institución pública se hagan cargo de la financiación del centro especial, carece de toda razón de ser, al menos desde un punto de vista de justicia tributaria, que el descendiente tenga derecho a la aplicación de la reducción.

³⁶⁵Acerca de la especial naturaleza que presentan estos conceptos, nos remitimos a lo anteriormente indicado al estudiar las reducciones susceptibles de ser aplicadas respecto de los descendientes que requieran de estas ayudas.

³⁶⁶Así, por ejemplo, declara la DGT en contestación a Consulta de 12 de septiembre de 2002 que la citada reducción no puede ser practicada por el cuidado de un hermano discapacitado. Y tampoco resulta posible su aplicación por el cuidado del hermano discapacitado del padre del contribuyente (Consulta de 21 de

En todo caso, y al igual que sucede respecto de las reducciones por descendientes discapacitados, la aplicación de ambas reducciones exigía tener presente un conjunto de reglas, recogidas en los arts. 58.5 y 57 del antiguo TRLIRPF, y a las que actualmente se refiere el art. 61 de la nueva Ley 35/2006, referidas a la aplicación del mínimo del contribuyente y de los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad.

En primer lugar, si existiesen dos más contribuyentes con derecho a la aplicación de la reducción, ésta se prorratearía por partes iguales³⁶⁷ si bien, cuando los contribuyentes tuviesen distinto grado de parentesco con el ascendiente, la aplicación de la reducción correspondería a los de grado más cercano, salvo que estos carezcan de rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso correspondería a los del siguiente grado.³⁶⁸

En segundo término, no resultaba posible la aplicación de la reducción cuando los ascendientes presentasen declaración por el IRPF o solicitud de devolución de retenciones³⁶⁹. Cabe precisar a este respecto que la obligación de declarar del

enero de 2003), por los suegros o padres políticos (Consulta de 9 de mayo de 2001), por la tía (Consulta de 23 de abril de 2001) o por la madrastra (Consulta de 19 de noviembre de 2001).

³⁶⁷A *priori*, el prorrateo forzoso por partes iguales podría conducir a la inaplicación parcial de la reducción por un ascendiente cuando alguno de los contribuyentes careciese de base imponible suficiente para hacer efectiva su parte de la reducción. No obstante, esta restricción podría salvarse interpretando que, realmente, sólo tienen derecho a la aplicación de la reducción aquellos contribuyentes cuya base imponible presenta una cuantía suficiente como para permitirles efectuar la reducción. De este modo quedarían resueltas todas aquellas situaciones en las que alguno de los contribuyentes no puede practicar la reducción en absoluto. ¿Y que sucedería en aquellos casos en los que un contribuyente no pudiese practicar parcialmente su parte correspondiente de la reducción? En principio, el tenor de la norma parece exigir el prorrateo por partes iguales, quedando en consecuencia excluido un reparto desigual. Ahora bien, a nuestro juicio cabría la posibilidad de interpretar que sólo tienen derecho a la aplicación de la reducción aquellos contribuyentes cuya base imponible presenta una cuantía suficiente para permitir efectuar completamente la misma, posibilitándose así que practiquen la reducción únicamente aquellos contribuyentes que cuenten con una base imponible suficiente para reducir completamente la parte de la base imponible que les corresponda, íntegra si es sólo uno o prorrateada por partes iguales si son varios. De hecho, la propia norma contempla la posibilidad de que sean los descendientes del siguiente grado (caso por ejemplo de los nietos en lugar de los hijos), quienes apliquen la reducción en aquellos supuestos en los que los de grado más cercano no tengan rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros. Con ello parece querer excluirse el prorrateo de la reducción respecto de quienes carecen de renta suficiente para practicarla.

³⁶⁸Nótese por tanto como la regla parece prever el supuesto en el que todos los descendientes de grado más cercano carezcan de rentas anuales superiores a 8.000 euros, debiendo estimarse en dicho caso que la reducción se prorrateará por partes iguales entre los descendientes de grado más lejano. Sin embargo, nada dispone el legislador para aquellos casos en los que no son todos los de grado más cercano los que se encuentran en dicha situación. En este último supuesto, son múltiples las alternativas que cabría adoptar: prorrateo por partes iguales entre los descendientes de grado más cercano con rentas anuales superiores a 8.000 euros; prorrateo por partes iguales entre los descendientes de grado más cercano con rentas anuales superiores a 8.000 euros y aquellos del siguiente grado descendientes de quien carece de rentas anuales superiores a 8.000 euros; reparto de la parte de la reducción del ascendiente que carece de rentas superiores a 8.000 euros entre sus descendientes del siguiente grado que sí las tengan o incluso reparto por partes iguales entre todos los descendientes con rentas anuales superiores a 8.000 euros con independencia del grado de parentesco con el ascendiente que da derecho a la reducción.

³⁶⁹Esta exclusión fue introducida por la antigua Ley 40/1998, que excluía directamente de la posibilidad de acogerse a la reducción por todos aquellos ascendientes que, más allá de la mayor o menor cuantía de su renta y de la consiguiente mayor o menor disminución de la capacidad económica del descendiente que

ascendiente comporta a su vez, de manera inexcusable, la presentación de declaración por el IRPF. Así lo puso de manifiesto la DGT en contestación a Consulta de 29 de noviembre de 2004, señalando que *“la obligación de declarar (...) comporta inexorablemente la obligación, a su vez, de presentar la declaración por el impuesto sobre la renta. Y la no presentación de la declaración cuando se esté obligado a ello, es decir, el incumplimiento de una obligación tributaria, no puede reportar ningún tipo de beneficio fiscal como la aplicación de la reducción por ascendiente del art. 55.2 del TRLIRPF”*.

Por otra parte conviene no olvidar que el ascendiente que renunciara a presentar tanto la declaración como la antigua comunicación de datos (suprimida por la nueva Ley 35/2006) y la solicitud de devolución (al no estar obligado a ello) con la finalidad de no privar a su descendiente del derecho a practicar la reducción, estaría renunciando también a la devolución de la cuota diferencial que, eventualmente, pudiera corresponderle de acuerdo con su autoliquidación, debido a la existencia de un exceso de las retenciones e ingresos a cuenta soportados y de los pagos fraccionados efectuados sobre la cuota líquida total del impuesto minorada en el importe de las deducciones correspondientes.

Es más, el ascendiente que renunciase a realizar la declaración o a solicitar la devolución habiendo sufrido la práctica de retenciones a cuenta dejaría de aplicar, tanto su propia reducción por edad y asistencia (piénsese que, en caso contrario, se aplicarían dos veces dichas reducciones en relación con un mismo sujeto), como las restantes reducciones y bonificaciones a las que pudiera tener derecho, incluido su propio mínimo personal.³⁷⁰

A nuestro juicio, la aplicación del presente requisito despojaba de toda razón de ser al fundamento de las reducciones por edad, asistencia, discapacidad y gastos de asistencia correspondientes a ascendientes que, en su caso, tuvieran derecho a una devolución superior al resultado de multiplicar el importe de las respectivas reducciones por el tipo marginal aplicable por el contribuyente a una parte de la base liquidable equivalente al importe de las mismas³⁷¹. Dicho condicionamiento de la aplicación de la reducción,

asume la carga familiar correspondiente al mismo, se encuentran obligados a declarar en función de cuál sea la fuente de la misma.

³⁷⁰Esta situación fue denunciada por ALONSO MADRIGAL, F. J., en *“La protección del mínimo vital de los mayores en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas: las reducciones en la base imponible por edad, asistencia, discapacidad de ascendientes y gastos de asistencia de los ascendientes discapacitados”*, ob. cit., pág. 34, para quien lo dispuesto en el art. 57.2 del antiguo TRLIRPF constituía una especie de *“impuesto mínimo”* que debían soportar aquellos ascendientes que no quisieran privar a sus descendientes del derecho a la reducción, y que no respetaba además la garantía del mínimo vital o existencial, cuya salvaguarda persigue el mínimo personal. Como alternativa a estos problemas que planteaba la aplicación de la regla del art. 57.2 proponía el citado autor integrar, al menos a efectos de la práctica de la reducción, la imposición sobre la renta del ascendiente y la del descendiente, de manera que tanto aquél como éste compartieran las reducciones correspondientes al primero. A juicio del citado autor, *“si de lo que se trata es de evitar que la protección del mínimo vital correspondiente al ascendiente se aplique dos veces, por el contribuyente y por el ascendiente que presenta declaración o comunicación, bastaría con hacer incompatible exclusivamente dicha aplicación y no la declaración o comunicación. En la medida en que el ascendiente, en función del importe de su renta, no llegue a aplicar efectivamente las reducciones correspondientes a la salvaguarda de su mínimo vital, debería permitirse aplicarlas al descendiente con el que convive y del que, por su escasa renta, depende”*. Ciertamente, un criterio similar fue adoptado por el legislador en relación con aquellos supuestos de convivencia de varios descendientes con un mismo ascendiente que da derecho a la práctica de la reducción.

³⁷¹En la práctica son los contribuyentes de rentas más altas los que, debido al efecto creciente que originan estas reducciones con el tipo marginal aplicable a la renta del contribuyente, obtienen con mayor

además de resultar claramente contradictorio con la finalidad proclamada por el legislador de gravar la renta disponible, originaba situaciones claramente insatisfactorias desde el punto de vista de la igualdad.³⁷²

Por último, las circunstancias personales del ascendiente habían de tenerse en cuenta en el instante del devengo del Impuesto de manera tal que, si el ascendiente fallecía antes de ocurrir aquél, se perdía el derecho a practicar la reducción, sin posibilidad alguna de proceder a su prorrateo³⁷³. Obsérvese por tanto que se trataba de la misma situación a la que hacíamos referencia con anterioridad al analizar las reducciones por descendientes.

A nuestro juicio, sin embargo, con independencia de que la determinación de las circunstancias familiares que deban tenerse en cuenta a efectos de la práctica de la reducción se realice atendiendo a la situación existente en la fecha del devengo del Impuesto, el fallecimiento del ascendiente que da derecho a aquélla no debía impedir la práctica de la misma, siempre y cuando se cumpla el requisito de la convivencia mínima de seis meses durante el período impositivo. Como a continuación expondremos, la nueva Ley 35/2006 permite que, en caso de fallecimiento de un descendiente que genere el derecho al mínimo por descendientes, la cuantía susceptible de reducir sea de 1.800 euros anuales por ese descendiente.³⁷⁴

En suma, el tratamiento que el legislador del IRPF ha venido otorgando a la protección del mínimo vital o existencial de los contribuyentes mayores de 65 o de 75 años y de los contribuyentes que conviven con ascendientes mayores de 65 o de 75 años, discapacitados o de movilidad reducida que requieren la ayuda de terceras personas, ha estado articulado, entre otras medidas, a través de la aplicación de las reducciones por asistencia, discapacidad de ascendientes y gastos de asistencia de los ascendientes discapacitados.

La principal razón de ser de este conjunto de reducciones no ha sido otra que garantizar el mínimo vital, en base a lo cual el legislador debía proceder a su integración en el mínimo personal o familiar, especificando cuál es su carácter de renta no sujeta o de

facilidad un beneficio neto positivo (en términos familiares) derivado de la renuncia a la devolución por parte de sus ascendientes. En cambio los contribuyentes de rentas más bajas, que son los que demandan una mayor necesidad de la bonificación, tienen mayores dificultades para obtener dicho resultado neto positivo con motivo de la renuncia de su ascendiente a la devolución.

³⁷²De hecho, ya en su día la Comisión para la Reforma del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se encargó de precisar que el citado condicionamiento crea agravios, en la medida en que *“personas con ingresos reducidos, inferiores al límite reglamentariamente establecido para que el contribuyente pueda aplicarse los pertinentes mínimos familiares, tienen la posibilidad de efectuar la comunicación establecida legalmente para solicitar la devolución de las retenciones que le hayan practicado sobre los rendimientos percibidos; y, sin embargo, por el hecho formal de presentar tal comunicación para hacer efectivo su derecho, se impide que el contribuyente pueda aplicar los mínimos familiares correspondientes a esas personas a los que, en principio, tiene también derecho”*.

³⁷³En efecto, en numerosas contestaciones a Consultas (caso, por ejemplo, de las de 3 de diciembre de 1999, 7 de marzo de 2000 y 28 de diciembre de 2002), la DGT deja claro que es necesaria la supervivencia del ascendiente el último día del período impositivo para poder practicar la reducción.

³⁷⁴De manera un tanto incongruente, el legislador admitía la práctica de la reducción correspondiente a un ascendiente que vive durante los nueve primeros meses del año con un descendiente y que, con posterioridad, cambia su residencia temporal o definitivamente durante el resto del ejercicio; en cambio no se admitía su práctica, dadas las mismas condiciones, si el ascendiente fallece el 30 de diciembre.

renta exenta, en aras de clarificar el cómputo del límite de renta percibida por el ascendiente a partir del cual se tiene derecho a la práctica de la reducción.

La cuantía de la protección del mínimo vital debía ser objeto de una mejora sustancial en el caso de las reducciones por edad y asistencia por los ascendientes, en especial para los contribuyentes de rentas más bajas. Por otra parte, debía evitarse que el acceso a la protección del mínimo vital se limitara exclusivamente a los contribuyentes que contasen con cuota suficiente para practicar la deducción.

Varias son las alternativas que el legislador podía adoptar. Una de ellas es la relativa a la posibilidad de ampliar el círculo de ascendientes que dan derecho a la práctica de las reducciones en línea recta o colateral hasta el tercer grado, incluyendo a los que lo son por afinidad. E igualmente podía haberse perfeccionado la norma relativa al prorrateo de las reducciones entre parientes.

En aras de eliminar la exclusión del derecho a la reducción correspondiente a los ascendientes que presentan declaración, cabía la posibilidad de permitir que descendientes y ascendientes compartiesen las reducciones correspondientes a éste, o bien sustituir la protección del mínimo vital correspondiente al ascendiente articulada mediante la práctica de una reducción en la base por una deducción en la cuota diferencial que pueda ser objeto de abono en forma anticipada.

Por último, puesto que, como venimos subrayando, la finalidad última derivada de la aplicación de estas reducciones reside en la salvaguarda del mínimo vital, el requisito de la convivencia había de flexibilizarse, fortaleciéndose el criterio de la dependencia económica, y operando aquélla como una presunción derivada de la existencia de ésta.

Pues bien, como ya hemos precisado, la nueva Ley 35/2006 deja de contemplar la aplicación de este conjunto de reducciones como una minoración de la base imponible general a los efectos de determinar la base liquidable general, optando en cambio por eliminar algunas de ellas y proceder a su integración en el esquema liquidatorio del Impuesto. Y, por lo que respecta a las reducciones por ascendientes y descendientes discapacitados, quedan integradas en el llamado mínimo por discapacidad, al que se refiere el art. 60 de la nueva Ley.

Así, y de conformidad con lo dispuesto en el citado precepto, el mínimo por discapacidad del contribuyente se sitúa en 2.270 euros anuales tratándose de una persona con discapacidad, y en 6.900 euros anuales tratándose de una persona con discapacidad que acredite un grado de minusvalía igual o superior al 65%. Dicho mínimo puede incrementarse además, en concepto de gastos de asistencia, en 2.270 euros anuales siempre y cuando se acredite necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida o un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

Por su parte, el mínimo por discapacidad de ascendientes o descendientes se fija en 2.270 euros anuales por cada uno de los descendientes o ascendientes que generen derecho a la aplicación del mínimo por descendientes o ascendientes, tratándose de personas con discapacidad, y cualquiera que sea su edad. Este mínimo se sitúa no obstante en 6.900 euros anuales por cada uno de los ascendientes o descendientes que acrediten un grado de minusvalía igual o superior al 65%, pudiendo incrementarse además, en concepto de gastos de asistencia, en 2.270 euros anuales por cada

ascendiente o descendiente que acredite necesitar ayuda de terceras personas, movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65%.

La nueva Ley se encarga de precisar que tienen la consideración de personas con discapacidad aquellos contribuyentes que acrediten, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan, un grado de minusvalía igual o superior al 33%, el cual se considera además acreditado tratándose de pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente se considera acreditado un grado de minusvalía igual o superior al 65% cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

Tal y como precisa el art. 61 de la nueva Ley 35/2006, de cara a la determinación del mínimo del contribuyente así como de los mínimos por descendientes, ascendientes y discapacidad, cuando dos o más contribuyentes tengan derecho a su aplicación respecto de los mismos ascendientes o descendientes, su importe ha de prorratearse entre ellos por partes iguales si bien, en el supuesto de que los contribuyentes tuviesen distinto grado de parentesco con el ascendiente o descendiente, la aplicación del mínimo correspondería a los de grado más cercano, salvo que éstos no tuvieran rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros, en cuyo caso correspondería a los del siguiente grado.

No procede la aplicación de los mínimos por descendientes, ascendientes o discapacidad en el supuesto de que los ascendientes o descendientes que generen el derecho a los mismos presenten declaración por el Impuesto con rentas superiores a 1.800 euros.

La determinación de las circunstancias personales y familiares que deban tenerse en cuenta a estos efectos se realiza, al igual que sucedía al amparo del antiguo TRLIRPF, atendiendo a la situación existente en la fecha de devengo del Impuesto. Ahora bien, en caso de fallecimiento de un descendiente que generase el derecho al mínimo por descendientes, la cuantía sería de 1.800 euros anuales por ese descendiente. En todo caso, para la aplicación del mínimo por ascendientes es necesario que éstos convivan con el contribuyente, al menos, la mitad del período impositivo.

CAPÍTULO VI. AYUDAS A DISCAPACITADOS POR SUJETOS PRIVADOS EXTERNOS

A) SUJETOS Y ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE ASISTENCIA A DEPENDIENTES. RÉGIMEN FISCAL

Mercedes Ruiz Garijo
Profesora Ayudante de Derecho Financiero y Tributario

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. TRATAMIENTO FISCAL DE LA PERSONA QUE REALIZA TRABAJOS DE ASISTENCIA PERMANENTE

1) IRPF. EXENCIONES Y REDUCCIONES PERSONALES EN LA BASE IMPONIBLE DEL APORTANTE PERSONA FÍSICA

- A) Exención de las prestaciones económicas recibidas en virtud de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de dependencia**
- B) Reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad**
- C) Mínimos personales. Requisitos para su aplicación. En concreto, el parentesco y la convivencia**
- D) Reducción por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad (reenvío)**

3) VALORACIÓN CRÍTICA: ¿CONVENIENCIA DE OTRAS MEDIDAS FISCALES QUE PERMITAN CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL?

III. RÉGIMEN FISCAL DE ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS A SUJETOS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

- 1) Definición del Tercer Sector por la Ley**
- 2) Participación del tercer sector en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia**
- 3) Razones que justifican los incentivos fiscales a favor de determinadas entidades**
- 4) Régimen fiscal del tercer sector**
 - A) Entidades sin fines lucrativos**
 - a) Beneficios fiscales. Régimen de exención plena. Ley 49/2002**
 - b) Régimen de donativos y otras aportaciones**
 - B) Fundaciones, asociaciones de utilidad pública y otras entidades que no pueden acogerse a la Ley 49/2002**
 - C) Cooperativas de trabajo asociado, de iniciativa social y sanitarias**
 - a) Requisitos para su protección fiscal. En especial, los límites a los resultados extracooperativos**
 - b) Su consideración como ESFL**
 - D) Centros especiales de empleo y Empresas de inserción social**

5) Sociedades que realizan actividades de asistencia a personas en situación de dependencia

- A) Deducciones en el Impuesto sobre Sociedades.**
- B) Régimen de mecenazgo**

6) Impuesto sobre el Valor Añadido. Prestación de servicios y entrega de bienes a personas dependientes. Problemas

- A) Introducción. Neutralidad del Impuesto e incidencia sobre la persona dependiente. En defensa de una exención objetiva que alcance todos los servicios de asistencia al discapacitado**

B) Servicios de asistencia social prestados por establecimientos privados de carácter social. Reflexiones sobre una reforma del Impuesto que impida que las entidades del tercer sector queden definitivamente incididas

a) Ámbito objetivo

b) Ámbito subjetivo. Posibilidad de aplicar la exención a personas físicas

c) Concepto de entidad o establecimiento privado de carácter social

C) El problema del autoconsumo para determinadas entidades

D) Tributación de los servicios prestados por entidades privadas de asistencia a personas en situación de dependencia

a) Introducción

b) Servicios de asistencia social no acogidos a la exención anterior

c) Servicios sanitarios. Su distinto tratamiento según la entidad actué en régimen de precios autorizados o comunicados

d) Servicio de alojamiento. Consideración de los centros geriátricos y de hospitalización como vivienda habitual de la persona en situación de dependencia

e) Servicios de transporte. Tributación de los vehículos para minusválidos

f) Otros servicios: cafetería, acompañamiento y peluquería

E) Exenciones y tributación reducida para determinados bienes

5) Impuestos Locales. En especial, la exención de los vehículos de minusválidos establecida en el IVTM

B. EL SEGURO DE DEPENDENCIA: RÉGIMEN JURÍDICO.

P. Martínez-Gijón Machuca

Profesor Titular de Derecho Mercantil

Sumario: I. Consideraciones preliminares. II. Sistema público de protección social y seguro privado de dependencia. III. Delimitación del tipo de seguro. 1. Observaciones previas. 2. Concepto. 3. Naturaleza jurídica. 3.1. La clasificación de los tipos de seguros en la LCS. 3.2. El riesgo y el interés en el seguro de dependencia. 3.3. Aproximación del seguro de dependencia a los seguros contra daños. 3.4. El seguro de dependencia como un seguro de prestación de servicios. 3.5. Distinción entre el seguro de dependencia y otras operaciones de prestación de servicios. 4. El seguro de dependencia y el seguro de asistencia sanitaria. IV. Cuestiones relativas al contenido del contrato de seguro de dependencia. 1. Momento en el que nace la prestación del asegurador. Los plazos de carencia. La duración del contrato. 2. Obligaciones del asegurador. 2.1. Naturaleza jurídica de la prestación del asegurador. 2.2. Organización y contenido de la prestación del asegurador. 2.3. Mora del asegurador de dependencia. 2.4. Incumplimiento de la prestación y responsabilidad del asegurador. 3. Obligaciones y deberes del tomador del seguro o del asegurado. 3.1. Régimen aplicable en los supuestos de inexactitud o reserva en la declaración del riesgo y en los supuestos de agravación del riesgo. La regla proporcional. 3.2. Falta de pago de primas periódicas sucesivas. 3.3. Deberes del tomador del seguro o del asegurado en relación con el siniestro. 3.3.1. Deber de comunicar el acaecimiento del siniestro. 3.3.2. Deber de informar sobre las circunstancias y las consecuencias del siniestro. 3.3.3. Deber de aminorar las consecuencias del siniestro. 4. Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de dependencia.

C. LA FIGURA DE LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS.

Y. García Calvente

Profesora Titular de Derecho Financiero

Sumario:1. Introducción. 2. El “patrimonio protegido” del discapacitado. 3. El concepto de discapacitado en el sistema tributario español y su acreditación. 4. Beneficios fiscales previstos en la ley 41/2003. 4.1. Régimen fiscal aplicable al discapacitado titular del patrimonio. 4.2. Régimen fiscal aplicable a los sujetos que realizan las aportaciones. 4.2.1. Aportaciones realizadas por personas físicas. 4.2.2. Aportaciones realizadas por personas jurídicas. 4.3. Exenciones en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales de las aportaciones al “patrimonio protegido”. 4.4. La posible exención en el impuesto sobre el patrimonio de los bienes integrantes del “patrimonio protegido”. 5. Bibliografía.

A) SUJETOS Y ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS DE ASISTENCIA A DEPENDIENTES. RÉGIMEN FISCAL

I. INTRODUCCIÓN

La ayuda a las personas en situación de dependencia puede materializarse en **dos tipos de medidas**³⁷⁵. Las primeras, aquellas dirigidas específicamente, para la persona que se encuentra en dicha situación, tal y como se ha visto en el capítulo anterior. Aquí se trata de favorecer, directamente, a la persona en situación de dependencia.

El segundo bloque de ayudas viene constituido por aquellas medidas, cada vez más importantes, que consisten en incentivar la realización de actividades o actitudes que mejoren la situación de las personas en situación de dependencia. Aquí se trataría de crear las condiciones posibilitantes de una conciencia social que sea favorable a la denominada discriminación positiva de la persona en situación de dependencia. En primer lugar, estarían aquellas medidas dirigidas a sus **familiares**. No hay que olvidar que la familia suele ser el principal núcleo desde el que se proporciona la asistencia personal a las personas con discapacidad, en su domicilio, la mayoría de las veces, tal y como se recoge en el Libro Blanco³⁷⁶. El lugar sigue siendo, además, el hogar del discapacitado.

³⁷⁵ La protección fiscal del fenómeno de la dependencia tiene un alcance amplio. Así, en materia de discapacidad, CARBAJO VASCO ha afirmado que sería erróneo y reduccionista «plantear la adecuación del sistema tributario al discapacitado tomando en consideración, exclusivamente, la incidencia de la discapacidad en la capacidad económica de la persona con minusvalía, sin analizar el impacto en el sistema fiscal de la “discapacidad”, concepto mucho más general (...). Por lo tanto, es más correcto hablar del tratamiento fiscal de la “discapacidad” que de la situación tributaria del “discapacitado”, trasladando el tema desde la persona al conjunto de relaciones ligadas entre sí por la cualificación del sujeto discapacitado, que es el eje de las mismas». «La situación fiscal del discapacitado. Algunas reflexiones». *Crónica Tributaria*, núm. 119, 2006, pág. 82.

³⁷⁶ Libro Blanco «Atención a las personas en situación de dependencia en España», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 69 y ss.

Cuadro 17. Personas con discapacidad que reciben ayudas de asistencia personal por sistema proveedor de ayudas, grandes grupos de edad y sexo. (Datos referidos a personas de seis y más años.) España, 1999.

| | 6 a 64 años | 65 a 79 años | 80 y más años | Total |
|----------------------|----------------|----------------|----------------|------------------|
| Ambos sexos | | | | |
| Público | 39.641 | 39.015 | 44.489 | 123.145 |
| Familia | 434.718 | 467.453 | 408.421 | 1.310.592 |
| Otro sistema privado | 48.364 | 89.060 | 84.060 | 221.484 |
| No consta | 90.663 | 73.909 | 45.424 | 209.996 |
| TOTAL | 556.954 | 605.064 | 508.432 | 1.670.450 |
| Varones | | | | |
| Público | 22.159 | 10.806 | 9.462 | 42.427 |
| Familia | 197.889 | 148.968 | 109.244 | 456.101 |
| Otro sistema privado | 13.221 | 15.888 | 16.625 | 45.734 |
| No consta | 48.732 | 28.886 | 14.448 | 92.066 |
| TOTAL | 258.210 | 189.508 | 132.961 | 580.679 |
| Mujeres | | | | |
| Público | 17.482 | 28.210 | 35.026 | 80.718 |
| Familia | 236.829 | 318.485 | 299.177 | 854.491 |
| Otro sistema privado | 35.143 | 73.173 | 67.435 | 175.751 |
| No consta | 41.931 | 45.023 | 30.976 | 117.930 |
| TOTAL | 298.744 | 415.556 | 375.471 | 1.089.771 |

Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Encuesta sobre Discapacitados, Deficiencias y Estado de Salud 1999. Resultados detallados. Madrid, 2002.

Cuadro 18. Personas con discapacidad que reciben ayudas de asistencia personal por lugar de residencia del cuidador principal, grandes grupos de edad y sexo. (Datos referidos a personas de seis y más años.) España, 1999.

| | 6 a 64 años | 65 a 79 años | 80 y más años | Total |
|--------------------|----------------|----------------|----------------|------------------|
| Ambos sexos | | | | |
| En el hogar | 398.179 | 351.010 | 300.006 | 1.049.195 |
| Fuera del hogar | 75.969 | 187.705 | 171.609 | 435.283 |
| No consta | 82.807 | 66.349 | 36.816 | 185.972 |
| TOTAL | 556.954 | 605.064 | 508.432 | 1.670.450 |
| Varones | | | | |
| En el hogar | 193.699 | 133.897 | 84.899 | 412.495 |
| Fuera del hogar | 19.896 | 30.515 | 35.767 | 86.178 |
| No consta | 44.615 | 25.096 | 12.295 | 82.006 |
| TOTAL | 258.210 | 189.508 | 132.961 | 580.679 |
| Mujeres | | | | |
| En el hogar | 204.480 | 217.113 | 215.107 | 636.700 |
| Fuera del hogar | 56.073 | 167.190 | 135.842 | 359.105 |
| No consta | 38.252 | 48.142 | 24.711 | 110.966 |
| TOTAL | 298.744 | 415.556 | 375.471 | 1.089.771 |

Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Encuesta sobre Discapacitados, Deficiencias y Estado de Salud 1999. Resultados detallados. Madrid, 2002.

Conviene destacar, además, cómo es la **mujer** la que se hace cargo del discapacitado: «los datos recogidos en las Tablas anteriores confirman que siguen siendo las familias las que están asumiendo, en su mayor parte, el cuidado de las personas dependientes, a través de lo que ha dado en llamarse «apoyo informal». Para ser más exactos, habría que puntualizar que esa función ha recaído y recae, casi en exclusiva, en las mujeres del núcleo familiar (esto es, en las madres, cónyuges, hijas o

hermanas de las personas dependientes), y, dentro de éstas, en las mujeres de mediana edad, sobre todo en el grupo formado por las que tienen entre 45 y 69 años».

Tabla 4. Sexo y edad de las personas cuidadoras

| | Cuidadores (A) ^(*) | Población 2004 (B) ^(**) | Diferencia (A-B) |
|-------------------------------|-------------------------------|------------------------------------|------------------|
| GÉNERO | | | |
| Hombre | 16,4 | 49,1 | -32,7 |
| Mujer | 83,6 | 50,9 | 32,7 |
| EDAD | | | |
| Menos de 20 años | 1,2 | 4,9 | -3,7 |
| De 20 a 29 | 3,6 | 18,3 | -14,7 |
| De 30 a 39 | 11,9 | 20 | -8,1 |
| De 40 a 49 | 23,8 | 16,9 | 6,9 |
| De 50 a 59 | 28,7 | 13,9 | 14,8 |
| De 60 a 69 | 15,9 | 11,8 | 4,1 |
| Más de 69 años | 14,9 | 14,2 | 0,7 |
| Edad media | 52,9 | 46,2 | 6,7 |
| ESTADO CIVIL | | | |
| Soltero/a | 14,8 | 30,1 | -15,3 |
| Casado/a | 76,2 | 58,3 | 17,9 |
| Viudo/a | 5,1 | 8,1 | -3,0 |
| Separado/a | 2,1 | 2,2 | -0,1 |
| Divorciado/a | 1,5 | 1,3 | 0,2 |
| No consta | 0,3 | | |
| NIVEL DE ESTUDIOS | | | |
| Sin estudios + Analfabetos | 17,1 | 15,9 | 1,2 |
| Primarios | 43,0 | 23,3 | 19,7 |
| Segundo Grado | 32,6 | 46,8 | -14,2 |
| Tercer Grado | 7,0 | 14,0 | -7,0 |
| No sabe | 0,3 | | |
| SITUACIÓN LABORAL | | | |
| OCUPADO | 26,0 | 48,7 | -22,7 |
| NO OCUPADO | 73,1 | 51,3 | 21,8 |
| Jubilado/pensionista | 20,2 | 21,1 | -0,9 |
| Parado habiendo trabajado | 7,0 | 6,4 | 0,6 |
| Parado buscando primer empleo | 0,3 | 1,5 | -1,2 |
| Tareas del hogar | 44,2 | 14,5 | 29,7 |
| Estudiante | 1,4 | 6,2 | -4,8 |
| No contesta | 0,9 | | |

(*) Fuente: IBERCOPGA Ines (2004): Encuesta de Apoyo Informal a los mayores en España. (Data es la fuente de información para todos los gráficos y cuadros, salvo indicación expresa.)

(**) INE (2004): Censo de Población y Viviendas 2001.

Tabla 5. Relación con la actividad de las personas cuidadoras, por género

| | Hombres | Mujeres |
|-------------------------------|---------|---------|
| Ocupado | 31,9 | 24,9 |
| Jubilado/pensionista | 53,7 | 13,7 |
| Parado habiendo trabajado | 8,9 | 6,6 |
| Parado buscando primer empleo | 0,0 | 0,4 |
| Tareas del hogar | 3,6 | 52,1 |
| Estudiante | 0,0 | 1,5 |
| Ns/Nc | 1,1 | 0,8 |

Como puede verse en las tablas anteriores, el 83% del total de cuidadoras/es son mujeres, y de ellas, no reciben ayuda de nadie para la realización de este trabajo el 61,5%. Además, el 52,1% realizan tareas del hogar. Según se pone de relieve en el

mismo Libro Blanco, este desigual reparto de tareas de cuidados dentro del seno familiar, se ha agudizado aún más con el paso del tiempo, pues en 2004 ha subido un punto el porcentaje de mujeres (84%) que son cuidadoras principales³⁷⁷.

Estos datos deben hacernos reflexionar. Primero, si esta participación debe tener un reflejo fiscal, a través del juego de reducciones y deducciones. Segundo, quizás haya que plantearse algunos regímenes fiscales, como el de tributación conjunta, que perpetúan determinados modelos. En especial, el papel de la mujer en el ámbito familiar y, por lo que a nosotros nos interesa, en materia de asistencia a las personas que se encuentran en situación de dependencia³⁷⁸.

En segundo término, también resulta de especial interés algunas medidas propuestas para beneficiar a determinadas **entidades privadas** en cuyo objeto social se incluye de forma prioritaria la protección a las personas en situación de dependencia. En el mismo sentido, hay que fomentar el mecenazgo, cuyo régimen fue regulado extensamente por la Ley 49/2002. Puede tratarse no solamente de sociedades capitalistas sino también de lo que en nuestro ordenamiento se ha denominado como entidades sin fines lucrativos o tercer sector. Este último tipo de entidades ha tenido un protagonismo específico durante toda la tramitación y gestación de la ley, tal y como veremos. El propio Libro Blanco reconocía cómo estas entidades contribuyen a una sociedad más encaminada socialmente y más activa y corresponsable en la resolución de los problemas que nos afectan. Concretamente, se destacaba el papel del Comité Español de Representantes de personas con discapacidad (CERMI), como plataforma de representación, defensa y acción de los ciudadanos españoles con discapacidad, y que aglutina a organizaciones estatales como el COCEM-FE, FEAPS, CNSE, FIAPAS, ASPACE y ONCE³⁷⁹.

Los datos recogidos en el Libro Blanco de Atención a las personas en situación de dependencia en España, son sumamente reveladores a la hora de reflejar el papel de las entidades privadas y las del Tercer Sector³⁸⁰.

³⁷⁷ *Ibidem*, pág. 185 y ss.

³⁷⁸ Y es que, como ha afirmado CARBAJO VASCO en materia de discapacidad «nuestro sistema fiscal sigue preso de la idea de que los problemas fiscales deben concentrarse en el propio discapacitado, persona física y no en el conjunto de relaciones y actividades de éste (discapacidad), donde su consumo y sus particulares necesidades adquisitivas adquieren una relevancia significativa, lo que conduce a un excesivo predominio de los incentivos fiscales para el discapacitado y a sus ascendientes y descendientes en los gravámenes personales: IRPF, IS y D e Impuesto sobre el Patrimonio, sin entrar a modular fiscalmente los problemas del consumo del discapacitado y su círculo familiar en los tributos indirectos y, en otros, donde también la discapacidad conlleva a consumos específicos, como pueden ser los vinculados a la energía, es decir, los Impuestos Especiales». «La situación fiscal del discapacitado. Algunas reflexiones». *Crónica Tributaria*, núm. 119, 2006, pág. 86.

³⁷⁹ *Ibidem*, pág. 240 y 241.

³⁸⁰ *Ibidem*, pág. 68 y ss.

Cuadro 16. Personas con discapacidad que reciben ayudas técnicas por sistema proveedor de ayudas, grandes grupos de edad y sexo. (Datos referidos a personas de seis y más años.) España, 1999.

| | 6 a 64 años | 65 a 79 años | 80 y más años | Total |
|----------------------------|----------------|----------------|----------------|----------------|
| Ambos sexos | | | | |
| Público | 112.230 | 133.035 | 86.778 | 332.043 |
| Privado con fines de lucro | 141.402 | 233.609 | 175.749 | 550.760 |
| Otro sistema privado | 33.445 | 51.600 | 43.495 | 128.540 |
| No consta | 15.092 | 15.721 | 12.093 | 42.906 |
| TOTAL | 283.569 | 410.885 | 296.886 | 991.260 |
| Varones | | | | |
| Público | 60.096 | 50.128 | 25.740 | 135.964 |
| Privado con fines de lucro | 73.899 | 93.930 | 63.606 | 231.435 |
| Otro sistema privado | 19.149 | 20.620 | 13.349 | 53.118 |
| No consta | 7.556 | 6.584 | 2.726 | 16.866 |
| TOTAL | 150.630 | 162.787 | 99.246 | 412.663 |
| Mujeres | | | | |
| Público | 52.135 | 82.907 | 61.038 | 196.080 |
| Privado con fines de lucro | 67.503 | 139.679 | 112.143 | 319.325 |
| Otro sistema privado | 14.297 | 30.980 | 30.147 | 75.424 |
| No consta | 7.516 | 9.116 | 9.367 | 26.039 |
| TOTAL | 131.539 | 240.810 | 197.440 | 579.197 |

Fuente: Instituto Nacional de Estadística, Encuesta sobre Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud 1999. Resultados detallados. Madrid, 2002.

El número de personas que reciben ayudas técnicas en el sistema privado supera con creces al del sistema público, en todas las edades y en ambos sexos.

Este protagonismo también se pone de manifiesto en la gestión de la sanidad y de los servicios sociales efectuados por las **Comunidades Autónomas**. Desde la perspectiva del gasto público, la colaboración de este tipo de entidades permite una financiación externa del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia. Desde la perspectiva de los ingresos, sin embargo, este tipo de intervenciones plantea algunos problemas, como es la naturaleza jurídica de las cantidades exigidas a los usuarios de los servicios, dado que, como es sabido, se establece un Sistema de co-pago. Este último tema, no obstante, será tratado en otro apartado de este trabajo³⁸¹. Por lo que a nosotros respecta, trataremos de analizar los dos bloques de medidas, a favor de las personas y de las entidades privadas que realicen labores de asistencia sin perder de vista, claro está, cuál es el nivel de protección que debe dispensarse a unos y otros sujetos.

³⁸¹ En el mismo sentido, puede verse a MARTÍN FERNÁNDEZ, J.; y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: «La financiación del Sistema Nacional de Dependencia», *Quincena Fiscal*, núm. 12, 2006.

II. TRATAMIENTO FISCAL DE LA PERSONA QUE REALIZA TRABAJOS DE ASISTENCIA PERMANENTE

1) IRPF. EXENCIONES Y REDUCCIONES PERSONALES EN LA BASE IMPONIBLE DEL APORTANTE PERSONA FÍSICA

El IRPF, como impuesto directo, personal y subjetivo, se presta en mayor medida al establecimiento de beneficios fiscales a favor de las personas que asisten en su vida cotidiana a personas dependientes. Con la reforma operada por la Ley 36/2006, de 28 de noviembre, además, tal y como se reconoce en la Exposición de Motivos, se trata de abordar, desde la perspectiva fiscal, los problemas derivados del envejecimiento y la dependencia. Esta reforma, sin embargo, no sólo obedece a razones puramente sociales sino de equidad y de cohesión social. En este sentido, se incentiva la cobertura privada de esta contingencia a favor del dependiente (instrumentos destinados a proporcionar unos ingresos complementarios de las pensiones públicas o a la cobertura de determinados riesgos, como el seguro de dependencia). Sin embargo, tal y como veremos, la mayoría de las medidas son directas, a favor de los dependientes y no favor de quienes realizan labores de asistencia a los mismos. Las pocas medidas indirectas que se establecen están dirigidas, además, exclusivamente a los familiares directos de la persona en situación de dependencia (por consaguinidad o adopción). No se aplican a los parientes por afinidad. En el mismo sentido, el legislador olvida que en la vida cotidiana surgen relaciones de comunidad y asistencia entre personas dependientes y otras entre las que no existe relación de parentesco alguna. Este es un aspecto que debería haberse replanteado con la nueva Ley de Dependencia³⁸².

Pues bien, las medidas contenidas en la LIRPF son las que se enumeran a continuación³⁸³.

A) Exención de las prestaciones económicas recibidas en virtud de la ley de dependencia

Como ya se ha estudiado en otro lugar, la ley de dependencia reconoce **tres tipos de prestaciones económicas**:

- una *personal, vinculada al servicio*, y que se reconocerá cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, en función del grado y nivel de dependencia y de la capacidad económica del beneficiario (art. 17);
- una *prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales*, para aquellos casos en los que, excepcionalmente, el beneficiario pueda ser atendido en su domicilio por su entorno familiar y siempre y cuando se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda (art. 18); y

³⁸² Una crítica a esta discriminación puede verse en ALONSO OLEA, B.; LUCAS DURÁN, M.; MARTÍN DÉGANO, I.: *La protección de las personas con discapacidad en el derecho de la seguridad social y en el derecho tributario*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 232.

³⁸³ Para no incurrir en una prolijidad indeseada, nos permitimos prescindir de las medidas aprobadas por las Comunidades Autónomas.

- una *prestación económica de asistencia personal*, cuya finalidad es la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Se trata de contribuir a los costes de la contratación de una asistencia personalizada, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma (art. 19)³⁸⁴.

Pues bien, a su vez, la Disposición adicional sexta establece que estarán exentas en el IRPF las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada. Esta medida es incorporada por la nueva LIRPF. Como decimos, se trata de una medida loable que se justifica, además, en el principio de capacidad económica de las personas dependientes, de su entorno familiar y de los cuidadores no profesionales.

B) Reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad

El art. 53 LIRPF permite una reducción cuando se realicen aportaciones a planes de pensiones; mutualidades de previsión social; planes de previsión asegurados; planes de previsión social empresarial; y seguros de dependencia. Como puede verse, la nueva ley amplía el beneficio a las dos figuras últimas.

Todo ellos deben estar constituidos a favor de personas con discapacidad con un grado de minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, psíquica igual o superior al 33 por 100, así como de personas que tengan una incapacidad declarada judicialmente con independencia de su grado. Esto último supone, también, una gran novedad ya que con anterioridad a la reforma solamente se exigía un grado de minusvalía.

En relación con las personas que pueden beneficiarse de estas reducciones, la ley también dispone, por primera vez, que debe existir una relación de parentesco o tutoría. La cuantía máxima es de 10.000 euros anuales. Además, se mantiene el límite máximo de las reducciones por persona con discapacidad: 24.250 euros anuales, incluidas las reducciones por las aportaciones realizadas por el propio discapacitado. Dice la ley, además, que éstas (las realizadas por el dependiente) serán las que primero deben ser objeto de reducción, seguidas del resto.

En el caso de insuficiencia de la base imponible (no de exceso de límite), se permite un diferimiento: las aportaciones podrán reducirse en los cinco ejercicios siguientes.

Conviene advertir, por último que este tipo de aportaciones, lógicamente, no estarán sujetas al ISD. Lo más exacto hubiese sido que se declarara su exención dado que sí ha existido transmisión lucrativa, *animus donandi* si bien se opta por dejarlas fuera de gravamen por motivos extrafiscales.

³⁸⁴ - El Grupo Parlamentario Catalán, en su enmienda núm. 2 (a la totalidad, con texto alternativo) proponía una cuarta prestación económica: para ayudas técnicas. BOCG, Congreso de los Diputados, de 3 de julio de 2006, Serie A, núm. 84-6, pág. 36.

C) Mínimos personales. Requisitos para su aplicación. En concreto, el parentesco y la convivencia

La nueva LIRPF introduce un nuevo mínimo exento, el del discapacitado, que viene englobado por diversos conceptos. En realidad, se trata de lo que existía con anterioridad, si bien con un cambio de denominación y de ubicación en la ley (antes eran reducciones en la base imponible).

A este mínimo se le añade otros ya clásicos como el mínimo por descendientes o por ascendientes. Nosotros nos fijaremos en las cantidades que pueden descontarse aquellas personas físicas que tengan a su cuidado a una persona dependiente y con la que, además, mantenga un **vínculo de parentesco**. Queremos destacar esto último porque, como vamos a ver a continuación, la ley solamente parece pensar en que la persona dependiente esté a cargo de un familiar, y no de un sujeto ajeno con el que pueda existir otro tipo de vínculo (afectivo o simplemente profesional).

a) Mínimo por descendientes

El art. 58 mantiene este mínimo si bien incrementando las cuantías por cada menor de 25 años o discapacitado: 1.800 euros anuales por el primero; 2.000 euros anuales por el segundo; 3.600 euros anuales por el tercero; y 4.100 euros anuales por el cuarto y siguientes. Tratándose de descendiente menor de 3 años, el mínimo aumentará en 2.200 euros anuales.

b) Mínimo por ascendientes (art. 59): 900 euros anuales, por cada uno de los ascendientes mayor de 65 años o con discapacidad cualquiera que sea su edad o 1.100 euros si se tiene más de 75 años. Como puede observarse, las cuantías también se incrementan en relación con la anterior ley (800 euros teniendo más de 65 años o discapacitado).

c) Mínimo por discapacidad de ascendientes o descendientes, cualquiera que sea su edad (art. 60): 2.270 euros anuales (2.000 con anterioridad a la reforma). Dicha reducción será de 6900 euros anuales (5.000 con anterioridad a la reforma), si el grado de minusvalía es igual o superior al 65 por ciento.

Además, en el caso de que se acredite la necesidad de ayuda de terceras personas o movilidad reducida, o un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento, se establece una reducción adicional de 2.270 euros. Este incremento es loable. Como es sabido, la anterior Ley establecía una reducción de 1.000 euros por asistencia a cada ascendiente mayor de 75 años.

Hay que destacar que para la aplicación de todas estas reducciones se requiere el cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, que el cuidador **conviva** con la persona dependiente al menos la mitad del periodo impositivo (art. 58.2 y 61.2). Siguiendo lo establecido ya por la antigua ley, se considera que también conviven con el contribuyente los ascendientes y descendientes discapacitados que, dependiendo del mismo, sean internados en centros especializados.

Sea como fuere, al exigirse que convivan, al menos, **la mitad del periodo impositivo** se siguen planteando algunas dudas. Primero, qué sucede con los

dependientes que son cuidados por varios familiares a lo largo del año (siguiendo un régimen de turnos). Segundo ¿y si se produce el fallecimiento del dependiente con anterioridad a este plazo, aún cuando haya tenido un único cuidador). En principio, en ninguno de los dos casos podrán aplicarse la reducción, ni siquiera proporcionalmente a los días o meses en que cuidan a sus familiares, si no cubren la mitad del periodo impositivo.

En segundo término, la ley solamente permite el **internamiento en centros especializados**. Esto quiere decir, que las reducciones no se las pueden aplicar si se trata de cuidadores a distancia, distintos de los centros especializados. Este aspecto era muy criticable. De este modo, como hemos visto más arriba, el 37,5% de los cuidadores residen fuera del hogar del dependiente y que de éstos el 60,3% son familiares de diferente tipo. En definitiva, el límite a estas reducciones vulnera el principio de equidad ya que no se extienden a todas las personas afectadas por razón de dependencia.

Por último, se requiere que el discapacitado o la persona mayor de 65 años no tenga rentas anuales, excluidas las exentas, superiores a 8.000 euros (art. 59) ni presente declaración con rentas superiores a 1.800 euros (art. 62.2). Este requisito adicional conlleva, a nuestro juicio, que sean pocas las personas las que pueden aplicarse las reducciones citadas. Dependerá de si está obligado a declarar. Si lo está, que las rentas sean inferiores a 1.800 euros.

D) Reducción por aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad (reenvío)

Dado que el régimen jurídico de los patrimonios protegidos es un aspecto tratado extensamente por la profesora García Calvente, nos remitimos al apartado 1.D) de este mismo Capítulo IV.

2) VALORACIÓN CRÍTICA: ¿CONVENIENCIA DE OTRAS MEDIDAS FISCALES QUE PERMITAN CONCILIAR LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL?

A la vista de todo lo anterior, podemos hacer una valoración positiva de todas las medidas fiscales que dan amparo a aquellas personas que realizan labores de asistencia: exenciones, reducciones en el IRPF o una exención para los vehículos utilizados para el transporte de estas personas.

Sea como fuere, como se ha visto más arriba, el 83% del total de cuidadoras/es son mujeres, y de ellas, no reciben ayuda de nadie para la realización de este trabajo el 61,5%. De esta forma, el Sistema de Dependencia que comienza a funcionar con la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia **supone un refuerzo a las políticas de igualdad de género** iniciadas en los últimos años. Primero, porque las nuevas prestaciones y servicios permitirán aumentar su libertad de elección, puesto que podrán decidir cuánto tiempo dedican al cuidado de su familiar dependiente y cuánto al ejercicio de su profesión. Segundo, porque brindará igualdad de oportunidades entre quienes cuentan con recursos económicos suficientes para pagar el apoyo que precisan y quienes no pueden hacerlo.

Por último, el Sistema permite que muchas mujeres puedan incorporarse al mercado laboral, en trabajos que han venido realizando en la sombra, de asistentes informales y ahora en el ámbito de los servicios sociales autonómicos o estatales.

Sea como fuere, teniendo en cuenta la necesidad de adoptar medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, tal y como se reconoce en el Libro Blanco³⁸⁵, convendría hacer una reflexión algo más profunda, analizando algunas medidas fiscales que, de alguna forma, contribuyen a que la mujer siga siendo la que decide permanecer en el hogar prestando, entre otros servicios, una labor constante de asistencia a los miembros de la familia. En este sentido, ya planteé en otro lugar que quizás debieran ser **sometidos a revisión algunos regímenes fiscales** que penalizan el trabajo de la mujer, a favor del trabajo del esposo³⁸⁶. Este es el caso del régimen de tributación conjunta. Pudiera afirmarse que constituye un desincentivo a la incorporación de la mujer al mercado laboral. En este sentido, la doctrina que se ha encargado de analizar los efectos de la tributación conjunta sobre la igualdad de género ha venido a coincidir en, básicamente, tres soluciones posibles: **eliminar la tributación conjunta y o bien sustituirla** por otros modelos tipo splitting e, incluso, dejar la tributación individual como modelo único³⁸⁷.

III. RÉGIMEN FISCAL DE ENTIDADES PRIVADAS QUE PRESTAN SERVICIOS A SUJETOS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

1) DEFINICIÓN DEL TERCER SECTOR POR LA LEY

La **consideración del tercer sector ha tenido un tratamiento destacado en la ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia**. La propia Ley se encarga de dar una definición completa, después de las diversas alternativas ofrecidas por algunos grupos parlamentarios (art. 2) y como consecuencia de la enmienda núm. 353 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso³⁸⁸: *«organizaciones de carácter privado, surgidas de la iniciativa social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales»*.

Inicialmente, el tercer sector era entendido como el conjunto de *«organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales»*. Posteriormente, en el Senado, el Grupo Parlamentario de Senadores Nacionalistas Vascos (GPSNV) trató de poner el acento a las actividades realizadas: *«...servicios de atención directa mediante recursos diversos orientados hacia la promoción de la autonomía personal y asistencia a las personas con distintos grados de dependencia así como a sus familias»* (enmienda 51). Este mismo Grupo también

³⁸⁵ Libro Blanco «Atención a las personas en situación de dependencia en España», Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, pág. 144.

³⁸⁶ RUIZ GARIJO, M.: «Tributación conjunta y sesgos de género», *Nueva Fiscalidad*, núm. 7, 2006.

³⁸⁷ Vid. a CARBAJO VASCO, D.: «La tributación conjunta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la Igualdad de género. Algunas reflexiones», *Política Fiscal y Género*, IEF, 2005, pág. 83 y ss.

³⁸⁸ BOCG, Congreso de los Diputados, de 3 de julio de 2006. Serie A, núm. 84-6, pág. 147.

pretendió incluir una referencia a las **entidades de economía social**, «*teniendo en cuenta el carácter dual de las entidades que la conforman, con aspectos tanto públicos como privados, siendo entidades de derecho privado destinadas a la consecución de un interés general o público y, por tanto social, cual es la satisfacción de determinadas necesidades de muy variada índole, entre ellas, las sociosanitarias*» (enmienda 52)³⁸⁹.

En nuestra opinión, este tipo de definiciones, en leyes que no son específicas, si bien tienen cierta utilidad a la hora de comprender algunas cuestiones reguladas en la misma ley, sin embargo, no es necesaria. El concepto de tercer sector y de economía social es objeto de **desarrollo legislativo, doctrinal y jurisprudencial**. De este modo, se pudiera afirmar que ambas categorías (tercer sector y ESFL) participan de la misma naturaleza: tienen naturaleza privada; surgen de la iniciativa ciudadana o social y presentan notas comunes como la solidaridad, la persecución de fines de interés general y la ausencia de ánimo de lucro. En este sentido, como ya pusimos de manifiesto en otro lugar, por tercer sector debe entenderse «el conjunto de entidades privadas que persiguen la realización de fines interés general (entidades sin fines lucrativos y economía social: cooperativas, mutuas y sociedades laborales, principalmente)»³⁹⁰. Nos situaríamos así en el enfoque europeo, de raíz francófona, explicado por los profesores CHAVES ÁVILA y MONZÓN CAMPOS. Estos autores nos explican cómo la delimitación científica del sector no lucrativo, que no se corresponde ni con la economía pública (Primer Sector institucional), ni con la economía capitalista tradicional (Segundo Sector), se halla exenta de consenso entre la comunidad científica. Un primer enfoque, el europeo, se consolida hace un cuarto de siglo en el Comité Nacional de Enlace de las Actividades Mutualistas, Cooperativas y Asociativas (CNLAMCA). El segundo, de raíz anglosajona, promovido en EE.UU., sólo contempla a aquellas organizaciones privadas que, en virtud de sus reglas constitutivas, no pueden distribuir sus beneficios a las personas que las controlan. Los citados profesores, sin embargo, proponen una definición que supere las deficiencias de ambos enfoques, entendiendo por Economía Social «*al conjunto de empresas privadas creadas para satisfacer las necesidades de sus socios a través del mercado, produciendo bienes y servicios, asegurando o financiando y en las que la distribución del beneficio y la toma de decisiones no están ligadas directamente con el capital aportado por cada socio, correspondiendo un voto a cada uno de ellos. La Economía Social también incluye a las instituciones sin fines de lucro que son productores no de mercado privados, no controlados por las administraciones públicas y que producen servicios no destinados a la venta para determinados grupos de hogares, procediendo sus recursos principales de contribuciones voluntarias efectuadas por los hogares en su calidad de consumidores, de pagos de las administraciones públicas y de rentas de la propiedad*»³⁹¹.

En nuestro ordenamiento español, como categoría específica aparecen las **entidades sin fines lucrativos**, con una Ley específica al respecto (Ley 49/2002). Esta Ley permite acceder al estatuto de ESFL a entidades diversas: fundaciones, asociaciones declaradas de utilidad pública; organizaciones no gubernamentales de desarrollo que revistan cualquiera de las dos formas anteriores; delegaciones de fundaciones

³⁸⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, de 8 de noviembre de 2006. Serie II, núm. 74, pág. 47 y 48.

³⁹⁰ «Tercer sector y teleología del régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos», en el Libro *Fiscalidad de las entidades de economía social*. Thomson-Civitas, 2005, pág. 450 y ss.

³⁹¹ «Economía social y sector no lucrativo: actualidad científica y perspectivas», *CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, núm. 37, 2006, pág. 11 y ss.

extranjeras inscritas en el Registro de Fundaciones; federaciones deportivas españolas, federaciones deportivas territoriales de ámbito autonómico integradas en aquéllas, el Comité Olímpico Español y el Comité Paralímpico Español; y las federaciones y asociaciones de las entidades sin fines lucrativos a que se refieren los párrafos anteriores. Se exige, no obstante, que cumplan determinados requisitos.

De este modo, la declaración de ESFL para las fundaciones y asociaciones de utilidad pública se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos fiscales. Solamente si estos se cumplen podrá disfrutarse de los beneficios fiscales contenidos en la misma Ley. En definitiva, no basta con que se cumplan los requisitos sustantivos. Quiere ello decir que podrá existir fundaciones y asociaciones de utilidad pública que no puedan ser calificadas como ESFL. De este modo, se exige que:

- a) persigan fines de interés general;
- b) destinen a la realización de dichos fines al menos el 70 por 100 de determinados ingresos;
- c) La actividad principal realizada no consista en el desarrollo de explotaciones económicas ajenas a su objeto o finalidad estatutaria;
- d) los fundadores, asociados, patronos, representantes estatutarios, miembros de los órganos de gobierno y los cónyuges o parientes no deben ser los destinatarios principales de las actividades que se realicen por las entidades;
- e) determinados cargos (de patrono, representante estatutario y miembro del órgano de gobierno) sean gratuitos;
- f) en caso de disolución, su patrimonio se destine en su totalidad a alguna de las entidades consideradas como entidades beneficiarias del mecenazgo o a entidades públicas de naturaleza no fundacional que persigan fines de interés general

Hay que advertir que este tipo de régimen es similar al de otros Estados de la Unión Europea. Este es el caso del **ordenamiento francés** donde también existe una categoría similar a la de ESFL. De este modo, el legislador francés ha tomado conciencia de la importancia de este sector en la economía y en la sociedad³⁹². Las fundaciones, las asociaciones y otras entidades gozan, también de un régimen fiscal beneficioso³⁹³. Concretamente, los organismos que pueden acogerse a este régimen son:

- las asociaciones reguladas por la ley de 1 de julio de 1901³⁹⁴.
- Las asociaciones regidas por una ley local vigente en los departamentos de la Moselle, el Bajo Rin y el Alto Rin.

³⁹² Destaca esta importancia ARCHAMBAULT, E.: «Le secteur sans but lucratif: situation du secteur associatif en France et perspective internationale» en *À but non lucratif. 1901-2001. Cents ans de liberté d'association*, Editions Fischbacher, 2001, pág. 130.

³⁹³ Este régimen fiscal tiene, a juicio de DEBBASCH, C.; y BOURDON, J., tintes contradictorios. Le legislador desea dotar a las asociaciones de un régimen fiscal beneficioso pero, por otro lado, desea igualmente evitar el nacimiento de una especie de paraíso fiscal asociativo. El deseo del fisco de buscar la materia fiscal allí donde se encuentra no es ajeno al ámbito asociativo. *Les associations*, Que sais-je, 8ª ed., 2002, pág. 99.

³⁹⁴ Una asociación adquiere personalidad jurídica una vez que ha sido declarada su utilidad pública y ha sido publicado un extracto de dicha declaración en un Boletín oficial.

- Asociaciones culturales reguladas por la ley de 9 de diciembre de 1905 y las congregaciones religiosas.
- Fundaciones de utilidad pública y fundaciones de empresa³⁹⁵.
- Comités de empresa, incluso si no están constituidos bajo la forma de asociación.
- Sindicatos profesionales.

No obstante, deben darse los tres criterios (Instrucción de 15 de septiembre de 1998 [Inst. 4H-5-98])³⁹⁶:

1. **Gestión desinteresada.** De este modo, el art. 261.7.1º del CGI establece que se da este requisito si se cumplen, a su vez, tres condiciones.
 - o **Que el organismo sea gestionado y administrado a título gratuito por personas que no tengan ni ellas mismas ni mediante persona interpuesta ningún interés directo o indirecto en los resultados de la explotación.** Esta prohibición se extiende tanto a los dirigentes de derecho como a los de hecho. Por lo que se refiere a éstos últimos, son los jueces los que se basan en la concurrencia de una serie de elementos para determinar caso por caso, si una persona es o no dirigente de hecho. Sea como fuere, es a la Administración a quien la incumbe la carga de la prueba³⁹⁷.

Este requisito tiene, no obstante, una excepción. No se aplica a aquellas fundaciones, asociaciones y sindicatos profesionales que dispongan de recursos financiero propios superiores a 200.000 euros. De este modo, bajo

³⁹⁵ Queremos advertir que en derecho francés, una fundación no tiene capacidad jurídica sino hasta el momento en que un decreto del Consejo de Estado le reconoce la utilidad pública (Loi 87-571 de 23 de julio de 1987, art. 18). En este sentido se requiere que:

- la fundación debe realizar una obra de interés general y sin ánimo lucrativo.
- El objeto debe estar fijado en los estatutos de manera suficientemente precisa para permitir al Consejo de Estado apreciar el carácter de utilidad pública.
- Debe disponer de recursos o de un patrimonio suficiente para realizar el objeto de interés general. Estos recursos o patrimonio quedan afectos.
- Debe ser independiente de sus fundadores y de los poderes públicos. Esta independencia debe estar asegurada por la composición de su consejos de administración.

³⁹⁶ *Mémento Pratique. Associations, Fondations, Congrégations (2006-2007)*, Francis Lefebvre, 2006.

³⁹⁷ Es habitual que el dirigente sea remunerado pero por realizar otra actividad distinta. En este caso, la Administración rehúsa diferenciar las dos funciones y concluye en la ausencia de gestión desinteresada. La jurisprudencia se encuentra dividida al respecto. Una sentencia del Consejo de Estado afirma que el solo hecho de que el dirigente sea remunerado entraña la sujeción a los impuestos comerciales (CE de 28 de abril de 1986 nº 41125, RJF 6/86, nº 579). Sin embargo, en otras decisiones más recientes los jueces han adoptado una decisión más flexible.

Por lo que se refiere a la remuneración, se trata de un concepto amplio que incluye no sólo sumas de dinero sino también ventajas obtenidas por los dirigentes (puesta a disposición de un alojamiento, de un coche, etc.) con carácter excepcional o habitual.

ciertas condiciones pueden remunerar a dos o tres dirigentes sin que se pierda el carácter desinteresado de la gestión (art. 261.7.1º.d) CGI)³⁹⁸.

- Que el organismo no distribuye beneficios ni directa ni indirectamente.

Al igual que en derecho español, se entiende que se distribuyen beneficios en el caso de no afectación de los excedentes al objeto de la entidad. Aquí la Administración relaciona la cuestión de los excedentes con el criterio de la concurrencia. En este sentido, estima que la búsqueda sistemática de excedentes traduce a priori una práctica de precios elevados, a tomar en cuenta en el examen de las condiciones del ejercicio de la actividad.

- **Que los miembros del organismo y sus sucesores no pueden ser declarados beneficiarios del activo**, como forma de devolución de sus aportaciones. Este requisito se cumple fácilmente por las asociaciones. Hay que tener en cuenta que la ley de 1901 define la asociación como “*el acuerdo por el que dos o más personas ponen en común de una forma permanente sus conocimientos o su actividad con un fin distinto a la distribución de beneficios*”.

2. Que no realice actividades en concurrencia con en el sector comercial. Se admite la concurrencia siempre y cuando las condiciones sean diferentes. En el caso de que se realicen varias actividades, este requisito debe ser analizado actividad por actividad³⁹⁹. Hemos de advertir que, no obstante, **el requisito**

³⁹⁸ Estas condiciones son:

1. Sus estatutos y sus modalidades de funcionamiento deben asegurar su transparencia financiera, su funcionamiento democrático y la adecuación de la remuneración a las tareas realizadas por los dirigentes. El contenido de estas tres condiciones es regulado, a su vez, por el art. 242 C del ann II CGI).

2. La asociación o la fundación deben disponer de un montante mínimo de recursos propios fijado en:

- 200.000 euros para poder remunerar a un dirigente
- 500.000 euros para remunerar a dos dirigentes.
- 1000.000 euros para remunerar a tres dirigentes.

Estos recursos deben estar cubiertos, además, durante los tres ejercicios anteriores a aquel en el que se desea remunerar a uno o varios de sus dirigentes.

Por último, en los seis meses siguientes al cierre del ejercicio en el que la remuneración ha sido percibida, la entidad debe transmitir a los servicios fiscales un documento mencionando la identidad de los dirigentes y señalando el montante de los recursos.

En cuanto al montante de la remuneración, la Administración amite una remuneración bruta mensual total inferior o igual a las tres cuartas partes del Salario Mínimo Interprofesional (Instrucción 4 H-5-98 nº 6). Si es superior se cuestiona el carácter desinteresado de la gestión.

No se trata de una remuneración demasiado reducida si tenemos en cuenta que el SMI, en el primer semestre de 2006 estaba en 1217, 91 euros.

³⁹⁹ A su vez, para la Administración los criterios de examen de la concurrencia son los siguientes:

- utilidad social de la actividad. Es decir, si la asociación interviene en un ámbito donde las necesidades son insuficientemente cubiertas por el sector lucrativo o si la asociación se dirige a un público que no puede normalmente acceder a los servicios del sector lucrativo.
- Afectación de los excedentes obtenidos por la explotación económica.

de no concurrencia no se aplica a los centros de ayuda al empleo y a los talleres protegidos. De este modo la Administración admite que estos organismos no se sometan a los impuestos comerciales si se cumplen las siguientes condiciones:

- *Que el organismo tenga por objeto la inserción o la reinserción económica o social de personas, objeto que no podría ser asegurado en condiciones normales de mercado.*
- *Que la inserción no pueda ser ejercida en una empresa lucrativa (mediante la adaptación particular al puesto de trabajo).*
- *Que las operaciones normalmente lucrativas sean indisociables de la actividad no lucrativa contribuyendo a financiar la realización del objeto social del organismo.*

3. No debe tener por actividad la prestación de servicios a empresas que sean sus miembros, en interés de estas⁴⁰⁰. No obstante, se permite que realicen actividades comerciales accesorias, con una franquicia de 60.000 euros. No obstante, la aplicación de la franquicia está subordinada a tres condiciones acumulativas (art. 206.1bis; 261.7.1º.b et 1447, II CGI):

- la gestión del organismo debe ser desinteresada, en los términos que acabamos de ver.
- sus actividades no lucrativas deben ser significativamente preponderantes.
- el montante obtenido por las actividades lucrativas no puede exceder de 60.000 euros⁴⁰¹.

A pesar de realizar estas actividades, no perderán su carácter lucrativo. No obstante, dichas actividades complementarias se sujetarán a un régimen fiscal reducido.

-
- Política de Precios.
 - Recurso a la publicidad.

Según el Consejo de Estado una asociación solamente concurre con una empresa si los servicios se ofrecen en la misma zona geográfica, con las mismas condiciones y si se dirigen al mismo público al que se dirigen aquellas empresas comerciales que ejercen una actividad idéntica de tal forma que es necesario que el consumidor potencial de un producto o servicio determinado pueda elegir si dirigirse a la asociación o a una empresa comercial (CE de 1 de octubre de 1999, nº 170289, RJF 11/99, nº 1354). Esta referencia a una concurrencia real se contiene también en la Instrucción administrativa de 15 de septiembre de 1998.

Como puede observarse, este requisito es más favorable a las asociaciones, que raramente están en situación objetiva de concurrencia con las empresas. Este es el caso de una asociación de discapacitados que financia su acción vendiendo al público menús por precio superior al 50% de los del mercado. Según los tribunales, no concurre con ninguna empresa (CAA Paris de 1 de febrero de 2001, nº 96-2337: RJF 2/02, nº 151).

⁴⁰⁰ Así, por ejemplo, presentan un carácter lucrativo una asociación que organiza cada año un salón de antigüedades donde la actividad se hace para servir directamente los intereses de los comerciantes que son miembros de dicha asociación.

⁴⁰¹ Para el cálculo de este montante se excluyen, no obstante, determinadas partidas. Vid. Instrucción 4 H-3-00).

En consecuencia, estas asociaciones y más generalmente los organismos considerados como ESFL (fundaciones, congregaciones religiosas, etc.) no son sometidos a aquellos impuestos que gravan a las entidades que realizan una actividad comercial (Impuesto sobre el Valor Añadido, el Impuesto sobre Sociedades y la llamada “tasa profesional” –*taxe professionnelle*-).

2) PARTICIPACIÓN DEL TERCER SECTOR EN EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

La ley que comentamos reconoce a este tipo de entidades un papel importante a la hora de proteger las situaciones de dependencia, haciéndolas **partícipes del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia**. El art. 3.m) y n) establece que la ley se inspira en el principio de la participación tanto de la iniciativa privada como del tercer sector, en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia⁴⁰². Por otro, el art. 16.4 se refiere a que los poderes públicos deben promover la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector. En el mismo sentido el art. 16.3 al definir la red de servicios del Sistema Nacional de Dependencia dispone que las CC.AA. en su incorporación a la red, tendrán en cuenta de manera especial los correspondientes al tercer sector.

Esta inclusión ha sido el resultado, sin duda, de la labor realizada por los representantes del tercer sector. El proyecto de ley omitía cualquier participación, como entidades colaboradoras, de este tipo de organizaciones sin ánimo de lucro que sin embargo, vienen trabajando históricamente y siguen trabajando en favor de las personas dependientes o carentes de autonomía personal (enmienda núm. 1 del Grupo Parlamentario Vasco). Similar crítica realizaba el Grupo Parlamentario Catalán que, en su enmienda núm. 2 (a la totalidad, con texto alternativo) proponía un nuevo artículo 10 en el que se hiciese constar la participación expresa de la iniciativa privada, sin ánimo de lucro y mercantil, en la gestión de los servicios: «*Las entidades sin ánimo de lucro del ámbito de las personas en situación de dependencia o discapacidad y sus familias, así como las entidades privadas de iniciativa mercantil, podrán llevar a cabo la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia o con necesidades de apoyo para su autonomía personal y calidad de vida, mediante centros y servicios concertados*».

También el Grupo Parlamentario Socialista propuso la inclusión de las entidades del tercer sector en los órganos consultivos del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, concretamente en el Comité Consultivo y en el Consejo Estatal de

⁴⁰² El Grupo Parlamentario Mixto, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo de Coalición Canaria-Nueva Canarias, en sus enmiendas núms. 4, 210 y 473 habían planteado una reformulación del mismo: «*La participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de atención a las personas en situación de dependencia o con discapacidad y sus familias, en particular, a través de la red privada de prestaciones y servicios que las entidades del Tercer Sector Social ofrecen*». BOCG, Congreso de los Diputados, de 3 de julio de 2006. Serie A, núm. 84-6, pág. 42, 109 y 473.

También el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), en la enmienda núm. 271 propuso la adición, en la Exposición de Motivos, de una referencia al tercer sector. BOCG, Congreso de los Diputados, de 3 de julio de 2006. Serie A, núm. 84-6, pág. 125.

Personas Mayores y el Consejo Nacional de la Discapacidad (enmienda núm. 553). No así de las entidades de naturaleza estrictamente privada, a pesar de las enmiendas presentadas por algunos Grupos Parlamentarios⁴⁰³. Las razones de esta “discriminación” las exponemos en las líneas que siguen.

Queremos advertir, no obstante, cómo muchas **Comunidades Autónomas** ya han dado entrada a este tipo de entidades que, en calidad de centros concertados o en calidad de entidades colaboradoras, prestan determinados servicios sociales. En especial, a aquellas personas que se encuentran en situación de dependencia:

- Andalucía: art. 3 de la Ley 1/1999, de atención a las personas con discapacidad: *«Participación de la iniciativa social. 1. Las Administraciones Públicas ampararán la iniciativa privada sin ánimo de lucro, colaborando en el desarrollo de estas actividades mediante asesoramiento técnico, coordinación, planificación y apoyo económico. Especial atención recibirán las instituciones, asociaciones y fundaciones sin fin de lucro, promovidas por las personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales. 2. Asimismo, la iniciativa privada podrá colaborar con los poderes públicos en la prestación de servicios en el marco de la legislación vigente».*
- Asturias: art. 35 de la Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias. Dentro del Consejo Asesor de Bienestar Social del Principado de Asturias se integran, como vocales, tres representantes de entidades de la iniciativa social que trabajen en el campo de los servicios sociales. En el mismo sentido, su art. 44 promueve la iniciativa social en un triple plano. Primero, impulsando la participación de las asociaciones e instituciones sin ánimo de lucro en la realización de actividades en materia de acción social. Segundo, previendo el establecimiento de programas de subvenciones. Por último, regulando la celebración de convenios con entidades sin ánimo de lucro. Incluso, el art. 45 prevé la posibilidad de declarar de interés para la Comunidad Autónoma aquellas entidades sin ánimo de lucro que presten servicios sociales y cumplan determinados requisitos.
- Canarias: art. 14 de la Ley 9/1987, de 28 de abril, de Servicios Sociales. Se establece que el sector privado puede integrarse en el sistema de servicios sociales mediante la colaboración de fundaciones, asociaciones y otras entidades, mediante convenios y acuerdos.
- Castilla La Mancha: Disposición Adicional primera de la Ley 5/1995, de solidaridad: se refiere a los medios de colaboración necesarios con las Administraciones Locales y entidades privadas para hacer posible la atención integral a las personas, familias y colectivos objeto de esta Ley.

⁴⁰³ El Grupo Parlamentario Catalán en el Congreso, en su enmienda núm. 569 también quería incluir a la iniciativa privada mercantil dentro del Sistema de suerte que también puedan llevar a cabo la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia o con necesidades de apoyo para su autonomía personal y calidad de vida, mediante centros y servicios concertados. BOCG, Congreso de los Diputados, de 3 de julio de 2006. Serie A, núm. 84-6, pág. 211. Esta misma enmienda se reprodujo en el Senado (enmienda 188). BOCG, senado, Serie II, núm. 74, pág. 88.

- Castilla y León: Art. 3 de la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores. Reconoce la colaboración, cooperación y coordinación de las Administraciones Públicas con las entidades privadas que desarrollen actuaciones para la atención de las personas mayores. En especial, se fomenta la creación de asociaciones de personas mayores (art. 23). Igualmente, se reconoce expresamente la participación de la iniciativa privada en el Sistema de Acción Social. Concretamente, tres funciones: sensibilización social y la información; investigación y formación; y atención y asistencia (art. 36 y 37).
- Comunidad de Madrid: La Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales, realiza una importante apuesta por las entidades que integran el tercer sector. En primer lugar, se admite la concurrencia de los diferentes agentes sociales y de la iniciativa privada (con o sin ánimo de lucro), en la satisfacción de las necesidades sociales de la población, bajo la supervisión de las administraciones públicas (art. 3). En segundo término, se consideran entidades de iniciativa social a las Fundaciones, a las Cooperativas de Iniciativa Social reguladas en la Ley 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, a los agentes sociales (sindicatos y asociaciones empresariales), a las organizaciones no gubernamentales y a las empresas de inserción (art. 56). Por último, se declara que las Administraciones responsables del sistema público de servicios sociales fomenten preferentemente la creación y desarrollo de entidades sin fin de lucro, fundaciones asistenciales, entidades de voluntariado social, empresas de economía social, asociaciones de afectados o de usuarios y otras instituciones de análoga naturaleza, garantizando su actuación coordinada con el sistema público.
- Murcia: En esta Comunidad, también son entidades prestadoras de servicios sociales, las entidades con y sin fin de lucro (art. 6 de la Ley 3/2003, de 10 abril, del sistema de Servicios Sociales). Podrán ser declaradas de interés asistencial siempre y cuando se cumplan determinados requisitos (art. 7).
- Navarra: son entidades colaboradores las fundaciones, Asociaciones, Entidades e Instituciones privadas de asistencia social, inscritas en el Registro de la Dependencia Administrativa Foral correspondiente (art. 4 y 7 de la Ley 14/1983, de 30 de marzo, de Servicios Sociales).
- País Vasco: Se reconoce que las entidades sin ánimo de lucro presten servicios sociales. De este modo, tendrán preferencia en la concesión de subvenciones y ayudas para el cumplimiento de dichos fines, requiriéndose en todo caso la previa homologación (art. 26 de la Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales).
- Valencia: presta especial atención a las instituciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro, promovidas por las propias personas con discapacidad, sus familiares o sus representantes legales (art. 45 de la Ley 11/2003, de 10 de abril, por la que se establece el Estatuto de Personas con Discapacidad).

3) RAZONES QUE JUSTIFICAN LOS INCENTIVOS FISCALES A FAVOR DE DETERMINADAS ENTIDADES

La preocupación ciudadana por determinados asuntos sociales es cada día mayor. Este es el caso de nuestro país en el que en los últimos años, fenómenos como la discapacidad, el envejecimiento o la igualdad de género despiertan la empatía de los ciudadanos y de los poderes públicos, en la búsqueda de soluciones a determinados problemas que afectan a estos colectivos. En concreto, la dependencia ha dejado de verse como un problema exclusivamente individual o familiar para verse como una situación que afecta a toda la sociedad en su conjunto. Las medidas de protección y de índole económica se hacen más necesarias que nunca.

En materia de ayuda a la dependencia los ciudadanos también pueden decidir organizarse y buscar estructuras idóneas a sus pretensiones. La fórmula legal elegida, jurídicamente, es de suma trascendencia. De este modo, nos encontraríamos con dos alternativas. La primera consistiría en optar por la **estructura y los recursos de una entidad empresarial** cuyo objeto social esté relacionado con colectivos que generan situaciones de dependencia o sea, específicamente, la inserción laboral de los discapacitados. Esta elección permitiría que, junto al fin altruista apareciese un cierto interés lucrativo, propio de todo ente empresarial. En el ámbito que nos ocupa nos encontraríamos, por ejemplo, con entidades privadas, de raíz societaria, dedicadas a la prestación de servicios a personas en situación de dependencia (tercera edad y minusválido) ya sean en su hogar o en un centro.

En segundo término, el ordenamiento jurídico ofrece **instituciones propias, pensadas justamente para la satisfacción de un interés general** como es la ayuda a las personas en situación de dependencia. Asociaciones, fundaciones y organizaciones no gubernamentales aparecen en la escena, como formas de participación ciudadana en las que la finalidad lucrativa, tal y como veremos, se diluye.

Por último, en materia de dependencia ocupan un lugar importante dentro de la categoría del tercer sector los **centros especiales de empleo**⁴⁰⁴, las **empresas de inserción social**⁴⁰⁵, y las **cooperativas**, principalmente:

- **las de trabajo asociado:** definidas por el art. 80 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, como «...*las que tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo*»

⁴⁰⁴ Los Centros Especiales de Empleo, tal y como define CALVO VERGEZ, «son empresas cuyo objetivo principal es el de proporcionar a los trabajadores minusválidos la realización de un trabajo productivo y remunerado, adecuado a sus características personales y que facilite la integración laboral de éstos en el mercado ordinario de trabajo». Sea como fuere, tienen una naturaleza mixta pues cumplen una función empresarial (ofrecen un empleo productivo y remunerado y participan regularmente en las operaciones de mercado) y una función asistencial». De este modo, podrán ser creados tanto por organismos públicos como por privados como por entidades sin fines lucrativos. En todo caso, sólo pueden obtener la calificación como Centro Especial de Empleo las empresas que cuenten en su plantilla con un mínimo del 70 % de trabajadores con discapacidad, tal y como dispone el art. 42 de la Ley 13/1982. «Centros especiales de empleo. Marco normativo y tributario. Perspectivas de futuro». *Fiscalidad de las entidades de economía social*. Thomson-Civitas, 2005, pág. 505 y ss. La propia Ley de Integración Social de Minusválidos de 13 de abril de 1982 delimita esta naturaleza mixta.

⁴⁰⁵ Las empresas de inserción social son «organizaciones de aprendizaje temporales y debidamente calificadas que realizan actividades económicas lícitas de producción de bienes o prestación de servicios con el objetivo de lograr la integración social y laboral de algunos de sus trabajadores». CALVO VERGEZ, J.: «Régimen jurídico y tratamiento fiscal de las empresas de inserción social: algunas consideraciones». *Fiscalidad de las entidades de economía social*. Thomson-Civitas, 2005, pág. 553 y ss.

parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes y servicios para terceros...». En materia de dependencia es habitual la existencia de este tipo de cooperativas formadas por socios con minusvalías psíquicas o sensoriales, cuya actividad puede consistir en la prestación de servicios diversos (jardinería, pintura, etc.). Aquí el límite más importante lo constituye el número de trabajadores con contrato de trabajo por cuenta ajena, que no podrá superar el 30% del total de hora realizadas por los socios trabajadores. En el ámbito de la dependencia, por tanto, al menos el 70% deben ser minusválidos.

- **las de iniciativa social:** aquellas que tengan por objeto social, la prestación de servicios asistenciales al discapacitado mediante la realización de actividades sanitarias, educativas, culturales u otras de naturaleza social, o bien el desarrollo de cualquier actividad económica que tenga por finalidad la integración laboral de personas en situación de dependencia y, en general, la satisfacción de necesidades sociales no atendidas por el mercado (art. 106 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas). Dentro de esta tipología nos encontramos con las **cooperativas de trabajo asociado de iniciativa social**. Se trata de cooperativas de trabajo asociado que están trabajando en ámbitos de atención personal y social, y en servicios culturales y de ocio educativo, que reinvierten sus beneficios, que no remuneran a los cargos electivos de la cooperativa, y que limitan los salarios a la media de los salarios del sector. Según datos ofrecidos por COCETA, el número de cooperativas de iniciativa social, en el inicio del año 2000, era de unas 825.

- **las sanitarias:** las que desarrollan su actividad en el área de la salud, pudiendo estar constituidas por los prestadores de la asistencia sanitaria, por los destinatarios de la misma o por unos y otros. Dice la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas que en el caso de que los socios sean los destinatarios de la asistencia sanitaria se aplicarán a la sociedad las normas sobre cooperativas de consumidores y usuarios (art. 102). Este tipo de cooperativas, con la nueva ley, podrán crear redes sociosanitarias para prestar servicios al discapacitado.

Las diferencias entre entidades de naturaleza puramente privadas y las entidades del tercer sector, y más específicamente, entidades sin fines lucrativos, son, como veremos, de gran interés. A la hora de configurar su fiscalidad deben tenerse en cuenta determinados elementos que, de alguna manera, ponen de relieve cuál es la finalidad que prevalece: la asistencia al discapacitado o la obtención de un beneficio. En definitiva, el tratamiento fiscal no debe ser igual para todas ellas. No es indiferente el hecho de que la entidad privada de asistencia al discapacitado sea una sociedad mercantil o una asociación. En este sentido, el mejor tratamiento fiscal dispensado por el legislador español lo es a favor de las denominadas entidades sin fines lucrativos (a partir de ahora ESFL) en la Ley 49/2002. Se trata de una de las modalidades del también denominado tercer sector. Es decir, de aquellas entidades privadas cuya finalidad primera y última es satisfacer un interés general. En este sentido se construye un concepto unívoco (ESFL) como entidad digna de protección a efectos fiscales.

Las **razones que llevan al legislador a establecer este régimen fiscal especial** son varias, tal y como ha advertido la doctrina más autorizada⁴⁰⁶. En el ámbito que nos ocupa queremos señalar cómo todas estas razones explican, suficientemente, la idoneidad de la ESFL como entidad de asistencia a las personas en situación de dependencia y como entidad digna de protección a efectos fiscales.

Así, en primer lugar, la actuación de estas entidades tiene **efectos favorables para la economía y la sociedad**. El hecho de que se multipliquen las asociaciones, fundaciones u ONG's en materia de dependencia, materia básica para la sociedad de nuestros días, no debe ser ajeno a los poderes públicos⁴⁰⁷. A través de ellas se produce una interacción entre el Estado y la Sociedad de forma que los ciudadanos implicados son cada vez más⁴⁰⁸. Así, la mayoría de los servicios de empleo a personas discapacitadas están en manos de las asociaciones que representan a los discapacitados, fundaciones e instituciones sin ánimo de lucro privadas o públicas. Según la Dirección general de coordinación de políticas sectoriales sobre la discapacidad, del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales, en 2003 eran 397 Fundaciones las que se dedicaban a la minusvalía y 566 a la tercera Edad.

En segundo término, cuando las ESFL cumplen rigurosamente los requisitos legales, actúan **como si de una Administración Pública más se tratara**. Y es que en materia de discapacidad se podría afirmar que todos los recursos parecen insuficientes. Los pronósticos revelan que para los próximos años se va a producir un aumento considerable en el volumen de recursos destinados en nuestro país a la atención de personas dependientes.

Teniendo en cuenta que la tendencia de los Estados, en los últimos años, está en la reducción del déficit público, es previsible que sea el mercado privado el encargado de esta cobertura por sus propios medios materiales⁴⁰⁹. La proliferación de ESFL en este sentido sirve de complemento al Sistema de Autonomía y Dependencia, coadyuvando a prestar los servicios al colectivo de las personas en situación de dependencia. Lo servicios públicos se refuerzan (en algunos casos se sustituyen) por la actuación de este

⁽⁴⁰⁶⁾Entre otros, hay que destacar a CALVO ORTEGA, R.: «Las fundaciones de exención plena y el principio de igualdad tributaria». *Fundaciones y Mecenazgo*, Comares, 2001; y "Nuevo régimen fiscal de las Fundaciones de exención plena: un paso adelante." *Revista Nueva Fiscalidad*, núm. 6; a ARIAS ABELLÁN, D.: *Las fundaciones en el Impuesto sobre Sociedades*, IEF, 1995; a ARIAS VELASCO, J.: *La fiscalidad de las entidades sin ánimo de lucro*, 3ª ed., Marcial Pons, 1995; a MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: *Fundaciones y Mecenazgo*, 3ª ed., Aranzadi, 1999; a GARCÍA LUIS, T.: *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*, Lex Nova, 1995; y a PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: *Las actividades empresariales de las fundaciones y su tributación*, op. Cit.; *Régimen tributario de las fundaciones en la Ley 30/1994: condiciones para su obtención*. Aranzadi, 1998.

⁽⁴⁰⁷⁾ Vid. a CALVO ORTEGA, R. quien advierte cómo los efectos positivos para la sociedad han influido decisivamente en la tributación exenta o atenuada de estas entidades. Más aún, ha sido una exigencia fundamental e indisponible. "Las fundaciones de exención plena y el principio de igualdad tributaria", en *Fiscalidad y Mecenazgo*, op. Cit., pág. 4.

⁴⁰⁸ Vid. STC 18/1984, de 7 de febrero; y el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "Los servicios sociales privados sin ánimo de lucro en el contexto de los servicios de interés general en Europa" (2001/C 311/08), en el que se destacan las contribuciones de los servicios sociales (estas entidades revelan demandas sociales en continua evolución, son creadores o recicladores del tejido social y movilizan la solidaridad entre los ciudadanos.

⁴⁰⁹ «El gasto público y privado en atención a la dependencia. Financiación Presente y futura». VI Congreso Nacional de Organizaciones de Mayores. Valladolid, 2003. CEOMA, Pág. 123.

tipo de entidades y el gasto público de las Administraciones españolas se ve reducido notablemente. Un dato a tener en cuenta es que el número de usuarios atendidos por los servicios de atención residencial, de ayuda a domicilio y de teleasistencia aumenta de forma progresiva en los últimos veinte años⁴¹⁰.

SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL EN ESPAÑA
EVOLUCIÓN DEL NÚMERO TOTAL CENTROS Y PLAZAS
E ÍNDICE DE COBERTURA, 1975-2004

| Año | Población ≥ 65 | Nº total de centros | Nº total de plazas | Índice de cobertura (II) (%) |
|------|----------------|---------------------|--------------------|------------------------------|
| 1975 | 1.731.254 | — | 83.000 | 1,44 |
| 1980 | 4.943.454 | — | 186.400 | 2,16 |
| 1984 | 5.301.703 | 1700 | 161.330 | 2,83 |
| 1989 | 6.330.654 | 1720 | 199.030 | 2,95 |
| 2000 | 8.043.140 | 1902 | 246.370 | 3,03 |
| 2001 | 7.837.550 | 4167 | 214.530 | 3,08 |
| 2002 | 7.188.410 | 4100 | 228.701 | 3,34 |
| 2003 | 7.270.420 | 4100 | 231.826 | 3,44 |
| 2004 | 7.276.620 | 4888 | 266.301 | 3,60 |

Fuente: *Las personas mayores en España. Informe 2004*.

⁴¹⁰ Vid. el Informe: *Las personas mayores en España. Informe 2004*. En <http://www.imsersomayores.csic.es/estadisticas/informemayores/informe2004/index.html>.

**SERVICIO PÚBLICO DE AYUDA A DOMICILIO EN ESPAÑA
NÚMERO DE USUARIOS ATENDIDOS E ÍNDICE DE COBERTURA
(1995-2004)**

| Años | Población-65 | Nº usuarios atendidos | Índice de cobertura |
|------|--------------|-----------------------|---------------------|
| 1991 | | 707 | — |
| 1995 | | 1.413 | — |
| 1997 | | 4.221 | — |
| 1998 | 4.341.456 | 4.467 | 0,13 |
| 1999 | | 9.377 | — |
| 1999 | 5.259.909 | 24.151 | 0,46 |
| 1999 | 6.000.505 | 63.713 | 1,05 |
| 1999 | 6.739.039 | 112.797 | 1,67 |
| 2000 | 6.942.149 | 118.587 | 1,73 |
| 2001 | 7.037.553 | 139.334 | 1,99 |
| 2002 | 7.189.419 | 177.304 | 2,73 |
| 2003 | 7.276.410 | 211.703 | 3,03 |
| 2004 | 7.276.620 | 228.812 | 3,14 |

Fuente: Las personas mayores en España. Informe 2004.

**SERVICIO PÚBLICO DE TELEASISTENCIA EN ESPAÑA
NÚMERO DE USUARIOS ATENDIDOS E ÍNDICE DE COBERTURA
(1995-2004)**

| Años | Población-65 | Nº usuarios atendidos | Índice de cobertura |
|------|--------------|-----------------------|---------------------|
| 1991 | 4.086.365 | 7.070 | 0,13 |
| 1997 | 6.728.358 | 48.374 | 0,72 |
| 2000 | 6.942.149 | 80.118 | 0,88 |
| 2001 | 7.037.553 | 78.417 | 1,12 |
| 2002 | 7.189.419 | 104.202 | 1,47 |
| 2003 | 7.276.410 | 129.126 | 1,75 |
| 2004 | 7.276.620 | 148.905 | 2,05 |

Fuente: Las personas mayores en España. Informe 2004.

Se ha echado en falta, no obstante, un análisis riguroso de la medida en la que estas entidades van a descargar a las arcas públicas de los gastos provocados por la prestación de los servicios propios del Sistema de Autonomía y Dependencia. Nada dice el libro blanco. Tampoco la memoria económica.

La medida en que no sólo las ESFL sino todas las entidades que se integran en el tercer sector coadyuvan a hacer viable el sistema explica los beneficios fiscales y el régimen de exención establecido por el legislador en la Ley 49/2002: si satisfacen fines

de interés general, lo que redundará en un ahorro de gasto público, deberán ser llamadas en menor medida al sostenimiento de dichos gastos⁴¹¹.

Por último, la defensa de un régimen fiscal favorable para las ESFL se fundamenta en que **la capacidad económica de la entidad y de las personas que se benefician de sus actividades y servicios suele ser menor** que la de otras entidades. Decimos que es menor porque aunque manifiestan cierta capacidad al recibir rentas (donativos, cuotas de asociados), sin embargo afectan todas esas rentas a la finalidad de interés general. Como ha advertido la doctrina, no hay que confundir “fin de lucro” con la necesidad de lucro⁴¹². En este sentido, los profesores CHAVES y MONZÓN destacan cómo el carácter no lucrativo de una entidad admite dos acepciones: un sentido finalista que «pone el énfasis en la persecución de objetivos diferentes al objetivo de lucro, entendido éste en tanto que maximización de la obtención de beneficios al objeto de ser repartidos entre los propietarios de los factores productivos invertidos, preferentemente capitales». La segunda acepción pone el énfasis en «la existencia de unas *reglas organizativas - distributivas- restrictivas del ordenamiento de la entidad*. Estas reglas se sintetizan en el conocido Principio de No Distribución de Beneficios (PNDB), principio que establece la prohibición de distribuir los eventuales beneficios obtenidos por la entidad entre los individuos que la controlan o entre aquellos que son sus propietarios legítimos»⁴¹³.

Pus bien, esta doble acepción explica que el tratamiento fiscal a las sociedades mercantiles deba ser diferente, y menos beneficioso que el dispensado a las entidades integrantes del tercer sector. En las sociedades mercantiles, el lucro se haya presente en su objeto social. Lo importante es la obtención de rentas o ganancias en la realización de actividades diversas (lucro objetivo) y, además, el hecho de que dichas rentas o ganancias se reparten entre sus socios (lucro subjetivo). En las entidades del tercer sector esta segunda intencionalidad, sin embargo, se difumina, prevaleciendo los fines de interés general. Requieren obtener rentas para realizar su actividad (lógicamente) pero no hay reparto de beneficios. No hay un lucro subjetivo.

4) RÉGIMEN FISCAL DEL TERCER SECTOR

A) Entidades sin fines lucrativos

a) Beneficios fiscales. Régimen de exención plena. Ley 49/2002

El principal beneficio fiscal a favor de estas entidades es la exención en el **Impuesto sobre Sociedades** de determinadas rentas obtenidas por la ESFL. De este modo, se atiende al origen de las rentas y no al destino: El art. 6 declara exentas:

⁴¹¹ No hay que olvidar que el tributo es una prestación pública de solidaridad y de colaboración al sostenimiento de los gastos públicos.

⁴¹² GARCÍA LUIS, T.: *Fiscalidad de fundaciones y asociaciones*, op. cit., pág. 41. En el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ LAFUENTE, A., en *Fundaciones y Mecenazgo*, op. cit., pág. 27 y a PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: *Régimen tributario de las fundaciones en la Ley 30/1994: condiciones para su obtención*, op. cit., pág. 25.

⁴¹³ «Economía social y sector no lucrativo: actualidad científica y perspectivas», *CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, op. Cit., pág. 14 y 15.

1. Las **derivadas de determinados ingresos** (donativos y donaciones; ayudas económicas recibidas en virtud de los convenios de colaboración empresarial y de contratos de patrocinio publicitario; cuotas satisfechas por los asociados, colaboradores o benefactores; y subvenciones, salvo las destinadas a financiar la realización de explotaciones económicas no exentas). Aquí se incluirían, lógicamente, las subvenciones percibidas para financiar la actividad de asistencia a la persona en situación de dependencia.

2. Las procedentes del **patrimonio mobiliario e inmobiliario** de la entidad (dividendos y participaciones en beneficios de sociedades, intereses, cánones y alquileres). Esta nueva regulación, una vez superados los recelos, favorece a las ESFL que participan en sociedades y cuyos principales rendimientos son del capital mobiliario⁽¹⁾. Se trata de una medida utilizada también en otros países, como Francia (art. 206.5.c) del Code Général des Impôts).

3. Las derivadas de **adquisiciones o de transmisiones**, por cualquier título, de bienes o derechos, incluidas las obtenidas con ocasión de la disolución y liquidación de la entidad. Ya no se exige que la adquisición o transmisión se realice en cumplimiento de la finalidad de la entidad ni se distingue si dicha transmisión es a título lucrativo u oneroso.

4. Las que deban ser **atribuidas o imputadas a las ESFL** de acuerdo con la normativa tributaria y que procedan de rentas exentas incluidas en alguno de los apartados anteriores. Esta exención también supone un importante avance en relación con la Ley 30/1994.

5. Las **obtenidas en el ejercicio de las explotaciones económicas exentas** (art. 7). Estas explotaciones exentas son:

- *Las desarrolladas en cumplimiento del objeto o finalidad de la entidad*. Se incluye, como no podía ser menos, la prestación de servicios de asistencia social: asistencia a la tercera edad y asistencia a personas con discapacidad (incluyendo la formación ocupacional, la inserción laboral y la explotación de granjas, talleres y centros especiales en los que desarrollen su trabajo).
- *Las explotaciones económicas de carácter meramente auxiliar o complementario* de las explotaciones económicas exentas o de las actividades encaminadas a cumplir los fines estatutarios o el objeto de la ESFL. En ningún caso se considera que dichas explotaciones tienen un carácter meramente auxiliar o complementario cuando el importe neto de la cifra de negocios del ejercicio correspondiente al conjunto de ellas exceda del 20% de los ingresos totales de la entidad.
- *Explotaciones económicas de escasa relevancia* entendiendo por tales aquellas cuyo importe neto de la cifra de negocios del ejercicio no supere en conjunto 20.000 euros. De lo que se trata es de evitar el establecimiento de deberes contables y de índole formal que, en la

mayoría de las ocasiones, pueden resultar excesivos para algunas entidades sin fines lucrativos.

Las rentas derivadas de explotaciones económicas no exentas tributarán al 10%.

En relación con los **impuestos locales**, el art. 15 de la Ley 49/2002 establece tres exenciones de enorme interés: **IBI** (salvo que los bienes estén afectos a explotaciones económicas no exentas del IS); **IAE** (están exentas las explotaciones económicas cuyas rentas están exentas en el IS); e **IIVTNU**.

Por lo que se refiere al ITPAJD, la Disposición adicional tercera de la Ley 49/2002, que modifica el art. 45.I.A) de la LITPAJD establece una exención a favor de las ESFL (nada se establece a favor de las fundaciones y asociaciones de utilidad pública). En todo caso, deberá acompañarse la documentación que acredite el derecho a la exención.

b) Régimen de donativos y otras aportaciones

Este régimen fiscal beneficioso para las ESFL se completa con una fiscalidad específica de los donativos, donaciones y aportaciones realizadas en favor de las entidades beneficiarias del mecenazgo (art. 17 y ss. de la Ley 49/2002). Tratándose de entidades dedicadas a la asistencia a personas en situación de dependencia, se trata de un régimen fiscal importante dado que muchas de ellas se mantienen a través de este tipo de cantidades.

De este modo, darán derecho a practicar una deducción en los impuestos que veremos a continuación (art. 17):

- a) Donativos y donaciones dinerarios, de bienes o de derechos.*
- b) Cuotas de afiliación a asociaciones que no se correspondan con el derecho a percibir una prestación presente o futura.*
- c) La constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes, derechos o valores, realizada sin contraprestación.*
- d) Donativos o donaciones de bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español.*
- e) Donativos o donaciones de bienes culturales de calidad garantizada en favor de entidades que persigan entre sus fines la realización de actividades museísticas y el fomento y difusión del patrimonio histórico artístico.*

Pues bien, la deducción por estas cantidades viene representada por los siguientes porcentajes:

* en el **IS**, se establece una deducción del **35%** del donativo, donación o aportación (art. 20). El porcentaje se eleva la **40%** cuando se trate de una de las actividades prioritarias de mecenazgo de las establecidas en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Conviene destacar cómo a pesar de la preocupación e interés despertados por la entrada en vigor de la nueva ley, la Ley de Presupuestos para el 2007 no hace ninguna referencia a la discapacidad (disp. Adic. 14^a). Esta vía se podría aprovechar para incentivar las donaciones a fundaciones o asociaciones de utilidad pública dedicadas a la prestación de servicios y a la formación, integración y generación de empleo para personas en situación de dependencia.

* En el **IRPF** y en el **IRNR**: deducción en cuota íntegra de un **25%** del donativo, donación o aportación (art. 19). El porcentaje se eleva la **30%** cuando se trate de una actividad prioritaria de mecenazgo.

Queremos destacar cómo este régimen es similar en el **ordenamiento francés**. En él, las donaciones entidades de mecenazgo tienen derecho a una reducción del impuesto que difiere según que el donante sea un particular o una empresa⁴¹⁴. No obstante, la gran diferencia son los porcentajes de deducción, sumamente generosos en el ordenamiento francés⁴¹⁵.

- las donaciones efectuadas por particulares: reducción en el impuesto sobre la renta de un 66% (75% en el caso de que se trate de una donación a una fundación de ayuda a personas en situación de dificultad) de las sumas donadas, con el límite del 20% de la renta imponible del donante.
- los donativos efectuados por empresas tienen derecho a una reducción del 60% con el límite del 5% de su cifra de negocios.

Por último, hay que advertir que en los tres impuestos se declaran **exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de los donativos, donaciones y aportaciones**. Esta exención se aplica, también en el IIVTNU.

B) Fundaciones, asociaciones de utilidad pública y otras entidades que no pueden acogerse a la Ley 49/2002

Las fundaciones y asociaciones de utilidad pública dedicadas a la asistencia a personas en situación de dependencia que no puedan cumplir los requisitos para acceder al estatuto de ESFL tienen un tratamiento fiscal beneficioso. No lo es de exención plena sino de lo que se pudiera denominar como de exención limitada.

⁴¹⁴ Los organismos beneficiarios de mecenazgo son los regulados en el art. 200 del CGI:

- obras u organismos de interés general que tengan un carácter filantrópico, educativo, científico, social, humanitario, deportivo, familiar, cultural de defensa del patrimonio artístico, del medio ambiente o de la difusión de la cultura, de la lengua y de los conocimientos científicos franceses.
 - Fundaciones u obras reconocidas de utilidad pública.
 - Fundaciones de empresa.
 - Establecimientos de enseñanza superior o de enseñanza artística, públicos o privados, sin ánimo lucrativo.
 - Organismos que tengan por objeto exclusivo la financiación de pequeñas o medianas empresas.
 - Asociaciones culturales o de beneficencia que sean autorizadas a recibir donativos.

⁴¹⁵ Y es que, como advirtió el profesor BELTRAME, P., en la medida en que los mecenas, particulares o sociedades, sean incitados por la legislación fiscal en vigor a crear en estos organismos, las fundaciones y las instituciones sin ánimo lucrativo conocerán una mayor o menor expansión. «Fondations, mécénat et fiscalité en Europe», *Les fondations: un mécénat pour notre temps?* (dir. DEBBASCH, C.), Collection Science et Droit Administratifs, 1987, pág. 69.

De este modo, **en el IS tributan a un 25%** (art. 28.2.e) TRLIS) y se declaran exentas algunas rentas (art. 120 del TRLIS)⁴¹⁶. No así los rendimientos de explotaciones económicas, ni a las rentas derivadas del patrimonio, ni a las rentas obtenidas en transmisiones.

En cuanto a los **impuestos locales**, el art. 83.1.e) y f) TRLRHL dispone que están exentas del IAE las asociaciones y fundaciones de disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales, sin ánimo de lucro, por las actividades de carácter pedagógico, científico, asistenciales y de empleo que para la enseñanza, educación, rehabilitación y tutela de minusválidos realicen, aunque vendan los productos de los talleres dedicados a dichos fines, siempre que el importe de dicha venta, sin utilidad para ningún particular o tercera persona, se destine exclusivamente a la adquisición de materias primas o al sostenimiento del establecimiento.

Por último, por lo que se refiere a las **donaciones que reciban**, el TRLIRPF establece una deducción del 10%. Este porcentaje es inferior, como hemos visto, al que se establece cuando la donación se realiza a favor de una ESFL (25%). Además esta deducción no se aplica ni en el IS ni en el IRNR.

C) Cooperativas de trabajo asociado, de iniciativa social y sanitarias.

a) Requisitos para su protección fiscal. En especial, los límites a los resultados extracooperativos

Dentro de estas tres categorías de cooperativas, que tienen en la actualidad el mayor protagonismo en la asistencia al discapacitado, solamente las primeras, las de **trabajo asociado**, son consideradas por el legislador como especialmente protegidas. Hay que advertir, no obstante, que en el ámbito de la dependencia la mayoría de las cooperativas que prestan servicios de asistencia social suelen ser de trabajo asociado.

La calificación de cooperativa especialmente protegida supone una serie de beneficios apreciables en el IS y exenciones en otros impuestos como el ITPJAD y el IAE. En especial, y por lo que respecta a las cooperativas de trabajo asociado, la disposición adicional tercera de la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre régimen fiscal de las cooperativas (LRFC) recoge una bonificación del 90 por 100 de la cuota íntegra del IS siempre y cuando integren, al menos, un 50% de socios minusválidos y que acrediten que, en el momento de constituirse la cooperativa, dichos socios se hallaban en situación de desempleo. Esta bonificación se podrá aplicar durante los cinco primeros años de actividad social, en tanto se mantenga el referido porcentaje de socios.

⁴¹⁶ La ley se refiere a:

- Las que procedan de la realización de actividades que constituyan su objeto social o finalidad específica.
- Las derivadas de adquisiciones y de transmisiones a título lucrativo, siempre que unas y otras se obtengan o realicen en cumplimiento de su objeto o finalidad específica.
- Las que se pongan de manifiesto en la transmisión onerosa de bienes afectos a la realización del objeto o finalidad específica cuando el total producto obtenido se destine a nuevas inversiones relacionadas con dicho objeto o finalidad específica.

El artículo 13.10 de LRFC establece que será causa de pérdida de la condición de cooperativa fiscalmente protegida, entre otras, “*la realización de operaciones cooperativizadas con terceros no socios, fuera de los casos permitidos en las Leyes, así como el incumplimiento de las normas sobre contabilización separada de tales operaciones y destino al Fondo de Reserva Obligatorio de los resultados obtenidos en su realización*”.

En el mismo sentido, la ley establece unos **límites a la posibilidad de obtener resultados extracooperativos**: “*ninguna cooperativa, cualquiera que sea su clase, podrá realizar un volumen de operaciones con terceros no socios superior al 50 por 100 del total de las de la cooperativa, sin perder la condición de cooperativa fiscalmente protegida*”. Es decir, que los rendimientos extracooperativos (los procedentes de la actividad cooperativizada realizada por los trabajadores no socios) no deben superar el 50 por 100 de los rendimientos cooperativos (los procedentes de la actividad cooperativizada realizada por sus socios).

La DGT ha advertido que dentro de las operaciones con terceros se incluyen las operaciones con los trabajadores no socios de la cooperativa (aquellos cuyas horas/año realizadas con contrato de trabajo por cuenta ajena, como vimos, no deben superar el 30 por 100 del total de horas/año realizadas por los socios trabajadores socios)⁴¹⁷. Esta calificación, sin embargo, puede dar muchos problemas. Hay que tener en cuenta que en este tipo de cooperativas de trabajo asociado, y en determinadas épocas, puede resultar necesario disponer de otros trabajadores contratados temporalmente por obra o servicios. ¿La superación del límite del 50 por 100 debe suponer la pérdida de la calificación como cooperativa especialmente protegida? En nuestra opinión, no. Se podría hacer uso de la excepción contenida en el art. 14 que permite que los Delegados de Hacienda, mediante acuerdo escrito y motivado, autoricen que no se apliquen los límites estudiados cuando, como consecuencia de circunstancias excepcionales no imputables a la propia cooperativa, ésta necesite ampliar dichas actividades por plazo y cuantía determinados. Si transcurre un mes desde que la entidad presente la solicitud sin que se haya notificado la resolución expresamente a la cooperativa, se entenderá otorgada la autorización.

b) Su consideración como ESFL

Otra preocupación del sector es **la consideración de este tipo de cooperativas como una entidad sin fin lucrativo**, a fin de poder disfrutar del régimen de exención plena que hemos visto. Teniendo en cuenta que la Ley 49/2002 solamente permite acceder a dicho estatuto a determinadas entidades (fundaciones, asociaciones de utilidad pública, organizaciones no gubernamentales, etc.), la respuesta a esta pretensión debe ser negativa.

Distinto es que puedan acceder al estatuto de entidad de carácter social. El art. 20.Tres de la LIVA dispone que se considerarán establecimientos o entidades de carácter social aquellos en los que concurren los siguientes requisitos:

⁴¹⁷ Vid. la Consulta de 3 de marzo de 2004.

- Que carezcan de finalidad lucrativa y dediquen, en su caso, los beneficios eventualmente obtenidos al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza.
- Los cargos de presidente, patrono o representante legal deberán ser gratuitos y carecer de interés en los resultados económicos de la explotación por sí mismos o a través de persona interpuesta.
- Los socios, comuneros o partícipes de las entidades o establecimientos y sus cónyuges o parientes consanguíneos, hasta el segundo grado inclusive, no podrán ser destinatarios principales de las operaciones exentas ni gozar de condiciones especiales en la prestación de los servicios. Conviene advertir que este requisito no se aplica cuando se trate de entidades dedicadas a la asistencia social previstas en el art. 20.Uno.8º LIVA. Dentro del listado se incluyen las actividades de protección de la infancia y de la juventud; la asistencia a la tercera edad y la educación especial y asistencia a personas con minusvalía. En definitiva, todas ellas entran en el ámbito de la Ley 39/2006.

Sea como fuere, tal y como ha advertido la doctrina, el problema radica en determinar si se puede considerar que las cooperativas carecen de ánimo de lucro⁴¹⁸. Es decir, de los requisitos que hemos visto, los que más problemas plantean a efectos de dicha calificación es la ausencia de finalidad lucrativa.

El art. 1 de la Ley de Cooperativas define a éstas como sociedades constituidas «por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales». La propia Exposición de Motivos de la Ley de Cooperativas establece que el fin último del conjunto de sus socios es «la rentabilidad económica y el éxito de su proyecto empresarial». De este modo, esta regulación estatal ha permitido la afirmación de que en las cooperativas existe un claro ánimo de lucro. La Resolución del TEAC 8 de octubre de 1998 afirma que «la cooperativa se diferencia de otras personas jurídicas como las asociaciones y fundaciones, en que es una agrupación de personas que colaboran en la explotación de una empresa con ánimo de obtener un beneficio individual. Así, los socios de ordenan por cuenta propia un conjunto de medios materiales y humanos con la finalidad de intervenir en la producción de los servicios. Es decir, un conjunto de personas que desarrolla una actividad empresarial y que en el ejercicio de misma persiguen la obtención de un beneficio o ganancia individual, que, si bien no se materializa en un retorno cooperativo, se concreta en la satisfacción de las necesidades laborales de los socios (primer objetivo de una cooperativa de trabajo asociado), con los beneficios económicos que ello comporta, sin perjuicio de que esta satisfacción se logre a través de prestación de servicios que redundan en beneficio de toda la sociedad»⁴¹⁹.

⁴¹⁸ PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: «La consideración de las cooperativas como entidades de carácter social a efectos de la aplicación de las exenciones previstas en el IVA», *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, núm. 12, 2003; y MARTÍN FERNÁNDEZ, J.; MARTÍN CALCINES, F.; Y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: *Cuestiones Tributarias y contables de las cooperativas*, Iustel, 2006, pág. 178.

⁴¹⁹ En el mismo sentido, vid. las Res. TEAC de 10 de febrero y de 8 de mayo de 2002, de 7 de febrero de 2001 y de 6 de octubre de 1999; las SSTs de 3 de mayo de 1999 y de 23 de septiembre de 2002.

La confrontación que se acaba de exponer ha intentado ser salvada por algunas Comunidades Autónomas, como la Valenciana, que considera que la actividad cooperativizada está constituida por un conjunto de las prestaciones y servicios que realiza la cooperativa con sus socios, sin mediar ánimo de lucro (art. 2. Ley 8/2003, de 24 marzo).

Sea como fuere, y con independencia de este debate, hay que advertir que no todas las cooperativas se ven excluidas de la imposibilidad de acceder al estatuto de entidad de carácter social establecido en la LIVA. Así, la **disposición adicional primera de la Ley de cooperativas** establece una excepción de importantes consecuencias al objeto de nuestro estudio. Esta disposición reza de la siguiente manera:

«Podrán ser calificadas como sociedades cooperativas sin ánimo de lucro las que gestionen servicios de interés colectivo o de titularidad pública, así como las que realicen actividades económicas que conduzcan a la integración laboral de las personas que sufran cualquier clase de exclusión social y en sus Estatutos recojan expresamente:

a) Que los resultados positivos que se produzcan en un ejercicio económico no podrán ser distribuidos entre sus socios.

b) Las aportaciones de los socios al capital social, tanto obligatorias como voluntarias, no podrán devengar un interés superior al interés legal del dinero, sin perjuicio de la posible actualización de las mismas.

c) El carácter gratuito del desempeño de los cargos del Consejo Rector, sin perjuicio de las Compensaciones económicas procedentes por los gastos en los que puedan incurrir los consejeros en el desempeño de sus funciones.

d) Las retribuciones de los socios trabajadores o, en su caso, de los socios de trabajo y de los trabajadores por cuenta ajena no podrán superar el 150 por 100 de las retribuciones que en función de la actividad y categoría profesional, establezca el convenio colectivo aplicable al personal asalariado del sector».

Como puede advertirse, este precepto solamente permite salvar el primer paso para acceder a la calificación citada. Cuando se cumplan estos cuatro requisitos se entenderá que no existe ánimo de lucro.

El siguiente obstáculo será cumplir con los requisitos de la LIVA. En definitiva, podemos decir que una cooperativa que realice su actividad en el ámbito de la dependencia solo puede acceder al estatuto de establecimiento de carácter social cuando: a) no distribuya beneficios sino que los dedique al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza. Este requisito, según la DGT, debe estar contemplado en

Por lo que se refiere a la DGT, se mantienen opiniones contradictorias. La Consulta de 11 de noviembre de 2002 mantiene el criterio de que la finalidad lucrativa de las cooperativas imposibilita de principio el cumplimiento de los requisitos de la LIVA. Las Consultas de 16 de noviembre de 2001, de 12 de febrero y de 13 de mayo de 2003 señalaron, sin embargo, que esta regla general tiene una excepción. En concreto, la establecida en la Disposición Adicional Primera de la Ley estatal de Cooperativas.

lo estatutos de la entidad⁴²⁰; b) límite la rentabilidad de las aportaciones de los socios; c) no retribuya los cargos del Consejo Rector ni permita que dichos cargos tengan interés en los resultados económicos de la explotación; c) límite las retribuciones de los socios (menos del 150% de las fijadas en el convenio colectivo).

Por último, el art. 6 del Reglamento del IVA requiere que la entidad o establecimiento privado de carácter social solicite el reconocimiento de la citada exención. Este sería, por fin, el último obstáculo y el que, en la mayoría de los casos, no suele ser salvado por determinadas cooperativas que realizan actividades sociales⁴²¹. Según datos ofrecidos por COCETA (Confederación Española de Cooperativas de Trabajo Asociado), nada menos que un 81% de las cooperativas que trabajan en los servicios sociales, culturales y de ocio educativo, cumplen con cuatro requisitos básicos que garantizan la ausencia de ánimo de lucro. El 94% cumplen el requisito de no remunerar a los cargos del Consejo Rector; el 92% cumplen el requisito de que los sueldos no superen el 150% de la media del sector; el 94% cumplen el requisito de no cobrar intereses por sus aportaciones al capital social de la cooperativa; y el 92% cumplen con la condición de no repartir beneficios entre los socios cuando los mismos se generan⁴²². Pese todo, según pone de relieve este mismo organismo, las trabas de la Administración Tributaria son numerosas, de modo que la aplicación de la exención en la aplicación del IVA, uno de los beneficios previstos para las entidades de carácter social, no alcanza sino al 42% de las cooperativas de iniciativa social.

| Condiciones para que una cooperativa sea considerada sin ánimo de lucro según la ley estatal de cooperativas 27/1999. Porcentaje de cooperativas que cumple cada una de las condiciones. | | | |
|---|---------------|------------------|--------------|
| | Cumple | No cumple | Ns/nc |
| no se remuneran los cargos del consejo rector (excepto gastos) | 94% | 4% | 2% |
| las retribuciones de los socios y de los trabajadores no superan el 150% de los salarios medios del sector para puestos equivalentes | 92% | 2% | 6% |
| no se pagan intereses a los socios por sus aportaciones al capital social (o si se pagan se limitan al interés legal del dinero) | 94% | 4% | 2% |
| (cuando existen) no se reparten los | 92% | 6% | 2% |

⁴²⁰ Consulta de la DGT de 16 de noviembre de 2001.

⁴²¹ La necesidad de reconocimiento, exigida a todas las entidades sin ánimo de lucro, ha sido criticada por BLÁZQUEZ LIDOY para el que más que una solicitud de reconocimiento se trataría de una simple comunicación. , *El IVA en las entidades no lucrativas (cuestiones teóricas y prácticas)*, CEF, 2002, pág. 158.

⁴²² *Una realidad en crecimiento. Las Cooperativas de Trabajo Asociado en la Iniciativa Social. Informe de COCETA*. Disponible en <http://www.coceta.coop/DptoSectoriales/Urec/home.htm>.

| | | | |
|---------------------------------------|------------|--|--|
| beneficios obtenidos entre los socios | | | |
| CUMPLE LAS CUATRO CONDICIONES | 81% | | |

D) Centros especiales de empleo y Empresas de Inserción Social

Como vimos más arriba, este tipo de entidades pueden revestir forma jurídica diversa: fundación o asociación sin ánimo de lucro, cooperativa o entidad con ánimo de lucro. De este modo, no existe una fiscalidad específica sino solamente medidas que dependerán, como decimos, de la forma jurídica adoptada. En este sentido, podrá obtener un régimen de exención plena siempre y cuando se haya configurado como una ESFL y cumpla con los requisitos de la Ley 49/2002. Nos remitimos, pues, al apartado correspondiente, para el análisis de su fiscalidad.

Tal y como advierte CALVO VERGEZ, sería deseable establecer un régimen de incentivos y bonificaciones orientadas a la contratación de personas con minusvalía. Concretamente aboga por «actualizarse el sistema vigente de apoyos al autoempleo de trabajadores minusválidos. Una medida beneficiosa en este sentido podría ser la de proceder a la capitalización de las prestaciones de desempleo. Como es sabido, esta medida ha dado resultado en el ámbito de las cooperativas y de las sociedades laborales, donde las prestaciones percibidas por los desempleados y cobradas “una tantum” se encuentran exentas de IRPF»⁴²³.

Queremos advertir, no obstante, cómo el ordenamiento jurídico español contempla numerosas ayudas y subvenciones a favor de los Centros Especiales de Empleo: por creación de puesto de trabajo con carácter estable (cantidades que van desde los 9.000 hasta los 12.000 euros, dependiendo de que los trabajadores discapacitados superen el 70% o el 90% del porcentaje de la plantilla); por mantenimiento de los puestos de trabajo (bonificaciones de las cuotas empresariales de la Seguridad Social, subvenciones mensuales, etc.). Quiere ello decir, que siendo importante la inyección de recursos vía gasto público, podría resultar excesivo o desmesurado establecer también bonificaciones en la otra vertiente de la actividad financiera de los poderes públicos.

5) SOCIEDADES QUE REALIZAN ACTIVIDADES DE ASISTENCIA A PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

A) Deducciones en el Impuesto sobre Sociedades

En el Impuesto sobre Sociedades se recogen una serie de beneficios fiscales a favor de entidades de naturaleza societaria y que tratan de favorecer la contratación y el mantenimiento del estatus de los trabajadores minusválidos.

Así, en primer lugar, se establece una deducción por **contratación de minusválidos** (art. 41 TRLIS). Su importe es de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores minusválidos, experimentado durante el

⁴²³ «Centros especiales de empleo. Marco normativo y tributario. Perspectivas de futuro». *Fiscalidad de las entidades de economía social*. Thomson-Civitas, 2005, pág. 527. La propia Ley de Integración Social de Minusválidos de 13 de abril de 1982 delimita esta naturaleza mixta.

período impositivo, respecto a la plantilla media de trabajadores minusválidos con dicho tipo de contrato del período inmediatamente anterior. Dichos trabajadores deben ser contratados, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, es decir, el empleador debe solicitar a las Oficinas de Empleo los trabajadores con discapacidad que necesiten. El tipo de contrato debe ser indefinido y por jornada completa.

En segundo término, en la LIS se incluye una deducción en la cuota íntegra del 10 por ciento de las aportaciones realizadas a favor de patrimonios protegidos de los trabajadores con retribuciones brutas anuales inferiores a 27.000 euros, o de sus parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, de sus cónyuges o de las personas a cargo de dichos trabajadores en régimen de tutela o acogimiento regulados en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (art. 43).

Las aportaciones que dan derecho a deducción tienen como límite la cuantía de 8.000 euros por persona discapacitada. Lo no deducido se diferirá en los cuatro periodos impositivos siguientes. Además, si concurren en un mismo período impositivo deducciones en la cuota por aportaciones efectuadas en el ejercicio, con deducciones pendientes de practicar de ejercicios anteriores se practicarán, en primer lugar, las deducciones procedentes de las aportaciones de los ejercicios anteriores, hasta agotar el importe máximo que genera el derecho a deducción.

La tercera deducción es aquella a favor de **actividades de investigación y desarrollo e innovación tecnológica** (art. 35.1). El legislador incluye expresamente la concepción de software avanzado destinado a facilitar a las personas discapacitadas el acceso a los servicios de la sociedad de la información. Aquí entraría cualquier software que facilite la accesibilidad de los discapacitados a los ordenadores, telefonía, televisión, telecomunicaciones, etc...

La pregunta es si cabría incluir en el ámbito de la deducción por actividades i+d+i aquellas invenciones cuya finalidad es permitir el acceso de las personas en situación de dependencia a las comunicaciones, teletrabajo, comercio y administración electrónicos. En el mismo sentido, aquellas otras que tratan de adaptar sus hogares y sus lugares de trabajo a sus características. Tal y como ha reconocido la propia Comisión Europea, este es uno de los grandes retos en el campo de la investigación⁴²⁴. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el legislador español apunta en una dirección distinta. En este caso, se mantiene su aplicación a otros 5 años si bien reduciéndose los porcentajes en la misma proporción en que se minoran los tipos de gravamen. Según la Exposición de Motivos se trata de que las empresas adapten sus políticas de inversión al nuevo marco de ayudas públicas de impulso a estas actividades. En este sentido, para fomentar la contratación del personal investigador, se introduce una bonificación de las cotizaciones a la Seguridad Social. Se produce, por tanto, un giro: bonificaciones en las cotizaciones en lugar de beneficios fiscales.

Por último, la ley recoge una **deducción por inversiones en la adaptación de vehículos de transporte público de viajeros por carretera para discapacitados**: plataformas de acceso para personas discapacitadas y anclajes de fijación de sillas de ruedas (art. 38.5 del TRLIS). Aquí sí se permite una reducción en cuota del 10% del importe de las inversiones (excluidas las subvenciones). Resulta un tanto llamativo, sin embargo, el alcance tan restringido de esta deducción⁴²⁵. Así, se limita al transporte público por carretera. Se excluye el transporte privado y el transporte por ferrocarril, así como el aéreo y marítimo. En el mismo sentido, las inversiones solamente pueden realizarse en plataformas de acceso y anclajes.

⁴²⁴ *Más allá del mañana. La investigación científica en la Unión Europea*. Comisión Europea, 2004. En <http://ec.europa.eu/publications/booklets/move/48/es.doc>.

⁴²⁵ De esta misma opinión son ALONSO OLEA, B.; LUCAS DURÁN, M.; MARTÍN DÉGANO, I.: *La protección de las personas con discapacidad en el derecho de la seguridad social y en el derecho tributario*, op. Cit., pág. 286.

Conviene advertir, que esta deducción sí desaparecerá de forma paulatina (hasta su total supresión en 2011), en la dinámica establecida por la Ley 35/2006 de sustituir una reducción del tipo de gravamen con la supresión de una serie de deducciones. En este sentido, no entendemos muy bien cómo a pesar de haberse aprobado una ley de dependencia, se suprime un importante beneficio fiscal que fomentaría la adaptación y la eliminación de barreras en el transporte de discapacitados y personas mayores.

B) Régimen de mecenazgo

En este punto también conviene destacar algunos beneficios fiscales que pueden aplicarse las sociedades cuando contribuyan al Sistema de Dependencia de forma indirecta, mediante aportaciones a entidades beneficiarias de mecenazgo. En este sentido, serán gastos deducibles del IS las cantidades satisfechas a ESFL; al Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y sus Organismos autónomos (art. 25 de la Ley 49/2002). Aquí la deducción se permite con carácter general dado que el art. 3.1 de la ley citada incluye como actividad de interés general tanto la asistencia e inclusión social como la promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas.

4) IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO. PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y ENTREGA DE BIENES A PERSONAS DEPENDIENTES. PROBLEMAS

A) Introducción. Neutralidad del Impuesto e incidencia sobre la persona dependiente. En defensa de una exención objetiva que alcance todos los servicios de asistencia al discapacitado

Como es sabido, el IVA es un impuesto que grava la prestación de un servicio o la entrega de un bien por parte de un empresario o profesional. A pesar de la calificación “sui generis” que hace la ley de actividad empresarial o profesional choca, sin embargo, con los planteamientos teleológicos de algunas entidades de asistencia al discapacitado, como las entidades sin fines lucrativos. La exención recogida por el legislador, además, no soluciona determinados problemas a los que haremos referencia.

En relación con los servicios de asistencia al dependiente (servicios de asistencia social; servicios de asistencia sanitaria; servicios exclusivamente de alojamiento en apartamentos para ancianos, etc.) el IVA genera una **casuística enormemente prolija** y en algunos casos que puede ser calificada de discriminatoria. Veremos cómo algunas exenciones se condicionan al régimen jurídico de la entidad que presta el servicio. Este es el caso de la exención de la asistencia social exclusiva para entidades o establecimientos de carácter privado o la exención de determinados servicios sanitarios para entidades en régimen de precios concertados. En el resto de los casos las operaciones se declaran sujetas y no exentas tributando la mayoría de los casos a un 7 por ciento.

Conviene replantearse, no obstante, **la incidencia que este impuesto tiene en la persona en situación de dependencia**. Y es que, como es sabido, tratándose de un impuesto neutral para el empresario a través del juego de repercusiones quien al final soporta el gravamen es el consumidor final. En nuestro caso la persona en situación de dependencia o sus familiares o personas que están a su cargo. Con todo ello, queremos aquí decir que lo que debería importar es que nos encontramos con servicios de asistencia al dependiente y que debería ser indiferente la naturaleza pública, privada o semi-privada de la entidad que presta dichos servicios. No hayamos razones para

comprender por qué una entidad que alcanza el estatuto de establecimiento privado de carácter social, según la LIVA está exenta de IVA por los servicios de asistencia a un anciano (una residencia de ancianos, por ejemplo) y no así en caso contrario (una sociedad mercantil o una fundación que no cumpla los requisitos establecidos en la Ley). Hay que tener en cuenta que, con la Ley de Dependencia el Sistema de protección se deja en manos no solamente de las autoridades públicas sino que se da entrada a entidades del Tercer Sector y a empresas privadas (sociedades mercantiles). Prevalece, por tanto, la situación de dependencia sobre quién presta el servicio. Más aún, con la nueva Ley será más habitual la entrada de agentes privados o semiprivados en la prestación de servicios de asistencia al dependiente. En definitiva, se trataría de defender una exención objetiva en el Impuesto que analizamos, lo que supondría un beneficio económico para el destinatario final (dependiente) al reducir el coste del servicio⁴²⁶.

En otros casos, como veremos, para determinadas entidades (ESFL) se plantean problemas por el tratamiento en el IVA de las operaciones realizadas de forma gratuita, algo que es muy habitual en el ámbito que estudiamos. Es el denominado **autoconsumo**, regla que, como veremos, no encaja tampoco con la idiosincrasia de este tipo de entidades.

En el mismo sentido, no podemos dejar de hacer referencia a la **tributación en el IVA de determinados bienes a las personas en situación de dependencia**, como las prótesis, órtesis e implantes internos o los vehículos para minusválidos; de determinados servicios como los de asistencia social y de alojamiento y manutención en residencias, centros geriátricos, centros de día y centros de asistencia terapéuticos. Todos ellos tienen un tratamiento específico en el IVA. En el caso de los servicios de alojamiento plantean problemas. En primer lugar, porque los centros de internamiento e, incluso, los centros de día u ocupacionales no se consideran vivienda para el dependiente, con lo que tributan a un 7 por ciento. Aquí deberíamos replantearnos si el concepto de vivienda no debe englobar, también, este tipo de estancias. En segundo término, y en relación con el alojamiento de ancianos en pisos tutelados, la Administración viene considerando que se trata de servicios hoteleros, cuestión también que debe ser reconsiderada.

Por último, también existen **dificultades en el ámbito de la repercusión del impuesto**, causadas por las subvenciones obtenidas por los centros y que están vinculadas al precio. El sistema de dependencia establece, como hemos visto, un régimen de copago. Este régimen, no obstante, que se sigue en muchas Comunidades Autónomas. Así, por ejemplo, en las residencias de ancianos concertadas, en las que existe un convenio con la Administración, ésta paga una parte del precio y el resto por el propio anciano o por los familiares responsables de su cuidado. Pues bien, se trataría de ver en qué medida estas subvenciones afectan a la repercusión del Impuesto. Hemos de advertir, no obstante, que existiendo en este trabajo un apartado específico

⁴²⁶ BLAZQUEZ LIDOY recuerda esta otra faceta de la exención, como beneficio económico, citando para ello la STJCE de 26 de mayo de 2005 (As. Kingscrest, C-498/03) en la que se afirmó que: «dichas exenciones, al garantizar un trato más favorable en materia de IVA a determinadas prestaciones de servicios de interés general realizadas en el sector social, tratan de reducir el coste de estos servicios y de hacerlos más accesibles a los particulares que puedan beneficiarse de las referidas exenciones». *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro y propuestas de reforma*. IEF, pág. 73 (del original). En prensa.

sobre subvenciones, creemos conveniente remitirnos a lo allí analizado por el profesor Vaquera García.

B) Servicios de asistencia social prestados por establecimientos privados de carácter social. Reflexiones sobre una reforma del Impuesto que impida que las entidades del tercer sector queden definitivamente incididas

a) Ámbito objetivo

Una de las pequeñas “críticas” que desde su aprobación se ha hecho a la Ley 49/2002, de régimen fiscal de ESFL es que no se refiere a uno de los impuestos que más dificultades plantea para determinadas fundaciones, asociaciones de utilidad pública, organizaciones no gubernamentales, y otro tipo de entidades que pueden alcanzar el estatuto de ESFL (siempre y cuando cumplan determinados requisitos, tal y como hemos visto). De este modo, la posible sujeción al IVA de determinadas actividades no afecta para nada al régimen fiscal especial de la Ley 49/2002. Se puede estar exento en virtud de esta Ley y sujeto, sin embargo, al IVA.

Este impuesto, el del valor añadido, tiene su propia ley, en la que se regula una fiscalidad específica a la que pueden acogerse las entidades anteriores (junto a otras, lógicamente, como, por ejemplo, las cooperativas). Se pudiera afirmar que este régimen tiene una naturaleza mixta pues combina elementos objetivos (la asistencia social) con elementos subjetivos (los requisitos que deben cumplir las entidades que quieran acogerse a ella). En este sentido, el art. 20.Uno.8º declara **exentos los servicios de asistencia social prestados por entidades de Derecho público o entidades o establecimientos privados de carácter social**. Este precepto se refiere, además, concretamente a la asistencia a la tercera edad (letra b)) y a la educación especial y asistencia a personas con minusvalía (letra c))⁴²⁷.

⁴²⁷ En el ordenamiento francés, en el ámbito del IVA, al ser este un impuesto armonizado a nivel europeo, son pocas las diferencias que existirán entre unos países y otros. Particularmente en Francia, el apartado 7 del art. 261 CGI declara, entre otras, exentas las siguientes operaciones:

- las realizadas por servicios de carácter social, educativo, cultural o deportivo prestado a sus miembros por los organismos legalmente constituidos sin fin lucrativo, cuando la gestión de los mismos sea desinteresada, así como las ventas consentidas a sus miembros por parte de estos organismos, con el límite del 10% de sus ingresos totales (salvo en lo respecta a bares y restaurantes).

- Las realizadas por entidades sin ánimo de lucro que presenten carácter social o filantrópico y cuya gestión sea desinteresada en beneficio de todas las personas, cuando los precios exigidos hayan sido homologados por la autoridad pública competente, o bien cuando operaciones del mismo tipo no sean corrientemente realizadas a precios comparables por empresas comerciales.

- Manifestaciones aisladas de acción social y beneficencia realizadas por entidades sin ánimo de lucro y organismos permanentes de carácter social de los entes locales y de las empresas.

- Las ventas que realicen los grupos de invidentes o de trabajadores discapacitados en las condiciones previstas en la Ley nº 72-616 de 5 de julio de 1972, así como las reparaciones realizadas por dicho grupos (aunque puede renunciarse a dicha exención)

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Sociales, en un informe de 23 de junio de 1995 definió el **concepto de asistencia social** como "*el conjunto de acciones y actividades desarrolladas por el Sector Público o por Entidades o personas privadas fuera del marco de la Seguridad Social, destinando medios económicos, personales u organizatorios a atender, fundamentalmente, estados de necesidad y otras carencias de determinados colectivos (ancianos, menores y jóvenes, minorías étnicas, drogadictos, refugiados y asilados, etc.) u otras personas en estado de necesidad, marginación o riesgo social*". Conviene advertir, sin embargo, que con la nueva Ley la asistencia social no puede limitarse a situaciones de necesidad y carencias de determinados colectivos (cuya calificación entraña una enorme subjetividad) sino que debe tener un ámbito más amplio. La cuestión importante radicará, como ha advertido BLÁZQUEZ LIDOY, en señalar qué concretas actividades puede entenderse que son asistencia social⁴²⁸.

b) Ámbito subjetivo. Posibilidad de aplicar la exención a personas físicas

Para que pueda aplicarse la exención citada es necesario que los servicios sean prestados por entidades de Derecho Público o entidades o establecimientos privados de carácter social (p. ej., entidades mercantiles que gestionan un centro de minusválidos, una residencia de ancianos, etc.). No resultará de aplicación a personas físicas dedicadas a prestar asistencia de ancianos en su domicilio, comprando y preparando la comida, cuidando de su aseo personal, de la limpieza de su hogar y del control del cumplimiento de las prescripciones médicas, con el fin de mantener en su casa a aquellas personas que por su edad y/o enfermedad no pueden hacerse cargo de la atención de su hogar o de su propia salud.

El problema como puede observarse, no es que no se presten servicios de asistencia social sino que no se trata de una de las entidades citadas. Por este motivo, según la DGT, estas personas tributarán por los servicios prestados a un 7 por ciento (Contestación la Consulta de la DGT de 10 de febrero de 2002).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mantenido, sin embargo, una línea divergente en relación con el tema que analizamos. En este sentido, el art. 13.A) de la Sexta Directiva dispone que «*los Estados miembros eximirán, en las condiciones por ellos fijadas y a fin de asegurar la aplicación correcta y simple de las exenciones previstas a continuación y de evitar todo posible fraude, evasión o abuso: [...] g) las prestaciones de servicios y las entregas de bienes directamente relacionadas con la asistencia social y con la Seguridad Social, realizadas por Entidades o Derecho público o por otros organismos a los que el Estado miembro de que se trate reconozca su carácter social*».

Pues bien, a pesar de la restricción operada por el legislador español, **el Tribunal considera que, los términos «establecimiento» y «organismo» son, en principio,**

Por su parte, el apartado II del art. 275 CGI establece la exención para las exportaciones realizadas por las entidades sin ánimo de lucro cuya gestión sea desinteresada en el ámbito de su actividad humanitaria, de beneficencia o educativa.

⁴²⁸ BLÁZQUEZ LIDOY, A.: *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro y propuestas de reforma*. IEF, pág. 86 (del original). En prensa.

suficientemente amplios para incluir también a las personas físicas (Sentencia de 7 de septiembre de 1999, asunto C 216/97, Gregg). Ninguna de las versiones lingüísticas del artículo 13, A, de la Sexta Directiva recoge, además, la expresión «persona jurídica», que hubiera sido clara y no presentaría ninguna ambigüedad. Esta circunstancia apoya la tesis de que, al utilizar estos últimos, el legislador comunitario no tuvo la intención de limitar únicamente a las operaciones efectuadas por personas jurídicas la concesión de las exenciones contempladas en dicha disposición, sino que quiso extender el ámbito de aplicación de las mencionadas exenciones a las operaciones realizadas por particulares (Fundamento 17). Por otro lado, aunque es cierto que los conceptos de «establecimiento» y «organismo» sugieren la existencia de una entidad individualizada que desempeña una función particular. No obstante, esta circunstancia no se da solamente en las personas jurídicas, sino también en las personas físicas que explotan una empresa.

Por último, recuerda el Tribunal, como esta interpretación, según la cual los términos «establecimiento» y «organismo» no se refieren únicamente a las personas jurídicas, es conforme, en particular, con el **principio de neutralidad fiscal inherente al sistema común del IVA** y que debe respetarse al aplicar las exenciones previstas en el artículo 13 de la Sexta Directiva (vid. también STJCE de 11 de junio de 1998, Fischer, C-283/95). Este principio se opone a que los operadores económicos que efectúan las mismas operaciones sean tratados de forma distinta en relación con la percepción del IVA. En consecuencia, se incumpliría el mencionado principio si la posibilidad de acogerse a la exención prevista para las operaciones efectuadas por establecimientos u organismos mencionados en el artículo 13, A, apartado 1, letras b) y g), dependiera de la forma jurídica por medio de la cual el sujeto pasivo ejerce su actividad.

c) Concepto de entidad o establecimiento privado de carácter social

Para la calificación de entidad o establecimiento privado de carácter social es necesario el cumplimiento de una serie de **requisitos**, regulados por el mismo art. 20 LIVA, en su apartado Tres:

- *carecer de finalidad lucrativa y dedicar, en su caso, los beneficios eventualmente obtenidos al desarrollo de actividades exentas de idéntica naturaleza.* Este requisito podrá ser fácilmente cumplido, por ejemplo, por las fundaciones. No así por otro tipo de entidades del Tercer Sector, como las Cooperativas y los Centros especiales de empleo en los que es posible el reparto de beneficios siempre y cuando tengan naturaleza societaria.

- *Los cargos de presidente, patrono o representante legal deberán ser gratuitos y carecer de interés en los resultados económicos de la explotación por sí mismos o a través de persona interpuesta.* En este punto debemos repetir las apreciaciones anteriores.

Este precepto incorpora lo dispuesto en el art. 13..A.2. a) de la Sexta Directiva. En él se establece que los Estados miembros pueden subordinar, caso por caso, la

concesión de la exención que estudiamos a organismos que no sean de Derecho público, al cumplimiento de una o de varias de las condiciones siguientes:

- los organismos de que se trate no deberán tener por objeto la consecución sistemática de beneficios, no pudiéndose distribuir en ningún caso los posibles beneficios, que deberán destinarse al mantenimiento o a la mejora de las prestaciones suministradas;

- deberán ser gestionados y administrados, con carácter esencialmente filantrópico, por personas que no tengan, por sí mismas o por personas interpuestas, ningún interés directo ni indirecto en los resultados de la explotación;

- deberán aplicar unos precios homologados por las autoridades públicas o que no sean superiores a los así homologados o, por lo que se refiere a las actividades no susceptibles de homologación de precios, unos precios inferiores a los exigidos para operaciones análogas por las empresas comerciales sometidas al Impuesto sobre el Valor Añadido;

- las exenciones no deberán ser susceptibles de provocar distorsiones de la competencia en perjuicio de las empresas comerciales sujetas al Impuesto sobre el Valor Añadido.

Como puede observarse, la LIVA resulta algo más generosa que la norma comunitaria. Adviértase, no obstante, que solamente se refiere a la prestación de servicios. Se incluye la prestación de los servicios de alimentación, alojamiento o transporte accesorios de los anteriores prestados por dichos establecimientos o entidades, con medios propios o ajenos. Ahora bien, **la exención no se extiende a las entregas de bienes directamente relacionadas con las prestaciones de servicios sociales**, a pesar de que la Sexta Directiva sí renocoe la exención a este tipo de entregas (art. 13.A.1.g)). Esta restricción afecta, por ejemplo, a residencias de ancianos que vendrán obligadas a cobrar IVA por cualquier bien que vendan para la vida cotidiana del anciano. Y todo ello a pesar de hayan sido calificadas como establecimiento privado de carácter social a efectos de este impuesto. En este sentido, sería deseable un cambio legislativo que diese fin a los problemas de este doble régimen y extendiese la exención tanto a los servicios prestados como a los bienes entregados y que sean necesarios en la vida cotidiana de la persona en situación de dependencia⁴²⁹.

En segundo término, hay que advertir que **esta exención total resulta negativa para aquellas entidades que solamente prestan servicios de asistencia social**. Y es que la entidad no podrá deducirse las cuotas soportadas por los servicios y bienes adquiridos por la entidad. Conviene advertir, no obstante, que no se aplica de forma automática sino que será la propia entidad la que, sopesando las ventajas y los inconvenientes de su aplicación, solicite su reconocimiento de la Delegación o Administración de la Agencia Estatal de Administración Tributaria en cuya circunscripción territorial esté situado su domicilio fiscal⁴³⁰. Dice la DGT, no obstante,

⁴²⁹ Sobre este aspecto, vid. también a BLAZQUEZ LIDOY, A.: *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro y propuestas de reforma*. IEF, pág. 85 (del original). En prensa.

⁴³⁰ Para BLAZQUEZ LIDOY «la Sexta Directiva no permite condicionar la aplicación de la exención a la previa solicitud ya que la razón de evitar el fraude o facilitar la gestión creemos que no son adedados.

que si una entidad tiene ya reconocida la condición de establecimiento de carácter social, por prestar ya con habitualidad servicios de asistencia social, la exención también se extiende a la nueva actividad consistente en "atención social, rehabilitación psicosocial y soporte comunitario de personas con enfermedades mentales crónicas en "miniresidencias". En este caso no es necesario un nuevo reconocimiento (Contestación a la Consulta de la DGT de 21 de noviembre de 2000.

C) El problema del autoconsumo para determinadas entidades

Este problema afecta, principalmente, a las ESFL, especialmente fundaciones, que tienen que tributar por el IVA a pesar de carecer de ánimo de lucro. Y es que las fundaciones, como advierte el profesor BLÁZQUEZ LIDOY, son como el resto de entidades, donde lo que determina el régimen aplicable es la actividad u operación concreta que se realice, con independencia de quién lo haga y la finalidad con que se ejecute⁴³¹. Este planteamiento, en nuestra opinión, también es perfectamente trasladable a otras entidades sin fines lucrativos que se dedican a realizar labores de asistencia a personas dependientes, además de las fundaciones (asociaciones sin ánimo de lucro y ONG's).

Dentro de su actividad, estas entidades realizan, en muchos casos, **actividades gratuitas o por un precio inferior al mercado**⁴³². Por ellas, sin embargo, deben tributar, siguiendo la regla del autoconsumo establecida en el art. 9.1 de la LIVA. Para ello, sobre el coste del bien o del servicio se devengará un IVA que debe asumir la propia entidad, salvo que lo repercuta al destinatario de las operaciones (cuestión que en muchos casos será imposible, especialmente cuando la operación sea gratuita). Así, supongamos que una fundación, dedicada a la asistencia a minusválidos, vende 10 sillas de ruedas y regala otras 10, de una partida de 20 adquirida por 12.000 euros. El IVA soportado fue de 1920 euros. El IVA repercutido "real" ha sido de 960 euros y el IVA que debe declarar como devengado siguiendo la regla del autoconsumo, de 960 euros. Esta cantidad, sin embargo, deberá sufragarla la propia entidad con sus propios bienes.

Tay como ha advertido BLÁZQUEZ LIDOY, lo que cabe preguntarse es si hacer tributar las fundaciones por autoconsumo tiene o no sentido. En su opinión, no. Y ello teniendo en cuenta la finalidad o explicación del autoconsumo, que «está pensado para empresas que operan normalmente en el tráfico de forma onerosa pero, ocasionalmente, realizan alguna operación gratuita o se afecta a las necesidades privadas del empresario.

Las exenciones deberían ser aplicables con independencia de que solicitaran o no». *Ibidem*, pág. 126 y ss. (del original). En prensa.

⁴³¹ *El régimen tributario de las actividades y operaciones gratuitas en el IVA. Un estudio del autoconsumo de las fundaciones*. Fundación San Pablo-CEU, 2005, pág. 16. En el mismo sentido, *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro y propuestas de reforma*. IEF, pág. 12 (del original). En prensa.

⁴³² Conviene advertir que si realizan, exclusivamente, operaciones gratuitas, la propia LIVA no las considera empresarios o profesionales (art. 5.Uno a)). Su actividad, por tanto, no está sujeta a IVA. En este sentido, la DGT ha considerado que no tiene la condición de empresario o profesional aquella fundación dedicada a arrendar pisos que se destinan directa y exclusivamente a vivienda de enfermos y familiares de los mismos que por razón del tratamiento médico deben trasladarse desde su domicilio habitual a otro que este cerca del hospital donde son tratados, actividad que se financia enteramente con los recursos (dotación fundacional y donativos) de la fundación consultante, no cobrando nada por ello a las personas enfermas o a sus familiares. Consulta de de 21 de junio de 2005.

Por el contrario, en las fundaciones lo habitual es que se realicen actividades gratuitas junto con otras actividades distintas con precio, o bien una misma actividad donde en ocasiones se opere con precio y en otras no se opere con contraprestación (libros que se regalan y otros que se venden), etc.»⁴³³.

D) Tributación de los servicios prestados por entidades privadas de asistencia a personas en situación de dependencia

b) Introducción

Una entidad privada, sea o no del tercer sector, que no pueda obtener la calificación de establecimiento de carácter social por no poder o por no desearlo (dada la imposibilidad de deducirse el IVA soportado) se encuentra con que los servicios que presta y las entregas de bienes que realiza están sometidos a diferente tributación en el IVA. En algunos casos podrá acogerse a alguna exención. En otros casos solamente a una tributación reducida. Aquí el derecho a deducción de las cuotas soportadas tendrá que ejercerse, lógicamente, a través de un régimen de prorata.

Pues bien, a lo largo de los siguientes apartados vamos a analizar la tributación de los servicios propios de las entidades privadas dedicadas a la asistencia de personas en situación de dependencia, que comprenden un conjunto heterogéneo de prestaciones. Así, suele ser habitual que estos centros presten los siguientes servicios:

- Servicios directamente destinados al cuidado y asistencia de la persona en situación de dependencia.

- Servicios sanitarios. Aquí tendríamos dos. Los primeros, de asistencia sanitaria. En segundo término, aquellos otros cuya finalidad es prevenir, diagnosticar o tratar enfermedades o anomalías de la salud prestada por profesionales médicos o sanitarios.

- Servicios de alojamiento, transporte y alimentación accesorios a los servicios asistenciales.

b) Servicios de asistencia social no acogidos a la exención anterior

A falta de calificación como establecimiento de carácter social, las entidades privadas de asistencia al discapacitado tributan a un 7% por los servicios de asistencia social a favor de ancianos o de minusválidos (art. 91.uno.2.9º de la LIVA). De este modo tributará, por ejemplo, una entidad mercantil dedicada a la prestación de servicios de asistencia social que no haya podido acogerse a la exención del art. 20.Uno.8º LIVA (Contestación a la Consulta de la DGT de 16 de abril de 1997); o una trabajadora social contratada para asistir a personas con discapacidad física, psíquica y sensorial (Contestación a la Consulta de la DGT de 5 noviembre de 2004, de 23 y de 25 de febrero de 2005 y de 17 de octubre de 2006) o la prestación de servicios de musicoterapia a niños autistas por una persona física (Contestación a la Consulta de la DGT de 11 septiembre de 2003).

⁴³³ *El régimen tributario de las actividades y operaciones gratuitas en el IVA*, op. Cit., pág. 23.

c) Servicios sanitarios. Su distinto tratamiento según la entidad actué en régimen de precios autorizados o comunicados

Dentro de los servicios sanitarios, la LIVA se ocupa de dos clases. Los primeros serían los **servicios de hospitalización o asistencia sanitaria**⁴³⁴. Estos están exentos, según el art. 20.Uno.2º siempre y cuando sean prestados por Entidades de Derecho público o por entidades o establecimientos privados en régimen de precios autorizados o comunicados. A los efectos del Impuesto se entenderá por precios autorizados o comunicados aquéllos cuya modificación esté sujeta al trámite previo de autorización o comunicación a algún Órgano de la Administración (art. 4 RIVA).

La DGT ha entendido que esta exención también es aplicable a las entregas de bienes y prestaciones de servicios directamente relacionados con los citados servicios de hospitalización y asistencia sanitaria. En particular, se encontrarían comprendidos entre tales operaciones los servicios de aseo e higiene del enfermo (incluidos los servicios de peluquería y manicura); el suministro de pañales para adultos con problemas de incontinencia; el servicio de transporte de los pacientes entre la clínica y sus domicilios (Consulta de 30 de enero de 2006).

En el caso de que nos encontremos con una entidad con un régimen distinto, dichos servicios y la operaciones accesorias directamente relacionadas con los mismos tributarán al 7 por 100, tal y como establece el art. 91.Uno.2.11º de la LIVA.

Los **servicios de asistencia médica, quirúrgica y sanitaria**, relativos al diagnóstico, prevención y tratamiento de enfermedades o anomalías de la salud, están exentos según el art. 20.Uno.3º de la LIVA. Estos servicios deben ser prestados por profesionales médicos o sanitarios según el ordenamiento jurídico, aunque los profesionales médicos o sanitarios que presten los referidos servicios actúen por medio de una sociedad o entidad y ésta, a su vez, facture dichos servicios al destinatario.

Como ha recordado la DGT, en su Consulta de 11 de septiembre de 2006, los servicios médicos prestados con una finalidad que no sea proteger, incluso mantener o restablecer, la salud de las personas no puede aplicárseles esta exención. En este mismo sentido se ha pronunciado el TJCE, en Sentencia de 20 de noviembre de 2003: «59. En cambio, según esta misma jurisprudencia, a los servicios médicos prestados con una finalidad que no sea proteger, incluso mantener o restablecer, la salud de las personas no puede aplicárseles la exención prevista en el artículo 13, parte A, apartado 1, letra c), de la Sexta Directiva. Debe observarse que, habida cuenta de su finalidad, la sujeción de dichos servicios al IVA no es contraria al objetivo de reducir el coste de la atención médica y de hacer que ésta sea más accesible a los particulares.»

d) Servicio de alojamiento. Consideración de los centros geriátricos y de hospitalización como vivienda habitual de la persona en situación de dependencia

⁴³⁴ Dice la ley que «se considerarán directamente relacionados con las de hospitalización y asistencia sanitaria las prestaciones de servicios de alimentación, alojamiento, quirófano, suministro de medicamentos y material sanitario y otros análogos prestados por clínicas, laboratorios, sanatorios y demás establecimientos de hospitalización y asistencia sanitaria».

Como hemos visto anteriormente, dentro de los servicios de asistencia a las personas en situación de dependencia, se comprenden dos básicos: el alojamiento y la alimentación. Junto a ellos, tanto residencias como centros geriátricos, centros de día y centros asistenciales terapéuticos prestan otro tipo de servicios. Igualmente, cada día es más habitual la existencia de entidades mercantiles dedicadas a alquilar apartamentos a personas mayores, situados en el mismo edificio. Estas entidades arrendatarias prestan también una serie de servicios al arrendatario, como limpieza y camas, manutención, lavandería, fisioterapeutas, psicólogos, peluquería, etc.

Debemos, pues, plantearnos qué sucede cuando dichas entidades no puedan acogerse a la exención por asistencia a la tercera edad, prevista en el art. 20.Uno.8º de la LIVA. Es decir, cuando no sea calificada como establecimiento de carácter social. En este caso, todos los servicios anteriores están sujetos y no exentos.

Por lo que se refiere al servicio de alojamiento tributa, según el art. 90.1.7º LIVA a un 7 por ciento. En este sentido, la Administración viene afirmando que la residencia o el centro asistencial no puede ser considerado como vivienda habitual de la persona en situación de dependencia que allí se aloja. Todo ello a pesar de definir la vivienda, siguiendo una calificación usual, como edificio o parte del mismo destinado a habitación o morada de una persona física o de una familia, constituyente su hogar o la sede de su vida doméstica (Consulta de la DGT de 2 de marzo de 2004). Resulta llamativo, por tanto, que no considere edificios destinados a viviendas los asilos e internados destinados al ejercicio de una actividad empresarial.

No resulta, así, aplicable la exención del art. 20.Uno.23º LIVA según el cual, están exentos los arrendamientos de edificios o partes de los mismos destinados a viviendas salvo que se trate de arrendamiento de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador se obligue a la prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos.

En otros casos, teniendo en cuenta que el servicio de alojamiento se presta, lógicamente, junto con servicios complementarios como limpieza, alimentación, lavandería, fisioterapeutas, psicólogos o peluquería, la DGT entiende que este tipo de alojamiento debe tener idéntico **tratamiento fiscal que las plazas hoteleras y los restaurantes** (Vid. la Consulta de 12 de diciembre de 2001 en relación con una fundación benéfico social privada; Consulta de 2 de noviembre de 2005 y de 1 de marzo de 2006). Se acoge, así, la excepción contenida en el art. 20.Uno.23 según la cual la exención citada no se aplica a los arrendamientos de apartamentos o viviendas amueblados cuando el arrendador se obligue a la prestación de alguno de los servicios complementarios propios de la industria hotelera, tales como los de restaurante, limpieza, lavado de ropa u otros análogos.

En nuestra opinión, la postura de la Administración Tributaria, a la luz de la nueva Ley de Dependencia, es insostenible. Debe defenderse la existencia de una exención para el alojamiento y la manutención, ya se preste de forma separada o conjunta, aminorando la presión fiscal de los familiares de personas dependientes. Así, hemos de partir de una premisa fundamental y es que el anciano o la persona en situación de dependencia acude a la residencia o al centro con la única finalidad de conseguir una asistencia integral en su vida ordinaria. Estos establecimientos pasan a ser una vivienda.

Es en ellos donde se fija **la sede de su vida doméstica**. Resulta sorprendente que la Administración, en una interpretación demasiado literal de la norma, considere que esta estancia tiene fines turísticos, de descanso o de ocio⁴³⁵. O que entienda que debe prevalecer el elemento empresarial. Esta consideración está completamente alejada de la realidad.

e) Servicios de transporte. Tributación de los vehículos para minusválidos

En materia de transporte conviene distinguir los desplazamientos de la persona dependiente al centro (que tributarán al 7 por ciento según el art. 91.Uno.2.1º, referido al transporte de viajeros) de los desplazamientos a un hospital para ser tratado de alguna dolencia (en cuyo caso se asimilaría a la tributación de los servicios de asistencia sanitaria). Todo ello, claro está, salvo que la entidad pueda acceder al estatuto de establecimiento de carácter social y pueda acogerse a la exención de los servicios de asistencia social.

Especial mención merece la tributación de los **vehículos para minusválidos**. Dice el art. 92.2.1.4º que tributa al 4 por ciento la entrega, adquisición intracomunitaria o importación de:

1. *los vehículos para personas con movilidad reducida* a que se refiere el número 20 del anexo I del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo⁴³⁶, y
2. *las sillas de ruedas para uso exclusivo de personas con minusvalía*. La DGt entiende por tales «aquellas sillas de ruedas que por su diseño y configuración objetiva sean destinadas exclusivamente a estas personas que determina la Ley», Consulta de la DGT de 21 de abril de 2004. Este organismo también ha advertido que se aplicará el tipo impositivo del 4 por 100 cuando "las citadas entregas se realicen a un centro hospitalario o un organismo público, siempre que el proveedor transmitente disponga de un documento expedido por dicho Centro u organismo en que, bajo su responsabilidad, declaren el destino final de las citadas sillas de ruedas o la utilización exclusiva de las mismas por personas con minusvalía", Consulta de 20 de abril 2004, de 5 de febrero de 2004 y de 6 de junio de 2003.
3. Añadiendo que "a estos efectos, el sujeto pasivo que realice la entrega deberá conservar copia de la certificación de la minusvalía, expedida por el Instituto Nacional de Servicios Sociales o por las Entidades Gestoras correspondientes de las Comunidades que tengan transferida su gestión", en el mismo sentido, la Resolución de la DGT núm. 2046, de 3 de diciembre de 2003 (JUR 2004, 63198).

⁴³⁵ En el mismo sentido se pronuncia BLAZQUEZ LIDOY, A.: *Análisis crítico del IVA en las entidades sin fin de lucro y propuestas de reforma*. IEF, pág. 90 y 152 y ss. (del original). En prensa.

⁴³⁶ Es decir, debe tratarse de vehículos para personas con movilidad reducida, entendidos como aquellos cuya tara no sea superior a 350 kilogramos y que, por construcción, no pueden alcanzar en llano una velocidad superior a 45 kilómetros por hora, proyectados y contruidos especialmente, y no meramente adaptados, para el uso de personas con alguna disfunción o incapacidad física. En cuanto al resto de sus características se les equipara a los ciclomotores de tres ruedas.

4. los *vehículos destinados a ser utilizados como autotaxis o autoturismos especiales para el transporte de personas con minusvalía en silla de ruedas*, bien directamente o previa su adaptación,
5. los *vehículos a motor* que, previa adaptación o no, deban transportar habitualmente a personas con minusvalía en silla de ruedas o con movilidad reducida, con independencia de quién sea el conductor de los mismos.

La aplicación del tipo impositivo reducido a los vehículos comprendidos en el párrafo anterior requerirá el previo reconocimiento del derecho del adquirente, que deberá justificar el destino del vehículo.

Pues bien, esta reforma operada por la ley de 2006 ha dado respuesta a algunos problemas que se producían con anterioridad.

f) Otros servicios: cafetería, acompañamiento y peluquería

Los mismos problemas surgen en relación con el servicio de cafetería que, de forma extraordinaria, sirve alimentos o bebidas a la persona dependiente. Aquí los centros geriátricos, los centros de día o los centros asistenciales, lejos de considerarse como la vivienda habitual de la persona en situación de dependencia, se equiparan a un establecimiento hostelero. Vuelve a prevalecer el elemento puramente empresarial sobre la labor de asistencia social que realizan. Los servicios de hostelería tributan, por tanto, al tipo del 7 por ciento (art. 91.Uno.2.2º LIVA). No se tiene en cuenta, de este modo, la tributación reducida del 4% de determinados alimentos básicos como el pan, la leche, los huevos o el queso (art. 91.Dos.1.1º).

Lo mismo cabe decir de los servicios de acompañamiento (art. 91.Uno.2.11º) y de peluquería (art. 91.Uno.2.14º LIVA). Todos ellos tributan a un 7 por ciento.

Como puede observarse a la luz de todo lo anterior, la LIVA no otorga un tratamiento uniforme teniendo en cuenta la situación de dependencia del anciano o del minusválido. La ley de dependencia podría haberse encargado de establecer una especie de “estatuto fiscal del discapacitado” en este impuesto. Nada se ha hecho, sin embargo. Quizás la solución esté en la exención de los servicios de asistencia social, no limitada a los establecimiento de carácter social que hemos visto. En el mismo sentido, que la asistencia social al dependiente se entienda como un conjunto de servicios que incluyen desde el alojamiento a la manutención pasando por otros servicios accesorios (transporte, acompañamiento, peluquería, etc.). Y todo ello sin condicionar la exención a la naturaleza privada, semiprivada o concertada de la entidad que realiza estas labores de asistencia.

D) Exenciones y tributación reducida para determinados bienes

Para cerrar el tratamiento que otorga la LIVA a queremos hacer referencia, siquiera de forma breve, a una serie de beneficios fiscales importantes a favor de bienes adquiridos por entidades privadas que prestan asistencia a personas dependientes. Como veremos, estos beneficios se han establecido atendiendo a la situación de minusvalía de la persona beneficiaria del bien de que se trata.

a) **Exención de bienes importados o procedentes de un país comunitario en beneficio de personas con minusvalía** (art. 26.dos y 45 de la LIVA) siempre y cuando concurren una serie de requisitos:

- Se trate de importaciones de bienes especialmente concebidos para la educación, el empleo o la promoción social de las personas física o mentalmente disminuidas.
- Que dicha importación debe ser efectuada por instituciones u organismos debidamente autorizados que tengan por actividad principal la educación o asistencia de las personas disminuidas.
- Que dichos bienes se remitan gratuitamente y sin fines comerciales a las mencionadas instituciones u organismos.

La exención se extenderá a las importaciones de los repuestos, elementos o accesorios de los citados bienes y de las herramientas o instrumentos utilizados en su mantenimiento, control, calibrado o reparación, cuando se importen conjuntamente con los bienes o se identifique que corresponden a ellos.

c) **Tributación reducida, del 7 por ciento de las entregas, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de** (art. 91.uno.1.6º de la LIVA):

- los **aparatos y complementos** que, por sus características objetivas, sean susceptibles de destinarse esencial o principalmente a **suplir las deficiencias físicas del hombre o de los animales, incluidas las limitativas de su movilidad y comunicación**⁴³⁷.

- los **productos sanitarios, material, equipos o instrumental** que, objetivamente considerados, solamente puedan utilizarse para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias del hombre o de los animales. Según la DGT, en Consulta de 3 de diciembre de 2003, solamente se podrá aplicar el tipo reducido a los productos "que, por su configuración objetiva, sólo puedan destinarse a los usos sanitarios que en el precepto transcrito se mencionan, no pudiendo extenderse su aplicación a los productos de uso mixto, sanitario y para otras finalidades, con independencia de la condición del destinatario (hospitales, centros geriátricos, clínicas, etc.)"⁴³⁸.

No se incluyen los cosméticos ni los productos de higiene personal, a excepción de compresas, tampones y protegeslips..

⁴³⁷ Así, por ejemplo, según la Consulta de la DGT de 18 de septiembre de 2003, tributarán al tipo reducido, las entregas de "inodoros, lavados y platos de ducha" que por sus características objetivas estén diseñados para el uso de personas con minusvalía y sean, por tanto, susceptibles de destinarse esencial o principalmente para suplir las deficiencias físicas de dichas personas.

⁴³⁸ Productos que tributarán al 7 por 100, entre otros: carro camilla; camilla de transporte; camilla de transporte plegable al centro; mesa de exploración; mesa de exploración ginecológica; mesa veterinaria de cirugía; sillón de podología; soporte apoya brazos; soporte portasueros; lámpara de exploración; lámpara lupa; paralelas para rehabilitación; andador; cama hospitalaria; negatoscopios.

c) Tributación reducida, del 7 por ciento, de la entrega, adquisición intracomunitaria o importación de las **prótesis, órtesis e implantes internos para personas con minusvalía** (art. 91.Dos.1.5º de la LIVA).

5) IMPUESTOS LOCALES. EN ESPECIAL, LA EXENCIÓN DE LOS VEHÍCULOS DE MINUSVÁLIDOS ESTABLECIDA EN EL IVTM

Dentro de los impuestos locales queremos centrarnos en dos exenciones prevista en el art. 93 del TRLRHL que declara exento del Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica:

- a) Los **vehículos para personas de movilidad reducida**, a que se refiere el apartado A del anexo II del Reglamento General de Vehículos, aprobado por el Real Decreto 2822/1998, de 23 de diciembre. Es decir, aquellos que:
- o tengan una tara no superior a 350 Kg.
 - o Sean vehículos diseñados y contruidos especialmente para una persona con discapacidad física .
 - o No alcancen en llano una velocidad superior a los 45 km/h.
 - o Tengan una cilindrada superior a los 50 centímetros cúbicos.
- b) los **vehículos matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo**.

Conviene advertir que la propia ley limita las exenciones de suerte que no resultarán aplicables a los sujetos pasivos beneficiarios de ellas por más de un vehículo simultáneamente. Parece lógico que sea así.

Tal y como han afirmado los profesores LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO «la justificación de una fiscalidad beneficiosa para los vehículos utilizados por personas con discapacidad debe buscarse no tanto en el citado principio de capacidad económica sino, principalmente, en el mandato constitucional de integración de quienes tengan una disfunción física, psíquica o sensorial que les impida desplazarse con facilidad, o utilizar sin problemas los transportes públicos»⁴³⁹.

Aquí la cuestión principal que interesa a aquellas personas, físicas o jurídicas (con o sin ánimo de lucro) que realizan trabajos de asistencia a la persona en situación de dependencia es si les resulta aplicable las citadas exenciones. Es decir, si se trata de una exención objetiva, para el vehículo, con independencia de quién es su titular y su uso.

En el primer caso, parece que sí. La ley solamente se refiere a vehículos para personas de movilidad reducida. Nada más. En nuestra opinión, una sociedad, una asociación o una fundación dedicada a la asistencia de personas dependientes y que utilice este tipo de vehículos podría beneficiarse de la citada exención.

En el segundo caso existen más dudas. La Ley se refiere a «*los vehículos matriculados a nombre de minusválidos para su uso exclusivo*». Esta exención se

⁴³⁹ «Fiscalidad municipal de los vehículos utilizados por personas con discapacidad». *Tributos Locales*, núm. 64, 2006. En el mismo sentido, ALONSO OLEA, B.; LUCAS DURÁN, M.; MARTÍN DÉGANO, I.: *La protección de las personas con discapacidad en el derecho de la seguridad social y en el derecho tributario*, op. Cit., pág. 430 y ss.

aplicará en tanto se mantengan dichas circunstancias, tanto a los vehículos conducidos por personas con discapacidad como a los destinados a su transporte». La DGT mantiene que el vehículo debe estar **matriculado a nombre del minusválido**. En caso contrario (que lo esté a favor de un familiar, de una asociación, de una fundación o de un centro especial de empleo, por ejemplo) no es posible beneficiarse de la exención aunque el vehículo se destine al transporte de la persona discapacitada (Consulta de la DGT de 16 de marzo de 2004). Esta limitación resulta criticable. Hay que tener en cuenta, además, que la transmisión de la titularidad del vehículo a la persona en situación de dependencia no está exenta de tributación. Todo lo contrario. Según la transmisión sea onerosa o lucrativa, la operación estará sujeta bien al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas o bien al Impuesto sobre Donaciones (siempre y cuando la Comunidad Autónoma no haya establecido algún tipo de exención en este segundo impuesto, tal y como ha hecho la Comunidad de Madrid).

Los problemas de esta exención no cesan aquí. Según el tenor literal del precepto transcrito, el uso exclusivo parece impedir, también, que el vehículo se utilice por una persona o una entidad que realice tareas de asistencia. Es decir, además de estar matriculado a nombre del minusválido debería ser utilizado exclusivamente por él.

Sin embargo, en nuestra opinión, esta interpretación iría en contra de la finalidad de la propia exención. De este modo, la **exclusividad**, como ha considerado la doctrina, «no debe llevarse al extremo de interferir en la razonable ordenación de la vida y necesidades del propio minusválido y de su entorno familiar próximo en beneficio de la persona discapacitada y la convivencia familiar armónica, en su caso. Máxime, cuando las pruebas del uso exclusivo son complejas y costosas»⁴⁴⁰.

¿Cómo acreditar, no obstante, este uso exclusivo? Pues bien, la ley dispone que el interesado debe aportar el certificado de la minusvalía emitido por el órgano competente y **justificar el destino del vehículo** ante el ayuntamiento de la imposición. Esta justificación, sin embargo, se ha establecido de forma dispar por cada Ayuntamiento. Así, como recuerdan algunos autores⁴⁴¹, en la mayoría de los municipios se exige, simplemente, una declaración donde se especifique que el vehículo será conducido por la persona con discapacidad o será destinada a su transporte (Barcelona, Madrid, Málaga, Oviedo o Sevilla). Otros Ayuntamientos (Cáceres) se sirven de las presunciones. El artículo 4.1 d) de su Ordenanza presume el destino exclusivo en varios casos:

⁴⁴⁰ VV.AA.: *Tributación del automóvil y otros medios de transporte*, Aranzadi, 2005, pág. 236 y ss. En el mismo sentido se muestran LUCAS DURÁN y MARTÍN DÉGANO para los que «no parece que el vocablo haga alusión a un uso directo en el sentido que sea él quien necesariamente conduzca, sino que la finalidad perseguida por la norma se orienta más bien a que sea el discapacitado el destinatario y beneficiario de la acción de conducir, de manera que cabría un uso indirecto en provecho del discapacitado que puede ser tanto su propio transporte como otras cuestiones diversas». Dichos autores recuerdan, además, cómo «el art. 93.1.e. TRLHL ha aclarado dicha cuestión al indicar que “[e]sta exención se aplicará en tanto se mantengan dichas circunstancias, tanto a los vehículos conducidos por personas con discapacidad como a los destinados a su transporte”. Con ello se reconoce expresamente que la exención no requiere que la persona con discapacidad conduzca el vehículo, sino que también puede darse la circunstancia de que bien sea un familiar (v. gr. padre, respecto de un hijo discapacitado), bien sea un tercero (v. gr. chófer) el que realice el acto de conducir en su provecho». «Fiscalidad municipal de los vehículos utilizados por personas con discapacidad». *Op. Cit.*

⁴⁴¹ VV.AA.: *Tributación del automóvil y otros medios de transporte*, op. Cit., pág. 236 y ss.

- cuando el cónyuge tribute por otro vehículo o no se encuentre en posesión del permiso de conducir, salvo que acredite la condición de viudo o separado legalmente, o bien sea emancipado o soltero con vida independiente de sus padres.
- cuando conviviendo con sus padres u otros familiares detente el permiso de conducir y se justifique la tributación de otro vehículo en la unidad familiar o la percepción de ingresos propios mediante declaración del IRPF.
- se considera que los vehículos especiales o adaptados para el transporte de personas en silla de ruedas son de uso exclusivo por tales personas, requiriéndose la justificación de que la minusvalía hace necesario este tipo de desplazamiento.

En el caso del Ayuntamiento de Vigo se presume que el vehículo es conducido por una persona con discapacidad cuando esta última conste como conductor habitual en la póliza de seguro del vehículo.

EL SEGURO PRIVADO DE DEPENDENCIA

I. Consideraciones preliminares.

La reciente aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (en adelante Ley de Dependencia), ha reactivado la necesidad de poner en marcha los instrumentos adecuados para garantizar una mayor y mejor atención a las personas dependientes, privadas de un cierto grado o en absoluto de autonomía personal, y que, consiguientemente, requieren la ayuda de otra persona (o de aparatos mecánicos, según los casos) para realizar determinadas actividades de la vida cotidiana.

Como han puesto de relieve numerosas publicaciones sobre la dependencia - tanto doctrinales cuanto de corte puramente estadístico-, así como la Exposición de Motivos de la Ley de Dependencia, se han producido algunos cambios demográficos y sociales que han provocado un incremento notable de la población en situación de dependencia, crecimiento que, según los estudios que vienen publicándose sobre la materia, será progresivo en los próximos años (actualmente se calcula que existen un millón doscientas mil personas en situación de dependencia). Esta tendencia, que ya se había manifestado con anterioridad en otros países europeos, los cuales han puesto en marcha distintos instrumentos públicos y privados para contrarrestarla (así, por ejemplo,

Alemania y Francia como casos más representativos⁴⁴²), también se ha puesto de relieve en España.

Los factores demográficos y sociales que merecen ser destacados por su repercusión sobre la población en situación de dependencia son: de una parte, el envejecimiento de la población y, de otra, los cambios estructurales y de organización en el seno de la “unidad familiar”.

En relación al envejecimiento de la población, hay que señalar que los colectivos integrados por las personas de más de 65 y de 80 años se han duplicado en los últimos treinta años. Este dato, unido a la constatación de que el número de personas mayores seguirá en aumento, revela la necesidad de prestar más atención a determinados segmentos de la población, porque existe una clara correlación entre la edad y las situaciones de dependencia y de falta de autonomía de las personas.

Por lo que respecta a los cambios estructurales y de organización familiar, se ha producido un notable incremento de las personas mayores que viven solas, aunque atendidas por otros miembros de su familia (o por amigos o, incluso, por vecinos), así como una reorganización interna en las familias, de forma que uno de sus componentes, especialmente la mujer, no está dedicada como tarea primordial a la atención de las necesidades familiares. Cada vez existe un mayor protagonismo de la mujer en el mundo laboral, lo cual se ha traducido en una menor disponibilidad para dedicarse al cuidado de las personas (pertenezcan a su familia o no) que son dependientes.

A los factores que han sido señalados como más importantes, habría que añadir otros diferentes que también tienen repercusión, aunque en menor medida, en el núcleo de la población dependiente. Entre ellos merecen citarse el nivel cultural de las personas, el medio -rural o urbano- en el que las personas mayores viven, o los hábitos - más o menos saludables- de vida.

Es evidente que ninguno de los factores aludidos es nuevo; por el contrario, y aunque fuera en menor grado, ya venían manifestándose en España desde la segunda mitad del siglo pasado. Prueba de ello es que los artículos 49 y 50 de la Constitución Española (CE) regulan, entre los principios rectores de la política social y económica, la obligación de los poderes públicos de promover los instrumentos que garanticen una protección social especial para las personas discapacitadas y las personas mayores. En concreto, el artículo 50 CE establece que los poderes públicos promoverán el bienestar

⁴⁴² Vid. J.A. MALDONADO MOLINA, *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Valencia, 2003, pp. 70-78.

de los ciudadanos durante la tercera edad, mediante “un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”⁴⁴³.

Actualmente asistimos a una nueva configuración de la dependencia como riesgo social. Ello se traduce, de una parte, en una mayor relevancia de las situaciones de dependencia y, de otra, en una mayor proyección de las políticas de protección social y, consiguientemente, de los servicios sociales hacia las atenciones de las personas dependientes.

En las páginas siguientes se exponen algunas reflexiones sobre la configuración que podría tener, si se comercializa, el seguro privado de dependencia. Es, por ello, necesario realizar algunas consideraciones. En primer lugar, que al tiempo de redactar este trabajo no existe en el mercado asegurador español ninguna compañía de seguros que comercialice un seguro de dependencia en puridad, esto es, como tipo de seguro autónomo. Sí existen pólizas de seguros que amplían sus coberturas a determinados riesgos que se pueden asociar a situaciones de dependencia. En segundo lugar, que se ha prescindido de las consideraciones puramente económicas, es decir, de los requisitos que son necesarios para que el producto sea rentable a las compañías aseguradoras. En tercer lugar, que se parte como premisa fundamental de la configuración del seguro privado de dependencia como un tipo de seguro básicamente de prestación de servicios, porque ya existen numerosos instrumentos de previsión social que fomentan el ahorro y que se pueden utilizar para hacer frente, desde un punto de vista económico, a las necesidades de atención de las personas dependientes. Ello no obstante, será necesario esperar a la comercialización de este tipo de seguro por parte de las compañías aseguradoras para poder definir con mayor exactitud la prestación del asegurador (sin que se pueda descartar, como ha ocurrido en el ámbito de los seguros de salud, que aquél pueda obligarse al reembolso de ciertos gastos de carácter asistencial). Y, en cuarto lugar, que no se ha dictado una regulación normativa del seguro privado de dependencia; por ello, en numerosos aspectos se ha tomado como referencia la disciplina contenida en la Ley de Dependencia.

⁴⁴³ Tampoco se puede olvidar la disposición adicional decimocuarta de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la cual dispuso que “*el Gobierno, en el plazo de seis meses, presentará a las Cortes Generales un informe relativo al seguro de dependencia, con una propuesta de regulación, un marco fiscal que la incentive y las modificaciones normativas necesarias para que pueda ser una prestación realizada por los planes de pensiones, las mutualidades de previsión social y demás entidades aseguradoras*”.

II. Sistema público de protección social y seguro privado de dependencia.

La disposición adicional séptima de la Ley de Dependencia (en adelante LD), bajo la rúbrica “instrumentos privados para la cobertura de la dependencia”, dispone que *“el Gobierno, en el plazo de seis meses, promoverá las modificaciones legislativas que procedan, para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia”*.

Dicha previsión legislativa puede traducirse en la práctica en la coexistencia de instrumentos públicos y privados que tengan como finalidad específica la protección y atención de las personas en situación de dependencia. Dicho en otras palabras, que si - como se espera- se llega a comercializar el seguro privado de dependencia éste habrá de competir en el mercado con el Sistema (público) para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD). Y, dado que este Sistema se rige, entre otros principios, por el de universalidad, esto es, de atención a todos los ciudadanos españoles y extranjeros con residencia en España, la mayoría de los asegurados de dependencia gozarán de una doble asistencia: la proporcionada por el SAAD y la que presten las entidades aseguradoras.

Consiguientemente, el seguro privado de dependencia supondrá, en la mayoría de los casos, destinar una cantidad anual a unos servicios de los que ya se dispone a través del SAAD. De ahí, que la contratación de este seguro dependerá del nivel de renta del tomador del seguro, del número de hijos -en el caso de pólizas colectivas-, del precio del seguro -que estará directamente vinculado con la edad del asegurado y con el aumento del coste de los servicios de atención a las personas dependientes-, e incluso del nivel cultural del asegurado, pues de su nivel de instrucción dependerá la posibilidad de valorar el alcance de la cobertura del asegurador y las ventajas que el seguro pueda presentar respecto de los servicios sociales ofrecidos por el SAAD.

El SAAD, regulado en los artículos 6 a 41 LD, amplía y complementa la acción protectora que el Estado, a través de su colaboración -por medio de convenios de financiación- con ciertos instrumentos promovidos desde los ámbitos autonómico y local y, especialmente, por medio del Sistema Nacional de Salud Pública, ya prestaba, aunque de un modo claramente insuficiente, a las necesidades de las personas mayores y, en general, de las que, por razones distintas de la edad, tuvieran el carácter de dependientes⁴⁴⁴. Así, sin ánimo de ser exhaustivos, se pueden citar los Planes de Acción

⁴⁴⁴ Sobre la inadecuación de los servicios sociales existentes, antes de la promulgación de la Ley de Dependencia, a las necesidades de las personas dependientes, *vid.* J.A. MALDONADO MOLINA, *ob. cit.*, pp. 50-52.

para las personas con discapacidad y las personas mayores⁴⁴⁵, y las prestaciones de la Seguridad Social para casos específicos: gran invalidez; complementos de ayuda a tercera persona en la pensión no contributiva de invalidez; prestación familiar por hijo a cargo con discapacidad; y prestaciones para la reeducación y rehabilitación de las personas con discapacidad y de asistencia a las personas mayores.

Desde un punto de vista administrativo el SAAD se organiza en tres niveles.

El primero es el nivel mínimo de protección, garantizado por el Estado, y con pleno respeto de las competencias autonómicas (artículo 9 LD).

El segundo es el nivel medio de protección, que resulta de la cooperación entre el Estado y las CCAA, para desarrollar otras prestaciones no incluidas en el nivel mínimo de protección (artículo 10 LD). Y con la finalidad de facilitar la cooperación entre el Estado y las CCAA se crea el Consejo Territorial del SAAD, el cual tiene sus funciones enumeradas en el artículo 8.2 LD.

El tercero es el nivel superior de protección, que pueden desarrollar voluntariamente las CCAA que lo deseen (artículo 11 LD).

Las prestaciones de atención a la dependencia, que irán destinadas, de un lado, a la promoción de la autonomía personal y, de otro, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria, pueden ser de dos tipos: de servicios y de naturaleza económica (artículo 14 LD).

Los servicios pueden ser de carácter preventivo; de teleasistencia; de ayuda a domicilio; de centros de día y de noche; y de atención residencial (artículos 15 y 21 a 25 LD). Estos servicios son compatibles con el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social (cuidados sanitarios de larga duración, atención sanitaria a la convalecencia, y rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable -se aplica el artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, por remisión del artículo 15.2 LD). Por otra parte, las prestaciones económicas pueden ser vinculadas al servicio; para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (o informales); y de asistencia personal (artículos 17 a 20 LD).

⁴⁴⁵ Así, por ejemplo, el Plan de Acción para las personas mayores 2003-2007, aprobado por el Consejo de Ministros de 29 de agosto de 2003.

Todavía es pronto para determinar si la financiación pública será lo suficientemente cuantiosa como para que los servicios sociales y los centros asistenciales públicos cuenten con unos medios materiales de los que carezcan los servicios y centros asistenciales privados (en cualquier caso, el Estado y las CCAA no asumirán más del 70 por 100 del coste de los servicios asistenciales)⁴⁴⁶. En cuanto a los medios humanos no creemos que vayan a existir diferencias importantes entre el sistema público y el privado (de las entidades aseguradoras), ya que a los cuidadores profesionales se les exigirá, tanto en el sector público cuanto en el privado, la misma titulación y formación y, además, es muy probable que tales cuidadores compaginen ambos sectores en la prestación de sus servicios asistenciales (se calcula, sólo para el sector público, que se contratarán más de quinientos mil cuidadores profesionales). Por lo tanto, las compañías de seguros se abrirán paso en el mercado asegurador de la dependencia de la misma manera que lo han hecho en el de la asistencia sanitaria, esto es, ofreciendo a los asegurados unas condiciones de atención (caracterizada sobre todo por dos notas: prontitud y personalización) que son casi imposibles de alcanzar para el SAAD, debido al número tan elevado de personas que se beneficiarán -si dicho Sistema llega a cumplir la finalidad para el que se ha creado- de las prestaciones económicas y de los servicios que aquél está llamado a realizar.

Por último, y antes de entrar propiamente en el análisis del futuro seguro privado de dependencia, conviene destacar dos aspectos que nos parecen particularmente relevantes en relación con el futuro de las entidades aseguradoras que tengan la intención de comercializar pólizas dirigidas a prestar cobertura a las necesidades asistenciales, distintas de la asistencia sanitaria, de las personas dependientes.

De una parte, que los beneficiarios de las prestaciones de dependencia han de contribuir económicamente a la financiación de los servicios de atención del SAAD. Dicha contribución se hará depender de los recursos económicos de las personas dependientes, si bien ninguna de estas personas quedará fuera de la cobertura del SAAD por no disponer de tales recursos (artículo 33 LD).

De otra parte, que se ha fijado un período transitorio para la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia reguladas por la Ley de Dependencia, que abarca hasta el año 2015, lo cual hace presumir que la situación actual de las personas cuya dependencia sea moderada o severa (artículo 26 LD) no va a cambiar mucho,

⁴⁴⁶ La implantación en el sector de los servicios sociales constituirá uno de los objetivos de inversión de las empresas privadas. Así, por ejemplo, recientemente el Grupo Empresarial El Monte y Vitalia Plus han constituido la sociedad holding Vitalia Sur con la finalidad de dotar de 2.000 plazas para personas mayores a la Comunidad Autónoma de Andalucía (en régimen de plazas privadas o concertadas con la Junta de Andalucía).

como mínimo, en los próximos diez años (disposición final primera de la Ley de Dependencia).

III. Delimitación del tipo de seguro.

1. Observaciones previas.

Creemos que una regulación coherente con la propia sistemática de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (en adelante LCS), debería suponer que el seguro de dependencia se incluyera entre los seguros de personas, junto al seguro de vida, al seguro de accidentes, al seguro de enfermedad y al seguro de asistencia sanitaria. Es concreto, su ubicación podría estar en una nueva Sección (sería la Quinta), dentro del Título III -“seguro de personas”- de la LCS.

Si se respetan los criterios legislativos que inspiran la regulación de los seguros de personas en la LCS, muy posiblemente se dicte un precepto que, al igual que los artículos 83, 100 y 105, reúna los siguientes rasgos característicos.

En primer lugar, que no defina el seguro privado de dependencia.

En segundo lugar, es probable que la norma que encabece el régimen jurídico del seguro de dependencia, al modo del artículo 105 LCS, se limite a precisar dos aspectos: de un lado, que el riesgo asegurado es la dependencia de las personas y, de otro, que el asegurador podrá obligarse a reembolsar ciertos gastos originados por la atención de las necesidades derivadas de la situación de dependencia o podrá asumir directamente la prestación de los servicios asistenciales, cuya realización se sujetará a las disposiciones que regulan los servicios previstos por la Ley de Dependencia y a las normas reglamentarias (tanto las que desarrollen la Ley de Dependencia como las que ya regulan los servicios sociales en los ámbitos autonómico y local).

En tercer lugar, no se puede descartar una remisión a los preceptos que regulan el seguro de accidentes, en los mismos términos que el artículo 106 LCS.

Y, en cuarto lugar, las disposiciones comunes a todos los seguros de personas (artículos 80 a 82 LCS) deberían ser objeto de pequeñas modificaciones para su adaptación a la naturaleza del seguro de dependencia. En particular, el artículo 80 debería incluir la dependencia entre los riesgos que pueden afectar a las personas. En tal caso el citado

precepto debería establecer que el contrato de seguro sobre las personas comprende todos los riesgos que puedan afectar a la autonomía, existencia, integridad corporal o salud del asegurado.

2. Concepto.

El artículo 1 LCS ha establecido un concepto general de contrato de seguro, aplicable a los distintos tipos de seguros que la misma regula. Por ello, la LCS no vuelve a definir cada uno de los tipos de seguros contra daños y de personas que disciplina; por el contrario, toma como base el concepto del artículo 1 y se limita, según la modalidad de contrato de seguro de que se trate, a precisar el riesgo al que el asegurador presta cobertura.

Si el seguro de dependencia se regula entre los seguros de personas dentro de la LCS - como parece lo más lógico⁴⁴⁷ -, no creemos que, por excepción a la sistemática legal, su disciplina vaya a estar encabezada por una definición del contrato de seguro de dependencia, sino que, como se ha indicado anteriormente, esta modalidad de seguro vendrá delimitada frente a las demás por el hecho de que el riesgo asegurado es la dependencia y, sobre todo, por la prestación del asegurador, ya que se trata de un seguro que se define no sólo por el riesgo al que aquél presta cobertura sino también por la peculiar naturaleza de la prestación que asume el asegurador, en cuanto prestación de servicios o de asistencia⁴⁴⁸.

Tomando como referencia los términos del artículo 105 LCS -que define el seguro de asistencia sanitaria como seguro de prestación de servicios-, y los del artículo 1 LCS, podemos definir el seguro de dependencia como un contrato por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, a prestar los servicios asistenciales que por razón de la pérdida de autonomía física o mental, precisa el asegurado, dentro de los límites pactados en la póliza.

⁴⁴⁷ Tras la aprobación de la Ley de Dependencia, y la previsión de la disposición adicional séptima de la misma, no parece que el legislador vaya a prescindir de regular -en la LCS- el seguro privado de dependencia como ha hecho con los seguros de decesos o enterramiento y de asistencia turística. A estos sí hace referencia el artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (en adelante TRLOSSP), al clasificar los riesgos por ramos (ramos 19 y 18, respectivamente).

⁴⁴⁸ *Vid.* M. GUERRERO DE CASTRO, “El seguro de dependencia”, en *RES*, 2001, núm. 105, p. 167, quien se inclina por la prestación de servicios como definidora del seguro de dependencia, frente a la prestación consistente en el reintegro de gastos o en el pago de una suma a tanto alzado.

El asegurador también podría asumir una prestación consistente en el reembolso de los gastos originados por una situación de dependencia o una prestación mixta, esto es, que combinara la indemnización de los gastos causados por la dependencia con la prestación de los servicios asistenciales por el propio asegurador. En estos supuestos el asegurador se obligaría también a reintegrar los gastos derivados de dichos servicios (cuando no hayan sido prestados por el asegurador, pues, en caso contrario, no se produciría reembolso ya que no habría habido previo desembolso por parte del asegurado) abonados con anterioridad por el asegurado, en los casos contemplados en el contrato y con sujeción a los importes máximos y franquicias especificados en las condiciones generales del contrato.

3. Naturaleza jurídica del seguro de dependencia.

El concepto de seguro de dependencia plantea la cuestión relativa a la naturaleza y, consiguientemente, al régimen jurídico de esta modalidad de contrato de seguro.

Para tratar de delimitar la naturaleza jurídica del seguro de dependencia nos proponemos, en primer lugar, analizar el criterio de clasificación empleado por el legislador en la LCS; en segundo lugar, estudiar el riesgo y el interés en este tipo de seguro; y, en tercer lugar, localizar los rasgos comunes y no comunes que presenta el seguro de dependencia con respecto a los seguros de personas y a los seguros contra daños.

3.1. La clasificación de los tipos de seguros en la LCS.

El artículo 1 LCS establece la distinción entre seguros en los que el asegurador se obliga a indemnizar el daño producido al asegurado, seguros en los que el asegurador se obliga a satisfacer un capital o una renta, y seguros en los que el asegurador se obliga a realizar otras prestaciones convenidas con el tomador del seguro. La LCS contiene una definición unitaria del contrato de seguro para todas las modalidades de seguros, sin perjuicio de que el contrato de seguro pueda desplegar funciones diversas y de que el asegurador pueda asumir prestaciones diferentes.

Sin embargo, el legislador no ha sido fiel a este planteamiento inicial, pues abandona la distinción entre seguros de indemnización efectiva, seguros de sumas y otros seguros (aquí entrarían los seguros de prestación de servicios o asistenciales), y sustituye este criterio de clasificación, que se basa en el tipo de prestación que asume el asegurador, por un criterio que atiende al objeto del riesgo asegurado. Así se han englobado los distintos tipos de seguros en dos grupos: los seguros contra daños (artículos 25 a 79 LCS) y los seguros de personas (artículos 80 a 106 LCS).

La LCS ha centrado la distinción entre los seguros contra daños y los seguros de personas en uno de los elementos esenciales del contrato de seguro, esto es, en el riesgo. Si éste, definido unitariamente por la doctrina mercantil como la posibilidad de que se produzca el evento objeto de la cobertura del asegurador⁴⁴⁹, afecta a la existencia, a la integridad corporal o a la salud del asegurado, el seguro es de personas (así, los seguros de vida, de accidentes, de enfermedad y de asistencia sanitaria). Si, por el contrario, el riesgo no incide directamente sobre la persona humana sino que afecta a bienes materiales (cosas o mercancías), a rendimientos económicos esperados, a gastos, pérdidas económicas o al nacimiento de una deuda para el asegurado, el seguro es contra daños (así, los seguros de incendios, contra el robo, de transportes terrestres, de lucro cesante, de caución, de crédito, de responsabilidad civil y de defensa jurídica).

La clasificación de la LCS que distingue “seguros contra daños” y “seguros de personas” presenta una cierta conexión con la que diferencia los seguros de indemnización efectiva frente a los seguros de sumas.

En los seguros de indemnización efectiva el asegurador se obliga a resarcir, mediante una indemnización, el daño económico efectivamente sufrido por el asegurado. El asegurador sólo responde del daño económico sufrido por el asegurado y con el límite representado por la suma asegurada. Esa función indemnizatoria es la que cumplen los seguros contra daños, si bien en el caso del seguro de defensa jurídica el asegurador se puede obligar no sólo a reembolsar los gastos realizados por el asegurado para tutelar sus intereses jurídicos, sino también a prestarle los servicios de asistencia jurídica judicial y extrajudicial derivados de la cobertura del seguro [artículo 76 a) LCS].

En los seguros de sumas el asegurador asume la obligación de entregar al asegurado una determinada cantidad de dinero, fijada *a priori* en el contrato, antes de la producción del siniestro, y que no se corresponde con un daño económico cierto sufrido por el asegurado o con una concreta necesidad económica que experimenta el asegurado (se

⁴⁴⁹ Por todos J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre*, primera edición, Madrid, 1973, pp. 14 y 130-131.

sostiene, por esta razón, que son seguros de “abstracta cobertura de necesidad⁴⁵⁰”). El importe de la prestación del asegurador se establece en el momento de la conclusión del contrato de seguro, porque las consecuencias que la materialización del riesgo (o siniestro) produce en el entorno del asegurado son de difícil valoración económica (pues ésta no se puede realizar de acuerdo a criterios exclusivamente objetivos como pueden ser el valor económico de una cosa en el momento de producirse el siniestro o el importe de los gastos realizados a favor del asegurado). Este es el caso de la prestación que asume el asegurador en el seguro de vida (arquetipo de los seguros de personas), mientras que los seguros de accidentes y de enfermedad pueden cumplir también una función indemnizatoria o de reparación, característica de los seguros contra daños, por lo que se refiere a los gastos de asistencia sanitaria.

En relación al concepto de seguro de dependencia hay que destacar que, en los términos que ha sido definido, se presenta (junto con el seguro de asistencia sanitaria) como una modalidad de seguro que queda totalmente excluida de tal correspondencia. Es decir, es un contrato de seguro de personas que en ningún caso funciona como un seguro de sumas. Todos los seguros de daños, en la clasificación de la LCS, funcionan en mayor o menor medida (es el caso del seguro de defensa jurídica) como seguros de indemnización efectiva. Y los seguros de personas funcionan igualmente en mayor o menor medida (puede ser el caso de los seguros de accidentes y de enfermedad⁴⁵¹) como seguros de sumas, con la exclusión indicada de los seguros de dependencia y de asistencia sanitaria.

El asegurado de dependencia, en los términos que aquí ha sido definido este tipo de seguro, nunca recibirá una suma de dinero en concepto de capital o de renta; y sólo percibirá una cantidad dineraria en concepto de indemnización o reparación, en el caso de que se le reembolsen los gastos realizados por razones asistenciales (bien porque se trate de un seguro mixto, de dependencia con reembolso de gastos, bien porque se trate de un seguro de dependencia en el que la prestación del asegurador consista en el reembolso de ciertos gastos asistenciales). Pero lo habitual en el seguro de dependencia será que el asegurado reciba una prestación de servicios a cambio de la prima (y es de esperar que, como ha ocurrido con algunas pólizas de asistencia sanitaria⁴⁵², en las

⁴⁵⁰ Vid. J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., p. 47.

⁴⁵¹ Sostiene M. VERGEZ SÁNCHEZ, “Los seguros de accidentes y de enfermedad y asistencia sanitaria en la Ley de Contrato de Seguro (arts. 100 a 106)”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (coordinación E. VERDERA Y TUELLS), volumen I, Madrid, 1982, pp. 1.063 y 1.070, que el seguro de accidentes es fundamentalmente un seguro de sumas, y de ahí que sólo sean de cuenta del asegurador los gastos de asistencia sanitaria expresamente establecidos en la póliza del contrato. En cambio el seguro de enfermedad es un seguro mixto, de personas y de daños, porque el pago de la suma asegurada y la indemnización de los gastos de asistencia sanitaria están al mismo nivel.

⁴⁵² Es el caso, por ejemplo, de la póliza de ASISA (cláusula primera), de CASER SALUD (artículo 1), o del seguro de protección médica “VITALICIO SALUD” (artículo 1).

pólizas de dependencia se indique expresamente que queda excluida del objeto del seguro la posibilidad de que el asegurador conceda indemnizaciones optativas en metálico en sustitución de la prestación de los servicios previstos en aquéllas).

El seguro de vida es un seguro de sumas. El seguro de accidentes puede funcionar como seguro de sumas y como seguro de indemnización efectiva, al igual que el seguro de enfermedad, puesto que en ambos casos la prestación del asegurador puede consistir en la combinación de una suma dineraria y el reembolso de determinados gastos (de asistencia sanitaria o de asistencia médica y farmacéutica, según los términos empleados en los artículos 103 y 105 LCS respectivamente). Por el contrario, el seguro de personas que tenga por objeto la dependencia no será un seguro de sumas; en todo caso, en la modalidad de reembolso de gastos asistenciales puede operar como un seguro de indemnización efectiva que tienda a restituir un daño económico experimentado por el asegurado como consecuencia de los gastos que ha realizado para contrarrestar su pérdida de autonomía⁴⁵³. En este último supuesto el asegurador reembolsa al asegurado una cantidad que se corresponde con el importe de los gastos de asistencia por razón de la dependencia.

Llegados a este punto se pueden realizar, insistiendo en las ideas ya apuntadas, dos importantes consideraciones: en primer lugar, que el seguro de dependencia se habrá de regular en la LCS entre los seguros de personas por razón del riesgo, porque se trata de un contrato de seguro que tiende a preservar la autonomía del asegurado, la cual está muy relacionada con riesgos como la existencia, la integridad corporal y la salud del asegurado (riesgos cubiertos por los seguros de personas según el artículo 80 LCS); y, en segundo lugar, que el seguro de dependencia, al igual que el de asistencia sanitaria y a diferencia de los demás seguros de personas regulados por la LCS -los seguros de vida, de accidentes y de enfermedad-, no puede funcionar como un seguro de sumas.

La LCS sólo ha regulado dos tipos de seguros en los que el asegurador asume la obligación de prestar servicios en favor del asegurado: el seguro de defensa jurídica y el seguro de asistencia sanitaria. No ha contemplado, sin embargo, el seguro de enterramiento o decesos ni el seguro de asistencia turística o en viaje. Y a pesar del paralelismo que aquéllos reflejan en orden a la prestación que asume el asegurador (es una prestación de hacer, de servicios o asistencial) el legislador ha disciplinado el

⁴⁵³ Esta es la idea apuntada por M. OLIVENCIA RUIZ a propósito de la naturaleza de otro de los seguros en los que el asegurador se obliga a una prestación de servicios: el seguro de defensa jurídica. Dicho autor señala que este seguro es un seguro de daños que tiende a cubrir el patrimonio del asegurado de la carga que representa la necesidad de realizar gastos en defensa de sus derechos, lo que extrapolado al seguro de dependencia se traduciría en la necesidad de realizar gastos para proteger la autonomía del asegurado (*vid.* “El seguro de protección jurídica: del pasado al futuro”, en *RES*, 1981, núm. 27, p. 268). En el mismo sentido C. ISOLA, “Spunti per un inquadramento dei rami della difesa legale e dell’assistenza turistica nel sistema delle direttive CEE”, en *Assicurazioni*, 1990-I, núm. 57, p. 469.

seguro de defensa jurídica entre los seguros contra daños y el seguro de asistencia sanitaria entre los seguros de personas.

El legislador, al haber renunciado a clasificar los seguros por razón del tipo de prestación asumida por el asegurador (indemnizatoria, de sumas u otras prestaciones como parece apuntar el artículo 1 LCS), mantiene siempre un mismo criterio, esto es, opta por el riesgo como elemento diferenciador de los tipos de seguros. Así, son seguros de personas todos aquéllos en los que el riesgo, al que el asegurador presta cobertura, puede afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado (artículo 80 LCS); todos los demás son seguros contra daños. Por este motivo el seguro de defensa jurídica es un seguro de daños, porque el riesgo objeto de la cobertura del asegurador es la tutela de los intereses jurídicos del asegurado frente a la posibilidad del nacimiento de gastos para la defensa de sus derechos⁴⁵⁴. Por el contrario, el seguro de dependencia es un seguro de personas, pues es posible afirmar la estrecha relación que existe entre los riesgos regulados por el artículo 80 LCS y la pérdida de autonomía o independencia personal.

La cuestión que inmediatamente surge es si el criterio que mantiene el legislador es lo suficientemente sólido para justificar la separación de régimen jurídico entre el seguro de dependencia y el seguro de defensa jurídica, con el que presenta importantes analogías por lo que a la prestación del asegurador se refiere, ya que en principio no son aplicables al seguro de dependencia los artículos 25 a 44 LCS que regulan los seguros contra daños.

En este sentido no parece apresurado sostener que el criterio adoptado por el legislador viene motivado por dos factores importantes. De un lado, porque el riesgo es un elemento esencial para la validez del contrato de seguro (sea de daños o de personas - artículo 4 LCS-), y en el momento de la conclusión de un seguro de dependencia existe un riesgo sobre las personas (al igual que en el seguro de vida, el de accidentes, el de enfermedad y el de asistencia sanitaria) o, más concretamente, sobre la autonomía de las personas. De otro lado, porque el seguro de dependencia tiene unos rasgos peculiares, que lo aproximan sobremanera al seguro de asistencia sanitaria (y que lo diferencian de los demás seguros con excepción, en algunos aspectos, del seguro de defensa jurídica), sobre todo por lo que afecta a la prestación del asegurador, y que dificultan el encuadramiento jurídico de esta modalidad de seguro, ya que tales rasgos impiden la aplicación en toda su extensión de las normas establecidas en la LCS para los seguros en general (artículos 1 a 24), para los seguros contra daños (artículos 25 a 44), e incluso para algunos seguros de personas -el seguro de vida (artículos 83 a 86 y 87.1) y el de

⁴⁵⁴ M. OLIVENCIA RUIZ, “El seguro de protección jurídica...”, cit., pp. 267-268.

accidentes (artículos 100 a 104)- cuyas normas sí se aplican al seguro de asistencia sanitaria en cuanto sean compatibles con éste (artículos 100.2 y 106 LCS).

Como se acaba de indicar, resulta difícil la aplicación al seguro de dependencia de algunas de las disposiciones generales de los contratos de seguros. Piénsese en los problemas que se pueden plantear a la hora de dar respuesta, conforme al régimen jurídico establecido por las normas comunes a todos los tipos de seguros, a las siguientes cuestiones: 1ª) la reducción proporcional de la prestación del asegurador cuando ésta consiste en la realización de servicios asistenciales (artículos 10 y 12 LCS); 2ª) el contenido del deber de salvamento en el seguro de dependencia (artículo 17 LCS); 3ª) la determinación del concepto de “gastos originados por situaciones de dependencia”, y la concreción de su importe en las prestaciones de servicios asistenciales; 4ª) la “contradicción” que parece existir entre mora y prestación del asegurador cuando se trata de realizar unos servicios que afectan a la autonomía del asegurado y, por tanto, a la propia vida de éste (artículo 20 LCS); o, finalmente, 5ª) la aplicación de las reglas del anticipo mínimo de los gastos que esté realizando el propio asegurado en la modalidad de dependencia con reembolso de gastos asistenciales, puesto que la situación de dependencia se caracteriza por su carácter indefinido y, consiguientemente, la prestación del asegurador será continuada (artículo 18 LCS).

También planteará problemas la aplicación al seguro de dependencia de algunas normas propias de los seguros de daños, a pesar de que aquél pueda funcionar como un seguro contra daños cumpliendo la función de evitar el menoscabo que se produciría en el patrimonio del asegurado que tuviera que afrontar el pago de los gastos médicos (o la función de indemnizar un efectivo daño económico sufrido por el asegurado en la modalidad de dependencia con reembolso de gastos). Por ejemplo, la norma relativa a la determinación del interés del asegurado en el momento de la conclusión del contrato (artículo 25 LCS), o las reglas sobre la valoración económica del interés (artículos 26 a 28 LCS), sobre la relación económica entre el interés y la suma asegurada (artículos 29 a 31 LCS), o sobre la transmisión del objeto asegurado (artículos 34 y 35 LCS).

Por último, tampoco estaría exenta de inconvenientes la aplicación de las normas que regulan el seguro de vida y el seguro de accidentes en cuanto sean compatibles con el seguro de dependencia, si se previera una remisión normativa del tipo de la que realizan los artículos 100.2 y 106 LCS. En este sentido se puede afirmar que los regímenes jurídicos de los seguros de vida y de accidentes se adecuan mejor al seguro de

enfermedad que a los seguros de dependencia y de asistencia sanitaria, pues con estos últimos presenta importantes incompatibilidades⁴⁵⁵.

En definitiva, como se ha podido observar la clasificación de los tipos de seguros por razón del riesgo asegurado determinará para el seguro de dependencia un importante problema de concreción del régimen jurídico, pues ni las normas de los seguros de personas ni las disposiciones comunes a todos los tipos de seguros parecen configurar un cuadro normativo lo suficientemente completo como para resolver las cuestiones que plantea la peculiar naturaleza de la prestación del asegurador de dependencia.

3.2. El riesgo y el interés en el seguro de dependencia.

Tradicionalmente la distinción entre los seguros contra daños y los seguros de personas ha girado no sólo en torno al riesgo sino también al interés.

El riesgo, entendido como la posibilidad de que tenga lugar un evento que afecte al asegurado (a su persona o a sus bienes) está presente en todos los contratos de seguro. En el seguro de dependencia el riesgo es la pérdida de autonomía física o mental del asegurado, cuya materialización determine que aquél requiera unos servicios asistenciales con el consiguiente costo económico de los mismos. En otras palabras, el asegurador presta su cobertura al riesgo de dependencia que recae sobre la persona del asegurado afectando a su autonomía.

El riesgo aparece en la definición de contrato de seguro contenida en el artículo 1 LCS. El tomador celebra un contrato de seguro “para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura”. Y el riesgo es un elemento esencial de todo contrato de seguro, porque si no existe en el momento de su conclusión el contrato de seguro será nulo (artículo 4 LCS). De ahí que la LCS insista en la importancia de la delimitación del riesgo, precisando los riesgos excluidos de la cobertura del asegurador, porque éste sólo está obligado a realizar su prestación si se produce el riesgo asegurado y no un evento diferente (artículos 8 y 10 a 13 LCS).

⁴⁵⁵ Sobre la incompatibilidad entre el régimen jurídico de los seguros de vida y de accidentes y el seguro de asistencia sanitaria, *vid.* P. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *El seguro privado de asistencia sanitaria*, Madrid, 2002, pp. 46-67.

En materia de delimitación del riesgo en el seguro de dependencia es necesario acudir a los preceptos de la Ley de Dependencia, puesto que todavía no se comercializan pólizas de este tipo de seguro.

Así, en el artículo 2 LD se establecen, además de otros, tres conceptos fundamentales. El de autonomía o *“capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria”*; el de dependencia o *“estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”*; y la noción de actividades básicas de la vida diaria (ABVD) o *“tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas”*.

Por otra parte, en el artículo 26 LD se han regulado tres grados de dependencia: de grado I o moderada, de grado II o severa, y de grado III o gran dependencia. La distinción entre ellos depende del número de veces al día que la persona dependiente necesite ayuda de otra persona para realizar varias ABVD y de la menor o mayor intensidad del apoyo de otra persona para su autonomía personal. A su vez, cada uno de los grados se clasifica en dos niveles, y unos y otros se determinarán mediante la aplicación del baremo que se acuerde en el Consejo Territorial del SAAD, el cual tendrá entre sus referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, adoptada por la Organización Mundial de la Salud en el año 2001 (artículo 27 LD).

Sobre la referida base legislativa es necesario realizar ciertas consideraciones.

De una parte, que el riesgo del seguro de dependencia es tanto la dependencia como la disminución o la absoluta falta de autonomía personal, pues son situaciones personales muy relacionadas hasta el punto que toda persona dependiente adolece de falta de autonomía y toda persona que necesita apoyo en su autonomía personal es una

persona dependiente⁴⁵⁶. Si se quiere introducir alguna matización, se puede sostener que mientras la dependencia está más ligada a la falta de capacidad para realizar ciertas ABVD la autonomía lo está a la falta de capacidad para controlar, afrontar o tomar, por sí mismo, ciertas decisiones personales acerca de cómo vivir. Pero en esencia, ambas situaciones -dependencia y autonomía- hacen referencia a la falta de capacidad de las personas para realizar ciertos actos, ya sea lavarse, comer o decidir cómo hacer algo en un momento determinado.

De otra parte, que es necesario delimitar claramente el riesgo del seguro de dependencia frente al riesgo de otras modalidades de seguro. En el seguro de dependencia el riesgo no es la existencia (seguro de vida), la integridad corporal (seguro de accidentes) o la salud (seguros de enfermedad y de asistencia sanitaria); el riesgo es la falta de autonomía o la dependencia. Es indudable que esta falta de autonomía o dependencia están relacionadas con la existencia de la persona (puesto que uno de los factores que provoca la dependencia es el envejecimiento de las personas), con la integridad corporal (ya que una persona con lesiones corporales o con minusvalías físicas puede ser una persona dependiente), y con la salud (pues una persona enferma puede ser también una persona dependiente). Para reafirmar lo que se acaba de decir basta con releer la definición de dependencia del artículo 2 LD en el que ésta se define como una situación permanente provocada por la edad, la enfermedad o la discapacidad.

Pero, al mismo tiempo, es posible sostener que la dependencia es un riesgo distinto de los incluidos en el artículo 80 LCS, ya que es indudable que las personas mayores, con lesiones corporales o enfermas no son necesariamente personas dependientes. De hecho la dependencia, como resulta de los cuadros estadísticos aportados por algunos estudios, sólo afecta con carácter general a las personas mayores de 85 años y, por el contrario, son pocas las personas dependientes mayores de 65 años. Y todavía es menos frecuente la correlación entre personas con lesiones corporales o entre personas enfermas y personas en situación de dependencia.

El interés se puede definir como la relación de una persona con una cosa amenazada por un riesgo determinado⁴⁵⁷, o como la relación de carácter económico entre un sujeto y un bien⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Para otras nociones de dependencia, M.D. PUGA GONZÁLEZ, *Dependencia y necesidades asistenciales de los mayores en España. Previsión al año 2010*, Fundación Pfizer, Madrid, 2001, pp. 50-52.

⁴⁵⁷ J. GARRIGUES, "El interés del seguro", en *RES*, 1975, núm. 233, p. 12 y M.M. TRAVIESAS, "Sobre contrato de seguro terrestre", en *RDP*, 1933, núm. 241, pp. 305-308.

⁴⁵⁸ F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro*, tercera edición, Pamplona, 2005, p. 472.

Se ha discutido la presencia de un interés en los seguros de personas⁴⁵⁹ e incluso se ha rechazado en el seguro de vida (considerado el tipo más representativo de los seguros de personas)⁴⁶⁰.

La polémica doctrinal planteada acerca de la relevancia del elemento “interés” en los contratos de seguro de personas se ha plasmado en la propia LCS, la cual, de una parte, no incluye el interés (a diferencia del riesgo) en el concepto general del contrato de seguro establecido por el artículo 1 LCS; y, de otra parte, sólo regula el interés en las disposiciones generales de los seguros contra daños, destacando el artículo 25 LCS que establece que “el contrato de seguro contra daños es nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño”. Precisamente el interés del asegurado a recibir una indemnización del daño (indemnización que se corresponde con el daño económico efectivamente sufrido y que tiene como límite el valor de la suma asegurada fijada en el contrato) explica la calificación de tales seguros como seguros de indemnización efectiva. La presencia del interés, como elemento esencial en los contratos de seguro contra daños, se reafirma en los artículos 26, 28, 30, 31, 32, 33, 33 a) y 43 LCS.

La tesis que ha puesto en entredicho la exigencia del interés como elemento esencial en los seguros de personas (con particular referencia a los seguros de vida), al entender que en ellos no existe una relación económica entre el asegurado y un bien concreto, esto es, falta el interés económico del asegurado hacia un bien determinado, ha sido discutida por otros autores (especialmente por los que defienden que todos los tipos de seguros cumplen una función indemnizatoria) que sostienen que el interés asegurable es un requisito común a todos los contratos de seguro, incluido el seguro de vida (respecto del cual se afirma que la persona humana -o la propia vida o el cuerpo humano- también puede ser objeto de interés en cuanto bien susceptible de valoración económica en sí mismo)⁴⁶¹. Y como fundamento legal de este cambio doctrinal se cita el artículo 83.2 LCS, que se refiere expresamente al interés del asegurado en el seguro sobre la vida de un tercero.

⁴⁵⁹ Así, M. BROSETA PONT, *Manual de Derecho Mercantil*, octava edición, Madrid, 1990, p. 513 y F.J. TIRADO SUÁREZ, “Los seguros de personas”, en *Derecho Mercantil* (coordinación G.J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ), 11ª edición, Barcelona, 2006, p. 716.

⁴⁶⁰ Así J. GARRIGUES, para quién no es posible hablar de un interés en el seguro de vida, puesto que no cabe aplicar el concepto técnico de indemnización (*Contrato de seguro terrestre...*, cit., pp. 552-554). Pero el mismo autor sí defiende la existencia de un interés económico en los seguros de accidente y de enfermedad (“El interés del seguro...”, cit., p. 19).

⁴⁶¹ Vid. A. DONATI, *Trattato del Diritto delle Assicurazioni Private*, volumen II, Milán, 1954, pp. 204-210; F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 1.654-1.655; y R. URÍA, “Orientaciones modernas sobre el concepto jurídico del seguro”, en *RDM*, 1962, p. 285.

Con los demás seguros de personas (de accidentes, de enfermedad y de asistencia sanitaria) no ha sucedido lo mismo que con el seguro de vida, puesto que en aquéllos (con escasísimas excepciones⁴⁶²) se defiende la presencia de un interés en el asegurado, ya sea sosteniendo que el cuerpo humano también puede ser objeto de interés en cuanto bien susceptible de proporcionar al hombre un rendimiento económico a través del trabajo, ya sea entendiendo que la integridad corporal o la salud tienen valor en sí mismas⁴⁶³, e incluso proponiendo un concepto amplio de daño en el que se comprendan no sólo los daños patrimoniales o económicos sino también los daños extrapatrimoniales⁴⁶⁴.

En el seguro de dependencia el asegurado tiene interés en preservar la autonomía o independencia (y, por consiguiente, está interesado en que el riesgo –la dependencia o la pérdida de autonomía- no se produzca), porque tal autonomía le permite desarrollar sus ABVD y tomar decisiones por sí mismo (además, si el riesgo se produjera antes de la edad de jubilación, la falta de autonomía le impediría realizar su actividad laboral con el consiguiente resultado económico), y porque de este modo el asegurado se evita un daño económico en su patrimonio⁴⁶⁵. Es decir, el asegurado tiene interés en que el coste (que puede ser muy elevado) de los servicios asistenciales que necesite para preservar su autonomía se diluya en su patrimonio mediante la contratación de un seguro que le permita, a través del pago de una cantidad periódica, el acceso a tales servicios sin preocupación alguna por su importe. En definitiva, hay un interés del asegurado en el sentido de evitar un daño patrimonial, pues es indudable que aquél sufriría un menoscabo en su patrimonio si pretendiera, sin haber contratado un seguro, acceder a las mismas prestaciones económicas o asistenciales que el seguro le garantiza. En este sentido, el seguro de dependencia despliega la misma función que algunos seguros contra daños (como el seguro de responsabilidad civil o el de defensa jurídica), esto es, preservar el patrimonio del asegurado de los gastos que llevan consigo los servicios asistenciales necesarios para contrarrestar la pérdida de autonomía del asegurado, y cuyo importe no se puede conocer hasta la efectiva realización de los mismos.

⁴⁶² Las ya mencionadas de M. BROSETA PONT y F.J. TIRADO SUÁREZ (*vid. supra* nota 13).

⁴⁶³ Se afirma incluso que en la valoración del interés debe tenerse en cuenta la capacidad humana de razonar, de sentir, de querer, de soñar, de ser útil (no sólo económicamente) para sí mismo y para los demás, etc. (*vid.* G. FORTE, “Ritorniamo ancora sulla natura giuridica dell’assicurazione private contro gli infortuni”, en *Assicurazioni*, 1997, p. 188).

⁴⁶⁴ Para un análisis más exhaustivo sobre el interés en los seguros de personas, *vid.* P. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *ob. cit.*, pp. 25-30).

⁴⁶⁵ El interés ha de tener trascendencia económica para tener relevancia jurídica. Por ello no puede entenderse como interés el hecho simplemente de ser autónomo o independiente, pues no se trata de un interés económico sino más bien psicológico (*vid.* J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, *cit.*, p. 156, que pone de relieve la necesidad de eliminar la acepción vulgar de interés en el ámbito de los seguros).

El segundo de los aspectos señalados, esto es, el interés en evitar un menoscabo patrimonial, tendrá una mayor relevancia que el primero (preservar un cierto grado de autonomía o independencia) en las etapas de la vida en que “normalmente” las personas suelen ser independientes para realizar las actividades normales de la vida diaria y para organizar su vida por sí mismos. Y tendrá una menor incidencia a medida en que las personas se hacen mayores y van asimilando que necesariamente verán disminuida su capacidad para desenvolverse por sí solas.

En el seguro de dependencia el riesgo incide sobre la persona del asegurado; sin embargo, se puede afirmar que el interés irá cambiando progresivamente. Es decir, mientras que el asegurado se halle en una fase de la vida en la que normalmente se es independiente (que podemos situar en las edades inferiores a los 70 años y, por consiguiente, en la fase anterior a la terminación de la vida laboral), el interés será fundamentalmente una relación económica entre el asegurado y su propia persona (como en los seguros sobre la propia vida, de accidente y de enfermedad); pero, cuando el asegurado alcance una edad en la que, por la propia naturaleza, las personas pierden autonomía y necesitan el apoyo de otras personas (especialmente a partir de los 80 años), el interés habrá pasado a ser esencialmente una relación entre el asegurado y su patrimonio (como en el seguro de asistencia sanitaria).

Por consiguiente, entendemos que en el seguro de dependencia el interés a partir de cierto momento se traduce especialmente en la preocupación del asegurado por evitar un daño económico sobre su patrimonio. Y, por ello, se puede afirmar, en sentido más amplio, que en el seguro de dependencia existe, como en los seguros contra daños (artículo 25 LCS) y en el seguro de asistencia sanitaria, un interés del asegurado a la indemnización del daño económico que sufriría si tuviera que hacer frente directamente a los gastos de los servicios asistenciales; se plasma, por consiguiente, el interés del asegurado a la indemnización de un daño, como elemento esencial exigido expresamente por la LCS en los seguros contra daños.

En relación con el seguro de dependencia, si se configura principalmente como de prestación de servicios, ocurrirá algo similar a lo que acontece en el seguro de asistencia sanitaria; esto es, que el importe de la reparación de los gastos asistenciales no ingresará en el patrimonio del asegurado, puesto que no será el asegurado (salvo si se comercializa un seguro de dependencia en el que el asegurador reembolse los gastos realizados previamente por el asegurado) quien realice esos gastos sino la compañía aseguradora, bien prestando directamente los servicios asistenciales (porque cuenta con la infraestructura necesaria para ello), bien contratando la prestación de los mismos. Parece deducirse por ello una cierta finalidad preventiva de un daño económico en la

contratación del seguro de dependencia. Esto es, en la modalidad de prestación de servicios (sin reembolso de gastos) predominará la función preventiva del seguro, que se contrata para evitar un posible menoscabo económico, y en la modalidad de dependencia con restitución de los gastos asistenciales predominará la función indemnizatoria de un daño efectivamente producido en el patrimonio del asegurado.

3.3. Aproximación del seguro de dependencia a los seguros contra daños.

En la hipótesis que venimos planteando, acerca de la posible configuración aseguradora y normativa del contrato de seguro de dependencia, éste debería ser incluido entre los seguros de personas, junto a los seguros de vida, de accidentes, de enfermedad y de asistencia sanitaria, porque el objeto de la cobertura del asegurador es un riesgo que afecta a la capacidad personal del asegurado.

No obstante, es necesario poner de relieve que son varios los rasgos característicos que asemejan el seguro de dependencia aquí definido a los seguros contra daños.

En primer lugar, el seguro de dependencia no funciona como un seguro de sumas. La prestación del asegurador de dependencia no puede consistir en entregar al asegurado una cantidad de dinero que no guarde relación alguna con el importe de los servicios asistenciales, y que se fija en el momento de la celebración del contrato. De las modalidades de seguros de personas, sólo el seguro de vida es un seguro de sumas en sentido estricto⁴⁶⁶, si bien es necesario precisar que los seguros de accidentes y de enfermedad son seguros de sumas -porque el asegurador se obliga al pago de ciertas sumas- y también de indemnización efectiva, porque el asegurador asume en todo caso el pago de los gastos de asistencia sanitaria de carácter urgente (artículo 103 *in fine* LCS).

En segundo lugar, en el seguro de dependencia existe un interés del asegurado a preservar su patrimonio contra un daño económico concreto y, por consiguiente, se puede sostener que concurre, como en los seguros contra daños, un interés del asegurado a la indemnización del daño económico que sufriría si tuviera que adelantar (haciendo frente directamente) el importe de los gastos de los servicios asistenciales.

⁴⁶⁶ Lo cual se plasma en la clasificación de los ramos de seguros que establece el artículo 6 TRLOSSP, al distinguir entre seguro directo sobre la vida y seguros directos distintos del seguro de vida.

Hay un interés del asegurado a la indemnización de un daño, idéntico al exigido por la LCS en los seguros contra daños (artículo 25).

En tercer lugar, la prestación del asegurador, como prestación de servicios, cumple una función preventiva de un daño patrimonial, y, en la modalidad de dependencia con reembolso de gastos asistenciales, desarrollaría una función indemnizatoria en los supuestos en los que el propio asegurado pagara anticipadamente los gastos derivados de los servicios asistenciales, los cuales serían reembolsados posteriormente por el asegurador. Y tales funciones son propias de los seguros contra daños (sin perjuicio de que la función indemnizatoria también esté presente en los seguros de accidentes y de enfermedad y de que pueda ser discutible, por los motivos que ya han sido apuntados, en el seguro de vida).

En cuarto lugar, el seguro de dependencia, como seguro en el que la prestación del asegurador consiste esencialmente en un hacer (de servicios o asistencial), presenta ciertas incompatibilidades con las normas reguladoras de los seguros de accidentes y de vida.

De los datos apuntados se deduce que el seguro de dependencia se conecta con los seguros de personas por razón del riesgo. Mas, por razón del interés (preventivo e indemnizatorio como en algunos seguros contra daños -el seguro de responsabilidad civil y el seguro de defensa jurídica-), y de la prestación del asegurador (de hacer o asistencial como en el seguro contra daños de defensa jurídica), el seguro de dependencia debería desvincularse de los seguros de personas y conectarse con los seguros contra daños.

3.4. El seguro de dependencia como un seguro de prestación de servicios.

Ya se han apuntado algunas ideas importantes para tratar de establecer la naturaleza jurídica del seguro de dependencia. De un lado, que presenta importantes analogías con los seguros contra daños (si bien la aplicación de las normas reguladoras de estos seguros al seguro de dependencia plantea inconvenientes cuando el asegurador asume la prestación de unos servicios asistenciales, dificultades que se suavizarían si se comercializara como un seguro mixto de dependencia con reembolso de gastos originados por razón de la dependencia). Y, de otro lado, que el seguro de dependencia debería regularse en la LCS entre los seguros de personas por razón del riesgo.

El tomador puede tener distintos motivos para celebrar un contrato de seguro, porque este contrato puede desplegar diversas funciones. Así, la función puede ser estrictamente indemnizatoria, propia de los seguros contra daños, de manera que el tomador de un seguro contra daños pretende, producido el siniestro, la reparación del daño económico que ha sufrido. También el contrato de seguro puede cumplir una función de prevención y ahorro, típica del seguro de vida, concertado para que el asegurado o sus beneficiarios dispongan de una suma de dinero tras la verificación del siniestro, la cual no se corresponde con el daño que hayan podido experimentar el asegurado o sus beneficiarios.

En la práctica aseguradora más reciente se observa un importante desarrollo de la función asistencial, esto es, la conclusión de un contrato de seguro obedece en ocasiones a la búsqueda por el asegurado de ayuda y asistencia frente a determinadas situaciones de necesidad⁴⁶⁷. Hoy día no se puede sostener que el seguro cumpla una función estrictamente indemnizatoria o de previsión o ahorro.

Los “seguros asistenciales” (de defensa jurídica, de asistencia sanitaria, de asistencia turística o en viaje y de enterramiento o decesos) se caracterizan como los demás seguros por el riesgo y por el interés asegurado. Pero lo que realmente distingue a los seguros de prestación de servicios o asistenciales frente a los demás tipos de seguros es la peculiar naturaleza de la prestación asumida por el asegurador.

El seguro de dependencia cumple, como todas las modalidades de seguro, una función preventiva, ya que el asegurado siempre actúa movido por la intención de evitar las consecuencias dañosas de la posible verificación del riesgo, esto es, de la producción del siniestro.

Además desarrolla una función indemnizatoria en el sentido de que el asegurado está interesado en la indemnización del daño económico que sufriría si tuviera que adelantar el importe de los gastos asistenciales originados por razón de la falta de autonomía. Pero esta función indemnizatoria queda oscurecida en el seguro de dependencia por la función preventiva de un daño, en el sentido de que el asegurado sustituye la efectiva indemnización por la prestación de unos servicios cuyo importe recae directamente sobre la esfera jurídica del asegurador. Y la prestación de los servicios asistenciales necesarios para contrarrestar la falta de autonomía del asegurado cumple la función de reparar un daño personal indemnizable, como el daño patrimonial que indirectamente,

⁴⁶⁷ A. DE-JUAN RODRÍGUEZ, *Política de seguros*, Madrid, 1950, p. 27, señala que la previsión y la asistencia son de todos los tiempos, pero no engendran el seguro hasta después de muchos siglos. *Vid.* también A. OLMOS PILDÁIN, *El seguro de defensa jurídica*, Pamplona, 1997, p. 210; G. FORTE, *ob. cit.*, p. 191; y G. SCALFI, “Dalla classificazione dualistica alla concezione pluralistica dei contratti di assicurazione: contratto o contratti di assicurazione?”, en *Assicurazioni*, 1995, fascículo 3, p. 146.

mediante la contratación del seguro, se ha evitado. Dicha función indemnizatoria estaría más acentuada en la modalidad de seguro mixto de dependencia con restitución de los gastos realizados previamente por el asegurado, pues, en este caso, el daño económico sí llegaría a producirse sobre el patrimonio del asegurado.

El seguro de dependencia cumple finalmente una función asistencial, de prestación de servicios, puesto que el asegurado quiere garantizarse la ayuda y asistencia del asegurador (mediante la prestación de ciertos servicios) frente a la situación de necesidad provocada por una situación de dependencia o de falta de autonomía.

Todas las funciones indicadas son características del seguro de dependencia. Especialmente la función asistencial, pues esta modalidad aseguradora hay que concebirla ante todo como un seguro de prestación de servicios. Por consiguiente, cabrían las siguientes opciones a la hora de establecer la naturaleza jurídica del seguro de dependencia:

1ª) El seguro de dependencia sería un seguro de personas por razón del riesgo.

2ª) El seguro de dependencia sería un seguro contra daños, pues esta categoría no sólo incluye los seguros que indemnizan el daño efectivamente sufrido por el asegurado, sino también aquéllos que evitan el daño patrimonial del asegurado desplazando ese daño sobre la esfera jurídica del asegurador (como el seguro de responsabilidad civil o el seguro de defensa jurídica⁴⁶⁸). Aunque predomina la función preventiva de un daño también puede afirmarse, en un sentido más amplio, que existe un interés del asegurado a la indemnización del daño económico que sufriría si tuviera que abonar previamente los gastos asistenciales por razón de la dependencia.

3ª) El seguro de dependencia sería un seguro mixto, de personas y de daños.

4ª) El seguro de dependencia sería un seguro asistencial o de prestación de servicios, porque en sentido estricto ni es un seguro de personas (ya que en ningún caso es un seguro de sumas) ni es un seguro contra daños (puesto que el riesgo recae sobre la persona del asegurado). En este tipo de seguros el riesgo incide sobre el asegurado y el interés, según los casos, sobre su propia persona o sobre su patrimonio.

Nos parece más conveniente sostener que el seguro de dependencia habría que configurarlo esencialmente como un seguro asistencial o de prestación de servicios. Lo que define a este tipo de seguros es la naturaleza de la prestación del asegurador. Los

⁴⁶⁸ Calificados por este motivo por algunos autores como seguros preventivos (*vid.* A. OLMOS PILDÁIN, *ob. cit.*, pp. 201-202).

demás rasgos característicos o están presentes en los seguros de personas o lo están en los seguros contra daños. Las prestaciones *in natura* pueden realizarse por otros aseguradores distintos de los de dependencia (y de los de asistencia sanitaria), porque el asegurador puede sustituir el pago de la indemnización por la reparación o la reposición del objeto siniestrado “cuando la naturaleza del seguro lo permita y el asegurado lo consienta” (artículo 18.2 LCS). Por el contrario, en el seguro de dependencia la prestación del asegurador habría de consistir necesariamente en un hacer, en la realización de un servicio, de una tarea asistencial en favor del asegurado.

Entre una posible naturaleza mixta, de seguro contra daños y de seguro de personas, y la naturaleza asistencial, nos inclinamos por esta última, porque es la que realmente define al seguro de dependencia.

Ahora bien, desde un punto de vista legal la única clasificación a la que se reconoce relevancia jurídica es a la que distingue entre seguros contra daños y seguros de personas. Tal clasificación se apoya exclusivamente en un elemento: el riesgo. Y en atención al riesgo, el seguro de dependencia es un seguro de personas, pues el riesgo asegurado es la dependencia o la falta de autonomía personal.

3.5. Distinción entre el seguro de dependencia y otras operaciones de prestación de servicios.

El artículo 2 del Real Decreto 2.486/1998, de 20 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (ROSSP), regula la distinción entre los contratos de seguro privado en los que el asegurador asume una prestación de hacer y otros contratos por los que una de las partes se obliga a prestar un servicio, de asistencia sanitaria, de defensa jurídica, de asistencia a personas, de decesos o de conservación, mantenimiento, reparación y similares.

El citado precepto establece dos criterios fundamentales para sentar las bases de la distinción. De una parte, que son operaciones de seguro privado aquellas en las que concurren los requisitos del artículo 1 LCS. De otra parte, que no son operaciones de seguro privado: 1) la prestación de servicios profesionales; 2) los contratos de abono que no presten cobertura a un riesgo técnicamente asegurable; 3) la prestación de servicios mecánicos al automóvil realizada a sus socios por los clubes automovilísticos.

La prestación de servicios profesionales (por ejemplo, por los cuidadores profesionales a las personas dependientes, y, en general, como expresa el artículo 2.2 *in fine* del ROSSP, por las personas que cuentan con la infraestructura adecuada para prestar servicios de asistencia a personas, devengando su retribución por cada uno de los actos que realizan y con independencia de la persona que los satisface) tradicionalmente se encuadra por la doctrina en el contrato de arrendamiento de servicios⁴⁶⁹.

Del artículo 1.544 del C. Civil se desprende que el arrendamiento de servicios es el contrato por el que una de las partes se obliga a prestar a la otra un servicio a cambio de un precio cierto. En los últimos años se ha puesto en entredicho la calificación de los contratos que tienen por objeto la realización de obras o servicios como contratos de arrendamiento, pues del régimen jurídico establecido en el C. Civil para dicha figura contractual resulta que por arrendamiento se entiende, en sentido estricto, el contrato por el que una de las partes se obliga a ceder o transmitir a otra persona el uso o el uso y disfrute de una cosa; es decir, que la figura característica de este contrato es el arrendamiento de cosas y no los contratos cuyas prestaciones son típicas obligaciones de hacer.

Por ello se elaboró un Proyecto de Ley⁴⁷⁰ para dotar de una nueva regulación a los llamados impropriamente arrendamientos de obras o de servicios, que sustituye esta terminología por la más acertada de “contratos de servicios y contratos de obras”, que se distinguen fundamentalmente por el tipo de prestación de hacer. En los primeros, una de las partes se obliga a desplegar una actividad con independencia del resultado y, en los segundos, se obliga a obtener un resultado concreto (siguiendo la distinción clásica entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado).

A estas operaciones que se encauzan a través de contratos de servicios son a las que hace referencia el artículo 2.2 ROSSP, como operaciones distintas del contrato de seguro privado. En el ámbito de la asistencia a personas el ejemplo más característico es el de la asistencia a personas mayores de carácter privado, en la que la persona dependiente (o sus familiares según el grado de dependencia o de falta de autonomía) solicita los servicios de un cuidador a cambio de un precio. El objeto del contrato es una

⁴⁶⁹ *Vid.*, en relación con la asistencia sanitaria, F. BONET RAMÓN, “Naturaleza jurídica de los servicios prestados por los médicos y demás personas que ejercen profesiones liberales. Contrato de arrendamiento de servicios: Elementos esenciales. Modos de fijar la remuneración. Cuándo es exigible su pago”, en *RDP*, 1941, núm. 25, p. 158, y M. GUERRERO DE CASTRO, “Contratos entre entidades de seguros de asistencia sanitaria y médicos”, en *Previsión y Seguro*, 1995, núm. 46, p. 97.

⁴⁷⁰ Publicado en el *Diario Oficial de las Cortes Generales* de 12 de abril de 1994, Serie A, núm. 58-1. *Vid. Contratos de servicios y de obra. Proyecto de Ley y ponencias sobre la reforma del Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra* (coordinador J. González García), Universidad de Jaén, 1996. Sobre la distinción entre arrendamiento de obras y de servicios *vid.* F. LUCAS FERNÁNDEZ, en *AA.VV.*, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1993, p. 1.058.

prestación de hacer (de realizar unos determinados servicios asistenciales) y la persona dependiente paga por los servicios un precio determinado. Otro ejemplo sería la relación jurídica que surgiría, si se comercializara el seguro de dependencia como modalidad en la que el asegurador asume directamente la prestación de ciertos servicios asistenciales, entre la compañía aseguradora y los cuidadores profesionales del cuadro asistencial del propio asegurador, que percibirían una retribución por los actos asistenciales que realizaran. Y esta relación cuidador-asegurador se podría calificar igualmente de contrato de arrendamiento de servicios o, más concretamente, contrato de servicios asistenciales.

Los contratos de abono concertados para prestar servicios de conservación, mantenimiento, reparación y similares, tampoco se consideran operaciones de seguro privado siempre que entre las obligaciones que asuman las partes no figure la cobertura de un riesgo técnicamente asegurable.

Los contratos de abono representan una modalidad contractual que en función de su objeto se ha de incluir entre los contratos aleatorios o entre los arrendamientos de servicios (o contratos de servicios). Si una de las partes se obliga, a cambio de un precio cierto, a la reparación de un equipo informático para el caso de que se produzca una avería, la prestación de hacer dependerá de un hecho futuro e incierto de forma que sólo se realizará en el supuesto de que efectivamente se produzca aquél (la avería)⁴⁷¹. Y la nota de la aleatoriedad así como el hecho de que la parte que solicite el servicio haya de pagar el precio por adelantado son comunes en los contratos de abono y en los contratos de seguro. Pero si el contrato de abono tiene por objeto la conservación o el mantenimiento de equipos informáticos, el carácter aleatorio se difumina, presentando un claro carácter conmutativo como los arrendamientos de servicios, en cuanto que una de las partes se obliga a realizar un servicio periódicamente -en cuanto que la conservación y el mantenimiento de los equipos informáticos supone que habrán de ser revisados cada cierto tiempo- por precio cierto⁴⁷².

La clave para distinguir las operaciones de seguro privado de cualesquiera otras (como la prestación de servicios mecánicos al automóvil realizada a sus socios por los clubes

⁴⁷¹ Por este motivo se entiende que los contratos de abono son contratos aleatorios que hay que incluir entre los regulados por el artículo 1.790 del C. Civil (*vid.* J.L. MAESTRO, “Problemas jurídico-contables del seguro de asistencia en viaje”, en *Previsión y Seguro*, 1996, núm. 57, p. 11). *Vid.* también G. GONZÁLEZ-BUENO, “Hacia nuevas formas de vender seguridad a través de prestaciones de asistencia”, en *RES*, 1984, núm. 39, pp. 467-469, y S. RIVERO ALEMÁN, *Seguro turístico y de asistencia en viaje. Ordenación y contratación*, Barcelona, 1998, pp. 65-73.

⁴⁷² *Vid.* M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Informático*, Pamplona, 1997, pp. 207-215 e I. HERNANDO COLLAZOS, *Contratos informáticos. Derecho Informático. Legislación y práctica*, San Sebastián, 1995, pp. 774-784. También G. VOLPE PUTZOLU, “Prestazione di servizi nell’evoluzione del rapporto assicurativo”, en *Assicurazioni*, 2000, núm. 1, pp. 10-14.

automovilísticos) la establece el artículo 2.2 ROSSP al señalar que aquéllas se distinguen de los contratos de abono cuando en éstos la parte que asume la obligación de hacer no presta cobertura a un “riesgo técnicamente asegurable”. Aquí es precisamente donde radica la esencia de las operaciones de seguro privado, en el modo en que se delimita el riesgo asegurable y se calcula la prima o precio del seguro, esto es, en la idea de mutualidad o mutualismo asegurativo.

Como se ha sostenido con singular precisión⁴⁷³, mediante el seguro privado el daño del asegurado (en su persona o en sus bienes) se repara o se reduce mediante su distribución entre un gran número de patrimonios sometidos al mismo riesgo. A través de la mutualidad el asegurador puede eludir la inseguridad del azar (dado el carácter aleatorio del contrato de seguro por la propia naturaleza del riesgo asegurado) y puede calcular de un modo preciso, mediante elaboración de estadísticas, la frecuencia con la que se producirá el riesgo asegurado. No se trata de dar cobertura a riesgos aislados, sino de una comunidad de riesgos, ya que de otra forma los aseguradores no podrían contar con un patrimonio suficiente (que se integra con las primas de todos los asegurados) para indemnizar o reparar el daño producido por cada siniestro. En definitiva, el asegurador “une” los patrimonios sometidos al mismo riesgo.

Por todo ello resulta muy importante la delimitación del riesgo a través de las declaraciones que realiza el tomador del seguro, antes de la perfección del contrato - dando respuesta al cuestionario que le presenta el asegurador (artículo 10 LCS)- y durante la vida del contrato -comunicando las circunstancias que agravan o disminuyen el riesgo asegurado (artículos 11 a 13 LCS)-. Y la prima es proporcional al riesgo; se calcula en función del riesgo asegurado, de acuerdo con unos procedimientos técnicos regulados por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (TRLOSSP) y el ROSSP.

La comunidad de riesgos y la mutualidad, que se traducen en la delimitación de la realización del riesgo (ley de los grandes números) y en el cálculo de la prima (mediante técnicas actuariales), son exclusivas de las operaciones de seguro privado. Por eso el artículo 2.2 ROSSP señala que, si entre las obligaciones que asumen las partes en un contrato de abono está la de dar cobertura a un riesgo técnicamente asegurable, dicha operación no se puede calificar como contrato de abono sino como contrato de seguro privado y se ha de someter a las normas que lo regulan.

⁴⁷³ Por todos J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., pp. 12-26.

Los contratos de seguro sólo se pueden realizar por las entidades autorizadas por el Ministerio de Economía y Hacienda (artículo 5 TRLOSSP) y las operaciones de seguros han de tener necesariamente base técnica actuarial (artículo 4.1 TRLOSSP). Toda operación que preste cobertura a un riesgo técnicamente asegurable se ha de calificar como contrato de seguro y su celebración por entidad no autorizada determina su nulidad (artículo 4.2 TRLOSSP). En definitiva, son nulos los contratos de abono en los que una de las partes asume la obligación de prestar cobertura a un riesgo técnicamente asegurable, si la misma no es una entidad autorizada que adopte la forma sociedad anónima, mutua, cooperativa, mutualidad de previsión social o cualquier forma de Derecho público, siempre que tenga por objeto la realización de operaciones de seguro en condiciones equivalentes a las de las entidades aseguradoras privadas (artículo 7 TRLOSSP).

4. El seguro de dependencia y el seguro de asistencia sanitaria.

Por las consideraciones que ya han sido puestas de manifiesto se deduce con claridad que, en nuestra opinión, el seguro de dependencia presenta múltiples aspectos en común con el seguro de asistencia sanitaria. Por ello, se pretende poner de relieve los aspectos comunes y diferenciales que tienen estos seguros, para valorar si el seguro de dependencia podría configurarse como una modalidad o subtipo del seguro de asistencia sanitaria o si, por el contrario, merece la calificación de tipo de seguro autónomo.

Entre los aspectos comunes a los seguros de dependencia y de asistencia sanitaria hay que destacar los siguientes:

En primer lugar, que son dos tipos de seguros de prestación de servicios. La prestación fundamental del asegurador es la realización de ciertos servicios asistenciales (seguro de dependencia) o de determinados servicios médicos, quirúrgicos y hospitalarios (seguro de asistencia sanitaria).

En segundo lugar, que tanto el asegurador de dependencia cuanto el de asistencia sanitaria se pueden obligar a reembolsar los gastos (originados por razón de la dependencia o de la asistencia sanitaria) realizados por el asegurado. Pero, en ambos casos, esta cobertura tiene menor trascendencia económica. En el seguro de dependencia, porque su comercialización, aunque posible, creemos que sería residual respecto al seguro en el que la entidad asumiera directamente la prestación de servicios.

Y en el caso del asegurador de asistencia sanitaria se trata de una prestación absolutamente marginal y reducida al coste de servicios muy concretos (y poco representativos en el conjunto de los servicios asegurados). Para que el reembolso de gastos médicos sea representativo en el seguro de asistencia sanitaria es necesario que el asegurador ofrezca la contratación de un seguro mixto de asistencia sanitaria y de enfermedad. En cualquier caso, el asegurador normalmente no asume dicha prestación ilimitadamente; por el contrario se imponen unos límites máximos y unas franquicias, que suponen una participación del asegurado en el coste de los gastos de asistencia sanitaria. Además las compañías de seguros suelen incentivar a los asegurados para que acudan a determinados médicos y centros hospitalarios, reduciendo o eliminando en este caso el importe de las franquicias.

En tercer lugar, que en ambos tipos de seguro son coincidentes las funciones, preventiva e indemnizatoria, que cumple la prestación del asegurador.

Y, en cuarto lugar, que ni el seguro de dependencia ni el de asistencia sanitaria son seguros de sumas. Es decir, la prestación del asegurador no puede ser a tanto alzado, pues esta modalidad es característica de otros tipos de seguros de personas en los que el asegurador se obliga a entregar una suma de dinero que no se calcula en función del daño económico sufrido por el asegurado.

Los aspectos diferenciales entre el seguro de dependencia y el seguro de asistencia sanitaria son menos numerosos.

De una parte, que el artículo 6 TRLOSSP incluye la dependencia dentro del ramo 18 “asistencia”, que comprende la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas al desplazamiento o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente, mientras que la asistencia sanitaria queda encuadrada dentro del ramo 2 “enfermedad”.

De otra, que en el seguro de dependencia y en el de asistencia sanitaria el riesgo asegurado es diferente. En el primer caso, el riesgo es la falta de autonomía personal o la dependencia. En el segundo, el riesgo es la enfermedad entendida, en sentido amplio, como toda alteración del estado normal de salud de una persona.

Y, por último, que en el seguro de dependencia se puede hablar de un interés que cambia conforme se alteran las circunstancias personales del asegurado, y en el seguro de asistencia sanitaria el interés por evitar un menoscabo patrimonial adquiere una mayor relevancia que el interés por garantizar un estado de salud normal para evitar una

disminución de la capacidad laboral ordinaria (más propio de los seguros de enfermedad)⁴⁷⁴.

Aunque existan más aspectos comunes que diferenciales entre los seguros de dependencia y de asistencia sanitaria, creemos que hay un rasgo distintivo lo suficientemente importante como para sostener la conveniencia de regular el seguro de dependencia como un tipo de seguro diferente de todos los demás. Nos referimos al riesgo al que presta cobertura el asegurador.

Una persona enferma puede ser dependiente. Pero no existe necesaria correspondencia entre ambas situaciones, hasta el punto de que se trata de dos riesgos completamente diferentes de manera que la mayor parte de las personas mayores dependientes (piénsese también en los menores de tres años a los que se refiere expresamente, por su especial desprotección, la disposición adicional decimotercera de la LD) no serán personas enfermas. Además, las situaciones de dependencia, como resulta del tenor de los artículos 2 y 26 LD, son distintas de las enfermedades. Así, por ejemplo, una persona que necesita la ayuda de otra para moverse no tiene por qué presentar algún tipo de enfermedad.

Por ello, es especialmente importante delimitar claramente las coberturas del asegurador en los seguros de dependencia y de asistencia sanitaria, porque la falta de autonomía y la enfermedad son situaciones o estados diferentes pero también son compatibles⁴⁷⁵. Hasta ahora, como se ha puesto de relieve, el asegurador ha incluido algunas prestaciones propias del seguro de dependencia (insuficientes para garantizar una adecuada protección frente a las situaciones de dependencia) en otros instrumentos asegurativos⁴⁷⁶. Pero, tras haberse dictado la Ley de Dependencia, las circunstancias han cambiado sustancialmente, puesto que ya empieza a existir una cierta concienciación de la dependencia como riesgo social. Por ello, quizá haya llegado el momento de dar cobertura privada, con carácter autónomo, a las situaciones de dependencia.

En cualquier caso, es necesario señalar que, si una persona dependiente quiere tener una cobertura completa, deberá contratar también un seguro de asistencia sanitaria (salvo que el seguro de dependencia cubra también determinados servicios médicos para los asegurados).

⁴⁷⁴ Sobre la distinción entre seguro de asistencia sanitaria y seguro de enfermedad, P. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, ob. cit., pp. 41-46.

⁴⁷⁵ De interés resultan las observaciones de M. GUERRERO DE CASTRO, "El seguro de dependencia...", cit., pp. 168 y 175.

⁴⁷⁶ Así, F.J. TIRADO SUÁREZ, *Los seguros de personas*, en *Tratado de Derecho Mercantil*, volumen 46 (El seguro), Madrid-Barcelona, 2006, pp. 260-265.

IV. Cuestiones relativas al contenido del contrato de seguro de dependencia.

1. Momento en el que nace la prestación del asegurador. Los plazos de carencia. La duración del contrato.

El contrato de seguro se perfecciona cuando concurren la oferta y la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato (artículo 1.262 del C. Civil). Es el consentimiento de las partes contratantes⁴⁷⁷ y no la documentación por escrito del contrato (normalmente por medio de la póliza que emite el asegurador) lo que perfecciona el contrato de seguro. Por ello, la aceptación por el tomador del seguro de la propuesta de seguro realizada por la entidad aseguradora perfecciona el contrato de seguro, aunque no se hubiera emitido la correspondiente póliza, la cual actúa como formalizadora de un contrato suficientemente perfeccionado y consumado⁴⁷⁸.

La obligación del asegurador de dependencia, que debería consistir en asumir directamente la prestación de los servicios asistenciales, nace con la perfección del contrato. Desde este momento el asegurador ha de contar con los medios necesarios para realizar tales servicios, porque la obligación del asegurador no nace con la producción del siniestro; otra cosa será que la producción del siniestro sea imprescindible para que el asegurado pueda exigir al asegurador el cumplimiento de su prestación. En otros términos, la obligación del asegurador nace del contrato de seguro y es exigible, como establece el artículo 18 LCS, al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro (o verificación de la situación de dependencia o de falta de autonomía).

La LCS permite que las partes de un contrato de seguro retrotraigan sus efectos a un momento anterior al de su perfección (artículo 6.2) o que los posterguen a un momento posterior al de aquélla (artículo 8.8). Por este motivo la doctrina distingue entre la duración formal y la duración substancial del contrato de seguro⁴⁷⁹. La duración formal es la que se inicia en el momento en que se perfecciona el contrato mientras que la

⁴⁷⁷ Sobre el carácter consensual del contrato de seguro ya tuve ocasión de pronunciarme anteriormente. *Vid.* P. MARTÍNEZ MACHUCA, “Comentarios a la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1998”, en *RES*, 1999, núm. 98, pp. 414-417.

⁴⁷⁸ Para una completa exposición de los argumentos a favor de la naturaleza consensual o formal del contrato de seguro *vid.* P. MIROSA MARTÍNEZ, “Algunas notas sobre el régimen de la póliza en el contrato de seguro -con especial referencia al seguro sobre la vida-”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1985, pp. 734-740; y C. SALINAS ADELANTADO, “El carácter formal o consensual del contrato de seguro terrestre. Una cuestión nada teórica”, en *Revista General del Derecho*, 1998, núm. 643, pp. 4.002-4.013.

⁴⁷⁹ Así J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., primera edición, pp. 191-192 y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pág. 155.

duración substancial tiene como punto de partida el momento en el que se van a producir los efectos del contrato de seguro, que se subordina a ciertos plazos o condiciones (por ejemplo, el pago de la prima o la firma de la póliza).

El artículo 6.2 LCS permite que las partes acuerden que el cómputo de la duración substancial comience el mismo día en el que se formula la solicitud del seguro por el presunto tomador del seguro o se efectúa la proposición del seguro por el asegurador, lo que supone que los efectos del contrato se puedan retrotraer a un momento anterior al de la perfección del contrato de seguro, ya que si la Ley utiliza la expresión “retrotraer los efectos” es porque éstos no se han producido en el instante que se toma como referencia para realizar la retroacción⁴⁸⁰.

Además el artículo 8.8 LCS regula la posibilidad de postergar los efectos del contrato de seguro a un momento posterior al de su perfección. De esta facultad puede hacer uso el asegurador de dependencia mediante la técnica de los “plazos de carencia” o períodos de tiempo durante los cuales no entran en vigor las coberturas incluidas en la póliza del seguro de dependencia. En éste parece razonable que el asegurador pueda establecer unos plazos de carencia amplios por una razón fundamental: que la dependencia es una situación de carácter permanente. Ello supone que, una vez producido el siniestro, la prestación del asegurador tendrá carácter continuado; sólo en raras ocasiones (mejoría o desaparición de la situación de dependencia e incumplimiento de la obligación de pagar la prima por el tomador del seguro) disminuirá el importe de la prestación o cesará la obligación de realizarla (tal posibilidad está prevista en el artículo 30 LD). En definitiva, el asegurador necesitará un período más bien prolongado para ir acumulando fondos con los que hacer frente a las situaciones de dependencia.

En nuestra opinión tampoco tendrían justificación plazos de carencia superiores a cinco años, puesto que el seguro de dependencia tiene un componente aleatorio que determina que muchos de los asegurados no lleguen a requerir los servicios asistenciales del

⁴⁸⁰ En sentido contrario se pronuncia F. SÁNCHEZ CALERO quien sostiene que del art. 6.2 LCS se deduce que en el momento de la solicitud o de la proposición ya existe acuerdo entre las partes contratantes, lo que implica la perfección del contrato de seguro y que coincidan la duración formal y la substancial del contrato (*Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pág. 156).

La posibilidad de retrotraer los efectos del contrato de seguro a un momento anterior al de la perfección del contrato se observa todavía de forma más nítida en el artículo 73.2 LCS, que ha establecido la licitud de las “cláusulas de cobertura retroactiva” en los seguros de responsabilidad civil siempre que se cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, que el plazo de la cobertura retroactiva tenga una duración mínima de un año; en segundo lugar, que la reclamación del perjudicado se realice estando vigente el contrato; y en tercer lugar, que el asegurado no tenga conocimiento del siniestro en el momento de concluirse el contrato de seguro (*vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, “La delimitación temporal del riesgo en el seguro de responsabilidad civil tras la modificación del artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro”, en *RES*, 1997, núm. 89, pp. 37-38). Tales cláusulas de cobertura retroactiva suponen que los efectos de un contrato de seguro de responsabilidad civil pueden comenzar con anterioridad a la perfección del contrato.

asegurador, puesto que no quedarán expuestos a lo largo de su vida a situaciones de dependencia o de falta de autonomía (aunque se esté produciendo un envejecimiento de la población serán muchas las personas que no llegarán a estar en situación de dependencia)⁴⁸¹.

También sería posible que los plazos de carencia más largos afectaran a algunas coberturas pero no a todas. Así, por ejemplo, que se aplicaran a las prestaciones más costosas y duraderas, como el ingreso del dependiente en un centro residencial con carácter permanente, y que fueran más cortos para otras coberturas como el apoyo intermitente o limitado para la autonomía personal en los casos de dependencia moderada (artículo 26 LD).

Probablemente los plazos de carencia constituirán uno de los elementos determinantes a la hora de optar por una compañía de seguros o por otra, y los aseguradores intentarán ajustar dichos plazos reduciéndolos en la mayor medida posible para resultar más competitivos. Finalmente en relación a estos plazos de carencia ha de indicarse que comienzan a computarse desde el momento de la perfección del contrato.

La duración del contrato de seguro de dependencia se regirá por lo dispuesto en el artículo 22 LCS, si bien para esta modalidad de contrato parece necesario realizar dos consideraciones. Por un lado, que aunque las pólizas se estipulen normalmente por un período de un año, prorrogable por períodos iguales de un año cada vez, el número de prórrogas habrá de ser indefinido, y las pólizas no podrán establecer una edad máxima para el asegurado, cumplida la cual el contrato no pueda ser renovado. Esta matización es necesaria en un tipo de seguro llamado a tener relevancia cuando las personas aseguradas alcancen edades avanzadas, en muchos casos después de los 80 años, que es cuando se agudizan las situaciones de dependencia y se hace necesario contar con el apoyo de otra persona para realizar las ABVD o para tomar ciertas decisiones.

Por otro lado, que el derecho del asegurador a oponerse a la prórroga del contrato en los términos del artículo 22.2 LCS, y sin causa justificada, debería ser excluido (siendo aconsejable en este sentido extender la excepción del párrafo tercero del artículo 22 LCS a los seguros de dependencia, mediante la oportuna modificación del texto legal), porque no parece razonable en el seguro de dependencia, si éste se comercializa con plazos de carencia mínimos de cinco años⁴⁸².

⁴⁸¹ M. GUERRERO DE CASTRO, “El seguro de dependencia...”, ob. cit., p. 180, propone, siguiendo el criterio de las aseguradoras norteamericanas, un plazo de carencia de diez años.

⁴⁸² La resolución unilateral del contrato de seguro, sin justa causa, favorecería especialmente al asegurador de dependencia. Así, una compañía de seguros podría decidir no prorrogar el contrato de seguro a una persona de 65 años, asegurada desde los 40 años, que llevara todo ese tiempo pagando la

Además es necesario delimitar claramente los supuestos de rescisión unilateral del contrato por las causas contempladas en la póliza. Estas causas habrán de ser enumeradas con precisión y no deberían ser muy diferentes de las clásicas en los contratos de seguro de asistencia sanitaria. Así, las causas más frecuentes podrían ser, por parte del asegurador, la reserva o inexactitud del asegurado al cumplimentar el cuestionario de estado de salud (artículo 10 LCS), la agravación del riesgo (artículo 12 LCS) y la falta de pago de la prima única o de las primas periódicas (artículo 15 LCS). Y por parte del tomador del seguro o del asegurado, la falta de reducción por el asegurador del importe de la prima cuando haya disminuido el riesgo (artículo 13 LCS), hipótesis muy improbable pero que no se puede excluir con carácter absoluto [artículo 30.1.a) LD]. A esta causa se podría añadir la variación por el asegurador de parte del cuadro de cuidadores profesionales existente al tiempo de concertar el seguro, si ocurre, como en el seguro de asistencia sanitaria, que los asegurados eligen la compañía de seguros por contar en su cuadro asistencial con determinadas personas (habría de ser una alteración substancial, por ejemplo, del 50 por 100 de los cuidadores, entre otros motivos porque es probable que los cuadros entre unas y otras aseguradoras presenten importantes similitudes). No obstante, realizamos esta afirmación con ciertas reservas, porque la cualificación personal de los médicos, en cuanto reparadores de la salud, tendrá una mayor trascendencia sobre la elección de los asegurados que la cualificación de las personas de apoyo a la dependencia (quizá, sí sea más importante esta cualificación entre las personas de apoyo a la autonomía personal).

2. Obligaciones del asegurador.

2.1. Naturaleza jurídica de la prestación del asegurador.

prima y sin haber solicitado la prestación de dependencia al asegurador. Éste, en cuanto que al aumentar la edad del asegurado crecen las posibilidades de siniestro, podría optar por no prorrogar el contrato de seguro. En este caso, el asegurado, si hay entidades aseguradoras de dependencia que permitan contratar a cualquier edad, debería contratar un seguro nuevo de dependencia, y tendría que soportar nuevos plazos de carencia para todos o determinados servicios asistenciales (plazos que el asegurado ya habría agotado en el seguro anterior).

Por otra parte, es necesario poner de relieve que la disposición adicional primera de la LGDCU incluye entre las cláusulas abusivas (I, 1ª) las que “prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor manifestar su voluntad de no prorrogarlo”. Esta cláusula fue introducida tras la modificación de la LGDCU operada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.

El artículo 6.1 TRLOSSP regula la “asistencia” como ramo 18 en los siguientes términos: *“asistencia a las personas que se encuentren en dificultades durante desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente. Comprenderá también la asistencia a las personas que se encuentren en dificultades en circunstancias distintas, determinadas reglamentariamente, siempre que no sean objeto de cobertura en otros ramos de seguro”*.

La citada norma no hace referencia a la dependencia como ramo del seguro, por la novedad que presenta esta situación personal como riesgo social, pero sí es posible afirmar que de su contenido se deduce una previsión por parte del legislador respecto de personas que pueden necesitar asistencia en circunstancias distintas a desplazamientos o ausencias de su domicilio o de su lugar de residencia permanente; y entre esas situaciones se podrían incluir las de falta de autonomía personal. Se puede afirmar, empleando los términos legales, que las personas que necesitan apoyo para realizar las ABVD o para tomar ciertas decisiones se encuentran *“en dificultades”*. No obstante, sería recomendable una mayor precisión legislativa en relación a la asistencia de las personas en situación de dependencia.

Nada dice el TRLOSSP acerca de las prestaciones en el ramo de asistencia, pero en el seguro de dependencia, tal y como aquí se ha configurado, las prestaciones del asegurador podrían ser de tipo indemnizatorio, de reparación y mixta de ambos. Es decir, el asegurador se podría obligar a indemnizar al asegurado el daño económico causado por el siniestro (indemnización de los gastos asistenciales originados por razón de la dependencia); a reparar, entendida como prestación de hacer o de servicios de acuerdo con los artículos 18.2 y 38.3 LCS (característica del seguro de dependencia); y, por último, a ambas cosas a la vez (prestación mixta de indemnización y de reparación). Por el contrario, no sería posible una prestación a tanto alzado o de dar una suma de dinero que no se corresponda con el daño económico sufrido por el asegurado. Esta es una prestación típica de los seguros de sumas, y, como ya se ha reiterado, el seguro de dependencia no puede funcionar como tal.

Creemos que tendrán menos éxito los seguros de dependencia en los que el asegurador asuma una prestación exclusivamente dineraria frente a los seguros de carácter mixto o exclusivamente de prestación de servicios. Los seguros estrictamente indemnizatorios serán muy caros, porque el asegurador se obligará a reembolsar al asegurado (previa entrega de las facturas correspondientes) los gastos de los servicios asistenciales privados que éste contratara con el prestador que quisiera.

Por ello, para determinar la naturaleza jurídica de la prestación del asegurador de dependencia, hay que tomar como modelo el tipo de seguro en el que el asegurador

asume la prestación directa de los servicios asistenciales comprendidos en la póliza (los cuales, tomando como modelo el artículo 15 LD, podrían ser servicios de prevención de la dependencia y de promoción de la autonomía personal; de teleasistencia; de ayuda a domicilio; de centros de día y de noche; y de atención residencial). Se trata de una obligación de hacer, que consiste en la prestación de unos servicios⁴⁸³. Y esta obligación de hacer es la que definirá y caracterizará al seguro de dependencia por dos motivos fundamentales. De una parte, porque el tipo de seguro en el que la entidad aseguradora asuma la obligación dineraria de restituir al asegurado los gastos de los servicios asistenciales (que aquél puede contratar con cualquier prestador) tendrá poco éxito en el mercado, ya que dicha prestación encarecerá enormemente la prima del seguro. Y, de otra, que las prestaciones económicas en situación de dependencia tienen un carácter excepcional frente a la prestación de servicios asistenciales, puesto que la prestación económica vinculada al servicio *únicamente* se reconocerá cuando no sea posible el acceso a uno de los servicios públicos o concertados de atención y cuidado (artículo 17 LD); la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales se concederá *excepcionalmente* (artículo 18 LD); y la prestación económica de asistencia personal sólo se contempla para las personas con gran dependencia (artículo 19 LD).

La obligación que consiste en hacer alguna cosa (artículo 1.088 del C. Civil) hay que entenderla comprendida entre las “otras prestaciones convenidas” a las que se refiere el artículo 1 LCS, ya que no se trata de indemnizar con una cantidad de dinero o de satisfacer al asegurado un capital o una renta. En el contrato de seguro de dependencia el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a hacer algo; es decir, a prestar los servicios asistenciales determinados en la póliza.

La posibilidad de que el asegurador cumpla su obligación mediante una prestación de hacer está contemplada también en el artículo 18.2 LCS. Con el consentimiento del asegurado y siempre que la naturaleza del seguro lo permita, el asegurador puede sustituir el pago de la indemnización por la reparación del objeto siniestrado⁴⁸⁴. El citado precepto prevé la sustitución de una prestación dineraria por una prestación de

⁴⁸³ Vid. F. DEL CAÑO ESCUDERO, *Derecho español de seguros*, tomo II, Madrid, 1983, p. 470; R. LA CASA GARCÍA, *La mora del asegurador*, Madrid, 2000, p. 44; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 344.

⁴⁸⁴ Para lo cual será necesario el acuerdo de las partes, que se puede incorporar al contrato de seguro como una de las condiciones incluidas en la correspondiente póliza, o que se puede adoptar tras la producción del siniestro en el momento de realizarse la liquidación [vid. L. ANGULO RODRÍGUEZ, *La liquidación del siniestro en el seguro contra daños en las cosas*, Barcelona, 1989, p. 177 y J.N. DE LA CUESTA RUTE y A. DE LA OLIVA SANTOS, “Consideraciones sobre la liquidación del contrato de seguro contra daños”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (coordinación E. VERDERA Y TUELLS...), cit., volumen I, p. 699].

hacer poniendo de manifiesto que la prestación no dineraria o de hacer no es exclusiva de los seguros de prestación de servicios; es decir, tal prestación puede ser realizada tanto por un asegurador de daños cuanto por un asegurador de personas⁴⁸⁵.

El artículo 18.2 LCS aunque esté incluido entre las disposiciones comunes a todas las modalidades de contrato de seguro parece encajar mejor en los seguros contra daños en las cosas, ya que resulta forzado utilizar el término “reparación” del cuerpo humano (entendido éste como objeto siniestrado) en el seguro de asistencia sanitaria o “reparación” de la situación de dependencia o de la falta de autonomía personal en el seguro de dependencia.

También se ha previsto que la obligación del asegurador pueda consistir en un hacer en el artículo 38.3 LCS (en materia de procedimiento pericial para la liquidación de los daños causados por el siniestro) que regula la prestación consistente en realizar las operaciones necesarias para reemplazar el objeto asegurado. Este precepto hay que conectarlo con el artículo 18.2 LCS cuando éste hace referencia a la prestación del asegurador que consiste en la reposición del objeto siniestrado.

No creemos que la LCS vaya a establecer normas concretas sobre la forma en la que el asegurador de dependencia deba realizar su prestación de hacer. Por el contrario, se remitirá a lo que las disposiciones reglamentarias determinan (en similares términos a lo que el artículo 105 LCS dispone para el seguro de asistencia sanitaria). En el caso del seguro de dependencia habrá que esperar a las normas de desarrollo de la Ley de Dependencia, sin olvidar las normas autonómicas y locales que ya regulan la prestación de servicios sociales.

El asegurador de dependencia cumplirá su prestación de hacer organizando y gestionando la realización de los servicios de asistencia personal comprendidos en la póliza. Siguiendo la doctrina civilista, las prestaciones que consisten en desarrollar una actividad se pueden clasificar en prestaciones fungibles o infungibles (según que cuenten o no las específicas cualidades del deudor) y en prestaciones de medios o de resultado (según que el deudor se obligue simplemente a desarrollar un determinado comportamiento o actividad o, además, a obtener un resultado concreto)⁴⁸⁶.

⁴⁸⁵ En este sentido se sostiene que el “principio de prestación no dineraria” se puede aplicar en los seguros de cosas, de responsabilidad civil, de asistencia sanitaria, de defensa jurídica, de decesos, de asistencia en viaje, etc. (vid. M. GUERRERO DE CASTRO, “El seguro de asistencia sanitaria y sus principales problemas”, en *Hacienda Pública Española*, 1986, núm. 98, p. 212 y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pág. 344).

⁴⁸⁶ Entre otros, L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, volumen II, séptima edición, Madrid, 1995, p. 145, y A. HERNÁNDEZ-GIL, *Derecho de Obligaciones*, I, Madrid, 1976, pp. 119 y 123-124.

La prestación del asegurador de dependencia habría que encuadrarla entre las prestaciones fungibles y las de medios o de resultados, según los casos.

Es fungible porque lo que interesa al asegurado es que una persona cualificada profesionalmente (cualquiera de las que estén comprendidas en el cuadro asistencial del asegurador para la prestación de los distintos servicios de atención a las personas dependientes⁴⁸⁷) le preste los servicios que necesita para realizar las ABVD y para controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales. Habrá casos en los que al asegurado no le será indiferente quién sea el profesional del cuadro asistencial del asegurador que le vaya a atender (piénsese en una persona dependiente que reciba apoyo intermitente en su domicilio y que, después de conocer a varios cuidadores, prefiera la atención de uno concreto). Pero esto no hace infungible la prestación de realizar servicios asistenciales, ya que el asegurado no tendrá derecho a imponer que sea un cuidador profesional concreto el que preste tales servicios. Cuando el asegurado estipule un seguro de dependencia presupondrá que todos los cuidadores profesionales contratados por el asegurador reúnen los requisitos necesarios para el cumplimiento de la prestación de hacer determinados servicios asistenciales. Y, en principio, al asegurado le ha de resultar indiferente quién sea el cuidador profesional que los realice (en caso contrario deberá acudir a la oferta privada distinta de la que realicen las compañías de seguros).

Además, la prestación de hacer del asegurador de dependencia es una obligación de medios o de resultados. El asegurador cumple organizando y gestionando adecuadamente los servicios asistenciales, lo que supondrá contratar a cuidadores profesionales cualificados para realizar esos servicios. Dichos profesionales deberán tener los conocimientos necesarios (que podrán acreditar suficientemente con el título de especialista correspondiente o con la superación de determinados cursos de formación -artículo 36 LD-) para prestar los servicios descritos por la póliza del seguro de dependencia, y pondrán todos los medios a su alcance para que el asegurado pueda controlar, afrontar y tomar, por su propia iniciativa, determinadas decisiones. Pero, cuando se trate de ayudar al asegurado a realizar las ABVD, su obligación es de resultado, es decir, se obliga a vestir, lavar o ayudar a desplazarse al sujeto dependiente. En definitiva, el asegurador (y el cuidador profesional contratado por él) se obliga a

⁴⁸⁷ Tras la aprobación de la Ley de Dependencia proliferará la oferta de cursos (públicos y privados) especializados para la formación de cuidadores profesionales, sin que se pueda descartar que las normas reglamentarias, de desarrollo de la citada Ley, regulen el perfil de los cuidadores profesionales (en este sentido el artículo 36.1 LD establece que “*los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el catálogo de servicios regulado en el artículo 15*”). La cualificación profesional se puede presumir en las personas que tengan conocimientos suficientes en materias relacionadas con la asistencia a las personas y la salud de éstas. Así, por ejemplo, es el caso de los Licenciados en Medicina, Psicología y Psiquiatría y de los Diplomados en Enfermería.

contrarrestar la situación de dependencia o de falta de autonomía personal del dependiente mediante la prestación de la asistencia cubierta por el seguro.

2.2. Organización y contenido de la prestación del asegurador.

Delimitada la naturaleza jurídica de la prestación del asegurador de dependencia, interesa conocer cómo puede organizar el cumplimiento de dicha prestación y cuál sería su contenido, es decir, a qué se obligaría tal asegurador⁴⁸⁸.

En los términos que hemos concebido el seguro de dependencia el asegurador asume directamente la prestación de los servicios necesarios para contrarrestar la dependencia o la falta de autonomía del asegurado. Por consiguiente, el asegurador, para cumplir la obligación más importante que para él nace del contrato de seguro de dependencia, deberá prestar los servicios asistenciales comprendidos en la póliza que precise el asegurado tras la producción del siniestro (además de prever cómo y quién determinará la existencia y el tipo de dependencia del asegurado).

El asegurado concierta un seguro de dependencia para tener la seguridad de que, si sufre una situación de dependencia o de falta de autonomía, podrá contar, a cambio de un precio, con los medios necesarios para su recuperación. Y como la prestación del asegurador consiste en la realización de servicios asistenciales, deberá organizar los medios materiales y humanos necesarios para desarrollar tales servicios. Si el asegurador asumiera una prestación mixta, de servicios e indemnizatoria de los gastos originados por razón de la dependencia, deberá organizar los medios materiales, humanos y económicos para poder satisfacer el interés del asegurado.

Lo más frecuente será que el asegurador asuma exclusivamente una prestación de servicios o asistencial, de forma que las pólizas delimitarán la cobertura del asegurador indicando cuáles son los servicios cubiertos y cuáles son los servicios no cubiertos o excluidos.

El asegurador podrá realizar tales servicios asistenciales con medios humanos y materiales propios o ajenos, bien porque formen parte de su propia infraestructura, bien

⁴⁸⁸ Se trata de estudiar el contenido de la prestación característica de un asegurador de dependencia, dejando a un lado otras obligaciones comunes a todo asegurador como, por ejemplo, la de entregar la póliza o el documento de cobertura provisional (artículo 5 LCS), o, en su caso, la de entregar un ejemplar del cuadro de cuidadores profesionales correspondiente a la provincia de residencia del asegurado.

porque contrate los medios necesarios para ello. El asegurador normalmente contratará los servicios de empresas que tengan por objeto la realización de servicios asistenciales, de residencias privadas para personas mayores (en las que el dependiente puede recibir atención diurna, nocturna o permanente), así como los servicios de una plantilla de cuidadores profesionales que formarán el que se puede denominar “cuadro asistencial” del asegurador. Por consiguiente, se constituye una pluralidad de relaciones jurídicas en las que las partes son, de un lado, el asegurador y, de otro lado, las empresas privadas que prestan servicios asistenciales o que gestionan los centros residenciales, los cuidadores profesionales y los asegurados⁴⁸⁹.

La prestación “directa” de los servicios asistenciales no significa que el asegurador realice directamente la atención de los asegurados, ya que esta función es propia y exclusiva del personal cualificado para ello, esto es, de los cuidadores profesionales. A lo que se obliga el asegurador es a organizar y a gestionar la realización de los servicios por los cuidadores profesionales, que formarán parte del personal laboral de una empresa privada (la que presta los servicios a domicilio o gestiona la atención en las residencias de personas dependientes), o serán cuidadores independientes con la cualificación necesaria. En definitiva, el asegurador también cumple su obligación de prestar “directamente” los servicios comprendidos en la póliza cuando organiza y gestiona la realización de tales servicios contratándolos externamente y pagando a los terceros que los prestan⁴⁹⁰.

Los servicios asistenciales que ofrezcan las compañías de seguros de dependencia podrán ser muy variados. El alcance de la cobertura del asegurador viene determinado por los servicios incluidos o cubiertos y por los riesgos excluidos del seguro. Habrá que esperar a la comercialización de este tipo de seguro para analizar la mayor o menor uniformidad entre las distintas pólizas en este punto (así, por ejemplo, hay gran similitud entre las pólizas de asistencia sanitaria). En cualquier caso, es lógico pensar que tales servicios serán muy parecidos a los regulados por el artículo 15 LD. Así, dicho precepto distingue: servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal; servicio de teleasistencia; servicio de ayuda a domicilio (para la atención de las necesidades del hogar y para los cuidados personales); servicio de centro de día y de noche; y servicio de atención residencial.

⁴⁸⁹ No entramos a abordar, por entender que no es el objeto de este trabajo, la naturaleza jurídica de la relación que el asegurador puede establecer con los cuidadores profesionales y con los centros residenciales a los que el asegurado puede acudir cuando tenga lugar un evento comprendido en la cobertura que el asegurador se obliga a prestar.

⁴⁹⁰ *Vid.* G. GONZÁLEZ-BUENO, ob. cit., pp. 442-443; R. LA CASA GARCÍA, ob. cit., p. 95; A. OLMOS PILDÁIN, ob. cit., p. 171; F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 2.160-2.161; y F.J. TIRADO SUÁREZ, “El seguro de vida”, en *Derecho de Seguros II*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1996, p. 185. Además *vid.* la sentencia del TS -Sala 1ª- de 2 de noviembre de 1999 (RJ núm. 7.998).

Para que las pólizas de seguros de dependencia puedan competir con el SAAD deberán comprender todos o la mayor parte de los servicios regulados en el artículo 15 LD. Así, la elección por el asegurado de un seguro u otro distinto dependerá de los servicios que incluya, del precio del seguro, de la prontitud con que una u otra compañía definan el grado y el nivel de dependencia (artículos 26 y 27 LD), y de los períodos de carencia que contengan unas u otras pólizas.

También será de sumo interés conocer cuáles serán los riesgos que quedan excluidos de los seguros de dependencia. Habrá que esperar a ver la política que siguen las entidades aseguradoras, pues a mayor asunción de riesgos mayor encarecimiento de la prima y mayores dificultades de comercialización. Consiguientemente, las compañías habrán de decidir si prestan cobertura a todos los grados de dependencia (moderada, severa y gran dependencia -artículo 26 LD-) y el rigor en la selección de los asegurados, lo cual dependerá, en gran medida, del estado de salud que exijan en aquéllos (elaborando unos cuestionarios de dependencia más o menos exhaustivos). En cualquier caso, parece lógico pensar que difícilmente las compañías de seguros van a admitir como asegurados a las personas que hayan alcanzado una determinada edad, o que ya se encuentren en situación de dependencia, o cuyo estado de salud haga presumir una situación de dependencia segura en un plazo no prolongado de tiempo⁴⁹¹.

Finalmente hay que insistir de nuevo en la posibilidad de que en el mercado asegurador se comercialicen seguros de dependencia mixtos, en los que la prestación del asegurador no consista exclusivamente en la realización de servicios asistenciales, sino que el asegurador se obligue también a reembolsar determinados gastos originados por razón de la situación de dependencia, contra la presentación por el asegurado de las correspondientes facturas. En tales seguros de dependencia el contenido de la prestación del asegurador no se sustancia exclusivamente en una prestación de servicios o asistencial sino que tiene un marcado carácter indemnizatorio, cuando aquél entrega al asegurado una cantidad de dinero. Igualmente, no se puede descartar a priori un tipo de seguro de dependencia estrictamente indemnizatorio.

La modalidad de seguro de dependencia estrictamente indemnizatorio o mixto será más cara que la de prestación de servicios. Estas pólizas podrían otorgar al asegurado el derecho de libre elección o contratación de cuidador profesional y de centros residenciales, lo cual resultaría muy oneroso para la entidad aseguradora. Por ello dichas pólizas habrían de combinar el reembolso de los gastos asistenciales con una franquicia o participación del asegurado en una parte de esos gastos (pues el asegurador sólo cubriría un porcentaje de los mismos) y con un límite máximo en la cobertura de los

⁴⁹¹ Vid. M. GUERRERO DE CASTRO, "El seguro de dependencia...", cit., p. 180.

gastos (suma asegurada que fija el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador). Además, algunas pólizas podrían recomendar al asegurado una lista de cuidadores profesionales y de centros residenciales a elegir, reduciendo o eliminando, en los casos en los que la elección coincida con la recomendación de la compañía de seguros, el importe de la franquicia.

2.3. Mora del asegurador de dependencia.

El artículo 20 LCS regula la mora o retraso culpable en el cumplimiento de la prestación por el asegurador⁴⁹². Esta norma hay que ponerla en conexión con el artículo 18 LCS, pues el régimen de la mora distingue según que la prestación del asegurador sea de dar (indemnización de los daños producidos por el siniestro o reposición del objeto siniestrado) o consista en un hacer (reparación del objeto siniestrado); y en el caso de prestaciones de dar una suma de dinero distingue según que el asegurador no haya cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o que no haya pagado el anticipo mínimo de lo que el asegurador pueda deber. Y estas distinciones se establecen sobre la base, como a continuación veremos, de las reglas contempladas en el artículo 18 LCS.

La prestación del asegurador de dependencia consistirá normalmente en la realización de los servicios asistenciales descritos en la póliza; también podría comprender el reembolso de ciertos gastos originados por razón de la situación de dependencia; y, si se comercializara un seguro mixto de dependencia con reembolso de gastos, la prestación del asegurador sería mixta, de hacer y de dar. La obligación del asegurador nace del contrato de seguro y es exigible, como establece el artículo 18 LCS, al término de las investigaciones y peritaciones necesarias para establecer la existencia del siniestro y, en su caso, el importe de los daños que resulten de aquél.

El artículo 18 LCS distingue según que la prestación del asegurador sea dineraria o no dineraria (reposición y reparación del objeto siniestrado). Para el caso de que la prestación tenga carácter dinerario, el párrafo primero de dicho precepto establece una regla especial, ya que el asegurador, en tanto se procede a determinar la cuantía definitiva de la indemnización, deberá satisfacer al asegurado el pago del importe

⁴⁹² El régimen jurídico de la mora hay que integrarlo con otras normas de la LCS (por ejemplo, los artículos 18, 19 y 38); con los artículos 61 a 63 del C. Comercio; y con los artículos 1.100 y ss. del C. Civil. En relación con el concepto de mora aplicado en el ámbito del Derecho de los seguros *vid.* R. LA CASA GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 66 (con las citas bibliográficas que el autor recoge en las notas 2 y 67).

mínimo de lo que pueda deber, dentro de los cuarenta días siguientes a la recepción de la declaración del siniestro.

Esta regla especial sería aplicable, por consiguiente, a los seguros de dependencia con reembolso de gastos en los que el asegurador se obliga a reembolsar total o parcialmente los gastos abonados por el asegurado como consecuencia de un siniestro cubierto por la póliza. No es aplicable, en cambio, cuando la prestación del asegurador consiste en la realización de un servicio o cumple una función asistencial. Así se desprende del artículo 18 LCS, que separa claramente las prestaciones dinerarias y no dinerarias a la hora de establecer la regulación del importe mínimo, y del artículo 20.5 LCS que, al determinar la base de cálculo de los intereses moratorios, incluye el importe mínimo en las prestaciones indemnizatorias de carácter dinerario, estableciendo un régimen distinto para la reposición y para la reparación del objeto siniestrado en cuanto prestaciones de dar y de hacer respectivamente. Igualmente se desprende, con carácter general, de la propia naturaleza de la prestación de hacer o de servicios, porque el asegurador que asume directamente la realización de unos servicios para contrarrestar las situaciones de dependencia o de falta de autonomía personal no se obliga a entregar al asegurado una cantidad de dinero, por lo que no tiene sentido exigir al asegurador que satisfaga al asegurado el importe mínimo de lo que pueda deber, porque aquél no debe dinero, sino que está obligado a prestar un servicio asistencial contemplado en la póliza del seguro y cuya liquidación no es necesaria para el cumplimiento de la prestación del asegurador. Si la prestación consiste en un hacer, la cobertura del seguro alcanza al servicio o a los servicios necesarios para tratar de paliar los efectos del siniestro. Además, el anticipo mínimo es un anticipo a cuenta de la suma total de la indemnización, que no se podría descontar en las prestaciones de servicios o asistenciales.

El plazo de cuarenta días fijado por el artículo 18 LCS para el pago del importe mínimo comienza desde la recepción por el asegurador de la declaración del siniestro. Esta regla no se puede aplicar en sentido estricto en el seguro de dependencia con reembolso de gastos, puesto que, una vez comunicado el siniestro, el asegurador requiere un plazo para la determinación del grado de la dependencia y la programación de la asistencia del asegurado dependiente (plazo que podría regularse como de carencia a partir del cual se compute el de cuarenta días del artículo 18 LCS⁴⁹³). En el seguro de dependencia con reembolso de gastos la comunicación del siniestro y su recepción por el asegurador tendrán una especial relevancia, porque a partir de ese momento se computará el plazo que las pólizas establezcan para determinar el grado de dependencia, y porque la prestación de asistencia por razón de la dependencia no será realizada por el mismo asegurador, sino por un tercero. El asegurador se limitará a reembolsar los gastos, pero

⁴⁹³ Así, M. GUERRERO DE CASTRO, “El seguro de dependencia...”, cit., pág. 179.

no realizará los servicios encaminados a contrarrestar la situación de dependencia o de falta de autonomía; por ello, la expresa comunicación del siniestro al asegurador es absolutamente necesaria, ya que el asegurado no podrá contratar los servicios de un tercero sin que previamente se haya verificado su situación de dependencia.

El asegurado deberá acreditar el importe económico de los gastos mediante la presentación de las oportunas facturas. La precisa identificación del cuidador profesional que ha prestado la asistencia será muy importante, ya que, si se comercializan estos tipos de pólizas, es más que probable -como ha ocurrido con los seguros de asistencia sanitaria- que la cobertura sólo se extienda a determinados profesionales incluidos en una lista que el asegurador facilitará al asegurado (o que la cobertura sea completa, cuando el cuidador esté concertado con el asegurador y, sólo parcial, en caso contrario).

Si transcurre el plazo de cuarenta días -computado desde que finaliza el plazo de carencia necesario para que el asegurador determine el grado de dependencia- y el asegurado no ha acreditado la existencia, al menos, de una parte del importe de los gastos causados por la situación de dependencia, no habrá lugar a la indemnización por mora, ya que la falta de pago del importe mínimo está fundada en una causa que no es imputable al asegurador (artículo 20.8 LCS).

En cualquier caso, se entiende que el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro (artículo 20.3 LCS). Si la prestación consiste en el reembolso de los gastos -causados por razón de la dependencia- abonados por el asegurado, el cómputo de los intereses moratorios plantea los mismos problemas que en cualquier otra prestación dineraria, por la necesidad de combinar el cómputo de los intereses que genera el incumplimiento del anticipo mínimo de lo que el asegurador pueda deber (debiéndose tener en cuenta además la regla especial del artículo 38.8 LCS para el caso de que el dictamen de los peritos sea impugnado) con el cómputo de los intereses que nacen del incumplimiento del pago del importe total de la indemnización⁴⁹⁴.

Pero lo más frecuente es que la prestación del asegurador de dependencia consista exclusivamente en la realización de unos servicios de carácter asistencial. En este caso la mora del asegurador tiene lugar cuando no ha cumplido su prestación transcurridos tres meses desde la producción del siniestro, la cual hay que hacerla coincidir con el momento en el que el asegurador verifica la existencia de la situación de dependencia o de falta de autonomía personal dentro del plazo que se establezca para ello (artículo

⁴⁹⁴ Vid., por todos, R. LA CASA GARCÍA, *La mora del asegurador*, Madrid, 2000, p. 167 y ss.

20.3 LCS)⁴⁹⁵. Y bastará con acreditar la existencia del siniestro (actividad especialmente compleja en los casos de dependencia moderada⁴⁹⁶), porque el importe de la prestación del asegurador no depende de la práctica de peritaciones e investigaciones para determinar la cuantía del daño económico producido por aquél. Se trata de una prestación de hacer, de servicios o asistencial y no de una prestación indemnizatoria calculada en función del importe de los daños ocasionados por el siniestro.

Es necesario llamar la atención sobre el hecho de que la prestación de servicios del asegurador de dependencia no se puede cumplir en el plazo de tres meses, puesto que la dependencia es una situación de carácter permanente. La propia naturaleza de la prestación del asegurador, de servicios o asistencial, determina, como ha señalado la doctrina, que el plazo de tres meses que establece el artículo 20 LCS haya de interpretarse en determinadas prestaciones como plazo máximo para que el asegurador dé comienzo a su prestación, esto es, a la reparación del objeto siniestrado y, por consiguiente, a la realización de los servicios necesarios para contrarrestar la situación de dependencia o de falta de autonomía (lo cual es correcto desde el punto de vista de la legalidad, pero claramente insatisfactorio para los intereses de los asegurados)⁴⁹⁷.

Ahora bien, una aplicación rigurosa de lo que se acaba de afirmar tendría por efecto que, en los casos de prestación de asistencia por razón de dependencia o de falta de autonomía personal -necesariamente integrada por una pluralidad de actuaciones-, el asegurador podría evitar la constitución en mora realizando la primera de ellas y dilatando en el tiempo, a su arbitrio, el resto de la prestación. Por ello sostenemos que en el seguro de dependencia, en cuanto que la prestación del asegurador comprende una pluralidad de actos asistenciales (en el caso de la dependencia más leve o moderada - artículo 26 LD- el asegurado necesitará ayuda diaria para realizar las ABVD o apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal), la mora se producirá cada vez que transcurran más de tres meses entre acto asistencial y acto asistencial. Es decir, por el hecho de que el asegurador haya iniciado la prestación de dependencia, realizando uno

⁴⁹⁵ Este plazo debería oscilar entre treinta y noventa días en opinión de M. GUERRERO DE CASTRO (“El seguro de dependencia...”, cit., pág. 179).

⁴⁹⁶ Sobre la solución de los conflictos sobre la existencia de una situación de dependencia o sobre la forma de contrarrestarla hay opiniones encontradas. Así, M. GUERRERO DE CASTRO, “El seguro de dependencia...”, cit., p. 181, y F.J. TIRADO SUÁREZ, *Los seguros de personas...*, cit., p. 266.

⁴⁹⁷ Como señala F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 386, la Ley quiere que la prestación del asegurador se haya iniciado a su debido tiempo. R. LA CASA GARCÍA, ob. cit., pp. 107-108, destaca que en la tramitación parlamentaria de la LCS se introdujo una modificación relevante en el contenido del artículo 20, sustituyéndose como criterio relevante a los efectos de la mora del asegurador el del “inicio de la reparación del daño” por el de la “realización de la reparación del daño”, lo que no obsta, a juicio del citado autor, para entender que el criterio originario sustituido sigue teniendo vigencia para determinar la constitución en mora del asegurador obligado a realizar una prestación de servicios que no puede ejecutarse de un modo completo en el plazo de tres meses, el cual resulta insuficiente por “la propia naturaleza del *facere* comprometido”.

de los actos asistenciales que la integran, no se puede entender que ya no es posible la constitución en mora de dicho asegurador. Esta solución es la que mejor se ajusta al régimen jurídico establecido por la LCS, aunque a todas luces sea insatisfactoria desde el punto de vista del asegurado, sobre todo para el asegurado de dependencia, el cual necesitará una asistencia permanente, la cual no se puede interrumpir por las consecuencias graves que tal interrupción puede llevar consigo.

Si el asegurador no comienza la asistencia a la persona dependiente en el plazo indicado incurrirá en mora en el cumplimiento de su prestación. Desde la óptica de la teoría general de las obligaciones, para que se produzca la mora es necesario que el cumplimiento tardío de la obligación del asegurador sea útil para el asegurado, lo cual no plantea dudas cuando la prestación consiste en el reembolso de los gastos asistenciales abonados por aquél. También es posible afirmar que no obstante haber transcurrido un plazo tan amplio, tres meses, la prestación asistencial del asegurador siga siendo útil, además de necesaria, para el asegurado dependiente (especialmente en los casos de dependencia moderada). En tales casos, el cumplimiento tardío por parte del asegurador puede resultar idóneo para satisfacer las pretensiones del asegurado, por lo que se aplicará el régimen establecido en el artículo 20 LCS, con la imputación al asegurador de los intereses correspondientes calculados sobre el valor de la prestación.

En la regulación de la mora en el cumplimiento de la prestación de servicios del asegurador de dependencia hay que aplicar por analogía lo dispuesto en el artículo 20 LCS para la mora en la reparación del objeto siniestrado (si bien el término “reparación” parece referido a una prestación de hacer sobre cosas materiales y no sobre el cuerpo humano). De este precepto resulta:

- 1) Que el asegurador incurre en mora si no da comienzo a la realización de los servicios asistenciales en el plazo de tres meses desde que se verifica la situación de dependencia (artículo 20.3 LCS). Si el asegurador no ha concretado el grado de dependencia en el plazo establecido para ello, el período de tres meses debería computarse desde el momento de la comunicación del siniestro por el asegurado.
- 2) Que la base de cálculo de los intereses moratorios será el importe líquido de los servicios asistenciales, sin que la falta de liquidez impida que comience el devengo de intereses desde la fecha de producción del siniestro (artículo 20.5 LCS), la cual se hará coincidir con su comunicación por el asegurado, si el asegurador no determina el grado de dependencia en el plazo que tiene para ello.

- 3) Que el término inicial del cómputo de los intereses moratorios es la fecha del siniestro, esto es, el día en que el asegurado solicita la asistencia del asegurador, o transcurre el plazo establecido sin que el asegurador haya concretado el grado de dependencia del asegurado, o desde que el asegurador concretó el grado de dependencia pero no dio comienzo a la prestación (artículo 20.6 LCS).
- 4) Que el término final del cómputo de los intereses moratorios será el día en que haya comenzado la prestación de los servicios asistenciales (artículo 20.7 LCS).
- 5) Que en el caso de que finalmente no se presten tales servicios o resulte inútil su prestación tardía, habrá que plantearse, como se hará más adelante, la idoneidad de la aplicación del artículo 20 LCS en tal hipótesis.

Una cuestión que plantea el seguro de dependencia es la de establecer la base de cálculo de los intereses moratorios, que depende del importe líquido de los servicios asistenciales⁴⁹⁸. La dificultad estriba en que se trata de una prestación continuada, dado el carácter permanente de la situación de dependencia, integrada por una serie a priori indeterminada de actos asistenciales, en el propio domicilio del asegurado o en residencias especializadas, y que dependerán del grado de dependencia del asegurado. En este supuesto entendemos que la indemnización por mora será fijada por el órgano judicial sobre la base del informe facilitado por peritos médicos, los cuales realizarán una estimación del importe líquido de los servicios necesarios para atender a las necesidades provocadas por la situación de dependencia o de falta de autonomía del asegurado.

En los casos en que el cumplimiento tardío de la prestación del asegurador de dependencia ya no sea útil para el asegurado (porque su situación de gran dependencia ha pasado a ser de enfermedad y, por consiguiente, necesitado de asistencia sanitaria) o no tenga lugar por la causa que fuere, se produce un incumplimiento definitivo de la prestación y no, al menos en puridad, la mora del asegurador⁴⁹⁹. Esto nos lleva

⁴⁹⁸ La misma cuestión la analiza A. OLMOS PILDÁIN para el seguro de defensa jurídica (*vid. ob. cit.*, p. 373), distinguiendo según que el asegurado haya suplido o no la pasividad del asegurador.

⁴⁹⁹ Se puede imaginar, por ejemplo, el supuesto de que un asegurado, tras la determinación de su grado de dependencia, solicite el apoyo de un cuidador profesional en su domicilio y que el asegurador, por disponer de una corta plantilla de profesionales, no comience la prestación hasta después del plazo indicado (tres meses que se computan desde que se le comunicó al asegurado la determinación de su grado de dependencia). Para evitar la mora el asegurador deberá hacer todo lo necesario para satisfacer el interés del asegurado, lo cual supondrá en la hipótesis planteada la contratación de otros cuidadores profesionales o el abono de la asistencia prestada por un cuidador no perteneciente al cuadro asistencial del asegurador.

necesariamente a plantearnos la idoneidad de la aplicación del artículo 20 LCS en los casos de cumplimiento tardío de la prestación de dependencia, por cuanto ésta presenta unas peculiaridades inexistentes en las obligaciones pecuniarias, sobre las que parece estar centrado básicamente el régimen estatuido en dicho precepto, y, con carácter general, en toda la LCS. Tan es así, que la LCS sólo regula la mora como forma de incumplimiento de la prestación del asegurador, porque el cumplimiento posterior y tardío de las obligaciones pecuniarias, como acertadamente se ha señalado, salvo casos excepcionales, siempre resulta posible e idóneo, de manera que la pretensión del acreedor (asegurado) resulta satisfecha⁵⁰⁰.

La aplicación del artículo 20 LCS en los casos de incumplimiento definitivo de la prestación de dependencia perjudicaría claramente al asegurado. Las prestaciones de hacer que tienen por objeto el cuerpo humano no parecen encajar en los supuestos regulados en el artículo 20 LCS, que se refiere a obligaciones pecuniarias, a obligaciones de dar (reposición del objeto siniestrado), y a obligaciones de hacer que recaen sobre cosas materiales (reparación del objeto siniestrado). En todos estos casos sí tiene sentido que sólo se haya regulado la mora como supuesto general de incumplimiento del asegurador, ya que el cumplimiento tardío, con pocas excepciones, puede resultar idóneo para el asegurado.

Todo lo contrario acaece con el incumplimiento de la prestación de dependencia. Por ello, se plantea la disyuntiva entre aplicar el artículo 20 LCS, de forma que el asegurado percibiría el importe de los servicios asistenciales no realizados por el asegurador, incrementados con los intereses correspondientes fijados en el momento de pago por aquél, o aplicar el régimen general de incumplimiento de las obligaciones contenido en los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, en cuyo caso el asegurado podría percibir una indemnización mucho más elevada, que comprendería tanto la indemnización de las consecuencias patrimoniales como de las extrapatrimoniales (daños corporales y morales) del incumplimiento del asegurador⁵⁰¹.

Creemos que en los casos de incumplimiento definitivo de la prestación de dependencia (porque el cumplimiento tardío ya no pueda satisfacer al asegurado enfermo o lesionado) se debe aplicar el régimen general del incumplimiento de las obligaciones del

⁵⁰⁰ *Vid.* las precisas consideraciones que al respecto realiza R. LA CASA GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 42-47.

⁵⁰¹ No existe en el Derecho español, fuera del ámbito de los accidentes de circulación, una regulación de la valoración de los daños corporales. Tampoco la doctrina ni la jurisprudencia han consolidado unos criterios uniformes. Por ello encontramos sentencias del TS en las que se conceden a los perjudicados indemnizaciones diferentes (algunas muy cuantiosas) en supuestos que presentan importantes analogías. *Vid.*, al respecto, el análisis exhaustivo realizado por M. MEDINA CRESPO, *La valoración civil del daño corporal. Bases para un tratado. Análisis jurídico del sistema incluido en la Ley 30/95. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I (Los Fundamentos), Madrid, 1999.

C. Civil⁵⁰². El régimen del artículo 20 LCS es un ejemplo más, de los muchos que ya se han expuesto, de que el legislador se olvida con frecuencia de que la prestación del asegurador también puede consistir en un hacer, que tiene connotaciones diferentes según que ese hacer tenga por objeto una cosa material o corporal. Las consecuencias del incumplimiento del asegurador de dependencia pueden ser graves para el asegurado, de modo que los perjuicios que ha sufrido puedan resultar irreparables económicamente de un modo completo, puesto que no son daños estrictamente patrimoniales. Por el contrario, el cumplimiento tardío del asegurador, cuando se trata de reparar una cosa material, puede resultar idóneo al asegurado, quien contrata dicha reparación con un tercero y posteriormente recibe el coste de la misma del asegurador, con los intereses moratorios correspondientes (si el asegurado sufre un daño emergente y un lucro cesante, hay que entender que los intereses moratorios pueden reparar el daño puramente económico).

Además, en cualquier caso, si nos atenemos a los términos del artículo 20 LCS, la solución ha de ser la misma, ya que el precepto regula la mora del asegurador. Compartimos la opinión de que en la LCS la mora hay que entenderla en un sentido amplio, comprensiva de casi todos los supuestos de incumplimiento por el asegurador⁵⁰³. Pero con la excepción de las prestaciones *in natura* que consisten en un hacer sobre el cuerpo humano, sobre la persona dependiente o carente de autonomía, en los casos en que su cumplimiento tardío ya no pueda satisfacer las pretensiones del asegurado.

Por último, sería conveniente que las pólizas de dependencia regularan la mora del asegurador, sobre todo las que contemplaran el reembolso de gastos por razón de dependencia. Si bien es cierto que es poco probable que el asegurador que se obliga a realizar unos servicios para contrarrestar la dependencia o la falta de autonomía incurra en mora en la prestación de los mismos, pues el plazo de tres meses es lo suficientemente amplio para iniciar el desarrollo de tales servicios (y para determinar el grado de dependencia), puede ser más frecuente el retraso en el pago del anticipo mínimo o del importe total de la indemnización cuando el asegurador se ha obligado a reembolsar los gastos abonados previamente por el asegurado.

⁵⁰² Lo que no supone un alineamiento por nuestra parte entre quienes sostienen que se debe admitir la prueba del mayor daño con arreglo al régimen del C. Civil (por el contrario, compartimos las reflexiones de R. LA CASA GARCÍA, ob. cit., pp. 195-197). Sostenemos que el régimen de la mora del asegurador del artículo 20 LCS no es aplicable a las prestaciones de dependencia, lo que no significa que entendamos que el asegurado de dependencia debe probar el mayor daño que ha sufrido para evitar la aplicación del régimen indemnizatorio previsto en el artículo 20 LCS en los casos de mora del asegurador.

⁵⁰³ Así R. LA CASA GARCÍA, ob. cit., p. 43.

Tampoco se puede descartar, en la línea de opinión que venimos manteniendo, que las pólizas de dependencia -como sucede con las de asistencia sanitaria- omitan toda referencia a la mora del asegurador por entender que el cumplimiento tardío de la prestación asistencial ya no interesa al asegurado dependiente, de manera que, excluida la mora en los términos estipulados por el artículo 20 LCS, habría que aplicar el régimen general del Código Civil sobre incumplimiento de las obligaciones.

2.4. Incumplimiento de la prestación y responsabilidad del asegurador.

Se trata ahora de los supuestos de incumplimiento definitivo de la prestación de dependencia, derivados bien de una acción, bien de una omisión del asegurador.

El asegurador es responsable cuando la falta de cumplimiento (sin que el cumplimiento tardío satisfaga al asegurado) o el cumplimiento inexacto de su obligación causa un perjuicio al asegurado, en cuanto que la prestación no se ha realizado en los términos estipulados en el contrato de seguro⁵⁰⁴.

En materia de responsabilidad del asegurador en el seguro de dependencia hay que distinguir dos supuestos, según que la prestación de servicios sea realizada “directamente” por el asegurador (en un centro residencial de su propiedad, o concertado por él, o por un cuidador profesional de su cuadro asistencial) o por un tercero (casos de pólizas de dependencia con reembolso de gastos asistenciales, si el asegurado contrata un cuidador profesional u opta por su ingreso en un centro residencial no incluido en la póliza entre los recomendado por el asegurador).

*Si la prestación de dependencia es realizada directamente por el propio asegurador las hipótesis más frecuentes de responsabilidad serían las siguientes.

⁵⁰⁴ El estudio del incumplimiento de la prestación y consiguiente responsabilidad del asegurador suponen el análisis de la responsabilidad civil (y en ocasiones penal) de aquél. No es este el objeto que se persigue, sino el de plantear las hipótesis básicas en materia de incumplimiento de la prestación de dependencia. Un estudio exhaustivo de la materia supondría, por el contrario, que en cada una de las hipótesis habría que determinar el tipo de responsabilidad y las consecuencias que la misma lleva consigo, fijando el régimen jurídico aplicable en cada caso. No obstante, interesa poner de manifiesto que en las hipótesis que planteamos será frecuente la responsabilidad civil del asegurador por hecho ajeno, que se regula como una responsabilidad solidaria del cuidador profesional y de la compañía aseguradora, la cual podrá repetir lo que hubiere satisfecho en concepto de daño causado por sus dependientes (artículos 1.903.4 y 1.904 del C. Civil). *Vid.* también los artículos 117, 120 y 121 del C. Penal.

En primer lugar, la responsabilidad que nace de los daños derivados de la asistencia prestada por un cuidador profesional del cuadro asistencial del asegurador. En este caso la compañía aseguradora no es responsable de los actos realizados por los cuidadores profesionales de su cuadro asistencial, con los que mantiene una vinculación de arrendamiento de servicios, que garantiza la completa autonomía del cuidador en el desarrollo de su función asistencial. La prueba de la culpa o de la negligencia del cuidador corresponde al asegurado que lo demanda por entender que no ha empleado las técnicas sanitarias o científicas exigibles al tipo de cualificación profesional del cuidador (por ejemplo, la exigible a los Diplomados en Enfermería). Y habrá que tener en cuenta que la obligación del cuidador puede ser de medios o de resultado (según que se trate de prestar apoyo a la falta de autonomía del asegurado para controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, determinadas decisiones personales, o se trate de vestir, lavar o ayudar a desplazarse al asegurado).

En segundo lugar, la responsabilidad que nace de los daños ocasionados por el defectuoso funcionamiento de los medios materiales y humanos de un centro residencial (de día, de noche o de día y de noche) cuya titularidad pertenece al asegurador. En este aspecto hay que traer a colación la jurisprudencia en materia de asistencia sanitaria, la cual sujeta los servicios de asistencia sanitaria realizados en centros hospitalarios al régimen de responsabilidad objetiva establecido por el artículo 28 LGDCU. Y se sostiene que los centros sanitarios (y se podrían añadir los residenciales, puesto que el artículo 28.2 LGDCU no le cierra las puertas, ya que la rúbrica “en todo caso” permite englobar otros supuestos distintos de los expresamente regulados) deben responder de los daños que sufran las personas atendidas en los mismos, aunque se presente de modo difuso la persona o personas que los hayan irrogado. Se aplica la norma indicada sobre la base de que el paciente (o el dependiente) tiene la consideración de consumidor (artículo 1 LGDCU)⁵⁰⁵. En cualquier caso, serán de aplicación en este supuesto los artículos 1.902 del C. Civil (responsabilidad por hecho propio: mal funcionamiento de los medios materiales) y 1.903 del C. Civil (responsabilidad por hecho ajeno, de los dependientes del asegurador, por culpa *in vigilando* o *in eligendo*).

⁵⁰⁵ El artículo 28.2 LGDCU somete al régimen especial de responsabilidad objetiva a los “servicios sanitarios”, presumiendo *iuris et de iure* que incluyen las garantías y suponen los controles exigidos por la Ley. En defecto de los niveles de pureza presumidos por la Ley, de eficacia o seguridad, que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden o deben impedir determinados resultados (por ejemplo, las infecciones subsiguientes a una intervención en el medio hospitalario), y cuando tales controles fallan de manera no precisada, o bien dejan de funcionar por razones atípicas en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva (*vid.* las sentencias de la Sala 1ª del TS de 1 de julio de 1997 -RJ núm. 5.471-, de 9 de junio de 1998 -RJ núm. 3.717- y de 27 de junio de 1998 -RJ núm. 5.291-). Creemos que tales consideraciones también serían aplicables, con las necesarias matizaciones, a los centros residenciales para personas dependientes.

En tercer lugar, la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por la asistencia prestada en un centro residencial con el que el asegurador tiene concierto. En este supuesto la responsabilidad derivada de la prestación de dependencia recaerá exclusivamente sobre el centro residencial que la realiza (concertado con la compañía aseguradora) y sus cuidadores, los cuales no tienen relación de subordinación alguna respecto de la entidad aseguradora de dependencia. Ésta, por el contrario, quedará exonerada de responsabilidad siempre que actúe de conformidad con el convenio que haya firmado anteriormente con el centro residencial que presta, directamente y con sus propios medios, la asistencia por razón de la dependencia o de la falta de autonomía. Se trata, como en uno de los supuestos anteriores, de una vinculación nacida de un contrato de arrendamiento de servicios, que garantiza la completa autonomía del centro concertado y de su personal (los cuidadores profesionales) en el desempeño de sus funciones⁵⁰⁶.

*Si la asistencia es realizada por un tercero, esto es, un cuidador profesional privado o contratado por un centro residencial completamente independiente del asegurador (si se comercializan las pólizas con reembolso de gastos o mixtas), que ha sido elegido por el propio asegurado, no existe responsabilidad del asegurador por los daños que la asistencia por el tercero pueda causar al asegurado. La obligación del asegurador no consiste en prestar los servicios asistenciales ni en garantizar que éstos cumplen los requisitos legales exigidos, sino que consiste exclusivamente en reembolsar los gastos de la asistencia por razón de la dependencia o de la falta de autonomía que presta una persona completamente desvinculada de la compañía aseguradora. Por consiguiente, el asegurado sólo puede exigir responsabilidades por los daños derivados de la asistencia recibida al cuidador profesional que lo haya atendido y, en su caso, al centro residencial en el que aquél preste sus servicios.

En definitiva, en los supuestos en los que la prestación de dependencia es realizada por una persona completamente ajena al asegurador, éste no asume una prestación de servicios sino una prestación indemnizatoria de naturaleza pecuniaria, y responderá ante el asegurado del incumplimiento de ésta.

Por consiguiente, sólo en uno de los supuestos señalados -servicios asistenciales prestados en un centro residencial o con los medios humanos cuya titularidad corresponde al asegurador- se puede originar la responsabilidad civil y, en su caso,

⁵⁰⁶ No se puede descartar, aunque se trate de una hipótesis que debe ser absolutamente excepcional, la responsabilidad de la compañía aseguradora cuando incluya en su cuadro asistencial un cuidador que no reúna las condiciones exigidas legalmente para el ejercicio de dicha función o cuando estipula un convenio de colaboración con un centro residencial que tampoco reúna las condiciones necesarias para el desarrollo de la prestación de dependencia.

penal del asegurador, debiéndose aplicar las normas establecidas en el C. Civil (según que se trate de una responsabilidad contractual o extracontractual) o en el C. Penal, según las circunstancias concurrentes en cada uno de los casos. En los demás supuestos -inexistencia de un contrato que suponga una subordinación a las instrucciones dadas por el asegurador y a los medios humanos y técnicos proporcionados por el asegurador- la responsabilidad por los daños causados al asegurado será imputable al cuidador y, en su caso, al centro residencial en el que se prestan los servicios asistenciales.

3. Obligaciones y deberes del tomador del seguro o del asegurado.

3.1. Régimen aplicable en los supuestos de inexactitud o reserva en la declaración del riesgo y en los supuestos de agravación del riesgo. La regla proporcional.

El tomador de un seguro de dependencia tendrá el deber, antes de concluir el contrato, de contestar a las preguntas que formen parte del cuestionario al que le someta el asegurador. Si éste prescinde del *cuestionario de dependencia*, el tomador quedará liberado del deber de declarar al asegurador todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo (artículo 10 LCS).

El deber de declarar todas las circunstancias que puedan ser determinantes para la valoración del riesgo viene determinado por el contenido del cuestionario de dependencia, cuya mayor o menor exhaustividad dependerá de la profusión de los riesgos excluidos (entre los cuales habrá que incluir las enfermedades, los gastos de asistencia sanitaria y la dependencia que tenga su origen en ciertos accidentes). En cualquier caso, el cuestionario de dependencia tendrá preguntas comunes con el cuestionario de salud (que se emplea para delimitar el riesgo en los seguros de asistencia sanitaria), puesto que el estado de salud del asegurado está muy vinculado a la situación de dependencia y de falta de autonomía personal.

Las respuestas a las preguntas incluidas en el cuestionario de dependencia serán determinantes para delimitar la cobertura del asegurador y para concretar con exactitud los riesgos incluidos y los riesgos excluidos de aquélla. De las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo, que no se hallen comprendidas en el cuestionario de dependencia, quedará exonerado el tomador del seguro. Esta liberación de responsabilidad por parte del tomador se entiende incluso en el supuesto de que el tomador sea consciente de que ciertos datos no incluidos en el cuestionario son

fundamentales para delimitar con exactitud el riesgo que asumirá el asegurador, pues en este caso hay que entender que existe más una falta de diligencia por parte del asegurador (ya que éste, como profesional del sector, debe poner los medios para conocer todos los datos relevantes para delimitar el riesgo asegurable, máxime cuando aquéllos son de especial trascendencia) que un incumplimiento del deber de declaración por el tomador del seguro⁵⁰⁷.

En materia de reserva o reticencia (omisión de algún dato relevante, bien porque nada se preguntó sobre ello, bien porque se puede contestar a lo preguntado por el asegurador sin declarar todo lo que se conoce) o inexactitud (declaración de hechos que no se ajustan completamente a la realidad) en las respuestas que el tomador da a las preguntas del cuestionario de dependencia del asegurador hay que hacer las siguientes consideraciones.

La facultad que el artículo 10 LCS reconoce al asegurador de rescindir el contrato en caso de reserva o inexactitud del tomador desconocida por aquél decae una vez

⁵⁰⁷ En sentido contrario F. CALBACHO LOSADA, L. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ y L. BARRIOILA URRUTICOECHEA, “El deber de declaración del riesgo en la Ley de Contrato de Seguro”, en *Revista Jurídica Española La Ley*, 1988-4, p. 864, y L.F. REGLERO CAMPOS, “El seguro de vida. Especial referencia a la designación del beneficiario y a la declaración del riesgo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XIX, Madrid, 1995, pp. 63-71, quienes opinan que la ocultación de circunstancias no comprendidas en el cuestionario, pero de las que el tomador tenía constancia que podían influir en la valoración del riesgo (ocultación maliciosa), debe prevalecer sobre la sanción al asegurador por no haber elaborado un cuestionario exhaustivo.

A nuestro juicio lo que el artículo 10.1 LCS viene a establecer es precisamente una especial diligencia en el asegurador, dada su posición en el contrato de seguro, reforzada por su mayor conocimiento técnico del ramo del seguro al que presta cobertura y por las condiciones generales que él mismo ha elaborado. Además, será muy difícil probar la ocultación maliciosa de tales circunstancias (*vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 249), porque si eran tan importantes debían haber sido cuestionadas por el asegurador. Con esto lo que se quiere evitar es un conflicto permanente entre la diligencia del asegurador y la del tomador del seguro con motivo del incumplimiento del deber de declaración del riesgo. Y, por todo ello, se sanciona la reserva y la inexactitud en la declaración del tomador del seguro, esto es, una conducta omisiva o positiva del tomador tras las oportunas preguntas del asegurador, que es el que debe provocar la exacta delimitación del riesgo al que se presta cobertura mediante el cuestionario presentado al tomador del seguro (*vid.* la sentencia del TS de 18 de julio de 1989 -RJ núm. 5.718-).

Creemos que es de especial trascendencia para determinar la actuación dolosa del tomador del seguro la existencia o inexistencia del cuestionario de dependencia en el caso concreto. Si el asegurador no presentó cuestionario alguno y no realizó prueba alguna al asegurado, entendemos que no puede sostenerse en este supuesto que el tomador del seguro o el asegurado haya actuado con dolo (sentencia del TS de 18 de mayo de 1993 -RJ núm. 3.567-). Si el asegurador presentó el cuestionario o realizó pruebas médicas al asegurado, entonces sí es posible sostener que el tomador o el asegurado actuó dolosamente, ocultando datos o circunstancias conocidas (sentencia del TS de 25 de noviembre de 1993 -RJ núm. 9.136-). Nos parece criticable la resolución contenida en la sentencia del TS de 12 de julio de 1993 -RJ núm. 6.006- por cuanto que se afirma la actuación dolosa del asegurado por aplicación del artículo 1.269 del C. Civil, ignorando completamente el régimen imperativo del artículo 10 LCS.

Con carácter general sobre el contenido del deber de declaración del riesgo *vid.* J. BATALLER GRAU, “El deber de declaración del riesgo en el contrato de seguro”, *Colección Jurisprudencia Práctica*, núm. 128, 1997, pp. 13-15.

transcurrido el plazo de indisputabilidad de la póliza por razón del estado de dependencia o de falta de autonomía del asegurado⁵⁰⁸.

Las cláusulas de indisputabilidad serán utilizadas, probablemente, por el asegurador de dependencia (al igual que lo son por el asegurador de asistencia sanitaria), y suponen que transcurrido un cierto período de tiempo, determinado en las condiciones generales de la póliza (y que en las de asistencia sanitaria oscila entre uno y dos años según los casos), el asegurador no podrá rescindir el contrato alegando reserva o inexactitud del tomador del seguro al responder a las preguntas contenidas en el cuestionario sobre el estado de salud, independencia y autonomía del asegurado. No obstante, dichas cláusulas pueden ser eliminadas en determinados casos, reconociendo el asegurador en todo caso plenitud de derechos al asegurado desde el mismo momento de la perfección del contrato, excepto que el tomador del seguro hubiere actuado dolosamente. Y, consiguientemente, no se podrá reducir proporcionalmente la prestación del asegurador a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiere establecido de haberse conocido la entidad real del riesgo.

Las condiciones generales de los seguros de dependencia se limitarán a reproducir el régimen legal contenido en los artículos 10 a 13 LCS, y, por ello, mientras que el asegurador no conozca el incumplimiento del deber de declaración de las circunstancias del riesgo, la facultad de rescisión del contrato está sujeta al plazo de indisputabilidad o incontestabilidad del contrato. Conocido tal incumplimiento, el plazo es el de un mes que establece el artículo 10.2 LCS. De ahí que la ausencia de cláusulas de indisputabilidad por razón de la salud del asegurado provoque en éste un estado de inseguridad jurídica.

Cuando el siniestro (verificación de la situación de dependencia o de la falta de autonomía personal cubierta por la póliza) se produce sin que el asegurador, que conoce la inexactitud o la reserva del tomador del seguro o la agravación del riesgo, haya dirigido tempestivamente (dentro del plazo de un mes desde que tiene conocimiento de cualquiera de los extremos señalados) la oportuna declaración al tomador o al asegurado para rescindir el contrato, la prestación del asegurador se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiera aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo (artículos 10.3 y 12.2 LCS)⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Vid. J.J. GARRIDO Y COMAS, "La reticencia del asegurado y sus efectos en el contrato de seguro", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1952, núm. 69, p. 41.

⁵⁰⁹ Vid., entre otras, las sentencias del TS de 18 de julio de 1989 (Sala 1ª; RJ núm. 5.718) y 16 de julio de 1990 (Sala 1ª; RJ núm. 5.884).

Los artículos 10 y 12 LCS, en materia de declaración y agravación del riesgo asegurable o asegurado, establecen la proporcionalidad entre la cuantía de la prima y la entidad del riesgo. Se crea una especial interdependencia entre la prima y el riesgo, de forma que la prima es más elevada cuanto mayor es la posibilidad de que se produzca el siniestro. En este caso se regula una regla proporcional aplicable a todos los contratos de seguro (puesto que los preceptos señalados forman parte de las disposiciones generales de la LCS) y que tiene carácter imperativo, de modo que su aplicación sólo se puede sustituir por una cláusula que establezca una solución más favorable para el asegurado (artículo 2 *in fine* LCS).

Distinta es la regla proporcional que establece el artículo 30 LCS para los casos de infraseguro, es decir, en los supuestos en los que la suma asegurada es inferior al valor del interés asegurado. En este precepto se regula la proporcionalidad entre la suma asegurada y el valor del interés, de modo que si producido el siniestro se verifica una situación de infraseguro, el asegurador indemnizará el daño causado en la misma proporción que la suma asegurada cubre el interés asegurado. Se trata de una regla proporcional aplicable exclusivamente a los seguros contra daños, dada la ubicación del artículo 30 LCS entre las disposiciones generales de estos seguros⁵¹⁰ (pues en los seguros de personas que funcionan como seguros de sumas no es posible el infraseguro, ya que la suma asegurada no se fija en función del valor del interés asegurado), y de carácter dispositivo. El artículo 30.2 LCS establece que las partes pueden de común acuerdo excluir en la póliza la aplicación de la regla proporcional. Y además de las excepciones convencionales a la regla proporcional del artículo 30 LCS se han previsto algunas excepciones legales, como las dispuestas en los artículos 28 y 29 LCS, que regulan respectivamente las pólizas estimadas y el seguro pleno⁵¹¹.

Los artículos 10, 12 y 30 LCS presentan aspectos comunes, ya que en los casos que regulan la falta de proporcionalidad tiene una repercusión en la prestación del asegurador (que se reduce en función del grado de la falta de proporcionalidad entre la prima y el riesgo o entre la suma asegurada y el valor del interés) y en el importe de la prima (pues ésta se fija en función del riesgo asegurado y de la suma asegurada⁵¹²; así, por ejemplo, en el supuesto de infraseguro voluntario, provocado por el tomador del

⁵¹⁰ Como observa F. SÁNCHEZ CALERO el artículo 30 LCS sólo es aplicable a los seguros de daños en los que el valor del interés es determinable a los efectos del cálculo de la suma asegurada (*Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 524).

⁵¹¹ Vid. A. CORRALES ELIZONDO, "La regla proporcional y la Ley de Contrato de Seguro", en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (coordinación E. VERDERA Y TUELLS...), cit., volumen I, pp. 618-623; J.L. RUIZ SÁNCHEZ, "Las reglas proporcional y de equidad y el contrato de seguro", en *RES*, 1988, núm. 55, pp. 92-101; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 531-533.

⁵¹² Vid. JJ. GARRIDO Y COMAS, "La regla proporcional en los seguros de cosas", en *RDM*, 1951, núm. 35, p. 245 y ss.

seguro, éste pretende que se fije una prima inferior a la que resultaría en una situación de seguro pleno -o coincidencia del valor de la suma asegurada y del interés asegurado-, de modo que el seguro sólo cubre daños parciales pero no totales).

Pero, como se ha puesto de relieve, la diferencia entre la regla proporcional de los artículos 10 y 12 LCS y la del artículo 30 LCS es evidente⁵¹³, puesto que, en los casos de declaración de las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y de agravación de éste, la aplicación de la regla proporcional, consistente en reducir la prestación del asegurador a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese establecido de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo, es imperativa. No se puede excluir por la voluntad de las partes contratantes, salvo que se establezca un resultado más beneficioso para el asegurado. Además, los artículos 10 y 12 LCS son de aplicación general a todas las modalidades de contrato de seguro, incluido, en principio, el seguro de dependencia.

La cuestión que inmediatamente se plantea es la de cómo se puede aplicar la regla proporcional de los artículos 10 y 12 LCS en el seguro de dependencia. En los casos de reserva o inexactitud de la declaración del riesgo por el tomador del seguro (por ejemplo, porque omitió al responder al cuestionario de dependencia alguna enfermedad preexistente o algún accidente del que tuviera secuelas físicas) y en los de agravación del riesgo asegurado (por ejemplo, en los supuestos de cambio de trabajo profesional por el asegurado -si se comercializaran pólizas que no excluyeran la dependencia derivada de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales-, o de producción de un siniestro, que deteriore la salud del asegurado, y que adelante en el tiempo su situación de dependencia o de falta de autonomía), la prestación del asegurador de dependencia, producido el siniestro sin que se haya rescindido temporáneamente el contrato, se reducirá proporcionalmente (lo cual presenta unas características muy particulares en el seguro de asistencia sanitaria como seguro de prestación de servicios⁵¹⁴).

Puede ocurrir que el asegurador aprecie la inexactitud o la reserva de la declaración del tomador o la agravación del riesgo en el mismo momento de producirse el siniestro (tras la valoración del grado y nivel de dependencia y la especificación de los cuidados que la persona dependiente pueda requerir), por lo que no habrá tenido ocasión de comunicar la rescisión del contrato de seguro al tomador o al asegurado. De ahí que pueda ser

⁵¹³ Sobre la distinción entre la regla proporcional de los artículos 10 y 12 LCS y la del artículo 30 LCS, *vid.* A. CORRALES ELIZONDO, *ob. cit.*, p. 624, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *cit.*, pp. 246 y 526.

⁵¹⁴ En este sentido P. MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, *ob. cit.*, pp. 119-123.

relativamente frecuente que se dé el supuesto de hecho para la aplicación de la regla proporcional.

En la aplicación de la regla proporcional al seguro de dependencia es preciso distinguir dos supuestos.

1º) Si la prestación del asegurador consiste en la realización de unos servicios asistenciales, la aplicación de la regla proporcional de los artículos 10 y 12 LCS plantea el problema de que no es posible reducir la prestación del asegurador proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo.

La regla proporcional tiene aplicación en los casos en los que el asegurador se obliga a pagar al asegurado una suma de dinero, pero no cuando asume una obligación de hacer. La regla proporcional no plantea dificultades para su aplicación en los seguros contra daños y en los seguros de personas en los que el asegurador se obliga a pagar una suma de dinero (seguros de vida, de accidentes y de enfermedad). Por el contrario, en el seguro de dependencia (y en el de asistencia sanitaria) el asegurador se obliga a prestar unos servicios para contrarrestar la situación de dependencia o de falta de autonomía. Y un servicio del tipo de los regulados por el artículo 15 LD no se puede reducir proporcionalmente en función de la prima pagada por el tomador del seguro (por ejemplo, acortando el tiempo de acompañamiento del cuidador profesional al asegurado o utilizando unos medios materiales en los centros residenciales inadecuados para las personas dependientes -normalmente de edad avanzada-).

Se puede afirmar que la regla proporcional regulada por la LCS, en los casos de reserva o inexactitud en la declaración de las circunstancias que puedan influir en la determinación del riesgo y en los supuestos de agravación del riesgo, es incompatible con la naturaleza del seguro de dependencia como seguro de prestación de servicios en los que el asegurador asume una obligación de hacer. Esta opinión se puede apoyar, por analogía, en las condiciones generales de las pólizas de asistencia sanitaria, las cuales no hacen referencia a la aplicación de la regla proporcional⁵¹⁵.

2º) Si la prestación del asegurador comprende, además de la prestación de servicios, la restitución de los gastos por razón de la dependencia o de la falta de autonomía desembolsados previamente por el asegurado (seguro mixto de dependencia), o consiste exclusivamente en una prestación de tipo indemnizatorio (reembolso de gastos), la reducción proporcional de la indemnización de los gastos asistenciales no plantea

⁵¹⁵ Vid. las pólizas de MAPFRE-CAJA SALUD (artículo 6); CASER SALUD (núm. 11); GRUPO VITALICIO (núm. 8); y SANITAS (cláusula tercera).

especiales inconvenientes. El asegurador reducirá el importe de la indemnización (sea de la totalidad de los gastos o del porcentaje pactado en el contrato) en la misma proporción que la cantidad que el tomador ha dejado de pagar, en concepto de prima, representa sobre el precio que le hubiera correspondido pagar de haberse conocido la entidad real del riesgo⁵¹⁶.

Con independencia de que la regla proporcional se pueda aplicar o no en el seguro de dependencia, la producción del siniestro, sin que haya transcurrido el plazo de un mes (ni el plazo de indisputabilidad del contrato) desde que el asegurador tuvo conocimiento de la inexactitud, de la reserva o de la agravación del riesgo (que podría ser frecuente, puesto que, como se ha advertido, el asegurador conocerá tales circunstancias en el momento de producirse el siniestro), obliga a aquél, salvo dolo o culpa grave del tomador o del asegurado⁵¹⁷, a realizar la prestación. Pero, dado que los artículos 10 y 12 LCS son normas imperativas, creemos que la solución no puede consistir simplemente en obligar al asegurador a realizar la prestación íntegramente (por el simple hecho de que tal prestación no se puede reducir), ya que la Ley prevé en los supuestos señalados una reducción de la prestación del asegurador.

La finalidad de la regla proporcional es evitar el enriquecimiento injusto del asegurado. Su aplicación supone rebajar la cuantía de la prestación del asegurador en cuanto que el asegurado se ha ahorrado parte de la prima. A nuestro modo de ver la incompatibilidad de la regla proporcional con el seguro de dependencia produciría las siguientes consecuencias:

a) si el asegurador tiene conocimiento de la inexactitud, la reserva o la agravación del riesgo antes de la producción del siniestro, ya que no es posible reducir la prestación de servicios asistenciales, y dado el carácter permanente y grave de la situación de dependencia (pues incluso en el grado más leve de la dependencia el asegurado no puede valerse por sí mismo) debe actuar con especial rapidez y diligencia, bien rescindiendo el contrato, bien proponiendo una modificación del contrato de seguro (artículos 10.2 y 12 LCS).

⁵¹⁶ Si el asegurado pagó una prima de 360,60 euros cuando debía pagar otra de 420,70 euros, y el importe de los gastos a restituir por el asegurador asciende a 150,20 euros, la indemnización se reducirá en el 14,2 por 100, que es el porcentaje que representan los 60,10 euros que el tomador dejó de pagar en la prima que se hubiese fijado (420,70 euros). Por ello, la restitución del asegurador no será de 150,20 euros sino de 128,90 euros.

⁵¹⁷ Aunque el artículo 10 LCS utilice los términos “dolo o culpa grave” y el artículo 12 LCS el término “mala fe” no creemos que se haya establecido una diligencia distinta para el tomador o el asegurado en uno y otro caso. En todos los supuestos entendemos que el asegurador se libera de la prestación cuando el tomador o el asegurado haya actuado dolosamente (en este sentido *vid.* F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 351-352).

b) si el asegurador tiene conocimiento de la inexactitud, la reserva o la agravación del riesgo una vez acaecido el siniestro, la solución sería la misma que en el supuesto anterior, esto es, no tiene la obligación de cumplir la prestación asistencial. En la hipótesis planteada la prestación todavía no se ha iniciado por lo que es posible aplicar en sentido estricto el régimen de la LCS (a diferencia de lo que ocurriría en los seguros de asistencia sanitaria en los que es el primer reconocimiento médico del asegurado el que revela que las circunstancias definidoras del riesgo asegurado son diferentes de las reflejadas en el contrato de seguro). A partir del momento de la producción del siniestro el asegurador podrá rescindir el contrato o proponer una modificación del mismo, respetando los plazos establecidos por la LCS (artículos 10.2 y 12 LCS).

En cualquier caso creemos que sería necesario regular en las condiciones generales de la póliza de dependencia la aplicación de la regla proporcional en los términos expuestos, o, en otro caso, remitirse al régimen establecido en la LCS. Pero el régimen jurídico incluido en la póliza debe respetar en todo caso el justo equilibrio de las prestaciones de las partes y cumplir la finalidad que persigue la aplicación de la regla proporcional, que es ajustar tales prestaciones para evitar el enriquecimiento injusto del asegurado en el caso de que la prima que se ha pagado no se corresponda con la entidad real del riesgo asegurado.

Por último interesa señalar que, si el asegurador tiene conocimiento de la declaración inexacta o reticente de las circunstancias que han influido en la valoración del riesgo asegurado o de la agravación del riesgo asegurado en el momento de producirse el siniestro (tras el oportuno reconocimiento para determinar el grado de dependencia), el plazo de un mes para rescindir el contrato de seguro empieza a correr desde el día de la verificación del siniestro, pues es en ese momento cuando el asegurador tiene conocimiento de las circunstancias que le facultan para la rescisión unilateral del contrato de seguro de dependencia (artículos 10.2 y 12.2 LCS).

3.2. Falta de pago de primas periódicas sucesivas.

El tema de la falta de pago de las primas periódicas adquiere unas connotaciones específicas en los seguros de prestación de servicios, pues en éstos la prestación del asegurador en muchos casos no se concreta en un momento determinado, sino que se trata de una prestación continuada que se desarrolla en un espacio temporal más o menos amplio. Así, en el seguro de dependencia la prestación del asegurador tendrá

carácter indefinido, pues una vez que se pone en marcha finalizará, casi con toda seguridad, con la muerte del asegurado.

Además, en el seguro de dependencia la suspensión de la cobertura del asegurador, por falta de pago de una de las primas siguientes a la primera (artículo 15.2 LCS), tendrá unas consecuencias trascendentales para el asegurado, ya que sin la prestación del asegurador el asegurado dependiente no puede realizar las ABVD o no puede decidir por sí mismo acerca de cómo vivir de acuerdo con sus normas y preferencias propias.

La prima o precio del seguro de dependencia se puede pagar de una sola vez (prima única) o se puede fraccionar en varios períodos (primas periódicas).

La obligación de pagar la prima que tiene el tomador del seguro ha sido regulada por los artículos 14 y 15 LCS, que establecen unas consecuencias diferentes según que aquél haya dejado de pagar la prima única (o la primera de las primas periódicas) o las primas periódicas sucesivas (distintas de la primera).

La cuestión que pretendemos analizar, esto es, la suerte de la asistencia ya iniciada cuando el asegurado deja de pagar alguna de las primas periódicas siguientes a la primera, nos permite dejar a un lado las consecuencias de la falta de pago de la prima única (que normalmente se paga al asegurador en el momento de concluir el contrato) y de la primera de las primas periódicas (exigible, según el artículo 14 LCS, una vez firmado el contrato), ya que, en tales casos y salvo pacto en contrario, el asegurador queda liberado de la prestación de los servicios asistenciales si se produce el siniestro, pudiendo resolver el contrato o exigir el pago de la prima no pagada, si la falta de pago es por culpa del tomador⁵¹⁸. Esta hipótesis no tendrá ninguna trascendencia en la práctica si el seguro de dependencia se comercializa, como así creemos, con un plazo de carencia mínimo de cinco años.

La obligación del asegurador de prestar asistencia al asegurado nace, en principio, con la perfección del contrato. Pero las partes pueden retrasar el momento en el que se inician los efectos del contrato de seguro (artículo 8.8 LCS), y de ahí que las pólizas normalmente hagan referencia a que los efectos del contrato, por lo que se refiere al asegurador, comienzan con el pago de la prima por el tomador del seguro. A veces se pretende dar un valor exagerado al pago de la prima, entendiendo que es en ese momento cuando se perfecciona el contrato. Pero en este caso se está confundiendo la perfección del contrato con la posibilidad de retrasar el momento inicial de sus efectos.

⁵¹⁸ Nos remitimos en esta materia a los trabajos de J.N. MARTÍ SÁNCHEZ, “La protección del asegurador en la Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (coordinación E. VERDERA Y TUELLS...), cit., volumen I, pp. 469-471, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 305-308.

El contrato está perfecto desde que concurren oferta y aceptación (artículo 1.262 del C. Civil); otra cosa distinta es que los efectos empiecen en un momento diferente, anterior o posterior a la perfección del contrato, que es el que determina la exigibilidad de las obligaciones nacidas del contrato.

Si el tomador del seguro de dependencia, tras el requerimiento por el asegurador⁵¹⁹, deja de pagar una de las primas periódicas sucesivas, se suspende la cobertura del asegurador transcurrido un mes desde el vencimiento de la prima. Por consiguiente, el artículo 15 LCS concede un plazo de gracia o cortesía de un mes para que el tomador del seguro pueda pagar la prima periódica ya vencida⁵²⁰.

La suspensión de la cobertura por parte del asegurador no plantea problemas cuando éste todavía no ha comenzado el cumplimiento de su prestación. Pero, si los servicios asistenciales están en curso, es necesario plantearse hasta qué punto puede el asegurador paralizar el ejercicio de la prestación.

Para tratar de resolver esta cuestión es necesario distinguir dos supuestos:

*Si la póliza de dependencia regula el cumplimiento de la prestación ya iniciada por el asegurador en el supuesto de que el tomador haya dejado de pagar una de las primas periódicas sucesivas, habrá que atender al contenido de esa regulación, que ha de respetar los límites establecidos por el artículo 2 LCS, es decir, ha de ser una cláusula

⁵¹⁹ La solución establecida por el artículo 14 *in fine* de la LCS presupone la voluntad del legislador favorable al requerimiento del pago por parte del asegurador. La exigencia o no de tal requerimiento no tiene repercusión alguna en los casos de domiciliación bancaria del pago de la prima y cuando ésta es pagadera en el domicilio del tomador del seguro, ya que el asegurador exigirá el pago mediante la presentación del recibo correspondiente a la prima vencida, bien en la entidad bancaria donde esté domiciliado el pago de la prima, bien en el domicilio del tomador.

Mayores problemas plantea la exigibilidad de dicho requerimiento cuando el lugar de pago sea el domicilio del asegurador, pues el artículo 63.1 del C. Comercio exime al acreedor de la interpelación al deudor cuando el incumplimiento afecta a una obligación que tiene señalado día para su cumplimiento. En cualquier caso la interpretación del artículo 14 *in fine* de la LCS no puede depender de que se haya establecido para el pago de la prima del seguro un lugar diferente al del domicilio del tomador, por lo que entendemos más acorde con el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3.1 del C. Civil) la exigencia del requerimiento al tomador del pago de la prima por el asegurador, como trámite previo para la constitución en mora del tomador del seguro. *Vid.* en este mismo sentido J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., segunda edición, p. 100, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 296, 299 y 309, que ponen de relieve que las compañías aseguradoras tienen la costumbre de requerir al tomador el pago de la prima, bien presentando el recibo correspondiente, bien notificando el vencimiento de la prima. Por consiguiente, la práctica aseguradora es la que ha impuesto el requerimiento del pago de la prima realizado por el asegurador. En sentido contrario, esto es, a favor de la no exigibilidad del requerimiento del asegurador, F. DEL CAÑO ESCUDERO, ob. cit., tomo I, p. 504, quien señala que la LCS es categórica en este punto.

⁵²⁰ Este plazo de un mes, como señala F. SÁNCHEZ CALERO, puede ser ampliado pero no reducido, porque como establece el artículo 2 LCS son válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el asegurado no obstante el carácter imperativo de sus preceptos (*Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 299).

más beneficiosa para el asegurado que el régimen dispuesto en el artículo 15 LCS, pues las normas de esta Ley son imperativas a no ser que en ellas se disponga otra cosa.

*Si, por el contrario, la póliza de dependencia no regula expresamente (o se limita a reproducir el régimen legal) el supuesto de falta de pago de una prima periódica cuando la prestación del asegurador se está ejecutando, es necesario aplicar el artículo 15 LCS.

El régimen establecido por dicho precepto es el siguiente. Si el tomador del seguro deja de pagar una de las primas periódicas siguientes a la primera, será requerido de pago por el asegurador. Si la prima vencida se ha de pagar en el domicilio del tomador del seguro, dicho requerimiento se realiza mediante la presentación por el asegurador del recibo correspondiente. Si se ha de pagar en el domicilio del asegurador, se realiza mediante notificación al tomador de que se ha producido el vencimiento, para que se persone en dicho lugar y abone la prima vencida. Y si se ha de pagar en el domicilio de un tercero (por ejemplo, un banco, pues lo habitual será la domiciliación bancaria), el requerimiento de pago se realiza directamente por el asegurador en el banco del tomador del seguro.

Transcurrido un mes desde el vencimiento de la prima sin que el tomador haya abonado su importe quedará en suspenso la cobertura del asegurador. Es necesario que la falta de pago se haya producido por culpa del tomador del seguro, pues así resulta del artículo 15.1 LCS y del hecho de que no se puede hablar de incumplimiento del tomador cuando es el propio asegurador el que no ha presentado el recibo de la prima vencida en el domicilio del tomador o en el banco en el que se ha domiciliado el pago de la prima (requerimiento implícito), o cuando el asegurador no ha comunicado al tomador que el recibo ya vencido se encuentra para su pago en las oficinas de aquél (requerimiento de pago explícito)⁵²¹.

Una vez suspendida la cobertura del seguro el asegurador puede optar por tres vías diferentes. Las dos primeras, la resolución del contrato y la exigencia del pago de la prima, implican una actitud positiva por parte del asegurador. Y la tercera, la omisión de cualquier acto durante los seis meses siguientes al vencimiento de la prima, suponen una actitud pasiva o negativa del asegurador.

El párrafo segundo del artículo 15 LCS hay que ponerlo en permanente relación con el párrafo primero del mismo precepto. Ello determina que se haya de entender que el asegurador puede resolver el contrato una vez suspendida la cobertura aunque no se

⁵²¹ Vid. J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., segunda edición, p. 112; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 309-310.

diga expresamente en el artículo 15.2 LCS⁵²². De lo contrario, cualquier conducta del asegurador tendente a reclamar el pago de la prima dejaría en suspenso el contrato de seguro (hasta que se extinguiera por transcurso del tiempo de duración establecido en la póliza), ya que no operaría la extinción *ipso iure* o legal que presupone la completa omisión por parte del asegurador (durante los seis meses siguientes al vencimiento de la prima). Y además supondría que el asegurador estaría obligado a conceder al tomador del seguro un plazo de seis meses para el pago de la prima sin poder desvincularse del contrato de seguro; y esta no puede ser la voluntad del legislador, pues la situación de suspensión de la cobertura no interesa ni al asegurado, ya que en caso de siniestro estaría desprotegido, ni al asegurador, que estaría vinculado por un contrato que en todo caso llevaría consigo algunos gastos administrativos sin percepción de ingresos.

La reclamación del pago de la segunda o sucesivas primas periódicas ha de ser judicial y puede ser en vía ejecutiva u ordinaria, con base en la póliza (como título ejecutivo) en el primer caso. De nuevo hay que interpretar los dos primeros párrafos del artículo 15 LCS conjuntamente, ya que el párrafo primero contempla la reclamación del pago de la prima debida en vía ejecutiva y con base en la póliza. No tendría demasiado sentido entender que se está haciendo referencia, en el caso de primas periódicas sucesivas, a la posibilidad de una reclamación extrajudicial, pues en este sentido ya se ha producido el requerimiento “extrajudicial” del pago de la prima por el asegurador, el cual ya habrá intentado solucionar el conflicto por vías amistosas⁵²³.

Si el asegurador opta por mantener la cobertura en suspenso sin resolver el contrato ni exigir el pago de la prima vencida, el contrato se extingue a los seis meses del vencimiento de aquélla. Pero durante dicho período se puede producir el pago por el tomador del seguro, que determinará la “reactivación” de la cobertura a las veinticuatro horas del mismo día del pago de la prima (artículo 15.3 LCS).

Señalado el régimen legal para el caso de impago de la segunda o sucesivas primas periódicas hay que concluir que la suspensión de la cobertura del asegurador de dependencia, aunque la prestación del asegurador se haya iniciado por la verificación del riesgo de la falta de autonomía personal o de la dependencia del asegurado, se produce por imposición legal transcurrido un mes desde el vencimiento de la prima no

⁵²² F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 311.

⁵²³ De interés resultan en este punto las observaciones de F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 312. En cualquier caso será extraña la reclamación judicial de una prima periódica de un seguro de dependencia, si su cuantía no es elevada; el asegurador prefiere en tal caso rescindir el contrato. La reclamación judicial tiene sentido en el pago de una prima única elevada (por ejemplo, el seguro de dependencia en la modalidad de reembolso de gastos) o en un seguro que tenga unas primas periódicas muy cuantiosas.

pagada (y suponiendo que concurre la culpa del tomador y el requerimiento en tiempo del pago de la prima vencida por parte del asegurador).

La suspensión de la cobertura será comunicada por la compañía de seguros al asegurado (y al cuidador profesional del cuadro asistencial para que deje de acudir al domicilio del asegurado) o al centro privado (concertado con el asegurador) en el que se encuentra residiendo el asegurado, indicando que el asegurador deja de hacerse cargo de la asistencia por razón de la dependencia o de la falta de autonomía de dicho asegurado. El administrador del centro residencial privado pondrá en conocimiento del asegurado (o de sus familiares, si está en una edad muy avanzada y en una situación de gran dependencia) que ha dejado de estar cubierto por el seguro de dependencia, y que a partir de ese momento puede permanecer en dicho centro pero asumiendo los costes de los servicios asistenciales como residente privado. En caso contrario, el asegurado será trasladado a un centro residencial de carácter público⁵²⁴.

Si se diera el supuesto de que una vez trasladado el asegurado a un centro residencial público se produjera el pago de la prima y el contrato de seguro no se hubiera extinguido ni resuelto por el asegurador, el asegurado podría ser trasladado de nuevo al centro residencial con el que el asegurador tiene concierto para la asistencia en situación de dependencia o de falta de autonomía de sus asegurados.

Se han analizado las consecuencias de la falta de pago de la prima por culpa del tomador. También puede suceder que el incumplimiento del tomador del seguro venga precedido de un retraso por el asegurador en la presentación del recibo de la prima vencida, o en la notificación de que dicho recibo está en sus oficinas para que se persone el tomador y lo pague, o en la presentación del recibo en el banco del tomador donde se ha domiciliado el pago del seguro. El tomador puede alegar y probar que en la fecha del vencimiento de la prima contaba con los fondos necesarios para atender su pago.

En este supuesto no se puede hablar con propiedad de incumplimiento de una obligación del asegurador, ya que la LCS no impone a éste la obligación de requerir el pago de la prima a su vencimiento. No obstante, como se ha puesto de relieve, dicho requerimiento se presume del artículo 14 *in fine* de la LCS y además viene impuesto por la práctica aseguradora.

⁵²⁴ La asistencia en situaciones de dependencia que recientemente ha comenzado a prestar el SAAD se extiende a todos los ciudadanos españoles y a los extranjeros que tengan su residencia en territorio español. Se trata de una protección social de carácter universal (artículo 3 LD).

En cualquier caso, aunque no se puede sostener que exista un incumplimiento por parte del asegurador, tampoco parece razonable imputar la falta de requerimiento al tomador del seguro.

La cuestión planteada estaba parcialmente regulada en el artículo 3.4 de la Orden de 22 de octubre de 1982, sobre documentación técnica y contractual para operar en ramos distintos del de vida⁵²⁵. Tal precepto establecía que si el asegurador dejaba transcurrir el plazo de gracia de un mes sin presentar al cobro el recibo de la prima, y al hacerlo el tomador no tenía fondos en su cuenta (el retraso del asegurador se contemplaba para los casos de domiciliación bancaria del pago de la prima), el asegurador debía conceder un plazo de un mes al tomador para el pago de la prima vencida, que empezaba a correr a partir de la fecha del requerimiento⁵²⁶.

De conformidad con el régimen legal vigente, transcurrido el plazo de un mes, computado en todo caso desde el vencimiento de la prima (tanto en el supuesto de incumplimiento por culpa del tomador como en el de “incumplimiento” por retraso del asegurador), queda suspendida la cobertura del seguro de dependencia.

En la práctica aseguradora actual el supuesto planteado tiene una escasa relevancia, ya que el retraso del asegurador en el requerimiento al tomador para que pague la prima es bastante improbable, fundamentalmente porque el pago de las primas normalmente está domiciliado en entidades bancarias y el sistema informático asegura, prácticamente sin posibilidad de error, que en la fecha correspondiente al vencimiento de la prima se cargará el importe de ésta en la cuenta correspondiente del tomador del seguro.

3.3. Deberes del tomador del seguro o del asegurado en relación con el siniestro.

3.3.1. Deber de comunicar el acaecimiento del siniestro.

⁵²⁵ Publicada en el BOE núm. 273, de 13 de noviembre. La Orden de 22 de octubre de 1982 fue derogada por el R.D. 1.348/1985, de 1 de agosto, salvo el artículo 3.4 relativo al pago de la prima mediante domiciliación bancaria. Dicho precepto sería derogado posteriormente por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (disposición derogatoria única). Esta Ley a su vez ha sido derogada por el TRLOSP ya citado anteriormente.

⁵²⁶ Vid. F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 300. Además, hay que señalar que si las pólizas regulan el requerimiento por el asegurador del pago de la prima, sería más coherente el computar el plazo de un mes desde el momento de tal requerimiento, cuando éste sea posterior a la fecha de vencimiento de la prima.

El tomador del seguro o el asegurado (o el beneficiario según la terminología empleada por la LCS y la LD) debe comunicar el acaecimiento del siniestro al asegurador en el plazo máximo de siete días desde que tiene conocimiento del mismo, salvo que se haya establecido en la póliza un plazo más amplio (artículo 16 LCS)⁵²⁷.

El deber de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro se ha de poner en relación con lo dispuesto en el artículo 18 LCS, pues el asegurador ha de conocer la producción del siniestro para realizar las investigaciones y peritaciones necesarias en orden a establecer su existencia y, en su caso, los daños que resultan del mismo.

Tal deber tiene una mayor relevancia en los seguros contra daños que en los seguros de personas. La razón más importante radica en que en los primeros el asegurador debe determinar el daño, según el valor del interés asegurado, en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro (artículo 26 LCS). La prestación del asegurador de daños está directamente vinculada al momento en el que se produce el siniestro, puesto que la cuantía de la indemnización depende de la época en la que aquél se produce.

Por el contrario, la cuantía de la prestación del asegurador de personas es completamente independiente del valor del interés asegurado y del daño producido (con excepción de la prestación que consiste en reembolsar los gastos causados por razón de la dependencia o de la falta de autonomía -seguro de dependencia-, y de los gastos de asistencia sanitaria -seguro de asistencia sanitaria- previamente abonados por el asegurado, que tiene carácter indemnizatorio), así como del momento en el que acaece el siniestro. Producido éste, el asegurador entregará al asegurado una suma determinada (la suma asegurada) o prestará un servicio, y el importe de la suma asegurada será el establecido en el contrato y el servicio será el descrito en la póliza, y todo ello con independencia del momento en el que se produzca el siniestro y del valor del interés asegurado, puesto que la valoración del mismo tiene una importante connotación subjetiva. En otros términos, el deber de comunicación del siniestro tiene más relevancia en los seguros contra daños, porque la finalidad de tal deber es que el asegurador pueda determinar la existencia del daño sufrido por el asegurado para poder calcular el importe de la indemnización, mientras que en los seguros de personas el daño económico, salvo excepciones -como son los seguros de personas que funcionan total o parcialmente como seguros de indemnización efectiva-, es irrelevante para fijar la cuantía de la prestación del asegurador.

⁵²⁷ El plazo de siete días se computa conforme a las reglas establecidas en el artículo 5 del C. Civil. Vid. L. ANGULO RODRÍGUEZ, ob. cit., p. 53; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 320.

En el seguro de dependencia el siniestro se produce cuando el asegurado no puede realizar las ABVD o no puede controlar, afrontar y tomar determinadas decisiones por sí mismo, entendidas estas situaciones en los términos establecidos por la póliza. Es difícil determinar el momento en el que ha comenzado la situación de dependencia o de falta de autonomía del asegurado, así como el momento en el que aquél tiene noción de su pérdida de independencia o autonomía. Por este motivo entendemos que el deber de comunicación establecido en el artículo 16 LCS habría que interpretarlo de modo flexible⁵²⁸, puesto que como fecha segura de conocimiento del siniestro por el asegurado sólo se podría considerar a priori aquélla en la que el asegurado solicita la prestación de los servicios asistenciales necesarios para contrarrestar la situación de dependencia o de falta de autonomía. Esta actitud del asegurado pone de manifiesto que, al menos, desde el momento de dicha solicitud tiene conocimiento de su situación de dependencia.

En esta modalidad de seguro creemos que tendrá poca relevancia el incumplimiento del deber de comunicar el acaecimiento del siniestro, en relación con la posibilidad que tiene el asegurador de probar dicho incumplimiento en aras a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la falta de comunicación en tiempo del asegurado. El asegurador tendrá que probar que su prestación ha resultado más onerosa por razón del incumplimiento del asegurado. La comunicación del siniestro transcurrido el plazo legal podría determinar un mayor coste para el asegurador de dependencia, si dicho retraso ha provocado que se agravara la situación de dependencia del asegurado (quien, por ejemplo, pasó de ser un dependiente moderado a un dependiente severo). Igualmente dicho retraso podría ser, indirectamente, relevante para el asegurador de asistencia sanitaria, en el supuesto de que el sujeto dependiente, poco diligente a la hora de solicitar los servicios asistenciales que necesita, cayera enfermo a consecuencia de un agravamiento de su falta de autonomía, y esto podría encarecer la prestación del asegurador de asistencia sanitaria, ya que si la persona dependiente hubiera solicitado en su momento los servicios asistenciales probablemente no habría enfermado. De ahí la importancia, ya puesta de relieve anteriormente, de delimitar claramente la cobertura del asegurador de dependencia frente a la de otros aseguradores (particularmente los de asistencia sanitaria, de enfermedad y de accidentes).

Se ha afirmado que el incumplimiento del deber de comunicación del acaecimiento del siniestro se produce cuando las personas que deben realizar tal comunicación no lo

⁵²⁸ De la misma opinión, aunque para el seguro de defensa jurídica, es A. OLMOS PILDÁIN, ob. cit., p. 314.

hacen y cuando la comunicación se hace de forma tardía, incompleta o falsa⁵²⁹. Hay que señalar que es necesario deslindar el deber de comunicación del siniestro del deber de proporcionar al asegurador informaciones complementarias sobre el siniestro⁵³⁰, de manera que el contenido del primero se sustancia en una información muy sucinta sobre el siniestro y cualquier otra información hay que entenderla como integrante del deber de informar sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro⁵³¹.

En el seguro de dependencia se puede producir una comunicación extemporánea o tardía, esto es, la que tiene lugar una vez transcurrido el plazo de siete días fijado por el artículo 16.1 LCS. Pero difícilmente se podrá hablar de una comunicación incompleta o falsa. En el primer caso, porque no se le puede exigir al asegurado o al tomador del seguro que informen con rigor técnico del siniestro, es decir, que comuniquen al asegurador el grado o nivel de dependencia que sufre. Y en el segundo caso, simplemente porque no tiene sentido una comunicación falsa, ya que el asegurado recibe del asegurador la prestación de un servicio que sólo tiene utilidad para una persona en situación de dependencia (y porque si el asegurador ha asumido el reembolso de los gastos originados por la dependencia o la falta de autonomía, aquél sólo se realiza contra entrega por el asegurado de las facturas que acreditan tales gastos). En definitiva, parece poco probable que el asegurado pueda obtener alguna utilidad de una comunicación falsa o defectuosa⁵³².

En realidad, la posibilidad de que se produzca una comunicación extemporánea del siniestro por el tomador del seguro o el asegurado se ciñe a los servicios asistenciales que no son prestados por el asegurador. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios asistenciales, la comunicación del siniestro se entiende realizada cuando el asegurado solicita el apoyo de un cuidador profesional en su domicilio o la asistencia en un centro residencial del asegurador o con el que éste tiene concierto. Es decir, en este caso no es necesaria la comunicación expresa del siniestro al asegurador puesto que la misma se identifica con la solicitud de los servicios asistenciales.

⁵²⁹ En este sentido J.A. GÓMEZ SEGADE, “La declaración de siniestro y la información complementaria”, en *Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro* (coordinación E. VERDERA Y TUELLS...), cit., pp. 445 y 449, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 321.

⁵³⁰ *Vid. infra* epígrafe 3.3.2.

⁵³¹ *Vid.* J.A. GÓMEZ SEGADE, ob. cit., p. 441, quien subraya la independencia y al mismo tiempo la estrecha conexión existentes entre el deber de comunicar el acaecimiento del siniestro y el deber de informar sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro (p. 430).

⁵³² Sobre los presupuestos de la reclamación de los daños y perjuicios por el asegurador en caso de incumplimiento del deber de comunicación del siniestro, *vid.* J.A. GÓMEZ SEGADE, ob. cit., pp. 449-450, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 322.

Por el contrario, si la prestación que realiza el asegurador consiste en el reembolso de los gastos abonados anticipadamente por el asegurado (pólizas de dependencia con reembolso de algunos), aquél -o la persona que actúa en interés del asegurado en los casos de gran dependencia (en los que ha perdido completamente su autonomía física, mental, intelectual o sensorial)- deberá comunicar al asegurador la producción del siniestro, en cuanto que la prestación asistencial no va a ser realizada por el asegurador. En estos supuestos sí adquiere relevancia la comunicación expresa del siniestro al asegurador y la posibilidad de que aquélla se realice fuera del plazo establecido por la LCS (o el que, en su caso, establezcan las pólizas de dependencia).

El artículo 16 LCS no dice nada sobre la forma en la que hay que cumplir tal deber. Por ello, la comunicación del siniestro al asegurador se puede realizar de forma oral o escrita; y de forma “fehaciente”, no en el sentido de que sea necesaria la intervención de fedatario público, sino que basta con que se haya realizado mediante telegrama, telefax o comparecencia personal en la entidad aseguradora. El tomador del seguro o el asegurado elegirá la forma para realizar la comunicación del siniestro al asegurador. Lo mejor, a efectos de prueba, es la forma escrita, pero la LCS no la exige⁵³³.

3.3.2. Deber de informar sobre las circunstancias y las consecuencias del siniestro.

El tomador del seguro o el asegurado debe dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y las consecuencias del siniestro (artículo 16.3 LCS).

Aunque el mismo precepto establece el deber de comunicar el acaecimiento del siniestro y el deber de proporcionar al asegurador otras informaciones sobre el siniestro, se regulan como deberes independientes. Están muy relacionados, en cuanto que ambos tienen un carácter informativo sobre el siniestro, y porque las informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro completan la declaración sobre su existencia o verificación; pero al mismo tiempo presentan importantes diferencias.

En primer lugar, se diferencian por los sujetos que han de cumplirlos, ya que en el caso del deber de comunicar el acaecimiento del siniestro el artículo 16 LCS no sólo incluye

⁵³³ J.A. GÓMEZ SEGADÉ, ob. cit., pp. 441-442, opina que son válidas las cláusulas que exijan la forma escrita, porque en el Derecho español de Seguros la recepción de la declaración del siniestro desata importantes consecuencias (artículo 18 LCS); por el contrario serían lesivas las cláusulas que exigiesen la declaración jurada o contenida en escritura notarial.

al tomador del seguro y al asegurado, sino también al beneficiario. Por el contrario, el deber de dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro no recae, según los términos empleados por la LCS, sobre el beneficiario⁵³⁴.

En segundo lugar, se distinguen por su contenido. El contenido del deber de comunicar el acaecimiento del siniestro se sustancia en una información sucinta sobre la producción del siniestro, que se puede entender completa cuando incluye una descripción genérica del hecho en el que consiste el siniestro (que en el seguro de dependencia no supone comunicar con rigor técnico el concreto grado y nivel de dependencia que se padece), el lugar en el que éste se ha producido, la fecha del siniestro y, en su caso, la persona o personas afectadas. El contenido del deber de proporcionar toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro es más amplio. Se trata de dar al asegurador otras informaciones complementarias sobre el siniestro; como la propia Ley señala, el tomador del seguro o el asegurado deben proporcionar datos sobre las circunstancias en las que se ha producido el siniestro y sus consecuencias, esto es, las causas del siniestro, sus efectos, los bienes o las personas afectadas, los terceros que lo hayan podido causar y a los que, por consiguiente, se les pueda exigir responsabilidades⁵³⁵, etc.

En los seguros de daños el artículo 38.1 LCS representa un supuesto concreto de desarrollo del artículo 16.3 LCS, ya que el tomador del seguro o el asegurado deben comunicar por escrito al asegurador la relación de los objetos existentes al tiempo del siniestro, la de los salvados y la estimación de los daños.

En tercer lugar, se distinguen por su finalidad. Se puede decir que la finalidad del deber de comunicar el acaecimiento del siniestro es que el asegurador pueda conocer la existencia de aquél para poner en funcionamiento los medios necesarios de su cobertura aseguradora y, en especial, para iniciar las investigaciones y peritaciones necesarias para determinar los daños producidos por el siniestro y calcular el importe de la indemnización. La finalidad del deber de proporcionar al asegurador otras informaciones complementarias sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro es que el asegurador pueda conocer más datos sobre el siniestro, que le permitan enfocar otras operaciones como son, por ejemplo, la subrogación en los derechos y en las acciones del asegurado frente a las personas responsables del siniestro, o decidir acerca

⁵³⁴ Sobre la exclusión del beneficiario como sujeto sobre el que también recae el deber de dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y las consecuencias del siniestro *vid.* las opiniones de J.A. GÓMEZ SEGADÉ, *ob. cit.*, pp. 456-457; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *cit.*, p. 324.

⁵³⁵ *Vid.* las observaciones que al respecto realiza F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, *cit.*, pp. 324-325.

de la conveniencia de practicar determinados tipos de seguros o de estipularlos sólo en determinadas condiciones, en función del índice de siniestralidad o de los efectos que normalmente acompañan a la verificación de ciertos riesgos.

En cuarto lugar, se diferencian por el plazo establecido para su cumplimiento. El tomador del seguro o el asegurado deben cumplir el deber de comunicar el acaecimiento del siniestro en el plazo máximo de siete días de haberlo conocido, pudiéndose fijar en la póliza un plazo más amplio.

La LCS no ha establecido plazo alguno para cumplir el deber de facilitar al asegurador otras informaciones complementarias sobre el siniestro. Pero sí encontramos algunos indicios entre las normas contenidas en la LCS que ayudan a entrever la voluntad del legislador. Así, el artículo 16.1 establece un plazo muy breve, de siete días, para cumplir el deber de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro; y el artículo 20.3 considera en mora al asegurador cuando no hubiere pagado el importe mínimo de lo que pueda deber, según las circunstancias por aquél conocidas, dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro que regula el artículo 16 LCS (también se puede considerar como orientativo, aunque sólo se aplique a los daños en las cosas, el artículo 38.1 que fija un plazo, también muy breve, de cinco días a partir de la fecha de la declaración del siniestro que regula el artículo 16, para notificar al asegurador la relación de los objetos existentes al tiempo del siniestro, la de los salvados y la estimación de los daños).

De los preceptos enumerados y de los plazos establecidos en ellos se deduce que en todo caso la comunicación de la información complementaria sobre el siniestro se debe realizar en un plazo breve, que permita al asegurador disponer de toda la información - incluida la documentación que sea precisa para acreditar determinados hechos o gastos- necesaria para realizar todas las investigaciones y peritaciones oportunas en orden a fijar el importe de su prestación.

El asegurador podrá reclamar del tomador del seguro o del asegurado toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro con la antelación suficiente para que dentro de los cuarenta días siguientes a la recepción de la declaración del siniestro pueda realizar una primera estimación del importe de su prestación y pagar al asegurado el importe mínimo al que hace referencia el artículo 18.1 LCS. Por ello, si las pólizas fijaran un plazo determinado para cumplir tal deber, los plazos que establece el artículo 20 LCS para la mora del asegurador (cuarenta días o tres meses según los casos) deben servir como referencia para la determinación de dicho plazo. En cualquier caso la duración de este plazo dependerá también de las circunstancias que concurran en cada siniestro y del ramo de seguro de que se trate, ya

que hay ramos (robo, transportes o accidentes) que requieren más tareas de investigación para estimar los daños y la cuantía de la prestación del asegurador. En concreto, en los seguros de personas, la información complementaria sobre el siniestro parece más relevante en los seguros de accidentes, de enfermedad (cuando haya que establecer el grado de invalidez del asegurado), de asistencia sanitaria (sobre todo en los casos de urgencia vital en los que la asistencia sanitaria es realizada por un tercero distinto del asegurador), y de dependencia (para determinar el grado y nivel de dependencia del asegurado); por el contrario, aquélla tendrá menos relevancia en el seguro de vida⁵³⁶.

En el seguro de dependencia con reembolso de gastos, si la prestación del asegurador consiste en el reembolso de los que previamente ha desembolsado el asegurado, aquél necesitará que éste le envíe los documentos que acrediten el importe de los gastos realizados con motivo de la dependencia o de la falta de autonomía. En esta modalidad de seguro la información complementaria es más importante para el asegurador que en el seguro en el que el asegurador asume directa y exclusivamente la prestación de servicios asistenciales, porque en el primer caso la atención del asegurado es realizada por una persona completamente ajena al contrato de seguro. Y el asegurador necesitará contactar con aquélla para obtener ciertas informaciones.

Si la prestación es de servicios o asistencial, la fijación de plazo para cumplir el deber de dar informaciones complementarias sobre el siniestro al asegurador es irrelevante, porque tal información o se deducirá del cuestionario de dependencia -que comprende datos informativos sobre el riesgo y relacionados con el siniestro en cuanto verificación del riesgo- o será recabada a instancias del asegurador con sus propios medios técnicos. Es decir, la información complementaria la obtendrá el asegurador ordenando la realización de pruebas que sirvan para determinar el grado y nivel de la dependencia del asegurado. El asegurador es el que llevará a cabo un actitud positiva para obtener los datos que precisa, mientras que el asegurado se limitará a responder a algunas cuestiones o a permitir que le practiquen ciertas pruebas.

En definitiva, creemos que la fijación de un plazo para cumplir el deber de facilitar informaciones complementarias sobre el siniestro en las pólizas de dependencia puede tener relevancia en los seguros con reembolso de gastos asistenciales. Por el contrario, en las pólizas de servicios la fijación de ese plazo parece intranscendente por los motivos indicados, si bien, a los efectos de la posible mora del asegurador, hay que tomar como referencia el plazo de tres meses que establece el artículo 20 LCS para las

⁵³⁶ J.A. GÓMEZ SEGADÉ, ob. cit., pp. 426 y 457.

prestaciones *in natura* (de hacer o reparación y de dar o reposición del objeto siniestrado).

En quinto lugar, el deber de comunicar al asegurador el acaecimiento del siniestro y el deber de dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro se distinguen por sus efectos. En caso de incumplimiento del deber de comunicar la producción del siniestro el asegurador puede reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la falta de declaración, salvo que se pruebe que el asegurador conocía el siniestro por otro medio diferente a la comunicación del tomador del seguro o del asegurado⁵³⁷. En caso de incumplimiento del deber de dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro el asegurador se liberará de cumplir su prestación, si existe dolo o culpa grave del tomador del seguro o del asegurado.

Aquí radica la diferencia más importante entre ambos deberes, porque el incumplimiento del deber de facilitar al asegurador ciertas informaciones complementarias sobre el siniestro puede llegar a producir como efecto la liberación del asegurador del cumplimiento de su prestación.

El incumplimiento del deber de dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro se produce cuando las personas que deben proporcionar tal información no lo hacen y cuando lo hacen de forma tardía, incompleta o falsa. La información será extemporánea cuando haya transcurrido el plazo fijado en la póliza, o cuando haya transcurrido el plazo de cuarenta días o de tres meses establecido para la mora del asegurador (artículo 20 LCS), y, en este último caso, podría plantearse que concurre causa justificada y no imputable al asegurador que evitaría su constitución en mora (artículo 20.8 LCS)⁵³⁸. Y será incompleta cuando el tomador del seguro o el asegurado no faciliten al asegurador información que conocen, siempre que concurren dos circunstancias: de un lado, que se trate de información sobre las circunstancias y las consecuencias del siniestro; y de otro lado, que se trate de información relevante para el asegurador.

En cualquier caso, para el incumplimiento del deber es necesario que el asegurador pueda probar el dolo o la culpa grave del tomador del seguro o del asegurado, pues en caso contrario sólo podrá dirigirse el asegurador contra el tomador del seguro y contra el asegurado para reclamarles una indemnización por los daños y perjuicios causados por

⁵³⁷ F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 321, señala que son nulas las cláusulas que prevean como sanción del incumplimiento del deber de comunicar el acaecimiento del siniestro la liberación del asegurador.

⁵³⁸ *Vid.* R. LA CASA GARCÍA, *ob. cit.*, pp. 133-135.

el incumplimiento del deber de dar información complementaria sobre el siniestro, pero el asegurador no podrá liberarse del cumplimiento de su prestación (artículo 16.3 LCS)⁵³⁹.

3.3.3. Deber de aminorar las consecuencias del siniestro.

El artículo 17 LCS ha regulado de forma minuciosa el deber del tomador del seguro o del asegurado de emplear los medios a su alcance para aminorar las consecuencias del siniestro o deber de salvamento.

Este deber implica una conducta activa encaminada a reducir en la medida de lo posible los perjuicios causados por el siniestro⁵⁴⁰. Y la diligencia en el cumplimiento del deber de salvamento tiene efectos positivos para todas las partes interesadas. De un lado, para el tomador del seguro o el asegurado, puesto que el incumplimiento del deber puede agravar el daño derivado del siniestro y, en este caso, se reduce la prestación del asegurador pudiendo ocasionar incluso su liberación. De otro lado, para el asegurador, ya que si se aminoran las consecuencias del siniestro, se reduce el daño sufrido por el asegurado y, consiguientemente, la prestación del asegurador.

Las consecuencias del incumplimiento de este deber dependen directamente de la importancia de los daños derivados del mismo y del grado de culpa del asegurado (artículo 17.1 LCS). De ahí que tenga especial interés determinar qué tipo de conducta es exigible al tomador del seguro o al asegurado sobre la base del deber de salvamento⁵⁴¹.

En el seguro de dependencia el deber de aminorar las consecuencias derivadas del siniestro adquiere unas connotaciones especiales por varios motivos: porque el bien afectado por el siniestro es la independencia o autonomía del asegurado; porque la prestación del asegurador consiste en la realización de unos servicios asistenciales; y porque la situación de dependencia tiene carácter permanente lo que determina que las

⁵³⁹ Así J.A. GÓMEZ SEGADE, ob. cit., p. 458.

⁵⁴⁰ F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 329, señala que tal conducta será diferente según el ramo asegurador de que se trate. No obstante, hay conductas, como la identificación del tercero responsable, que se pueden extender a una pluralidad de ramos.

⁵⁴¹ Con carácter general se dice que el cumplimiento del deber de aminorar las consecuencias del siniestro supone adoptar las medidas propias de un hombre prudente -se ha de seguir el comportamiento de un buen padre de familia- situado en condiciones similares a las del tomador del seguro o del asegurado (*vid.* J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., segunda edición, p. 167, y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 331).

consecuencias del siniestro (salvo las económicas) no desaparezcan tras la intervención del asegurador. Ello implica, de una parte, que el asegurado esté muy interesado en que las consecuencias de la dependencia que sufre sean las mínimas, porque tales consecuencias recaen directamente sobre su propia persona. Y, de otra parte, que el asegurado no tenga interés en perjudicar o engañar al asegurador, porque la prestación del asegurador no es una indemnización cuyo importe depende de los daños ocasionados por el siniestro. Por el contrario, el asegurado quiere que los servicios asistenciales necesarios para contrarrestar su situación de dependencia o de falta de autonomía sean los mínimos posibles, porque ello supondrá menos molestias y una mayor independencia a la hora de realizar las ABVD y de controlar, afrontar y tomar sus decisiones personales.

Al asegurado, con independencia de su nivel cultural o económico, no se le puede exigir que adopte un modo determinado de vida (“saludable”) para reducir los efectos de la mayor edad y, consiguientemente, retrasar la aparición de la situación de dependencia o de pérdida de autonomía. Además, se le puede exigir que sea diligente a la hora de poner en conocimiento de la compañía aseguradora el acaecimiento del siniestro (y las informaciones complementarias), así como en el cumplimiento de las instrucciones que recibe de aquélla directamente o a través de los cuidadores profesionales que forman parte de su cuadro asistencial.

En otros términos, en el seguro de dependencia el deber de aminorar las consecuencias del siniestro está estrechamente vinculado con el cumplimiento del deber de comunicar al asegurador la verificación de la situación de dependencia (artículo 16.1 LCS), con el cumplimiento del deber de dar al asegurador toda clase de informaciones sobre las circunstancias y consecuencias del siniestro (artículo 16.3 LCS), y con el cumplimiento del que se podría calificar como “deber de cumplir las instrucciones dadas por asegurador o por el cuidador contratado por el asegurador” sobre la base del artículo 17.4 LCS. En el primer caso, porque las consecuencias del siniestro pueden depender de la prontitud con la que el asegurado solicita los servicios asistenciales del asegurador (no es lo mismo que el asegurado esté en una situación de dependencia moderada, que severa o de gran dependencia); en el segundo caso, porque la determinación del grado y nivel de la dependencia puede depender de los datos que proporcione el asegurado; y, en el tercer caso, porque las posibilidades que tiene el asegurado para aminorar las consecuencias de la dependencia supondrán seguir fielmente las instrucciones dadas por el asegurador (inmediatamente tras la producción del siniestro) o por el cuidador profesional que lo atiende posteriormente (a domicilio o en un centro residencial), porque si no las cumple es probable que la dependencia se agrave y, con ello, sea más costosa la prestación del asegurador.

En relación con los gastos de salvamento, su importancia puede ser considerable en los seguros de daños y en algunos seguros de personas -como el seguro de accidentes-; por ello, el artículo 38.1 LCS establece que el asegurado o el tomador deberán comunicar por escrito al asegurador la relación de los objetos salvados tras la producción del siniestro. Pero los gastos de salvamento parecen poco relevantes en el seguro de dependencia.

El artículo 17.3 LCS dispone que los gastos que se originen por el cumplimiento del deber de aminorar las consecuencias del siniestro han de ser oportunos y proporcionados a los bienes salvados. Tratándose de la independencia o autonomía difícilmente se podrá discutir la proporcionalidad, ya que se trata de bienes cuyo valor económico puede decirse ilimitado. Otra cosa diferente es la oportunidad, ya que difícilmente el asegurado podrá conocer la “oportunidad” de los gastos que realiza para aminorar las consecuencias del siniestro. El asegurado de ordinario no puede autodiagnosticarse (para decidir, sin esperar a la intervención del asegurador, que es una persona en situación de dependencia) y, consiguientemente, no debe realizar gastos en este sentido (por ejemplo, comprando un andador o contratando un cuidador profesional), pues tales gastos en ningún caso serán asumidos por el asegurador.

El incumplimiento del deber de salvamento, normalmente -por las razones ya indicadas- conectado a la inobservancia por el asegurado de las instrucciones que recibe del asegurador o de los cuidador profesionales contratados por el asegurador (por ejemplo, resistiéndose a caminar diariamente o a asistir a un centro de día para disfrutar de determinados servicios asistenciales), produce la reducción de la prestación del asegurador en proporción a la importancia de los daños derivados del incumplimiento y al grado de culpa del asegurado⁵⁴². Y la aplicación de esta regla proporcional presenta, como ya se ha indicado, connotaciones particulares cuando el asegurador se ha obligado a prestar unos determinados servicios asistenciales⁵⁴³.

4. Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro de dependencia.

⁵⁴² Sobre los requisitos para que se produzca el incumplimiento del deber de aminorar las consecuencias del siniestro y los efectos de tal incumplimiento, *vid.*, con carácter general, F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 332-334.

⁵⁴³ El estudio de la regla proporcional se realizó en el epígrafe “Régimen aplicable en los supuestos de inexactitud o reserva en la declaración del riesgo y de agravación del riesgo” al cual nos remitimos (*vid. supra* apartado IV, epígrafe 3.1).

El artículo 23 LCS establece dos plazos diferentes para el ejercicio de las acciones que nacen de un contrato de seguro. Si es un seguro contra daños, las acciones prescriben a los dos años; y si es un seguro de personas, prescriben a los cinco años.

Estos plazos de prescripción se aplican a todas las modalidades de contrato de seguro contempladas en la LCS así como a las reguladas por leyes especiales, que no establecen un régimen diferente para la prescripción de las acciones que tienen su origen en un contrato de seguro (artículo 2 LCS).

De acuerdo con ese mismo precepto hay que entender que es posible establecer en las condiciones generales del contrato de seguro unos plazos diferentes para la prescripción de las acciones, con dos límites: de un lado, no pueden ser plazos más breves que los fijados en el artículo 23 LCS, pues esto podría perjudicar a los asegurados; de otro lado, pueden ser plazos más amplios pero sin que lleguen a suponer una duración excesivamente prolongada, pues ello podría atentar contra la seguridad jurídica y los intereses de los aseguradores (piénsese que antes de que se dictara la LCS se aplicaba el plazo de quince años del artículo 1.964 del C. Civil, que se consideraba demasiado amplio desde el punto de vista de la certeza jurídica y de la organización de la actividad empresarial aseguradora⁵⁴⁴).

Si, como creemos, la LCS regulará el seguro de dependencia como un seguro de personas, el plazo de prescripción será de cinco años⁵⁴⁵.

No obstante, nos parece necesario realizar una observación para los seguros de dependencia con reembolso de gastos (cuando la prestación del asegurador consista exclusivamente en indemnizar el daño económico sufrido en el patrimonio del asegurado), que se caracterizan por la existencia, como en los seguros contra daños, de un interés del asegurado a la indemnización del daño económico que sufre si tiene que adelantar (haciendo frente directamente) el importe de los gastos por razón de la dependencia o de la falta de autonomía. Hay un interés del asegurado a la

⁵⁴⁴ Vid. J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., primera edición, p. 244; M. OLIVENCIA RUIZ, "Seguros de caución...", cit., p. 908; y F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 440.

⁵⁴⁵ En esta modalidad de seguro, el asegurador se obliga a un hacer; por ello, si la obligación consiste en un hacer, el plazo de prescripción de la acción para exigir el cumplimiento de la prestación comienza a correr desde el día en que el asegurador debió realizar aquella (vid. M. ALBADALEJO GARCÍA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, tomo XXV, artículos 1.961 al final del Código Civil*, Madrid, 1994, p. 579; y L. Díez-PICAZO, *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 2.167). Sobre el cómputo y la interrupción de la prescripción en el contrato de seguro vid. J. GARRIGUES, *Contrato de seguro terrestre...*, cit., primera edición, pp. 244-245; F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., pp. 442-448; y F.J. TIRADO SUÁREZ, "El contrato de seguro", en *Derecho Mercantil...*, cit., volumen 2, p. 674.

indemnización de un daño patrimonial concreto, idéntico al exigido por la LCS en los seguros contra daños (artículo 25).

Como se ha puesto de relieve el seguro de dependencia no puede funcionar como un seguro de sumas, a diferencia de los seguros de vida, de accidentes y de enfermedad. La prestación del asegurador de dependencia no puede consistir en entregar al asegurado una cantidad de dinero, que no guarde relación alguna con el importe de los gastos asistenciales, y que se fija en el momento de la celebración del contrato. Y la prestación del asegurador de dependencia cumple una función estrictamente indemnizatoria en los supuestos en los que el propio asegurado pague inicialmente los gastos derivados de la situación de dependencia, los cuales, posteriormente, son reembolsados por el asegurador. Y esta función indemnizatoria de los daños patrimoniales del asegurado es propia de los seguros contra daños (sin perjuicio de que también esté presente en los seguros de accidentes y de enfermedad y de que pueda ser discutible en los seguros de vida).

Llegados a este punto se puede concluir que la aplicación del artículo 23 LCS al seguro de dependencia, en la hipótesis de que se regule como seguro de personas (artículo 80 LCS), supone establecer un plazo de prescripción de cinco años para un seguro que en las modalidades de prestación de servicios con reembolso de gastos y de reembolso de gastos, respectivamente, funciona como seguro contra daños (en el caso del seguro mixto de dependencia, cuando la prestación del asegurador consiste exclusivamente en reembolsar los gastos abonados por el asegurado). La paradoja es todavía mayor si se tiene en cuenta que no parece existir un motivo claro y sólido por el que el legislador haya establecido un plazo diferente de prescripción para las acciones derivadas de los seguros contra daños y de los seguros de personas⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ F. SÁNCHEZ CALERO, *Ley de Contrato de Seguro...*, cit., p. 441, apunta como posible motivo el que se haya querido coordinar el régimen jurídico de los seguros de personas con el de la Seguridad Social, ya que aquéllos en muchos casos son complementarios de la Seguridad Social.

LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS DISCAPACITADOS: VENTAJAS FISCALES

1. Introducción.

El 19 de noviembre de 2003 fue publicada en el BOE la *Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria* (en adelante *Ley 41/2003*)⁵⁴⁷. Como se indica en el propio título de la norma, con ella se pretende facilitar las aportaciones de medios económicos a las personas con discapacidad, entendiendo por tales las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, así como las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100⁵⁴⁸.

La protección personal y patrimonial de las personas con discapacidad ha sido objeto de preocupación para nuestro legislador, que ha tratado de adecuar los mecanismos de protección a la cambiante realidad social. No hay que olvidar que las mejoras sanitarias aumentan la esperanza de vida de estas personas, lo que permite que en numerosas ocasiones sobrevivan a sus familiares, acrecentándose por ello la preocupación de éstos respecto de su futuro⁵⁴⁹. Como recuerda PASTOR ÁLVAREZ: “La asistencia económica al discapacitado se realiza en gran parte a través de los medios que proporcionan los poderes públicos, ya sea directamente mediante servicios públicos dirigidos a estas personas, ya sea indirectamente a través de otro tipo instrumentos,

⁵⁴⁷ Sobre el fundamento de esta norma puede leerse: DÍAZ ALABART, S.: “Centrándonos ya en el ámbito de las personas con discapacidad, su mayor longevidad hoy, debida a distintos factores, hace frecuente que sobrevivan a sus progenitores 4 o a otros familiares que se ocupen de ellos. Lo que ha llevado al legislador a reformar a su favor algunas de las normas sucesorias del Código Civil, para lograr que la muerte de esos familiares cercanos que les procuraban atenciones básicas no les deje tan desamparados”. “El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación. *Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad*”. *Aranzadi Civil* núm. 3/2006. Véase también: TRIGUEROS MARTÍN, M.J.: “El patrimonio protegido de las personas con discapacidad desde una perspectiva fiscal, tras la Ley 41/2003 de 18 de noviembre”, en VVAA.: *La familia ante el Derecho Tributario*, Comares-Fundación El Monte, Sevilla, 2003. Esta ley nace a partir de un texto elaborado por el CERMI (Comité Español de Representantes de Minusválidos) en colaboración con el Consejo General del Notariado. En los sucesivos borradores del Ministerio de Trabajo se hicieron sustanciales modificaciones y en la tramitación parlamentaria se hicieron nuevos cambios.

⁵⁴⁸ El artículo 2.1 de esta norma, en que se establece que sus previsiones tendrán preferencia sobre lo dispuesto para regular los efectos de la incapacidad en los títulos IX y X del libro 1 del Código Civil, dio lugar a la presentación del recurso de inconstitucionalidad núm. 1004-2004, promovido por el Parlamento de Cataluña.

⁵⁴⁹ En relación con esta cuestión vid.: MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “El patrimonio de destino en la Ley de protección de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.612, 2004. Cfr. también PASTOR ÁLVAREZ, M.C.: “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”. *Aranzadi Civil* núm. 20/2004. Según esta autora: “En efecto, uno de los elementos que más repercuten en el bienestar de las personas con discapacidad es la existencia de medios económicos a su disposición, y que además sean suficientes para atender las necesidades vitales de estas personas, con la repercusión que en su bienestar general se genera; pues no debemos olvidar que hoy día constituye toda una realidad el hecho de que muchos discapacitados sobreviven a sus progenitores debido en gran medida a la mejora de la asistencia sanitaria”.

como beneficios fiscales o subvenciones específicas. Sin embargo, es justo reconocer el importante coste social que implica; por ello, con el fin de mitigar de alguna manera dicho coste de carácter público, se ha querido potenciar la protección patrimonial del discapacitado mediante un nuevo sistema de carácter privado en el que dicha asistencia económica pueda proceder de la propia persona del discapacitado o de su familia fundamentalmente. Esa asistencia económica privada se materializa, tras las nuevas iniciativas legales, en una masa patrimonial especialmente protegida, la cual queda inmediata y directamente vinculada a la satisfacción de las necesidades vitales de las personas con discapacidad, favoreciendo la constitución de este patrimonio y la aportación a título gratuito de bienes y derechos a la misma”⁵⁵⁰.

Como ya se ha comentado, existe una desigualdad de partida entre personas discapacitadas y quienes no lo son, y este hecho tiene varias consecuencias desde una perspectiva jurídica. En primer lugar, las diferencias no pueden suponer discriminación alguna para los discapacitados, por lo que el Estado debe ejercer una acción limitadora de conductas ilegales y prestar una especial tutela a los derechos de las persona minusválidas. Pero además, la diferencia de partida a la que nos hemos referido debe impulsar a los poderes públicos a adoptar las medidas que estime oportunas para reducir al máximo las diferencias e igualar en lo posible a todos los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. Estas acciones pueden ser acciones de discriminación positiva siempre y cuando estén justificadas y sean proporcionadas, y entre las más importantes debemos mencionar a las fiscales, que pueden articularse a través de medidas de fomento como las subvenciones o por medio de beneficios tributarios.

El fortalecimiento de la situación económica del discapacitado es uno de los factores que puede contribuir a suavizar la intranquilidad de las familias en estos casos. El mecanismo de la incapacitación judicial no es siempre la respuesta adecuada a situaciones en las que la minusvalía se produce de forma progresiva, y estas circunstancias son cada vez más frecuentes por el evidente envejecimiento de los países desarrollados. El papel asistencial que la familia ha desempeñado de forma tradicional es cada vez menos fácil de cumplir, y el coste social que ello supone para la Administración es demasiado elevado. Por todos estos motivos, la trascendencia de la norma que comentamos es muy importante, y se incardina además en una corriente muy extendida en los últimos tiempos en los países de nuestro entorno⁵⁵¹. Con ella se busca la participación de los particulares en la satisfacción del principio rector contenido en el

⁵⁵⁰ “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”. *Aranzadi Civil* núm. 20/2004.

⁵⁵¹ Conviene tener presente que la Comisión de Asuntos Sociales del Parlamento acordó que el Real Patronato sobre Discapacidad ultimara dos convenios de colaboración para poder dar cumplimiento a lo previsto en la Ley 41/2003: uno, con el Colegio de Notarios de España, y otro, con el Colegio de Registradores de la Propiedad. Su objetivo era hacer un seguimiento de la aplicación de la ley durante los años 2004 y 2005 y, por tanto, tener realmente el registro de patrimonios protegidos que hayan podido constituirse al amparo de la Ley 41/2003. Además se constituyó un grupo de trabajo interministerial con el objeto de desarrollar esta ley, en el que se encuentran representados, además del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Economía y Hacienda, puesto que las competencias que regula esta ley afectan a los tres departamentos. Estos tres departamentos tienen como objeto, en este grupo de trabajo, abordar las posibles modificaciones del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, siempre al amparo de la Ley 41/2003. Por otro lado, véase el *Real Decreto 177/2004, de 30 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad*.

artículo 49 de la Constitución Española, de tal forma que coadyuven a los poderes públicos para su consecución.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico ya existían instrumentos jurídicos tendentes a “satisfacer la voluntad tuitiva de la familia y de la persona preocupada de ordenar su situación personal y material en caso de padecer en el futuro algún tipo de enfermedad que conlleve a su incapacitación, mediante la posibilidad de constituir un usufructo a favor del incapacitado, dictando normas de organización y control de la tutela, o a través de la institución de la sustitución ejemplar”⁵⁵².

2. El “patrimonio protegido” del discapacitado.

La medida más importante incluida en la nueva norma la constituye la posibilidad de constituir un patrimonio separado del que es beneficiario el discapacitado, y que tiene como finalidad la satisfacción de sus necesidades vitales⁵⁵³. Ya en 1999, el CERMI incluyó en el Informe para el Defensor del Pueblo la petición de que se aprobara un Estatuto Patrimonial del Discapacitado, con la finalidad última de lograr una reforma de la legislación española “que permita, de una parte, a las personas con discapacidad formar y conservar un patrimonio y optimizar sus rentas, para atender a sus gravosas necesidades y, de otra, a quienes pueden resultar afectados por algún tipo de discapacidad sobrevenida, organizar anticipadamente su futuro personal y patrimonial”⁵⁵⁴.

La constitución del patrimonio, que requiere una aportación inicial de bienes y a la que cualquier persona puede realizar aportaciones posteriores, puede ser consecuencia de la

⁵⁵² Pero, la singularidad y a la vez la multiplicación de las situaciones que existen en la actualidad, unidos a la voluntad de incrementar el ámbito de decisión de los titulares de la patria potestad y otros allegados en la ordenación del bienestar económico futuro del discapacitado, o de los futuros tutelados, han dado lugar a la redacción de un estatuto patrimonial propio del discapacitado tras la citada *Ley 41/2003*. PASTOR ÁLVAREZ, M.C.: “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”. *Aranzadi Civil* núm. 20/2004.

⁵⁵³ Vid.: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: “La Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”. *Aranzadi Civil*, num.16, 2003. No obstante, también deben tenerse en cuenta otras modificaciones introducidas por esta norma. Por ejemplo, las relacionadas con la tutela y la representación del discapacitado, las modificaciones del Derecho de Sucesiones, o la medida relativa al Derecho de contratos. Se aprovechan los arts. 1791 a 1797 del Código Civil, vacíos de contenidos al haber quedado derogados por la Ley 50/80, del Contrato de Seguro, para introducir la regulación del contrato de alimentos por el que una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital. En palabras del profesor BERCOVITZ, se regula el contrato de vitalicio.

⁵⁵⁴ La justificación de esta idea era la siguiente: “Las sociedades desarrolladas se plantean y afrontan nuevos problemas a los que es preciso dar respuesta desde los poderes públicos, esto es, a través del Derecho. Algunos de los que ahora más importan son aquellos que conciernen a las enfermedades propias de una población que disfruta de una larga esperanza de vida en una sociedad evolucionada científica y tecnológicamente. También en estas cuestiones, es conveniente contemplar los instrumentos jurídicos de que dispone el ciudadano en pleno uso de sus facultades para prever la eventual administración de su patrimonio e, incluso, su tutela o curatela, para el caso de que resultara incapacitado de hecho o de Derecho, como consecuencia de una enfermedad senil, de un accidente de circulación o de cualquier otra adversidad que le ocasione aquel resultado”. <http://www.discapnet.es/Discapnet/Castellano/Documentos>

decisión de la persona con discapacidad o, si carece de capacidad suficiente, de aquéllos a quienes corresponda subsanar su falta. Hay que tener en cuenta que, según lo establecido en la *Ley 41/2003*, para la creación del “patrimonio protegido” será suficiente un documento público en el que deberá constar un inventario de los bienes y derechos que inicialmente formarán parte del patrimonio, y se deberán detallar las reglas de administración y fiscalización del mismo.

La flexibilidad del instituto que acabamos de comentar supone para los familiares un instrumento de planificación patrimonial muy importante, que permite crear una masa patrimonial carente de personalidad jurídica que es administrada por un sujeto nombrado *ex profeso*, que se desvincula de su titular original y de las circunstancias patrimoniales de sus administradores⁵⁵⁵.

Pues bien, con el fin de favorecer las aportaciones a título gratuito a esos patrimonios separados a favor de los discapacitados, se han introducido modificaciones en la legislación tributaria que afectan a diversos impuestos y que analizaremos a continuación.

El denominado “patrimonio de destino” en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad se asemeja a una figura típica de los países del *common law*: el *trust*, y más concretamente el denominado *trust for the disabled*. A través de esta figura, quienes desean beneficiar a un sujeto afectado por una causa de discapacidad, o los sujetos plenamente capaces que quieren tomar medidas en previsión de su propia discapacidad, transmiten mediante un acto *mortis causa* o *inte vivos* la propiedad de determinados bienes a una persona física o jurídica –denominada *trustee*– que se obliga a administrarlos y gestionarlos. Aunque el *trustee* es el propietario de los bienes integrantes del *fund trust*, el ejercicio de su derecho se encuentra limitado por la satisfacción de las necesidades del discapacitado. En consecuencia, los bienes que integran el *trust* constituyen un patrimonio separado⁵⁵⁶. En definitiva, en esta figura confluyen dos importantes ideas: por un lado, la protección de la familia, más concretamente, de la descendencia, por otro la previsión del destino de los bienes post mortem⁵⁵⁷.

En el derecho inglés, el *trust* se ha definido como “an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust) property) for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestuis que trust), of whom he may himself be one, and any one of

⁵⁵⁵ Para un análisis más profundo de las diferencias y semejanzas entre ambas figuras nos remitimos al trabajo de MARTÍN SANTISTEBAN, S.: “El patrimonio de destino en la Ley de protección de las personas con discapacidad: ¿Un acercamiento al trust?”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm.612, 2004.

⁵⁵⁶ Sobre el tratamiento de los *trust* en Derecho Tributario vid.: NASARRE AZNAR, S. y RIVAS NIETO, E.: “Patrimonios financieros sin personalidad: Naturaleza jurídica y régimen tributario”. CEF, núm.261, 2004.

⁵⁵⁷ “I due aspetti, con evidenza, sono fisiologicamente destinati ad intersecarsi, poiché la necessita di provvedere a soddisfare i bisogni di soggetti (economicamente o personalmente) deboli si palesa tanto più pressante in previsione del decesso delle persone normalmente deputate alla loro assistenza”. CHIARA DI LANDRO, A.: “rust per disabili. Prospettive Applicative”. *Dir. Famiglia*, 2003, 1, 123, pág.1.

whom he may himself be one of whom may enforce the obligation. Any act or neglect on the part of a trustee which is not authorized or excused by the terms of the trust instrument, or by law, is called a breach of trust”⁵⁵⁸.

Existen distintos tipos de trust, ya que esta figura no es inmutable, y está dotada de gran flexibilidad. El trust puede ser dispuesto voluntariamente por sujetos privados, por actos inter-vivos o mortis causa, o puede ser impuesto por la ley (los denominados statutory trusts), o incluso por los Tribunales.

España no forma parte de la *Convención de la Haya de 1 de julio de 1985*, pero en el ámbito sucesorio conoce instituciones fiduciarias, algunas semejantes en su funcionamiento a los trust anglosajones (herederos de confianza, albaceas universales, ciertas formas de fiducias)⁵⁵⁹. En algunos países continentales, como es el caso de Italia, que sí forman parte de la Convención, esta figura ha ganado importancia en los últimos tiempos⁵⁶⁰. Buena muestra de ello son los numerosos estudios doctrinales en los que se analiza su naturaleza y su régimen jurídico-tributario⁵⁶¹. Para que la existencia de un trust dé lugar a la aplicación de la normativa tributaria italiana es suficiente que los bienes o actividades se localicen en Italia, o que el sujeto titular de las rentas sea residente, o tenga su domicilio, o su sede, en territorio italiano. No obstante, analizar la tributación de una figura tan novedosa plantea numerosas problemas, debido a la ausencia de normas expresas que la regulen⁵⁶².

Además hay que tener en cuenta que no es fácil trasladar una figura del Common Law al Derecho continental. Como afirma SAUNDERS: “When a civil law lawyer tries to bring out the main features of Anglo-Saxon concept of Trust, he is immediately confused by the difficulty of setting parallels between Common Law concepts and the legal concepts he is used to”⁵⁶³.

3. El concepto de discapacitado en la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.

El concepto de discapacitado a efectos tributarios ha sido analizado en otras partes de este trabajo, a las que nos remitimos. Baste en este momento recordar que cuando una

⁵⁵⁸ Definición recogida en la Sentencia de 4 de mayo de 1959, Caso Green v. Russel. Citada por FUMAGALLI, L.: “Il trust”, en PONZANELLI, G. (dir.): *Gli enti “non profit” in Italia*, Padua, 1994.

⁵⁵⁹ Cfr. Contestaciones al Libro Verde presentado por la Comisión relativo a Sucesiones y Testamentos (SEC 2005, 270), pág. 16.

⁵⁶⁰ Legge 16 ottobre 1989, n.364, en vigor desde el 1 de enero de 1992.

⁵⁶¹

⁵⁶² “Recognition of trusts and legal insecurity”. En *I Trusts in Italia Oggi*. Giuffrè Editore, 1996, pág.405.

⁵⁶³ En palabras de LUPI: “Parlare di regime tributario del trust può sembrare un esercizio di immaginazione fiscale. Se si pensa quant’è difficile confrontare con fenomeni già disciplinati dalla legge e conosciuti dall’amministrazione e dalla giurisprudenza, figuriamoci quando si tratta di istituti sconosciuti al nostro ordinamento” “La tassazione dei redditi del trust: il trustee”. En VVAA.: *I Trusts in Italia Oggi*. Giuffrè Editore, 1996.

norma tributaria se refiera a las personas con discapacidad lo estará haciendo a aquellas personas con un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100, salvo que se establezca expresamente un grado diferente. En el caso que no ocupa, la *Ley 41/2003* considera personas con discapacidad a las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100 y a las aquejadas de una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100⁵⁶⁴.

4. Beneficios fiscales previstos en la *Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*.

La *Ley 41/2003*, como hemos adelantado, permite la constitución a favor de los discapacitados afectados por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento, o a los afectados por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento, de un patrimonio especialmente protegido formado por aportaciones a título gratuito de bienes y derechos a fin de garantizar la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares. En relación con el beneficiario del patrimonio protegido, en el Dictamen del CES se apuntó una idea interesante que no tuvo reflejo en la Ley: en opinión de este órgano, el Anteproyecto debería haber considerado la situación familiar en la que dos o más hijos sean personas con discapacidad, y la posibilidad de instrumentar en este caso un solo patrimonio protegido común e indiviso en beneficio de todos ellos. Dicho supuesto debería preverse igualmente en la normativa tributaria.

Con el fin de incentivar las aportaciones a los patrimonios especialmente protegidos, la LPPD prevé una serie de beneficios fiscales que afectan a varias figuras tributarias, pero principalmente al IRPF con efectos a partir del 1 de enero de 2004. Como veremos, se ha mejorado la fiscalidad tanto del discapacitado que recibe las aportaciones en su patrimonio especialmente protegido como la de las personas aportantes⁵⁶⁵. Como es sabido, la posibilidad de que los tributos puedan satisfacer,

⁵⁶⁴ La determinación del grado de minusvalía ha sido tratada en el Reglamento del IRPF, al que se remite la propia ley del impuesto. La regla general es que se acreditará a través de un certificado o resolución expedida por el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO) o por el órgano competente de las Comunidades Autónomas. Si tenemos en cuenta que estamos ante una competencia cedida a las CCAA, salvo a las ciudades de Ceuta y Melilla, la función del IMSERSO será residual. No obstante, la minusvalía reconocida por un órgano autonómico tendrá validez en todo el territorio nacional, con lo que se garantiza que todos los ciudadanos accedan en igualdad de condiciones a los posibles beneficios tributarios que otorguen los organismos públicos. Los baremos utilizados para la determinación del grado de minusvalía responden a criterios técnicos unificados, en los que se tienen en cuenta tanto las discapacidades que presente la persona como, en su caso, los factores sociales complementarios relativos que dificulten su integración social. La norma aplicable en este caso es el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. El órgano técnico competente emitirá una propuesta de dictamen que deberá contener el diagnóstico, tipo y grado de minusvalía y, en su caso, las puntuaciones de los baremos para determinar la necesidad del concurso de otra persona y la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes públicos colectivos.

⁵⁶⁵ En relación con este tema resultan muy interesantes las palabras de CUBILES SÁNCHEZ-POBRE: “Aunque la iniciativa de la creación de estos patrimonios corresponda al propio discapacitado o a sus padres, tutores o guardadores de hecho, no por ello debe lavarse las manos el Estado. Muy por el contrario, éste debe incentivar su creación y, una vez creado, debe velar para que éste sea correctamente administrado y destinado al fin que le es propio. Para fomentar la constitución de este tipo de patrimonios, nada mejor que la concesión de beneficios fiscales para aquellas personas que realicen aportaciones a los mismos así como para los discapacitados que resulten ser sus titulares”. “La protección patrimonial de las personas con discapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre”. Quincena Fiscal Aranzadi núm. 5/2005.

además de la financiación del gasto público, otros objetivos públicos, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional. En este sentido, en la Sentencia de 26 de marzo de 1987 señaló: “la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (...) A ello no se opone tampoco el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 de la Constitución Española, pues el respeto a dicho principio no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo, teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales”⁵⁶⁶.

En el *Dictamen 5/2003 sobre el Anteproyecto de Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad*, el Consejo Económico y Social introdujo una reflexión que merece ser comentada⁵⁶⁷. La idea, o mejor dicho el deseo expresado, era que para aquellas personas con discapacidad que no pudieran constituir un patrimonio protegido, los poderes públicos deberían establecer a la vez un sistema de protección social reforzado que atienda igualmente de forma satisfactoria sus necesidades. En este sentido, afirmaba: “este Consejo es favorable a la articulación de políticas tendentes a proteger y apoyar económicamente al colectivo de personas con discapacidad, pero entiende, en línea con la posición que ha mantenido en relación con otras políticas sociales 1, que los incentivos fiscales deben ser sólo una pieza e incardinarse de forma coherente dentro de un programa más amplio y general de protección de este colectivo, prestando especial atención a aquellas personas que tengan menor capacidad económica”. Evidentemente, tras la aprobación de la *Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, se ha avanzado en su consecución.

4.1. Régimen fiscal aplicable al discapacitado titular del patrimonio.

En la Ley 41/2003 no se configura un régimen fiscal especial separado de los patrimonios protegidos, sino que se introducen modificaciones tributarias tendentes básicamente a integrar la figura dentro de la normativa vigente del IRPF y el IS⁵⁶⁸.

El discapacitado titular de un patrimonio especialmente protegido deberá tributar por las aportaciones recibidas en dicho patrimonio. En principio, a pesar de que dichas aportaciones se hubieran realizado a título gratuito, la LPPD considera que se ha obtenido un rendimiento del trabajo siempre que la aportación recibida no supere la

⁵⁶⁶ En efecto, según el artículo 2 LGT: “Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”. La posibilidad de que los tributos puedan satisfacer, además de la financiación del gasto público, otros objetivos públicos, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional. En este sentido, en la Sentencia de 26 de marzo de 1987 señaló: “la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (...) A ello no se opone tampoco el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 de la Constitución Española, pues el respeto a dicho principio no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo, teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales”.

⁵⁶⁷ Aprobado en Sesión ordinaria del Pleno el 26 de marzo de 2003.

⁵⁶⁸ Esta circunstancia fue criticada por el Consejo Económico y Social en el Dictamen 5/2003, al que ya nos hemos referido.

cantidad de 10.000 € anuales o 24.250 € en caso de que hubieran sido varios los aportantes. Así se deduce de la Disposición adicional decimoctava de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*, según la cual:

“a) Cuando los aportantes sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo, hasta el importe de 10.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en conjunto”.

(...)

c) No estará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones la parte de las aportaciones que tenga para el perceptor la consideración de rendimiento del trabajo”.

Lo que exceda de dichas cuantías, al recibirse las aportaciones a título gratuito, tendrá la consideración de donación y quedará sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En el caso de que el aportante fuese sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, las aportaciones tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el discapacitado que las recibe siempre que para el aportante fuesen gasto deducible y la cuantía no exceda de 10.000 € anuales. En caso contrario los excesos sobre la citada cuantía implican la existencia de una donación y por tanto, la sujeción al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones⁵⁶⁹.

Como vemos, las aportaciones recibidas por el discapacitado no tributan en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que es la regla general en caso de adquisición de bienes y derechos a título gratuito e “inter vivos”. Tampoco tributan en la categoría de rentas que más se aproxima al hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones (ganancias y pérdidas patrimoniales), sino como rendimientos del trabajo, lo que constituye sin duda una especialidad llamativa. En este caso, la no sujeción se produce porque, a efectos fiscales, se establece la ficción legal de que la persona discapacitada no obtiene una adquisición a título lucrativo -hecho imponible del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones-, sino un rendimiento del trabajo, con independencia de que realmente la aportación se haya realizado a título gratuito, como prescribe la Ley 41/2003⁵⁷⁰.

No obstante, hay que tener en cuenta que las aportaciones recibidas a las que se otorga la consideración de rendimiento del trabajo, sólo se integrarán en la base imponible del impuesto cuando excedan del importe máximo anual establecido en el artículo 7.w) de la LIRPF. En efecto, en él se establece la exención de:

⁵⁶⁹En cuanto a la imputación temporal de estos rendimientos resulta de aplicación la regla general establecida en el artículo 14.1.a) del TRLIRPF, conforme a la cual, los rendimientos de trabajo se imputarán al período impositivo en que sean exigibles por su perceptor, que en estos supuestos será el período impositivo en el que se efectúa la aportación.

⁵⁷⁰ Cfr. la Resolución DGT de 27 de abril de 2005 (JT 2005\529).

“Los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con discapacidad correspondientes a las aportaciones a las que se refiere 53 de esta Ley, así como los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos a que se refiere la disposición adicional decimoctava de esta Ley, hasta un importe máximo anual conjunto de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples”⁵⁷¹.

Así pues, la nueva regulación deja exentas de tributación las aportaciones recibidas en el importe del triple del IPREM (5990,40 euros anuales): 17.971,2 euros. Debe tenerse en cuenta que el mismo límite opera también sobre las prestaciones en forma de renta recibidas de sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad. En consecuencia, el contribuyente discapacitado deberá sumar ambas partidas (aportaciones recibidas en el patrimonio especialmente protegido y prestaciones recibidas de sistemas de previsión social) y tributar sobre lo que exceda del triple del IPREM.

En definitiva, como recuerda la DGT en Resolución de 17 de abril de 2005 (JT 2005\529):

“no existe una exención general en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de estas aportaciones, ya que tributan como rendimientos del trabajo del contribuyente discapacitado que las reciba hasta los límites indicados, aunque sí existe una «exención parcial» (una exención técnica, una «no tributación») de tales rentas en tanto en cuanto sólo debe integrarse en la base imponible del perceptor el exceso de la suma referida en el párrafo anterior sobre el doble del salario mínimo interprofesional”.

La parte de la aportación no dineraria que exceda de los límites anteriormente señalados (esto es, aquella parte que no tuviese la consideración de rendimiento del trabajo) quedará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones siéndole de aplicación el artículo 36 LIRPF (ganancias y pérdidas patrimoniales por transmisiones a título lucrativo) a efectos de calcular el valor y la fecha de adquisición. En el caso de que las aportaciones recibidas fuesen no dinerarias, el discapacitado se subroga en la posición del aportante respecto de la fecha y valor de adquisición del bien recibido, sin que a efectos de ulteriores transmisiones le resulte de aplicación lo previsto en la disposición transitoria novena de la LIRPF⁵⁷².

⁵⁷¹ Por Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio (BOE 26-06-2004) se creó el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), que sustituyó al Salario Mínimo Interprofesional (SMI) como indicador de referencia, salvo a efectos laborales. La cuantía de este indicador se establece anualmente en los Presupuestos Generales del Estado. La Disposición adicional trigésima primera de la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado para el 2007 determina que el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) para el 2007 queda fijado en las siguientes cantidades:

IPREM diario, 16,64 euros

IPREM mensual, 499,20 euros

IPREM anual, 5.990,40 euros

⁵⁷² En ella se regula el sistema de determinación del importe de las ganancias patrimoniales derivadas de elementos patrimoniales adquiridos con anterioridad a 31 de diciembre de 1994.

Adicionalmente, la LPPD señala que estos rendimientos del trabajo no están sujetos a retención o ingreso a cuenta, por lo que el aportante, persona física o jurídica no deberá retener o ingresar a cuenta de la Hacienda Pública cantidad alguna. La misma previsión se encuentra ahora recogida en la Disposición adicional decimoctava de la LIRPF.

En caso de disposición de las aportaciones recibidas en el mismo periodo impositivo en que se reciben o en los cuatro siguientes, el discapacitado deberá integrar, en la base imponible del periodo en que se produce la disposición, la cantidad que en su momento hubiese dejado de ingresar más los intereses de demora. En este sentido, siendo bienes homogéneos se entenderán dispuestos los aportados en primer lugar⁵⁷³.

Si la aportación se hubiese realizado al patrimonio protegido de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los trabajadores por un sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, la obligación de integrar en la renta tal aportación deberá cumplirla el trabajador que presta servicios en la entidad aportante. Para ello, el trabajador deberá comunicar al empleador que él, si es el discapacitado, o su pariente, cónyuge o tutelado o acogido discapacitado ha dispuesto de la aportación. En caso de no cumplir con dicha obligación podrá ser sancionado con multa de 400 euros, que podrá ser reducida conforme a lo dispuesto en el artículo 188.3 LGT.

En nuestra opinión, resulta criticable el bloqueo en las posibilidades de obtención de renta que la LPPD lleva a cabo con el establecimiento de tan dilatado período temporal como requisito para disfrutar de las citadas ventajas fiscales⁵⁷⁴. Adicionalmente, no se entiende bien que sea el trabajador quien deba integrar en su base las cantidades que procedan cuando sus parientes o personas a cargo dispongan de los bienes, siendo así que estos trabajadores no disfrutaron en su momento de beneficio fiscal alguno. En este sentido, debe recordarse que el beneficio fiscal lo disfruta la persona física discapacitada titular del patrimonio especialmente protegido, por lo que debería corresponder a la misma la tributación en caso de disposición. Lo contrario implica a nuestro juicio la adopción de una medida desincentivadora para los trabajadores con parientes o personas a cargo discapacitadas. En opinión del CES, el Anteproyecto debería haber establecido que el cumplimiento de obligaciones fiscales por disponer del patrimonio en un momento determinado no debería exigirse cuando dicha disposición responda a situaciones de satisfacción de las necesidades que han dado lugar a la constitución del patrimonio. De lo contrario, podría considerarse que prima la voluntad de preservar la masa patrimonial en vez de la satisfacción de las

⁵⁷³ Así se deduce del artículo 54.5.b) LIRPF:

“El titular del patrimonio protegido que recibió la aportación deberá integrar en la base imponible la parte de la aportación recibida que hubiera dejado de integrar en el período impositivo en que recibió la aportación como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la letra w) del artículo 7 de esta Ley, mediante la presentación de la oportuna autoliquidación complementaria con inclusión de los intereses de demora que procedan, en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca la disposición y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se realice dicha disposición”

⁵⁷⁴ Analizaremos esta cuestión más detenidamente en relación con el estudio de régimen fiscal aplicable a las personas que realizan las aportaciones.

necesidades vitales de la persona con discapacidad, que constituye la finalidad declarada del texto normativo objeto de Dictamen.⁵⁷⁵

La anterior previsión normativa para los supuestos de disposición, no será de aplicación en el caso de fallecimiento del titular del patrimonio protegido, del aportante o de los trabajadores a cuyo favor o de sus familiares o personas a cargo se hubieran realizado aportaciones.

Por último, y por lo que respecta a las obligaciones formales para el titular del patrimonio especialmente protegido, en el artículo 104.5 LIRPF se dispone que:

“Los contribuyentes de este impuesto que sean titulares del patrimonio protegido regulado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, deberán presentar una declaración en la que se indique la composición del patrimonio, las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas durante el período impositivo, en los términos que reglamentariamente se establezcan”⁵⁷⁶.

4.2. Régimen fiscal aplicable a los sujetos que realizan las aportaciones.

4.2.1. Aportaciones realizadas por personas físicas.

Las personas físicas que lleven a cabo aportaciones al patrimonio especialmente protegido de contribuyentes discapacitados, siempre que tengan con el discapacitado una relación de acogimiento o parentesco en línea recta o colateral hasta tercer grado

⁵⁷⁵ Véase el Dictamen 5/2003.

⁵⁷⁶ En el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la LIRPF, se incluye un artículo, el 72, titulado: “Obligaciones de información de los contribuyentes que sean titulares de patrimonios protegidos”. En él se dispone lo siguiente:

“Los contribuyentes que sean titulares de patrimonios protegidos regulados por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, y, en caso de incapacidad de aquellos, los administradores de dichos patrimonios, deberán remitir una declaración informativa sobre las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas durante cada año natural en la que, además de sus datos de identificación harán constar la siguiente información:

- Nombre, apellidos e identificación fiscal tanto de los aportantes como de los beneficiarios de las disposiciones realizadas.

- Descripción e importe de las aportaciones recibidas así como de las disposiciones realizadas. Esta descripción deberá ser acompañada, en su caso, de la documentación que se estime pertinente a los efectos de justificar la necesidad de la disposición realizada así como las circunstancias en que la misma se haya producido.

La presentación de esta declaración informativa se realizará dentro del mes de enero de cada año, en relación con las aportaciones y disposiciones realizadas en el año inmediato anterior.

La primera declaración informativa que se presente deberá ir acompañada de copia simple de la escritura pública de constitución del patrimonio protegido en la que figure la relación de bienes y derechos que inicialmente lo constituyeron así como de la relación detallada de las aportaciones recibidas y disposiciones realizadas desde la fecha de constitución del patrimonio protegido hasta la de la presentación de esta primera declaración.

El Ministro de Economía y Hacienda establecerá el modelo, la forma y el lugar de presentación de la declaración informativa a que se refiere este artículo, así como los supuestos en que deberá presentarse en soporte legible por ordenador o por medios telemáticos”.

inclusive, o fuesen su cónyuge o tutor, tendrán derecho a reducir su base imponible por el importe de tales aportaciones, con un límite de 10.000 euros anuales. Las reducciones por “aportaciones a patrimonios protegidos de las personas con discapacidad” se encuentran reguladas en el artículo 54 LIRPF.

Adicionalmente, la LPPD establece un límite conjunto a la reducción de 24.250 euros anuales para el caso de que hubieran sido varios los aportantes, de forma que el total de aportaciones con derecho a deducción no puede superar los 24.250 euros citados. No obstante, si las aportaciones anuales del conjunto de aportantes excediesen dicha cuantía, cada aportante debe reducir proporcionalmente la reducción en la base practicada a fin de que la suma de aportaciones individuales nunca supere la cuantía mencionada.

Evidentemente, la existencia de este límite conjunto puede plantear problemas prácticos de comunicación entre los aportantes a un mismo patrimonio protegido, que en todo momento deben conocer quién y en qué cuantía ha efectuado aportaciones al patrimonio protegido a fin de practicar la reducción proporcional que corresponda. En este sentido, conviene tener presente que el parentesco no es siempre garantía de fluidez en la comunicación de información económica, por lo que quizá debería articularse un sistema eficaz de comunicación a estos efectos. No obstante, dicha materia se encuentra aún pendiente de desarrollo reglamentario, por lo que es de esperar que esta cuestión obtenga la respuesta adecuada.

Los excesos sobre los límites anteriores que no hubieran sido objeto de reducción, así como las cuantías no reducidas por insuficiencia de base imponible, podrán reducirse en los cuatro periodos impositivos siguientes, dándose prioridad a las reducciones más antiguas frente a las más modernas.

En el caso de que las aportaciones al patrimonio protegido del discapacitado fuesen no dinerarias, cabe la posibilidad de practicar la reducción en la base imponible del IRPF del aportante dentro de los límites referidos, quedando exentas las ganancias patrimoniales obtenidas por el aportante con ocasión de la aportación. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que las aportaciones no dinerarias deberán valorarse conforme a lo establecido en el artículo 18 de la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*⁵⁷⁷. Dicho precepto establece cuál debe ser el valor de los bienes o derechos en función de su tipología, fijando como límite, en cualquier caso, el valor normal de mercado en el momento de su transmisión. Según lo dispuesto en el referido precepto, la base de las deducciones será la siguiente:

-en los donativos o donaciones de bienes o derechos, el valor contable que tuviesen en el momento de la transmisión y, en su defecto, el valor determinado conforme a las normas del Impuesto sobre el Patrimonio.

⁵⁷⁷ En relación con esta cuestión puede verse: PEDREIRA MENÉNDEZ, J.: *El Régimen Fiscal del Sector No Lucrativo y del Mecenazgo*. Thomson-Cívitas, 2003, págs. 240 y ss.

-en la constitución de un derecho real de usufructo sobre bienes inmuebles, el importe anual que resulte de aplicar, en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo, el 2 por 100 al valor catastral, determinándose proporcionalmente al número de días que corresponda en cada período impositivo.

-en la constitución de un derecho real de usufructo sobre valores, el importe anual de los dividendos o intereses percibidos por el usufructuario en cada uno de los períodos impositivos de duración del usufructo.

-en la constitución de un derecho real de usufructo sobre otros bienes y derechos, el importe anual resultante de aplicar el interés legal del dinero de cada ejercicio al valor del usufructo determinado en el momento de su constitución conforme a las normas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

-en los donativos o donaciones de obras de arte de calidad garantizada y de los bienes que formen parte del Patrimonio Histórico Español, la valoración efectuada será la efectuada por la Junta de Calificación, Valoración y Exportación. En el caso de los bienes culturales que no formen parte del Patrimonio Histórico Español, la Junta valorará, asimismo, la suficiencia de la calidad de la obra.

Adicionalmente, la LPPD establece la inaplicabilidad de la reducción citada en la base imponible del aportante en los siguientes casos:

- a) Si se aportan elementos patrimoniales afectos a actividades económicas.
- b) Si el aportante es el propio discapacitado.

Igualmente debe advertirse que, en el supuesto de que se disponga de las cantidades, bienes o derechos aportados en el período en que se realiza la aportación o en los cuatro posteriores, el aportante persona física deberá integrar en la base imponible del período en que se produzca el acto de disposición las cantidades reducidas en proporción a la disposición realizada y los intereses de demora que se hubiesen devengado. En este sentido, siendo bienes homogéneos se entenderán dispuestos los aportados en primer lugar.

Una interpretación en el sentido estrictamente literal del término «disposición» utilizado en el artículo 54 LIRPF supondría entender éste como “cualquier acto tendente a la enajenación, cesión o transferencia de bienes o derechos integrantes del patrimonio, y los de constitución sobre ellos de derechos reales o de gravamen -en ocasiones y según el contexto llegan a abarcar a los denominados actos de administración extraordinaria que exigen, para ser llevados a cabo válidamente la capacidad y requisitos que se exigen para los actos de disposición-“. Pero, una interpretación de este tipo llevaría a impedir determinados actos de administración activa del patrimonio, con la consiguiente pérdida de valor económico del mismo. En efecto, la conservación por el aportante de las reducciones en la base imponible del IRPF exigirían una composición estática de la masa patrimonial.

“De esta forma, cabe interpretar que sobre la base de la finalidad asignada al patrimonio especialmente protegido, así como al especial régimen de administración configurado por la Ley, que el artículo 59 del TRLIRPF tiene ante todo por objeto garantizar la conservación de esta masa patrimonial para atender las necesidades del titular-beneficiario en el futuro, como masa aislada del resto del patrimonio personal de su titular-beneficiario, sometida a un régimen de administración y supervisión específico. De lo anterior se deriva que el objeto es que en esta masa patrimonial permanezcan los bienes y derechos inicialmente aportados o aquellos que los sustituyan, siempre y cuando exista una perfecta identificación de los bienes a los que sustituyan, dando lugar a regularización aquellos actos que, supongan una salida de bienes o derechos de esta masa patrimonial aislada produciendo una erosión en el valor patrimonial de la misma. Lo anterior implica, que durante el plazo fijado en el artículo 59 del TRLIRPF: - No procederá la regularización de las reducciones practicadas por el aportante, siempre y cuando, sujetándose al régimen de administración exigido por la Ley 41/2003, los actos que se realizan supongan una administración activa del patrimonio tendente a mantener la productividad e integridad de la masa patrimonial. En caso contrario procederá la regularización de las reducciones practicadas. Asimismo, procederá la regularización cuando el acto conlleva una salida del bien o derecho del patrimonio protegido al patrimonio personal del beneficiario. - En principio, y para que no proceda la regularización de las reducciones, la atención de las necesidades vitales del titular del patrimonio deberán de atenderse con los frutos y rendimientos del patrimonio constituido. - En lo relativo a los supuestos de extinción del patrimonio protegido, a los cuales se hace referencia expresa en el artículo 59 del TRLIRPF nos remitimos a lo señalado en el punto 2 de esta contestación. “⁵⁷⁸

¿Qué ocurriría, por ejemplo, si el titular del patrimonio paga el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones? ¿Debe entenderse que se ha dispuesto del patrimonio? En lo relativo a esta cuestión, la DGT ha indicado recientemente que “esta es una obligación personal del donatario y, en principio, ni siquiera puede concluirse que el pago del mencionado Impuesto tenga que efectuarse con cargo al patrimonio protegido, extremo este que dependerá del régimen de administración, siendo esta una cuestión ajena al ámbito de competencias de este Centro Directivo. No obstante, y si el régimen de administración lo permite, conforme con el criterio anteriormente expuesto no procederá la regularización”.

La utilización del dinero aportado para realizar algún tipo de inversión financiera o inmobiliaria, no dará lugar a regularización siempre y cuando se efectúe de conformidad con el régimen de administración regulado en el artículo 5 de la Ley 41/2003 y el nuevo bien adquirido sustituya al dinero inicialmente aportado en el patrimonio protegido.

Por otro lado, si se decidiera realizar una aportación de un derecho de adquisición de un bien inmobiliario, de forma que su adquisición suponga la del bien en cuestión, se entenderá que, sin perjuicio de lo dispuesto anteriormente, no procede la regularización de las aportaciones realizadas cuando el bien inmobiliario adquirido pase a formar parte del patrimonio especialmente protegido. Lo anterior conlleva que el cómputo del plazo

⁵⁷⁸ Res. DGT núm. 844/2006, de 4 mayo. JT 2006\925.

establecido en el artículo 54.5 del LIRPF se realizará en relación con el bien o derecho inicialmente aportado o aquel que pueda sustituirlo, para lo cual será necesaria la oportuna identificación de los mismos.

El artículo 84 del LIRPF que lleva por título «Normas aplicables en la tributación conjunta» dispone en sus apartados 1 y 2, número 1º:

«1. En la tributación conjunta serán aplicables las reglas generales del impuesto sobre determinación de la renta de los contribuyentes, determinación de las bases imponible y liquidable y determinación de la deuda tributaria, con las especialidades que se fijan en los apartados siguientes. 2. Los importes y límites cuantitativos establecidos a efectos de la tributación individual, se aplicarán en idéntica cuantía en la tributación conjunta, sin que proceda su elevación o multiplicación en función del número de miembros de la unidad familiar. No obstante: 1º Los límites máximos de reducción en la base imponible previstos en los artículos 52, 53, 54 y en la disposición final undécima de esta Ley serán aplicados individualmente por cada partícipe o mutualista integrado en la unidad familiar».

Según la DGT, en síntesis, el precepto transcrito establece, para la tributación conjunta, una regla general y una serie de reglas especiales⁵⁷⁹. En principio debe aplicarse siempre la regla general, salvo que resulte de aplicación alguna de las reglas especiales. De acuerdo con la regla general, los límites cuantitativos establecidos a efectos de la tributación individual, se aplicarán en idéntica cuantía en la tributación conjunta (no se pueden multiplicar por el número de miembros de la unidad familiar). No obstante, en lo que se refiere a reducciones de la base imponible, los límites previstos en el artículo 51 (referidos a aportaciones y contribuciones a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados) sí se aplicarán individualmente por cada partícipe o mutualista integrado en la unidad familiar, lo que quiere decir que, en este caso, el límite conjunto puede ser superior al individual, si hay varios partícipes o mutualistas. Sin embargo, esta norma especial, como resulta de su propio tenor, no resulta de aplicación a los límites relativos a reducciones reguladas en otros artículos de dicha Ley y, por lo tanto, tampoco a los previstos en el artículo 54 LIRPF⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Res. DGT núm. 844/2006, de 4 mayo. JT 2006\925.

⁵⁸⁰ Sin embargo, esta norma especial, como resulta de su propio tenor, sólo se puede aplicar a los límites regulados en el artículo 48.5 de la Ley 40/1998 -artículo 60.5 del Texto Refundido-, pero no a los límites relativos a reducciones reguladas en otros artículos de dicha Ley; y, por lo tanto, tampoco a los del nuevo artículo 47 sexies -artículo 59 del Texto Refundido-, como pretende la entidad consultante. Y esto es así, según la DGT, por varios motivos:

“En primer lugar, porque tal ha sido la voluntad del legislador manifestada en la Ley 41/2003. En efecto, esta Ley, en su artículo 15, ha modificado o añadido diversos preceptos en la Ley 40/1998 (artículos 15.4, 16.4, 46.1, 47 sexies, 86.5 y disposición adicional decimocuarta), que se corresponden con los artículos 15.4, 16.4, 50.1, 59, 106.5 y disposición adicional decimotercera del Texto Refundido. Sin embargo, no ha modificado el artículo 70 -artículo 86 del Texto Refundido-. Por lo tanto, no cabe interpretar que la regla especial del número 1º del apartado 2 de dicho artículo resulta aplicable a las reducciones reguladas en el nuevo artículo 47 sexies -artículo 59 del Texto Refundido- por una pretendida «similitud de planteamiento», que ni siquiera se fundamenta en el escrito de consulta.

En definitiva, la LPPD procura el mantenimiento de las aportaciones en el patrimonio especialmente protegido del discapacitado por un dilatado período temporal, lo que a nuestro juicio bloquea la posibilidad de obtener rentas adicionales durante dicho espacio de tiempo. En efecto, las restricciones a la posibilidad de disponer de las cantidades que forman parte del patrimonio protegido suponen un límite excesivo a la realización de operaciones que traten de incrementar su rentabilidad. Coincidimos por tanto con FERNÁNDEZ LÓPEZ, quien ha expuesto de forma clara su opinión sobre este tema: “Es cierto que la preservación de la masa patrimonial adquirida por el discapacitado constituye un objeto loable que contribuye a garantizar su futuro bienestar económico. No obstante lo anterior, ninguna justificación jurídico-social puede hallarse en los incentivos tributarios a la constitución y mantenimiento de los patrimonios protegidos de los discapacitados si, al mismo tiempo, se crean trabas legales que dificultan un óptimo disfrute de tales bienes y derechos por sus legítimos beneficiarios. Piénsese que, en ocasiones, los frutos, rentas o intereses generados por los bienes y derechos que conforman el patrimonio protegido pueden no ser suficientes para procurarle a la persona discapacitada los medios necesarios que le permitan alcanzar una digna calidad de vida y que, en tales circunstancias, resulta recomendable y hasta imprescindible realizar actos de disposición sobre tales elementos patrimoniales”⁵⁸¹.

La anterior previsión normativa para los supuestos de disposición, no será de aplicación en el caso de fallecimiento del titular del patrimonio protegido, del aportante o de los trabajadores a cuyo favor o de sus familiares se hubieran realizado aportaciones.

4.2.2. Aportaciones realizadas por personas jurídicas.

La entrada en vigor de la LPPD ha supuesto también la introducción en el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (TRLIS), concretamente en su artículo 43, de una nueva deducción aplicable a los períodos impositivos iniciados a

En segundo lugar, porque entender que dicha regla especial resulta aplicable supondría la aplicación de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito de un beneficio fiscal -la elevación del límite de una reducción constituye una extensión de su ámbito de aplicación-, lo que vulneraría lo dispuesto en el artículo 23.3 de la Ley General Tributaria.

En tercer y último lugar, porque aun aplicando la analogía, como pretende la entidad consultante, el precepto «más análogo» a la reducción regulada en el artículo 47 sexies -artículo 59 del Texto Refundido- no es el artículo 48 -artículo 60 del Texto Refundido-, referido a reducciones por aportaciones y contribuciones a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados en general, sino el 48 bis -artículo 61 del Texto Refundido-, que regula reducciones por aportaciones y contribuciones a planes de pensiones, mutualidades de previsión social y planes de previsión asegurados constituidos a favor de personas con minusvalía. Y a las reducciones reguladas en este último artículo tampoco les resulta aplicable la norma especial objeto de análisis”. Resolución DGT de 27 abril de 2005 (JT 2005\529).

⁵⁸¹ “Planes de pensiones y patrimonio protegido de los discapacitados: análisis comparativo de su régimen tributario”. *Revista Técnica Tributaria*, núm.65, 2004, pág.36.

partir de enero del 2004⁵⁸². Se trata de una medida a favor de las entidades que ostenten la condición de sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades y que hubiesen realizado aportaciones a favor de patrimonios especialmente protegidos de personas con discapacidad. Se pretende de este modo incentivar el que las empresas lleven a cabo aportaciones a los patrimonios especialmente protegidos de sus empleados o de las personas discapacitadas que dependan de dichos trabajadores.

Constituye la base de esta deducción las aportaciones realizadas a favor de patrimonios protegidos de los trabajadores cuyas retribuciones brutas anuales fuesen inferiores a 27.000 € o de sus parientes en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, de sus cónyuges o de las personas a cargo de dichos trabajadores en régimen de tutela o acogimiento. En el caso de que el trabajador disfrutase de una retribución igual o superior a 27.000 € la deducción se aplicará sobre la parte proporcional de las aportaciones que se correspondan con el límite señalado (esto es, inferior a 27.000 € o lo que es lo mismo, 26.999,99 €).

Pues bien, las aportaciones que generan derecho a deducción no podrán exceder de 8.000 € anuales por cada trabajador o persona discapacitada. El exceso, en su caso, de las aportaciones realizadas, dará derecho a la práctica de la deducción en los cuatro períodos impositivos posteriores hasta agotar, en cada período, los 8.000 € citados. En este sentido, si concurriesen en un mismo período impositivo deducciones derivadas de aportaciones realizadas en el propio ejercicio con deducciones provenientes de aportaciones derivadas de ejercicios anteriores, deberán practicarse en primer lugar las deducciones pendientes de ejercicios anteriores, respetando siempre el límite en la base de los 8.000 € citados.

En el caso de que la aportación fuese no dineraria, igual que ocurre cuando los aportantes son personas físicas, deberá valorarse la misma conforme a las normas de valoración recogidas en el artículo 18 de la *Ley 49/2002, de 23 de diciembre, de régimen fiscal de las entidades sin fines lucrativos y de los incentivos fiscales al mecenazgo*. Dicho precepto establece sistemas de valoración diferenciados en función del bien o derecho de que se trate, pero en todo caso establece como límite el valor de mercado.

Las rentas que se pusieran de manifiesto con ocasión de la aportación a patrimonios protegidos de los discapacitados estarán exentas de tributación en el Impuesto sobre Sociedades.

La deducción fijada asciende al 10% de la base de la deducción. Habida cuenta que el límite máximo de dicha base lo constituyen en todo caso 8.000 € las entidades podrán deducir como máximo de la cuota íntegra del impuesto 800 €

Junto a los límites indicados, que despliegan sus efectos esencialmente en la determinación de la base de la deducción, la LPPD establece límites a la aplicación de la propia deducción impidiendo que la misma sea aplicada en caso de que las aportaciones respondan a compromisos específicos asumidos con los trabajadores como consecuencia de un expediente de regulación de empleo.

⁵⁸² Este artículo ha sido modificado por la Disposición Final Segunda de la *Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio*.

En cuanto a los efectos de la disposición de las aportaciones que se hubieran realizado en el ejercicio en el que se lleva a cabo la aportación o en los cuatro siguientes, el sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades deberá satisfacer en el período impositivo en que se produzca la disposición la cantidad deducida consecuencia de la aportación en su día realizada y los intereses de demora que se hubieran devengado.

4.3. Exenciones en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales de las aportaciones al “patrimonio protegido”.

La LPPD ha introducido un importante beneficio en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, ya que declara la exención, en todas sus modalidades, de las aportaciones que se realicen al patrimonio protegido de las personas discapacitadas, mediante la inclusión de un nuevo apartado, el 20, en el artículo 45 de la Ley del Impuesto..

Este impuesto, regulado básicamente por el Texto Refundido que aprueba el *Real Decreto Legislativo 1/1993*, y por el Real Decreto 828/1995, encierra en realidad tres figuras tributarias diferenciadas: Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas, Impuesto sobre Operaciones Societarias e Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, que a su vez presenta tres modalidades distintas (documentos notariales, documentos mercantiles y documentos administrativos). Por este motivo la LPPD declara la exención del impuesto “en todas sus modalidades”.

Hasta la entrada en vigor de la LPPD, no se contemplaba en la normativa aplicable a este tributo ninguna medida directamente aplicable a los discapacitados. A partir de su aplicación, no se devengará el impuesto cuando se realicen hechos imposables sujetos a él que sean consecuencia de aportaciones realizadas al patrimonio de los discapacitados. Pero, para entender el alcance de esta exención resulta conveniente explicar brevemente la naturaleza y características de las modalidades mencionadas.

Por un lado, el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas es un tributo indirecto que grava las transmisiones onerosas por actos *inter vivos* de toda clase de bienes y derechos, así como la constitución de derechos reales, préstamos, fianzas, arrendamientos, pensiones y concesiones administrativas (artículo 7 TRITPAJD). El sujeto pasivo obligado al pago del tributo (artículo 8 TRITPAJD) es el adquirente del bien o derecho que se transmite, por el título que sea, a través del correspondiente contrato, pagando por ello un precio. La cuota tributaria se calcula, de forma general, multiplicando el valor real del bien o derecho transmitido (que será la base imponible), por el tipo de gravamen correspondiente. Pues bien, las aportaciones al patrimonio de los discapacitados que sean consecuencia de una transmisión onerosa no supondrán, para el titular del patrimonio (es el adquirente en estas transmisiones), la obligación de pagar el impuesto correspondiente.

En segundo lugar, el Impuesto sobre Operaciones Societarias es un tributo indirecto que grava, básicamente, la constitución, aumento y disminución de capital, fusión, escisión y disolución de sociedades, así como las aportaciones que realicen los socios para reponer pérdidas sociales (artículo 19 TRITPAJD). La cuantía del tributo se calcula multiplicando la base imponible (en términos generales será el valor del capital

social constituido, aumentado, restituido o liquidado, así como del as aportaciones gravadas) por el tipo de gravamen del 1%. Lo cierto es que, al tratarse de un tributo enfocado a la empresa, tendrá escasa o nula incidencia en relación con el tema que nos ocupa.

Por último, el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados es un tributo indirecto que grava la documentación de determinadas operaciones notariales, mercantiles y administrativas. Nos interesa especialmente la modalidad del impuesto que grava los documentos notariales, que hace tributar a quien adquiere el bien o derecho o a quien insta el documento por las escrituras, actas y testimonios notariales (artículos 28 y 29 TRITPAJD). Estos documentos están sujetos a dos tipos de gravamen (artículo 31 TRITPAJD): uno fijo por el papel timbrado que se utilice (0,30 euros por pliego o 0,15 por folio), y una cuota proporcional para aquellos casos en los que las primeras copias de escrituras o actas notariales contengan actos o contratos inscribibles, tengan por objeto cantidad o cosa valuable, y no deban tributar por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas o por el Impuesto sobre Operaciones Societarias. En este caso se aplicará el tipo que fije la correspondiente Comunidad Autónoma, aplicándose subsidiariamente el tipo del 0,5%. Tampoco en este caso deberá el discapacitado titular del patrimonio protegido pagar el impuesto correspondiente a la documentación de las aportaciones, lo que supone sin duda un beneficio importante.

4.4. La posible exención en el Impuesto sobre el Patrimonio de los bienes integrantes del “patrimonio protegido”.

La Disposición Adicional Segunda de la LPPD establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas declaren exentos del Impuesto sobre el Patrimonio los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido de los discapacitados. Este impuesto es un tributo de carácter directo que grava el patrimonio neto de las personas físicas, y que viene regulado en sus aspectos básicos por la *Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio* (en adelante LIP).

Conviene tener presente que el Impuesto sobre el Patrimonio se encuentra cedido a las Comunidades Autónomas. En efecto, según el artículo 23 de la *Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía*⁵⁸³:

“1. Se cede a la Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre el Patrimonio producido en su territorio.

⁵⁸³ Esta Ley es consecuencia del nuevo marco de financiación de las Comunidades Autónomas, iniciado con los acuerdos adoptados por el Consejo de Política Fiscal y Financiera, y culminados con la aprobación de la *Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas*. Ciertamente, en cuanto a las competencias normativas, es posible constatar que la *Ley 21/2001* ha supuesto un cambio en el nivel de autonomía financiera y de corresponsabilidad fiscal respecto de la anterior Ley de Cesión (*Ley 14/1996*).

2. Se considera producido en territorio de una Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre el Patrimonio que corresponda a aquellos sujetos pasivos que tengan su residencia habitual en dicho territorio”.

Pero además de la recaudación por este tributo, se han cedido competencias normativas, concretamente en relación con el mínimo exento, el tipo de gravamen, y las deducciones y bonificaciones de la cuota. Así se establece en el artículo 39 de la citada norma, en el que se matiza además que: *“Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado”.*

Por tanto, será cada una de las Comunidades Autónomas quien decida sobre la conveniencia de trasladar a sus ordenamientos tributarios la preocupación por proteger el patrimonio de estas personas. Hasta el momento sólo ha hecho uso de esta posibilidad Cataluña, en cuya Ley 7/2004, de 16 de julio, de Medidas Fiscales y Administrativas, establece una bonificación del 99% a favor de la persona contribuyente en la parte de la cuota que proporcionalmente corresponda a dichos bienes o derechos. En efecto, según dispone el artículo 2 de esta norma:

“Con efectos a partir de 1 de enero de 2004, si entre los bienes o derechos de contenido económico computados para la determinación de la base imponible los hay que forman parte del patrimonio especialmente protegido de la persona contribuyente constituido al amparo de la Ley del Estado 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, la persona contribuyente puede aplicarse una bonificación del 99% en la parte de la cuota que proporcionalmente corresponda a dichos bienes o derechos”.

La disminución en la recaudación del Impuesto sobre el Patrimonio que puede derivar de la aprobación de este tipo de exenciones es escasamente significativa, ya que nos encontramos ante un tributo cuya finalidad primordial no es la recaudatoria, sino más bien la de servir de complemento a otros impuestos, así como ofrecer a la Administración una información muy importante en la lucha contra el fraude. Por este motivo resulta extraña la tardanza de los legisladores autonómicos (con la excepción del catalán) en introducir la exención comentada en sus ordenamientos jurídicos, sobre todo si tenemos en cuenta que políticamente se trataría de una medida bastante popular.

CAPÍTULO VII. ASPECTOS LABORALES DE LA DISCAPACIDAD GENERADORA DE DEPENDENCIA

R.M. Pérez Yáñez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo

Sumario

1.- La discapacidad en las normas laborales y en la legislación de Seguridad Social.
2.- La dependencia y su tutela en el sistema de la protección social.

2.1.- La protección social de la dependencia con anterioridad a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

2.1.1.- Antecedentes históricos de la protección de la dependencia en el sistema español de Seguridad Social . Una breve aproximación.

2.1.2.- La protección de la dependencia en la vigente legislación de Seguridad Social

a) La limitada funcionalidad de la pensión de jubilación en la protección de la dependencia.

b) La pensión de viudedad y su limitada funcionalidad en la atención de las situaciones de dependencia

c) La protección de la dependencia a través de las prestaciones por incapacidad permanente e invalidez

d) La prestación de invalidez no contributiva

e) Prestaciones a favor de los cuidadores informales de las personas dependientes

2.2.- La delimitación de la dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

2.2.1.- Los antecedentes de la Ley de promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia.

2.2.2.- La nueva protección de la dependencia: su ubicación extramuros del sistema de Seguridad Social

2.2.3.- El concepto de dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

2.2.4.- Los grados de la dependencia y el baremo de aplicación

a) La graduación de la dependencia en la Ley

b) La elaboración del baremo y su posterior aplicación.

2.2.5.- El impacto de la Ley en el marco protector subsistente.

3. Breves notas sobre la situación social de los cuidadores no profesionales.

1.- La discapacidad en las normas laborales y en la legislación de Seguridad Social.

Desde hace tiempo la discapacidad ha sido tomada en consideración por las normas sociolaborales de nuestro ordenamiento a efectos muy diversos. Básicamente, estas

disposiciones pueden ser clasificadas en dos grandes grupos en atención a la finalidad que con ellas se persigue. Un primer grupo estaría compuesto por aquellas normas que pretenden fomentar la actividad laboral de los discapacitados que pueden trabajar a pesar de su condición de minusválidos, o más propiamente -para utilizar la terminología más reciente y sin duda también más apropiada-, a pesar de su condición de personas con discapacidad⁵⁸⁴.

En el ámbito específico del fomento del empleo los incentivos reservados a los trabajadores discapacitados se hacen depender de la acreditación de un grado de minusvalía en el denominado mercado ordinario de trabajo⁵⁸⁵. En concreto, “el grado mínimo de minusvalía necesario para generar el derecho a los beneficios establecidos en las medidas de fomento del empleo para el mercado ordinario de trabajo a favor de los discapacitados, así como para que las personas con discapacidad puedan ser contratadas en prácticas o para la formación en dicho mercado ordinario de trabajo con aplicación de las peculiaridades previstas para este colectivo, deberá ser igual o superior al 33 por ciento»⁵⁸⁶.

De hecho, las medidas de fomento de empleo de este colectivo pretenden incidir directamente en las denominadas “restricciones en la participación” como una de las vertientes del concepto de la discapacidad que ha sido asumido recientemente en el ámbito internacional separándose de este modo de antiguas formas de afrontar esta realidad más propias de tiempos pasados y de concepciones sobradamente desactualizadas⁵⁸⁷.

El segundo conjunto normativo que ha prestado atención al fenómeno de la discapacidad estaría compuesto, básicamente, por aquellas disposiciones pertenecientes a la legislación de Seguridad Social que ofrecen una protección, económica o de otro tipo, a quienes presentan una cierta incapacidad causante de una disminución o anulación de su capacidad laboral o bien a quienes padecen ciertas deficiencias que anulan o modifican su capacidad.

Junto a disposiciones que pertenecen a uno u otro grupo deben citarse, además, aquellas otras que toman en consideración la discapacidad a fin de reconocer determinados

⁵⁸⁴ Un nuevo ejemplo de este cambio terminológico, no privativo de nuestro país, puede encontrarse, precisamente, en la disposición adicional octava de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, a cuyo tenor, “las referencias que en los textos normativos se efectúan a ‘minusválidos’ y a ‘personas con minusvalía’, se entenderán realizadas a ‘personas con discapacidad’. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos ‘persona con discapacidad’ ‘personas con discapacidad para denominarlas”.

⁵⁸⁵ Son así medidas de fomento de la contratación de los discapacitados en empresas ordinarias que deben diferenciarse del empleo protegido instrumentalizado a través de los Centros Especiales de Empleo. La relación laboral especial de los discapacitados en estos centros especiales es objeto de estudio en otras páginas de este volumen.

⁵⁸⁶ Según la nueva redacción dada a la disposición adicional sexta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social por la disposición adicional cuarta de la Ley 51/2003. Sobre el tema puede verse, el estudio del Consejo Económico y Social sobre “La situación de las personas con discapacidad en España”, Colección Informes, CES, Madrid, 2004; PÉREZ REY., J., “Panorámica de las especialidades e incentivos en la contratación laboral ordinaria de trabajadores con discapacidad”, en ROMERO RÓDENAS, M.J., “Trabajo y protección social del discapacitado”, Bomarzo, 2003, págs. 95 y ss; GANZENMÜLLER G. y ESCUDERO, J.F., “Discapacidad y Derecho. Tratamiento jurídico y sociológico”, Barcelona, Bosch, 2005.

⁵⁸⁷ Según la definición ofrecida por la OMS en el año 2001, la discapacidad engloba tanto las deficiencias como las limitaciones en la actividad y las denominadas restricciones en la participación (Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), OMS, 2001).

derechos laborales al trabajador (o funcionario público) que se hace cargo del discapacitado y se encuentra unido mediante vínculos familiares a la persona afectada por la discapacidad. Así sucede, a modo de ejemplo, en los casos de suspensión del contrato de trabajo por acogimiento o adopción de menores a partir de los 6 años que sean discapacitados o minusválidos en los términos previstos por el art. 48.4 ET; como también cuando se reconoce el derecho de pasar a una situación de excedencia por cuidado de familiares, hasta el segundo grado, cuando se trate de familiares “que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida” (art. 46.3 ET).

Por otra parte, la variedad de normas sociolaborales que atienden a la discapacidad no sólo obedece a finalidades muy diversas, del mismo modo la referida heterogeneidad viene acompañada, a su vez, de una pluralidad de grados que permiten identificar la discapacidad jurídicamente relevante, en cada caso, en función del ámbito en el que se proyectan. Algunas de estas formas de delimitar la discapacidad conducen efectivamente a la dependencia propiamente dicha en tanto que otras contemplan situaciones de falta de capacidad menos intensas que, en puridad, permanecen extramuros de la noción de dependencia. En todos estos supuestos la discapacidad tomada en consideración por la norma se encuentra delimitada atendiendo básicamente a dos factores específicos: el grado de discapacidad y la necesidad o no de concurso de otra persona. Conviene recordar, por otra parte, que la delimitación de la discapacidad que se contiene en estas normas reviste una relevancia especial que llega a trascender el propio ámbito sociolaboral para resultar operativo en otras esferas jurídicas como es el caso del Derecho Tributario.

En el ámbito específico de la Seguridad Social se consideran personas con discapacidad aquellas que tienen reconocido un determinado grado de minusvalía una vez que se ha seguido el procedimiento específicamente previsto al efecto ⁵⁸⁸. Con carácter general el grado mínimo ha quedado fijado en un 33%, sin perjuicio de que, en ocasiones, el umbral requerido para poder tener acceso a determinadas prestaciones sea haya quedado fijado en un mínimo superior a dicho porcentaje.

Conviene recordar, en este punto, lo dispuesto en la reciente Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁵⁸⁹. A los efectos de la referida norma, se consideran personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. La previsión anterior se acompaña de un

⁵⁸⁸ Una delimitación de la discapacidad y su separación de otros conceptos como el de la deficiencia puede verse en ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN M., MARTÍN DÉGANO, I., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social y en el Derecho Tributario”, Madrid, Aranzadi, 2006, págs.42 y ss; y ALONSO-OLEA GARCÍA, B., , “Concepto de discapacidad y su distinción de otros afines, la deficiencia y la incapacidad”, ROMERO RÓDENAS, MJ (coord.), “Trabajo y protección social del discapacitado”, Bomarzo, 2003, págs. 11 y ss. Para una distinción entre el concepto discapacidad y el de enfermedad a propósito de la tutela ofrecida por la normativa comunitaria contra la discriminación en el empleo y en la ocupación puede verse en la sentencia del TJCE de 11 de julio de 2006. Considera el Tribunal de Luxemburgo (Gran Sala), en la citada resolución, que el concepto de “discapacidad” que aparece como uno de los posibles motivos de discriminación en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe entenderse referido “a una limitación derivada de dolencia físicas, mentales o psíquicas y que suponga un obstáculo para que la persona de que se trate participe en la vida profesional”. En su opinión, dicho concepto debe ser diferenciado del concepto “enfermedad”.

⁵⁸⁹ BOE 3 de diciembre.

importante añadido -desafortunado según la opinión de algunos autores⁵⁹⁰-, según el cual “en todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad” (art. 1.2).

El Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, de reciente aparición⁵⁹¹, ha sido el encargado de determinar quiénes tienen la consideración de personas con discapacidad a los efectos de dicha Ley así como de concretar las formas válidas de acreditación del grado de minusvalía. En particular, el grado de minusvalía igual al 33% al previsto en la Ley 51/2003 deberá ser acreditado a través de alguno de los documentos previstos en el art. 2 del Real Decreto: resolución o certificado expedido por el IMSERSO o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma; resolución del INSS por la que se reconoce la condición de pensionista por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez; y finalmente, resolución del Ministerio de Economía y Hacienda o del Ministerio de Defensa por la que se reconoce una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad (art. 2). Por su parte, el grado de minusvalía superior al anterior porcentaje se acreditará también mediante resolución o certificado expedido por el IMSERSO o por el órgano competente de la Comunidad Autónoma. En todo caso, los pensionistas de la Seguridad Social y los pertenecientes a las Clases Pasivas que la Ley contempla podrán solicitar de los órganos anteriores el reconocimiento de este grado superior de minusvalía siendo de aplicación el anexo 1 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía.

Con esta norma reglamentaria se pretende salir al paso, además, de los problemas prácticos que se han derivado de la equiparación legal con determinados pensionistas, una equiparación la anterior que, en el aún corto recorrido de la Ley 51/2003 había dado lugar a la aparición de decisiones administrativas “heterogéneas y, en algunas ocasiones contradictorias en relación con la forma de acreditar la asimilación al grado de minusvalía prevista”, tal y como puede leerse en su texto.

El Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, antes citado contiene en efecto el procedimiento a seguir para la acreditación del grado de minusvalía de la persona con discapacidad⁵⁹². La norma contiene, además, el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona, a los efectos del reconocimiento de la invalidez no contributiva y las prestaciones familiares por hijo a cargo.

En breve, el grado de minusvalía se determina mediante la aplicación de los baremos previstos en su Anexo I⁵⁹³ donde son objeto de valoración tanto las discapacidades de

⁵⁹⁰ Como ha sido el caso de ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN M., MARTÍN DÉGANO, I., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social...”, cit., pág., 56.

⁵⁹¹ BOE 16 de diciembre de 2006.

⁵⁹² Esta norma ha sido reformada recientemente por el Real Decreto 1169/2003, de 12 de septiembre, que ha procedido a modificar el baremo a fin de adecuarlo a las variaciones en el pronóstico de la enfermedad en el caso de personas afectadas por VIH.

⁵⁹³ El baremo es una adaptación de las tablas de valoración elaboradas por la Asociación Médica Americana (AMA), publicadas en su primera versión en 1971. De hecho, la norma española ha seguido en buena parte la cuarta edición de las mismas publicada en 1993, y no recoge por consiguiente las

la persona (apartado A del Anexo I) como los factores sociales complementarios (apartado B del mencionado Anexo) relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural que hagan difícil su integración social (art. 4). Este grado se configura como el resultado de la valoración de la discapacidad (el denominado grado de discapacidad) al que se adicionan, en su caso, los factores sociales complementarios anteriormente referidos. La valoración de las situaciones de minusvalía y la determinación de su grado corresponde a los equipos de valoración y orientación (EVOS) ⁵⁹⁴.

Por su parte, el baremo para determinar la necesidad de asistencia de otra persona, a los efectos del reconocimiento de la invalidez no contributiva y las prestaciones familiares por hijo a cargo, se recoge en su Anexo II. Para estos casos la imposibilidad de realizar determinadas actividades de la vida diaria de modo autónomo debe ser valorada ponderadamente siendo así que sólo se entiende que concurre la necesidad de concurso de una tercera persona cuando se obtiene un mínimo de quince puntos. Las actividades que deben ser evaluadas son seis apareciendo cada una de ellas detalladas en diversos aspectos. Dichas actividades se concretan en las siguientes: desplazamiento (confinamiento en cama, confinamiento en silla de rueda, usuario de silla de rueda, etc); cuidado de sí mismo en los ámbitos que se consideran elementales como la cama, el vestido la higiene personal o la alimentación (acostarse, levantarse, ponerse o quitarse prendas o el calzado, bañarse o ducharse, sujetar y manejar cubiertos y otros utensilios, entre otros); comunicación con el exterior de su vivienda (contestar llamada, usar teléfonos, etc); otras actividades en el interior de la casa (manejo de pestillos, llaves, dispositivos domésticos, etc); cuidados especiales (mediante aparatos o precauciones especiales o colocación de prótesis ótesis, etc); y, finalmente, adaptación personal y social (convivencia, autoprotección, conducta social y autosuficiencia psíquica) ⁵⁹⁵.

Sin perjuicio de las previsiones que al respecto se contienen en la Ley 51/2003 y en su reglamento de desarrollo, a las que se ha hecho referencia, el procedimiento para el reconocimiento de la incapacidad permanente en su modalidad contributiva se encuentra regulado en el RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla en materia de incapacidades laborales la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social. Son órganos competentes para reconocer una incapacidad de este tipo las Direcciones Provinciales del INSS. La valoración en estos casos es llevada a cabo por los denominados Equipos de Evaluación de Incapacidades (EVI) ⁵⁹⁶.

2.- La dependencia y su tutela en el sistema de la protección social.

innovaciones introducidas en ediciones posteriores Y ello, a pesar de que las tablas JAMA han desaconsejado siempre la utilización de criterios distintos a los fijados en la última edición de sus Guías.

⁵⁹⁴ Un análisis detallado del procedimiento puede verse en GALLEGO CÓRCOLES, I., “El procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía” en ROMERO RÓDENAS, MJ (coord.), “Trabajo y protección social del discapacitado”, Bomarzo, 2003, págs. 189 y ss; y ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN M., MARTÍN DÉGANO, I., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social...”, cit., págs 67 y ss.

⁵⁹⁵ Sobre el tema puede verse MALDONADO MOLINA, J.A, “El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pags. 20 y ss.

⁵⁹⁶ Un estudio en profundidad de este procedimiento puede verse en ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN M., MARTÍN DÉGANO, I., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social...”, cit., pág.,

El propio de la protección social constituye uno de los ámbitos en los que la discapacidad ha sido tomada en consideración por el legislador bien para el reconocimiento de determinadas prestaciones económicas bien para proveer de servicios sociales que se encargan de la atención a las personas aquejadas de discapacidad; todo ello, sin olvidar las prestaciones sanitarias⁵⁹⁷. Así sucede, en particular, con el sistema o subsistema de Seguridad Social donde la discapacidad es asumida como una más de las contingencias a proteger. De hecho, y a diferencia de lo que ha sucedido en otras ramas del ordenamiento como el Derecho Tributario –en el que la atención a este colectivo apenas se ha producido sino en tiempos recientes–, el Derecho de la Seguridad Social ha prestado atención a las personas con discapacidad desde sus orígenes.

Conviene tener presente al respecto que la discapacidad que interesa a las normas de Seguridad Social suele conectarse y tiene que ver con una disminución de la capacidad para el trabajo. Con todo y con ello, y a pesar de este enfoque fuertemente condicionado, la legislación española de Seguridad Social ha proveído durante años de una cierta tutela ante situaciones de auténtica dependencia del beneficiario. De este modo, a pesar de que hasta el momento presente no se haya contado en este ámbito con una “protección directa e integral de las situaciones de dependencia”⁵⁹⁸ -ni puede decirse con propiedad que la dependencia haya sido contemplada de modo global ni asumida, propiamente, como un “riesgo asegurado”⁵⁹⁹- por parte del sistema de Seguridad Social, lo cierto y verdad es que algunas de las prestaciones que integran el referido sistema han resultado funcionales, de un modo u otro, a la protección de las personas dependientes en nuestro país.

En algunos de estos supuestos, la tutela tiene lugar toda vez que, al diseñarse la prestación de que se trate, el legislador ha tomado en consideración, de modo explícito y directo, la concurrencia de una situación de dependencia y ha reconocido una determinada prestación para el caso en que el beneficiario se vea precisado del concurso de otra persona para desarrollar los actos básicos de la vida diaria. En otras ocasiones, sin embargo, la tutela dispensada por las normas de Seguridad Social es una tutela menos evidente, más incidental o colateral si se quiere, desde el momento en que no es directamente la situación de dependencia la que desencadena la entrada en escena de las normas protectoras.

Con todo, se ha hecho preciso esperar a la aprobación de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para poder encontrar en nuestro ordenamiento estatal un tratamiento de la cuestión que se pretende integral y que ahora es abordado en un texto monográficamente dedicado a la dependencia.

2.1.- La protección social de la dependencia con anterioridad a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

⁵⁹⁷ Se sigue de este modo la construcción doctrinal de DE LA VILLA GIL, E, quien incluye en el sistema de Protección Social los siguientes subsistemas: subsistema de Seguridad Social, subsistema sanitario y subsistema asistencial, “Reforma de la Seguridad Social y Estado del Bienestar en España, en AAVV, “Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en Homenaje a Juan Antonio Linares Lorente, Madrid, CGPJ, 1997, pág. 361.

⁵⁹⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones de dependencia”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S., y QUINTERO LIMA, M^oG. (Coord.), “Protección social de las personas dependientes”, Madrid, La Ley, 2004, pág. 20.

⁵⁹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La protección social de la dependencia”, Relaciones Laborales, 2006, n^o 23-24, pág. 7.

Como ha quedado dicho, el sistema español de Seguridad Social cuenta con ciertos dispositivos que, durante años y con mayor o menor fortuna, han permitido tutelar en alguna medida a las personas en situación de dependencia incluso con anterioridad a la aparición de la popularmente conocida como Ley de Dependencia. Si se deja al margen del estudio el ámbito propio de la asistencia sanitaria, en la actualidad la protección social de esta contingencia se materializa básicamente a través de dos vías: las prestaciones económicas, de un lado, y los servicios sociales, de otro. Dado que la protección dispensada por estos últimos son objeto de atención en otro lugar de esta obra, las líneas que siguen se centrarán en el estudio de aquellas prestaciones monetarias del sistema que permiten proveer de una cierta protección a las personas dependientes.

La legislación española de Seguridad Social regula, en efecto, ciertas prestaciones que permiten tutelar, de un modo u otro, a las personas en situación de dependencia. Junto a ellas, este cuerpo normativo regula además otra serie de prestaciones que se encuentran vinculadas de algún modo a la presencia de situaciones de este tipo pero cuyos destinatarios no son propiamente los dependientes sino aquellos otros que se encargan de proporcionarles cuidados informales. Algunas de ellas cuentan, además, con una gran solera en nuestro país y llegan a remontarse, incluso, hasta las primeras décadas del siglo pasado.

Con todo y con ello, no sería ajustado a la realidad afirmar que el sistema de Seguridad Social ha abordado las situaciones de dependencia a través de un tratamiento integral y suficiente. Muy al contrario, hasta el momento presente, y para hacer frente a esta eventualidad, se ha contado en el sistema de Seguridad Social con “formas de tutela que, o bien son fragmentarias en cuanto atienden sólo a algunos aspectos o dimensiones de las necesidades asociadas a las situaciones de dependencia; o bien, existentes desde hace tiempo, no fueron creadas con el propósito de hacer frente a esas necesidades, siendo funcionales a ello sólo de forma marginal; o bien, cuando pese a su parcialidad se relacionan con la situación de dependencia, carecen de la autonomía, el cuidado técnico y la entidad requeridas como para constituir una protección mínimamente relevante y sistemática”⁶⁰⁰.

De este modo, el precipitado de todos estos dispositivos de cobertura ha dado lugar, en puridad, a un marco normativo de escasa coherencia que distaba mucho de ofrecer una protección de la dependencia con la eficacia y eficiencia que sería deseable⁶⁰¹. Como habrá ocasión de comprobar a continuación, y tal y como ha sido puesto de relieve por la doctrina, la protección ante situaciones de dependencia nació en su momento “vinculada a la cobertura de la incapacidad para el trabajo, dato que en el futuro será decisivo en la configuración de la protección por tal causa y que aún perdura en la actualidad, condicionando la eficacia y la eficiencia de la cobertura establecida”⁶⁰².

En suma, la situación de la protección de la dependencia por parte de la legislación de la Seguridad Social viene arrojando hasta el momento un saldo negativo debido a la existencia de un marco normativo de protección claramente insuficiente que dispensa, a su vez, una tutela dispersa e igualmente deficitaria. Sin que sea el momento ni el lugar

⁶⁰⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones de dependencia”, cit., pág. 20.

⁶⁰¹ En este sentido, AZNAR LÓPEZ, “Notas sobre la Protección de la Dependencia en la Seguridad Social Española. Aspectos Retrospectivos y Prospectivos”, Foro de Seguridad Social, 2001, n° 5, págs. 19 y 20.

⁶⁰² AZNAR LÓPEZ, “Notas sobre la Protección de la Dependencia en la Seguridad Social Española. Aspectos Retrospectivos y Prospectivos”, Foro de Seguridad Social, 2001, n° 5, pág. 2.

de entrar en detalle en la cuestión, lo mismo ha sucedido con la cobertura ofrecida hasta el momento por los servicios sociales a las personas dependientes.

2.1.1- Antecedentes históricos de la protección de la dependencia en el sistema español de Seguridad Social . Una breve aproximación.

La tutela de las personas en situación de dependencia por parte del Derecho de la Seguridad Social ha presentado en nuestro país, desde su mismo origen, una estrecha conexión con los denominados riesgos profesionales y sus distintas vías de cobertura. La misma Ley sobre accidentes de trabajo de 1932⁶⁰³, y sus correspondientes reglamentos de desarrollo, procedieron a regular un suplemento de las indemnizaciones previstas para las víctimas de accidentes de trabajo para aquellos casos en los que el trabajador precisara de la asistencia constante de otra persona debido a la incapacidad derivada de un accidente de este tipo. De este modo era cómo el legislador español daba cumplimiento a los compromisos que habían sido asumidos por nuestro país en el ámbito internacional, y en concreto, a raíz de la ratificación del Convenio nº 17 de la Organización Internacional del Trabajo relativo a la reparación de los accidentes de trabajo en cuyo texto había quedado contemplado un suplemento de este tipo⁶⁰⁴.

Instalada la protección ante situaciones de dependencia en este ámbito específico, el propio de la cobertura de los riesgos típicamente profesionales, allí permanecería en las décadas subsiguientes. Como muestra de esta situación normativa puede citarse el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo que veía la luz a mediados de los años cincuenta (Decreto de 22 de junio de 1956), donde volvía a optarse por dotar a esta prestación de un carácter suplementario y por vincularla de modo evidente y claro a la incapacidad permanente absoluta. En dicho texto, además, la prestación se configuraba como una prestación afectada que se reconocía con la específica finalidad de proceder a la retribución de la persona encargada de prestar la ayuda al gran inválido. La gran invalidez quedaba así pues conformada, desde la propia norma, como una incapacidad permanente absoluta agravada.

De hecho, la conexión entre la protección de las situaciones de dependencia, a través de la gran invalidez, y la incapacidad laboral sería pronto defendida en sede doctrinal y remarcada por una jurisprudencia que dejó claramente sentado, en su momento, el hecho de que “la gran invalidez exige la incapacidad para el trabajo y la imposibilidad de realizar los actos esenciales de la vida” (STS 23 de enero de 1941).

Con el transcurso del tiempo la gran invalidez dejaría de ser legalmente concebida como una incapacidad permanente absoluta cualificada para pasar a convertirse en un grado más dentro del conjunto de los grados de incapacidad al que atendían las leyes protectoras del Sistema de Seguridad Social. De este modo el legislador salía al paso de las críticas vertidas en sede doctrinal a la concepción legal de la gran invalidez que se había mantenido hasta aquel momento⁶⁰⁵. La desconexión entre la gran invalidez y la incapacidad permanente absoluta podía encontrarse, a su vez, en el propio texto de la Ley de Integración Social de los Minusválidos de 1982 donde se suprimió el requisito

⁶⁰³ De 4 de julio de 1932.

⁶⁰⁴ El Convenio había sido ratificado por nuestro país en 1929.

⁶⁰⁵ Esta nueva configuración de la gran invalidez no se sustraería, con todo, a una valoración igualmente crítica por parte de quienes veían en ella más una prestación adicional que un grado de incapacidad propiamente dicho.

de padecer una incapacidad permanente absoluta para poder tener acceso al reconocimiento de gran inválido⁶⁰⁶.

Junto al conjunto de previsiones al que se viene aludiendo, la legislación histórica se ocupó también de regular algunas ayudas a favor de los cuidadores informales de las personas en situación de dependencia. Prestaciones de este tipo podían encontrarse ya en la Ley 24/1972, de 21 de junio, donde quedó prevista una pensión a favor de los hijos y hermanos de los pensionistas de jubilación e invalidez; o en la denominada “aportación económica por subnormales” que quedó prevista en el Decreto 2421/1968, de 20 de septiembre, cuya finalidad concreta, en cuanto prestación afectada, consistía en contribuir a sufragar los gastos derivados de la situación de minusvalía para los familiares. Todas ellas constituyen, a su vez, otros tantos antecedentes de las actuales prestaciones a favor de familiares a las que se prestará atención más adelante dada su funcionalidad como mecanismos que, de algún modo, han permitido tutelar la dependencia en nuestro país⁶⁰⁷.

2.1.2.- La protección de la dependencia en la vigente legislación de Seguridad Social

Como ha quedado dicho, la legislación de Seguridad Social no ha regulado hasta el momento una prestación específica que atienda de modo directo e inmediato a las personas en situación de dependencia. En su lugar, la protección que hasta el momento ha dispensado en estos casos ha sido una tutela carente de sistemática, con un alto grado de dispersión, y que debe buscarse en un conjunto más o menos heterogéneo de preceptos. El sistema español de Seguridad Social cuenta, por tanto, en la actualidad con una serie de resortes que permite atender, de un modo u otro y con mayor o menor fortuna, a la situación de necesidad en la que se encuentran las personas dependientes.

En estos casos, la cobertura ofrecida por el legislador ha revestido la naturaleza de prestaciones económicas que bien proporcionan ingresos a las personas dependientes, bien se destinan, específicamente, a sus cuidadores informales. Entre todas ellas pueden distinguirse, además, prestaciones en las que la situación de dependencia en sí misma considerada no es propiamente la desencadenante del reconocimiento del derecho, y aquellas otras donde la necesidad de contar con el concurso de otra persona es efectivamente tomada en cuenta por la norma a los efectos de proporcionar al dependiente una tutela específica. En este último caso, así pues, se trata de prestaciones que se encuentran reservadas para aquellos sujetos que acreditan un determinado grado de discapacidad. En particular, y este ámbito específico, la dependencia se mide atendiendo a dos parámetros específicos: la intensidad de la minusvalía que aqueja al sujeto -el grado-, por un lado, y, de otra parte, la propia necesidad de la asistencia de tercera persona.

Antes de pasar a analizar cada una de estas prestaciones conviene recordar que algunas de ellas forman parte del nivel contributivo del sistema de Seguridad Social en tanto que otras pensiones integran el denominado nivel o modalidad no contributiva. En el nivel contributivo se integran prestaciones que tienen la naturaleza de “derechos subjetivos

⁶⁰⁶ Esta norma vino a regular un subsidio por ayuda de tercera persona que se presenta como el antecedente del actual complemento de la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva.

⁶⁰⁷ Al respecto puede verse MERCADER UGUINA, J.R y MUÑOZ RUIZ, A.B., “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en AAVV, “Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones”, Granada, Comares, 2004, págs. 844 y ss.

perfectos” de modo que el cumplimiento de los requisitos legales conduce a una percepción automática de las mismas. Entre estos requisitos se encuentra la acreditación de un período mínimo de cotización previa. En cambio, las prestaciones del nivel no contributivo han sido calificadas como derechos subjetivos “imperfectos” toda vez que su percepción se hace depender de la previa demostración de un estado de necesidad⁶⁰⁸.

a) La limitada funcionalidad de la pensión de jubilación en la protección de la dependencia.

La pensión de jubilación, como prestación económica a percibir a partir de una determinada edad, se presenta como una de las eventuales vías de obtención de ingresos con la que pueden contar en nuestro país los mayores dependientes. También es cierto, sin embargo, que se trata de una cuantía que el Estado concede no con base en la situación de dependencia del sujeto sino por su condición de anciano. En este sentido, la pensión se presenta como una protección de la que tradicionalmente ha dado en llamarse tercera edad –a la que alude incluso nuestro Texto constitucional en su art. 50 CE-. Una denominación, la anterior, que debe completarse con la que en los últimos tiempos se ha denominado “cuarta edad” (integrada por los mayores de 80 años).

De este modo, en el nivel contributivo la pensión de jubilación constituye una prestación económica que funciona como una renta de sustitución de los ingresos profesionales dejados de percibir por el jubilado -tras el fin de su vida activa- una vez producida su salida previsiblemente definitiva del mercado de trabajo y siempre que se acredite un período mínimo de cotización. En tanto que, la pensión de jubilación en su modalidad asistencial o no contributiva funciona como un mecanismo para proveer de ingresos de subsistencia a aquellos ancianos que no tienen derecho a percibir la prestación en la modalidad anterior -normalmente por carecer del período mínimo de cotización requerido- y tampoco superan el umbral de rentas fijados legalmente.

La pensión de jubilación, por lo que ha quedado dicho, es así en puridad una pensión de vejez que, por tal razón, no está pensada ni ha sido configurada específicamente por el legislador para hacer frente a situaciones de dependencia. Su importe no queda fijado en atención a la existencia o no de la necesidad de concurso de otra persona como tampoco el propio derecho a su percepción se hace depender de la previa acreditación por parte del jubilado de un determinado grado de discapacidad. Sin perjuicio de lo anterior, no cabe desconocer que estamos en presencia de una de las fuentes de ingresos de los mayores dependientes. Y que, por tanto, y desde esta perspectiva concreta, puede afirmarse que la misma ofrece una tutela a las personas dependientes aunque lo sea de modo colateral⁶⁰⁹. Por otra parte, y como una prueba añadida de la escasa virtualidad que esta protección ofrece en estos casos, debe señalarse que, además de ofrecer una protección a la dependencia que sólo lo es de forma incidental o indirecta constituye un mecanismo de protección que resulta ser notoriamente insuficiente.

b) La pensión de viudedad y su limitada funcionalidad en la atención de las situaciones de dependencia

⁶⁰⁸ En este sentido, ALONSO-OLEA GARCÍA, B., LUCAS DURÁN M., MARTÍN DÉGANO, I., “La protección de las personas con discapacidad en el Derecho de la Seguridad Social...”, cit., pág. 31.

⁶⁰⁹ Vid., al respecto, GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones de dependencia”, cit., p. 21)

Aunque lógicamente no se trata de una prestación específicamente pensada para la tutela de las personas dependientes, la pensión de viudedad, en la práctica, viene proporcionando un cierto nivel de ingresos –los únicos en un gran número de ocasiones- a un importante colectivo de personas dependientes, en especial, a las mujeres. De este modo, la pensión viene a colmar, en cierta medida, la ausencia en nuestro ordenamiento de vías de protección específicas de los mayores en situación de dependencia. Con todo y con ello conviene no olvidar que la cuantía de la pensión en nuestro país continúa siendo nimia –a pesar de las recientes, y mínimas, mejoras que ha conocido- y que difícilmente puede llegar a proporcionar ingresos suficientes para hacer frente a los gastos derivados de una situación en la que se precisa el concurso de otra persona para llevar a cabo las actividades básicas de la vida cotidiana ⁶¹⁰.

c) La protección de la dependencia a través de las prestaciones por incapacidad permanente e invalidez

Las prestaciones del sistema de Seguridad Social vinculadas a la existencia de una incapacidad permanente del beneficiario tienen como finalidad proteger al sujeto frente a determinadas situaciones de falta de capacidad. En este sentido, la cercanía entre la incapacidad permanente –total o absoluta- y la dependencia saltan a la vista y resultan evidentes. No debe extrañar, por tanto, que estas prestaciones vengán ofreciendo también una cierta tutela a las personas que precisan de apoyo externo para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria. De hecho, el de la protección de la incapacidad permanente es uno de los ámbitos donde es posible encontrar prestaciones específicas que atienden de modo directo a la situación de dependencia. Ahora bien, como se comprobará a continuación, la protección dispensada en estos casos a las personas en situación de dependencia no deja de presentar una nada deseable dispersión y al igual que sucede con la pensión de jubilación, conlleva una protección claramente insuficiente.

Finalmente, debe tenerse presente que la forma de delimitar la incapacidad varía según el nivel de protección en el que nos encontremos. De este modo, la legislación ha concretado lo que deba entenderse por incapacidad, a estos efectos, de forma diversa según que se trate de una incapacidad en la modalidad contributiva o de la invalidez en el nivel no contributivo ⁶¹¹.

Los grados de incapacidad permanente en la modalidad contributiva.

En el nivel contributivo la incapacidad permanente viene determinada por los efectos que la alteración física o psíquica que el trabajador padece produce sobre su capacidad de trabajar. De esta forma, y desde dicho presupuesto, la incapacidad queda configurada por el legislador como “la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral” (art. 136.1 LGSS) ⁶¹². Al respecto el TS viene sosteniendo en una doctrina reiterada que “no hay

⁶¹⁰ Vid., igualmente, en sentido crítico MALDONADO MOLINA, J.A, “El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pag. 44.

⁶¹¹ La denominación “incapacidad permanente” utilizada en la actualidad por el legislador vino a sustituir a la “invalidez permanente” según previsión expresa en la Ley 24/1997, de 15 julio. El término invalidez ha quedado reservado, a partir de entonces, para la incapacidad no contributiva.

⁶¹² Además, también podrán ser calificados en situación de incapacidad permanente las personas minusválidas cuando con posterioridad a su afiliación a la Seguridad Social las reducciones anatómicas o

enfermedades causantes de la incapacidad permanente sino enfermos” (Sentencia de 18 de 12 de 1996; Ar. 9724). En esta misma línea se ha pronunciado el Tribunal constitucional al precisar que “las situaciones de incapacidad se asientan sobre específicas dolencias y anomalías físicas o psíquicas de cada persona y tienen por tanto una configuración casuística y particularizada”⁶¹³.

Resulta palpable, en cualquier caso, la íntima relación que la norma establece entre la incapacidad permanente y la capacidad para el desempeño de un trabajo, una estrecha conexión entre una y otra que ha sido resaltada constantemente por la jurisprudencia de nuestros tribunales. De este modo, constituye un criterio judicial asentado el que considera que “la valoración de la incapacidad permanente debe llevarse a cabo atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador en tanto tales limitaciones determinen la efectiva restricción de la capacidad de ganancia”⁶¹⁴. Precisamente este enfoque netamente profesional introduce no pocas distorsiones cuando la prestación se analiza desde su posible virtualidad de cara a ofrecer una adecuada protección a las personas en situación de dependencia. Y ello por cuanto “se puede ser incapaz permanente para todo tipo de trabajo pero no necesariamente incapaz para realizar los actos básicos de la vida diaria personal; por lo que la incapacidad para el trabajo no tiene por qué tener una consecuencia directa en el terreno de la dependencia personal”⁶¹⁵.

Por otra parte, aunque la dependencia pueda existir bien por edad bien por discapacidad o enfermedad, la legislación de Seguridad Social ha tomado en cuenta sólo a aquellos dependientes que se encuentran aquejados de un determinado grado de incapacidad. Así pues, sólo atiende y se ocupa directamente de las personas en situación de dependencia cuando ésta se anuda y deriva de una cierta discapacidad que se presenta como el factor desencadenante de aquélla. Quedan fuera de esta tutela, por tanto, la dependencia por edad o, más propiamente, la que aqueja a los mayores (sean discapacitados o no). De hecho las normas protectoras de las personas en situación de dependencia dejan fuera de su manto protector, precisamente, a los mayores de 65 años.

La legislación de Seguridad Social contempla hasta cuatro grados de incapacidad permanente en su modalidad contributiva y asigna, a su vez, una tutela específica a cada una de ellas. El grado de incapacidad en la modalidad contributiva se determina, nuevamente, por relación con la disminución de la capacidad de trabajo que sufre el interesado. En concreto, cada grado queda fijado en función del porcentaje de reducción de la capacidad para trabajar que aqueja al sujeto. De este modo, tal y como el legislador dispone expresamente, “a efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”. A tal fin se toma en consideración la profesión habitual del trabajador entendiendo por tal “la profesión que ejercía el interesado o (d)el grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad

funcionales previas sufran una agravación que provoquen “por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación” (art. 136 LGSS); último párrafo incorporado por la Ley 35/2002, reguladora de la jubilación flexible.

⁶¹³ STC 53/1996, 23 marzo.

⁶¹⁴ STSJ Cataluña 4 noviembre 2000.

⁶¹⁵ Tal y como ha sido puesto de relieve por GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones de dependencia”, Madrid, La Ley, 2004, pág. 21.

permanente” (art. 137. 1 y 2 LGSS). Los referidos cuatro grados en los que se clasifica esta incapacidad se concretan desde la norma en los que a continuación se detallan⁶¹⁶.

La incapacidad permanente parcial para la profesión habitual es definida en el legislador como aquella que “sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma” (antiguo art. 137.3 LGSS).

La incapacidad permanente total para la profesión habitual, por su parte, es aquella “que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (antiguo art. 137.4 LGSS)⁶¹⁷. Esta clase de incapacidad resulta compatible con el trabajo de conformidad con lo dispuesto en el art. 141 LGSS.

La incapacidad permanente absoluta para todo trabajo consiste en aquella incapacidad “que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio” (antiguo art. 137.5 LGSS). A tenor del artículo 141.2 LGSS “las pensiones vitalicias en caso de invalidez absoluta o de gran invalidez no impedirán el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión”.

Por último, la gran invalidez se define en la ley como “aquella situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos” (antiguo art. 137.6 LGSS)⁶¹⁸. Es precisamente esta última sobre todo, por su conexión evidente con las situaciones de dependencia, la que resulta de especial interés en estas páginas.

Especial consideración de la gran invalidez como situación generadora de dependencia y su protección en el sistema de Seguridad Social.

Según ha quedado dicho, la gran invalidez constituye en nuestro país uno de los grados de incapacidad permanente de los que se encuentran enunciados en el artículo 137 LGSS, de hecho, es el más elevado de todos ellos. En particular, el concepto de gran invalidez remite a la situación del trabajador aquejado de una incapacidad permanente que precisa, además, de “la ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales

Debe tenerse en cuenta que el desarrollo reglamentario previsto en el art. 137.3 aún no se ha producido. Ante esta situación la propia DT 5ª bis dispone la aplicación de la legislación anterior lo que ha llevado a que se continúen aplicando los apartados 3º a 6º del artículo 137 LGSS anterior a su modificación por Ley 24/1997. Por tanto, las definiciones detalladas en el texto son las que podían encontrarse en LGSS con anterioridad a la reforma de 1997 (Ley 24/1997) y continúan siendo operativas en nuestros días en tanto llega el desarrollo reglamentario anunciado por el artículo 137 LGSS.

⁶¹⁷ Esta incapacidad incluye, además, la denominada incapacidad permanente total cualificada.

⁶¹⁸ La gran invalidez resulta compatible con el trabajo de conformidad con lo dispuesto en el art. 141 LGSS.

de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos” (antiguo artículo 137.6 LGSS).

Como puede observarse, a diferencia de lo que sucede con los restantes grados de incapacidad que la norma contempla, en el caso de la gran invalidez el legislador no sólo ha tomado en consideración la limitación o la pérdida total de la capacidad para realizar un trabajo. Junto al elemento anterior, en este otro grado de incapacidad se añade un nuevo factor esencial que resulta definitorio: el de la incapacidad del sujeto que padece el estado invalidante para llevar a cabo, por sí mismo –esto es, de modo independiente-, lo que se consideran funciones vitales. Este resulta ser en efecto, y a la postre, el elemento fundamental que caracteriza la gran invalidez. Así lo ha entendido el TS que ha llegado a definir este concepto entendiendo por tal la situación de “incapacidad para poder realizar, de forma autónoma, las funciones vitales” y ha venido a señalar que “es la dependencia del inválido al protector o cuidador lo que caracteriza la gran invalidez” (STS 13 de julio de 1983; Ar. 3777).

A juicio del Alto tribunal “la norma legislativa hace una enumeración de determinados actos por vía enunciativa, remitiendo después a la analogía, pudiéndose definir como acto esencial para la vida el que se encamina a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir así como los actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la condición humana” (STS 15 de diciembre de 2000; Ar. 817). De este modo, tal y como ha sido destacado por la doctrina, la definición legal adolece de una excesiva relativización toda vez que el precepto se limita a ofrecer un listado meramente orientativo, no cerrado, de lo que deba considerarse como acto esencial de la vida y remite, a continuación, a la labor judicial para que sean los tribunales quienes procedan a su concreción en cada supuesto particularizado sometido a su consideración ⁶¹⁹.

En todo caso, ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado en la práctica de perfilar algunos de los extremos del concepto legal. De este modo, el TS ha considerado necesario que el sujeto precise la ayuda con “cierta habitualidad” –no bastando a estos efectos la necesidad de ayuda de forma transitoria o esporádica- al tiempo que ha requerido que se esté en presencia de una auténtica imposibilidad, sin que resulte suficiente una mera dificultad para realizar los actos esenciales de la vida ⁶²⁰. En cambio, según criterio judicial, no se requiere continuidad ⁶²¹ como tampoco se ha estimado necesario que la ayuda del tercero se precise para el conjunto de los actos que antes se han enunciado. En este sentido, el TS ha considerado suficiente “un acto preciso para la satisfacción de una necesidad primaria ineludible, para poder subsistir fisiológicamente o para ejecutar actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene o decoro” (TS 3 de octubre de 1968; Ar. 5088) ⁶²². Finalmente, en suma, y lo que resulta de especial interés para estas páginas, considera el TS que este grado de incapacidad en que consiste la gran invalidez se separa del resto de grados de incapacidad permanente desde el momento en que la misma no se establece en atención a “criterios

⁶¹⁹ GARCÍA NINET, J.L., “Algunas consideraciones en torno a la Gran Invalidez”, cit., págs. 5 y ss.

⁶²⁰ Entre otras STS 7 de octubre de 1987 (Ar. 6856).

⁶²¹ STS 23 marzo 1988; Ar. 2367, por todas.

⁶²² Para un estudio en detalle de todos estos requisitos puede verse GARCÍA VIÑA, J., “La evolución jurisprudencial de la Gran Invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (1990-2000)”, REDT, nº 206, 2001, págs. 630 y ss.

profesionales” sino teniendo en cuenta en exclusiva factores extraprofesionales que conectan con “las necesidades del ordinario vivir”⁶²³.

La situación de gran inválido tiene una incidencia directa en la cuantía de la prestación que el afectado tiene derecho a percibir. En particular, el trabajador a quien se le reconoce un grado de incapacidad de este tipo tiene derecho a la pensión vitalicia correspondiente a la prestación básica de incapacidad con un incremento del 50% de su cuantía. Dicha cuantía complementaria se encuentra vinculada, por lo demás, a una funcionalidad muy concreta que la misma norma explicita. En concreto, y a tenor del art. 139.4 LGSS, el referido incremento debe ser específicamente “destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda”. Por esta razón la pensión de gran invalidez constituye lo que se denomina una “prestación afectada” toda vez que la misma se reconoce al beneficiario para que éste la destine a una finalidad concreta y previamente determinada por la ley: en este caso para remunerar a su cuidador⁶²⁴. El incremento de la prestación tiene, por lo dicho, el específico propósito de proveer al gran inválido de una cuantía que le permita hacer frente a los gastos derivados de la necesidad de asistencia externa para llevar a cabo los actos esenciales de la vida. Precisamente por lo que se acaba de indicar la jurisprudencia ha estimado que el referido plus adicional tiene la naturaleza de prestación asistencial y no de auténtica pensión⁶²⁵.

Esta naturaleza asistencial que sería predicable de la prestación ha llevado a algunos autores a proponer la incorporación de dicho complemento en el catálogo de pensiones no contributivas⁶²⁶ y, en todo caso, parece aconsejar la desvinculación de su cuantía de la retribución que el trabajador viniera percibiendo. En efecto, no se alcanza a entender la razón por la que el legislador ha hecho depender el importe de esta prestación de la cuantía que recibe el beneficiario como pensión básica y que da lugar a un importe que varía para cada sujeto –mediante la aplicación de un determinado porcentaje, este siempre fijo, sobre esta última cifra variable-. La consecuencia de esta forma de proceder no es otra que la de proporcionar, sin justificación alguna, una cobertura desigual a una necesidad que es igual en todos los casos⁶²⁷.

El referido incremento puede ser sustituido, no obstante, de conformidad con el precepto indicado, por el alojamiento del gran inválido “en régimen de internado en una institución asistencial pública de la Seguridad Social, financiada con cargo a sus presupuestos”, bien a petición propia bien de sus representantes legales⁶²⁸. Y ello, en sintonía con el informe elaborado en su momento por el sindicato CCOO sobre la mejora de prestaciones en especial ante el envejecimiento progresivo de la población española y el aumento de su longevidad.

Dada la indudable conexión entre las situaciones de dependencia y la edad avanzada del sujeto resulta de especial interés recordar las reglas en torno a la edad que se contienen

⁶²³ Como ha destacado GARCÍA VIÑA, J., “La evolución jurisprudencial de la Gran Invalidez en el Régimen General de la Seguridad Social (1990-2000)”, cit.,

⁶²⁴ Dado que se reconoce con la específica finalidad de permitir al gran inválido remunerar a la persona que le cuida no faltan quienes han visto en la Gran invalidez una prestación a favor de los cuidadores de la persona dependiente. En este sentido, Aznar López, “Notas sobre la Protección de la Dependencia en la Seguridad Social Española. Aspectos Retrospectivos y Prospectivos”, cit.,

⁶²⁵ En sentido crítico, MALDONADO MOLINA, J.A., “El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro”, cit., págs. 34-35.

⁶²⁶ LÓPEZ LÓPEZ, J., y PUMAR BELTRÁN, N., “Comentario al artículo 139”, en “Comentarios a la Ley General de Seguridad Social”, Navarra, Aranzadi, 2003, pag. 950.

⁶²⁷ Aznar López, “Notas sobre la Protección de la Dependencia...”, cit., pág. 6.

⁶²⁸ Según el nuevo tenor literal dado al art. 139.4 LGSS por el art. 92 de la Ley 13/1996.

en el régimen jurídico de la incapacidad permanente. En concreto, el legislador ha tomado en consideración la edad del beneficiario como condicionante del disfrute de la prestación en relación con situaciones diversas que tienen que ver, todas ellas, con la imposibilidad de percibir una prestación de este tipo una vez alcanzada una determinada edad.

Así, en primer lugar, la prestación por gran invalidez únicamente puede disfrutarse cuando el sujeto no ha alcanzado aún la edad de jubilación ordinaria (fijada, como es sabido, en los 65 años). En particular, y para este caso, la ley prevé el cambio de denominación de la prestación que el beneficiario venía percibiendo con anterioridad a dicha edad la cual pasará a denominarse, a partir de ese momento, pensión de jubilación (art. 143.4 LGSS). Por lo que respecta a la segunda de las situaciones contempladas en la norma, procede igualmente la pensión de jubilación, en lugar de la propia de incapacidad permanente, cuando la situación de incapacidad afecte al sujeto una vez que éste ha cumplido los 65 años de edad (art. 138.1.2º LGSS). Por último, y en sintonía con las previsiones anteriores, resulta legalmente imposible proceder a una revisión del grado de incapacidad permanente a partir de la edad indicada. De este modo, tal y como se dispone en el art. 143.2 LGSS, “toda resolución, inicial o de revisión, por la que se reconozca el derecho a las prestaciones de invalidez permanente, en cualquiera de sus grados, hará constar necesariamente el plazo a partir del cual se podrá instar la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante, en tanto que el incapacitado no haya cumplido la edad mínima establecida en el artículo 161 de esta Ley para acceder al derecho a la pensión de jubilación. Este plazo será vinculante para todos los sujetos que pueda promover la revisión”. Es en este sentido que se ha podido afirmar que “el inválido anciano sólo interesa al Sistema por su vertiente de anciano, obviando su carácter de inválido, quizás por entender –con unos planteamientos que ya deberían estar totalmente superados- que todo anciano tiene algo de incapaz”⁶²⁹.

Al margen de estas posibles objeciones, y por lo que ha quedado dicho, parece necesario concluir que el legislador de nuestro país ha optado por configurar la gran invalidez como un grado más de la incapacidad permanente, esto es, como una “prestación económica autónoma e independiente, correspondiente a un nivel o grado de incapacidad también autónomo”⁶³⁰. Desde el punto de vista normativo, por tanto, la prestación vuelve a quedar vinculada en estos casos a una incapacidad de tipo profesional hasta el punto de llegar a “convertirla en un escalón más de la misma”, de modo que aparece, en realidad, como “un grado más de la incapacidad permanente para el trabajo”. Esta ha sido la solución legal adoptada que aleja esta pensión de lo que quizás podría ser su configuración más adecuada: un auténtico complemento de otra prestación básica de incapacidad permanente que se reconoce a quienes, además de haber sido declarados incapaces para trabajar, no pueden realizar los actos esenciales de la vida diaria de forma autónoma y, por tal motivo, se encuentran aquejados de lo que podría denominarse, por contraposición a la incapacidad profesional, una “incapacidad vital”⁶³¹.

Esta ha sido igualmente la opinión del Tribunal constitucional manifestada en tiempos recientes en su sentencia 197/2003, de 30 de octubre, al resolver sobre una cuestión de inconstitucionalidad planteada frente al art. 143.2 LGSS con base en su posible vulneración del art. 14 CE al consagrar la imposibilidad de revisar el grado de

⁶²⁹ MALDONADO MOLINA, J.A, “El seguro de dependencia.”, cit., pág. 33. Esta situación ha cambiado parcialmente con la aprobación del Real Decreto Ley 16/2001, de 27 de diciembre.

⁶³⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág. 21.

⁶³¹ En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág.

incapacidad a partir de la edad de 65 años en los términos que han quedado expuestos. A juicio de este Tribunal la previsión legal resulta plenamente válida desde la perspectiva constitucional toda vez que el precepto contempla una diferencia de trato en atención a una igualmente “diversa, y preexistente, posición o condición jurídica de los potenciales interesados. Así, no es la edad aislada y selectivamente considerada la que desencadena en el precepto la diferenciación entre dos grupos de personas, sino la edad en cuanto implica la línea de separación entre la situación de vida laboral activa y la de finalización de ésta”. Continúa indicando el Alto tribunal que “la jubilación, que originariamente se basaba en el declive de las facultades adecuadas para el desarrollo del trabajo, hoy se justifica también como derecho al descanso socialmente retribuido que se reconoce al trabajador como contrapartida al esfuerzo que ha desarrollado durante su vida laboral. La invalidez, por el contrario, deriva de unas reducciones anatómicas o funcionales graves, que, pese a que la persona está en edad de actividad, disminuye o anulan su aptitud para el trabajo”. De ahí que, a su juicio, “el ordinario declive de las facultades por razón de edad que presume el régimen de jubilación frente al patológico sobrevenido para el trabajo durante la vida activa, independiente de la edad, define dos situaciones diversas y, consecuentemente, dos marcos distintos de protección. Lo contrario, como tantas veces se ha señalado por la doctrina y la jurisprudencia, llevaría a erigir en eje central del sistema de pensiones no a la vejez sino a la invalidez”. Por todo ello, y en conclusión, considera el Tribunal constitucional que “el cierre de la protección propia de la incapacidad permanente conforme a la técnica de conversión a favor de la de jubilado, una vez alcanzada la edad en la que se permite adquirir la condición de pasivo, permite fijar para quien se encuentra en edad pensionable, en atención a la presunción de retirada definitiva del mundo del trabajo, mecanismos distintos de compensación de la pérdida de su capacidad de ganancia, lo que representa una opción constitucionalmente admisible para la protección de quienes han culminado su vida laboral”.

De este modo, a su juicio, y asumiendo así la solución legal, resulta evidente la estrecha conexión existente entre la gran invalidez y las incapacidades para el trabajo toda vez que la misma queda concebida como “el tratamiento prestacional de las incapacidades patológicas derivadas de la vida activa”. El Tribunal constitucional diferencia esta prestación de la situación de dependencia que aqueja a las personas mayores a la que define de modo indirecto como “el ordinario declive de las facultades por razón de la edad”.

En la misma sentencia, el Tribunal constitucional llegaba a reconocer implícitamente la ausencia en nuestro país de una tutela específica de las situaciones de dependencia al concluir que “la cobertura de la necesidad derivada de una situación de gran invalidez surgida después del cumplimiento de los 65 años es un ideal claramente deseable a la luz de los principios rectores de la política social y económica que nuestra Constitución asume en los arts. 41 y 50 y que han de informar la legislación positiva”.

En definitiva, esta concepción legal y jurisprudencial de la gran invalidez a la que se viene aludiendo, lo que ha sido gráficamente denominado en la doctrina “contaminación profesional” de la prestación ⁶³², ha dado lugar a una regulación normativa que presenta importantes deficiencias cuando la misma se pretende utilizar como un mecanismo de tutela de las personas en situación de dependencia. Así, en primer lugar, y tal y como se encuentra configurada en la norma, la prestación queda reservada sólo para aquéllos que en su día fueron trabajadores activos. En segundo término, el modo de determinar la

⁶³² GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág 22.

cuantía de la prestación carece de relación alguna con las propias necesidades que se anudan a la situación de dependencia dado que la misma se calcula sobre la prestación básica de incapacidad que, a su vez, se determina en función de los ingresos que venía percibiendo el trabajador. De este modo, la cuantía se encuentra totalmente desvinculada de las necesidades que genera la situación de dependencia del gran inválido haciéndose depender, en exclusiva, de la cuantía de la pensión básica. En tercer lugar, no se contempla en la norma forma de control alguno sobre el destino del complemento. Por último, y como se ha tenido ocasión de examinar, su clara vinculación con las incapacidades de naturaleza profesional ha llevado a ceñir la prestación de gran invalidez, únicamente, a “los tiempos vitales en los que la incapacidad profesional es relevante, es decir, antes de la edad de jubilación como regla general”⁶³³.

Precisamente, la última de las limitaciones citadas resulta ser más llamativa, si cabe, si se tiene en cuenta la estrecha vinculación –aunque no total coincidencia- entre vejez y dependencia a la que se viene aludiendo, una vinculación que se traduce en la existencia de un importante número de personas dependientes que pertenecen a los colectivos de la tercera y cuarta edad. Paradójicamente, el límite de edad que de ordinario y habitualmente sirve para separar los períodos de actividad e inactividad laboral termina por aplicarse y resultar operativo también en relación con una prestación que pretende atender a las situaciones de dependencia que poco o nada tienen que ver con la incapacidad para el trabajo. Esto es, a situaciones de necesidad nacidas con ocasión de una incapacidad vital cuando se trata de situaciones que, precisamente, se dan con una frecuencia notablemente mayor en el sector de la población de edad más avanzada.

No debe causar extrañeza así pues, y por lo que se viene diciendo, la existencia de propuestas doctrinales en el sentido de reconocer esta prestación sin someterla al límite máximo de los 65 años de edad. Para este sector, la prohibición de reconocimiento a partir de cierta edad no se explica más que por una opción “político-normativa” propia de un momento histórico en el que la dependencia aún era percibida como “un fenómeno aislado o marginal, justamente una consecuencia agravada de la incapacidad profesional”⁶³⁴.

d) La prestación de invalidez no contributiva

A diferencia de lo que sucede en el nivel contributivo, en la denominada modalidad no contributiva la situación de incapacidad que pueda aquejar al sujeto se encuentra totalmente desvinculada de la capacidad para el trabajo. En particular, en este otro nivel de protección del sistema de la Seguridad Social se consideran constitutivas de invalidez “las deficiencias, previsiblemente permanentes, de carácter físico o psíquico, congénitas o no, que anulen o modifiquen la capacidad física, psíquica o sensorial de quienes las padecen” (art. 136.2 LGSS). En esta ocasión, por tanto, el legislador ha configurado las situaciones de invalidez atendiendo a la presencia de deficiencias que aquejan al sujeto y a la repercusión que las mismas tienen en su capacidad pero sin que se tome en cuenta, en modo alguno, la incidencia que aquéllas puedan tener en la capacidad de trabajo. La situación a la que atiende el legislador en estos casos se configura así pues como una incapacidad permanente de tipo personal vital y no de carácter profesional. En otras palabras, en el nivel no contributivo la situación que

⁶³³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág 22. En sentido crítico puede verse, igualmente, MALDONADO MOLINA, J.A, “El seguro de dependencia.”, cit., pág. 33 y ss.

⁶³⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág 23.

interesa al legislador y a la que atiende es “la incapacidad en cuanto incapacidad a la que se añade la falta de medios económicos”⁶³⁵.

La percepción de una pensión de invalidez en la modalidad no contributiva se hace depender del cumplimiento de cuatro requisitos: edad, residencia, grado de minusvalía (o enfermedad crónica) y carencia de rentas o ingresos suficientes. Además, como se tendrá ocasión de comprobar, el legislador prevé una tutela de mayor intensidad cuando junto a los anteriores concurre el requisito adicional de la dependencia, es decir, la necesidad del concurso de otra persona.

En relación con la edad, el legislador ha optado por fijar un tope mínimo y máximo entre los que es posible devenir beneficiario de la prestación: los 18 y los 65 años de edad, respectivamente. Dentro de los anteriores márgenes, el grado de minusvalía requerido en estos casos ha sido fijado legalmente en “un grado igual o superior al sesenta y cinco por ciento” (artículo 144.1 c) LGSS), sin perjuicio de la necesidad de que concurra un mínimo superior (el 75%) en los casos en que se precisa de la asistencia de otra persona.

La pensión de invalidez en la modalidad no contributiva se encuentra entre las prestaciones que pueden proveer de cierta asistencia a la población dependiente de nuestro país. Con todo, lo cierto y verdad es que la pensión ha quedado configurada, en principio, prescindiendo de la eventual necesidad que pueda llegar a tener el sujeto beneficiario de recibir ayuda de otra persona debido precisamente a la discapacidad que padece. De hecho, y a priori, la pensión de invalidez se encuentra prevista para tutelar “la ausencia de medios de subsistencia en una persona que, además, carece de capacidad de ganancia, básicamente profesional o laboral”⁶³⁶.

Ello no significa, sin embargo, que el legislador no haya atendido en modo alguno a las situaciones en las que el declarado inválido precise, además, del concurso de otra persona para llevar a cabo los actos vitales más esenciales. Al igual que sucede en la incapacidad permanente de tipo contributivo, para estos casos la norma contempla un complemento prestacional que se calcula mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre la cuantía de la pensión. Para estos casos, cuando se trate de personas “afectadas por una minusvalía o enfermedad crónica en un grado igual o superior al setenta y cinco por ciento y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos, tendrán derecho a un complemento equivalente al cincuenta por ciento del importe de la pensión” (art. 145.6 LGSS). A diferencia de lo que sucede con idéntico incremento previsto para la gran invalidez en el nivel contributivo, en esta ocasión el legislador no ha determinado el destino específico que deba darse al complemento. El tenor del precepto parece admitir una interpretación del mismo que permita entender que el referido complemento no debe quedar necesariamente vinculado a la retribución de la tercera persona⁶³⁷.

En todo caso, tal y como sucediera con la incapacidad permanente en el nivel contributivo, tampoco puede afirmarse que la regulación actual de la pensión de invalidez no contributiva ofrezca una adecuada tutela ante situaciones de auténtica dependencia del declarado inválido. Por el contrario, la virtualidad de dicha pensión como vía de protección de la dependencia presenta notables deficiencias que pueden ser resumidas en las que a continuación se detallan.

⁶³⁵ LÓPEZ LÓPEZ, J., y PUMAR BELTRÁN, N., “Comentario al artículo 139”, cit., pág. 932.

⁶³⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág. 24.

⁶³⁷ LÓPEZ LÓPEZ, J., y PUMAR BELTRÁN, N., “Comentario al artículo 139”, cit., pág. 983

En primer lugar, puede dudarse del acierto de una solución normativa que pasa por topar con una edad máxima el percibo de la pensión. En este sentido, la exigencia de un límite mínimo de edad puede estar justificada desde el momento en que las situaciones de dependencia que eventualmente puedan presentarse en el colectivo de los menores de dicha edad ya se encuentran atendidas en el ámbito de la protección social a través de otras vías, como puede ser el caso de las asignaciones familiares. No sucede lo mismo, en cambio, con el tope máximo de los 65 años antes mencionado. En efecto, si se tiene en cuenta, como ya ha sido reiterado, la estrecha vinculación existente entre la dependencia y la edad y el notable incremento de las situaciones de dependencia que se producen a partir de las edades más avanzadas sorprende una opción legislativa, como la adoptada en la LGSS, que, al cabo, implica tanto como privar de protección a las situaciones de dependencia que se actualizan una vez que se ha cumplido la edad fijada en estos casos como umbral máximo⁶³⁸. Sorprende aún más este requisito proyectado en la gran invalidez no contributiva, hasta el punto de haber sido calificado por algunos como una “reproducción absurda”, si se tiene en cuenta que en la invalidez no contributiva no existe ningún factor profesional que así lo justifique. Como sucede en relación con la incapacidad permanente de tipo contributivo “parece como si para el legislador sólo quien está en edad activa puede encontrarse en situación de dependencia, mientras que ésta no afecta a quienes se jubilan, es indiferente si por vía contributiva o no contributiva”⁶³⁹.

Aún pueden ser mencionadas otras deficiencias del régimen jurídico de la pensión que la hacen poco apta para ofrecer una tutela adecuada ante situaciones de dependencia. En primer lugar, la falta de graduación de la dependencia personal. Y, en segundo término, el modo de calcular la cuantía del complemento calculado sobre la prestación –que por ser reducida la hace particularmente poco eficaz de cara a proveer una tutela adecuada ante la necesidad de cuidado externo⁶⁴⁰.

e) Prestaciones a favor de los cuidadores informales de las personas dependientes

Las personas en situación de dependencia no son las únicas que se encuentran protegidas por las prestaciones monetarias que el sistema de Seguridad Social dispensa en la actualidad. Por el contrario, y junto a ellas también pueden recibir una protección de este tipo, a través de distintos dispositivos, quienes se encargan de cuidar al dependiente en su entorno más próximo. Tal es el caso de la pensión a favor de familiares de pensionistas de jubilación o de invalidez o de la asignación por hijo minusválido a cargo.

De hecho, y en alguna medida, también pueden considerarse prestaciones de este tipo el propio incremento de la pensión de gran invalidez en su modalidad contributiva y el complemento de la pensión de invalidez no contributiva a los que ya se ha hecho referencia. Y ello por cuanto, por lo que a la primera se refiere, nada en la ley parece impedir la percepción de este complemento cuando el gran inválido es atendido por cuidadores informales, sin que, por tanto, se encuentre vinculada necesariamente al pago del salario de cuidadores profesionales⁶⁴¹. En cuanto al complemento aparejado a la pensión de invalidez en su modalidad no contributiva cabe sostener que, a pesar del

⁶³⁸ Aznar López, “Notas sobre la Protección de la Dependencia...”, cit., pág. 7.

⁶³⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág. 24.

⁶⁴⁰ Vid., igualmente en sentido crítico Aznar López, “Notas sobre la Protección de la Dependencia...”, pág. 8.

⁶⁴¹ De esta opinión Aznar López, “Notas sobre la Protección de la Dependencia...”, cit., pág. 8.

silencio legal al respecto, el incremento debe tener la misma finalidad que la ya vista para el complemento en el nivel contributivo.

La pensión a favor de familiares del pensionista de jubilación o incapacidad y la protección de la dependencia

La normativa de Seguridad Social regula una pensión a favor de determinados familiares del pensionista de jubilación o incapacidad en su modalidad contributiva tras producirse el óbito de éste; de modo y manera que la ayuda sólo se reconoce una vez que ha fallecido el sujeto necesitado de asistencia -y no mientras ésta tiene lugar-. Por tanto, y desde esta perspectiva, no puede afirmarse que nos encontremos propiamente ante una prestación de atención al dependiente. En estos casos la cuantía se calcula aplicando el porcentaje del 20% a la base reguladora según las reglas previstas para las pensiones de orfandad y viudedad.

Son beneficiarios de esta prestación los hijos o hermanos de los pensionistas de jubilación o incapacidad de tipo contributivo siempre que cumplan, además, ciertos requisitos adicionales que refieren a la edad y el estado civil del beneficiario, a la convivencia previa con el pensionista y a la dependencia económica respecto de este último. Así, debe tratarse de personas de más de 45 años, que se encuentren solteras, viudas, separadas o divorciadas y que hayan convivido con el causante de la prestación y a sus expensas al menos dos años antes del fallecimiento de éste. Se exige, además, una carencia de medios propios de subsistencia y, finalmente, acreditar una dedicación prolongada al cuidado del causante (art. 176.2 LGSS).

Como tiene dicho el Tribunal constitucional en su sentencia 3/1993, de 14 de enero, la pensión se configura, en estos casos, como una compensación para quienes tras haber dedicado su vida a la atención de otra persona, se encuentran, al fallecer ésta, en el desamparo económico más absoluto. La protección se recibe, por lo tanto, en función de las necesidades que se derivan del defecto de ingresos que se producen a consecuencia de la muerte del sujeto causante. Esta prestación tiene, a criterio del Tribunal Constitucional, naturaleza asistencial de modo que la norma dispensa, en puridad, una protección frente a situaciones de pobreza, de modo y manera que “su función debe ser considerada como el otorgamiento de rentas de subsistencia a quienes, por carecer de todo tipo de ingresos, se encuentran en un estado de necesidad”⁶⁴².

En todo caso, se trata de una prestación que ha merecido importantes y contundentes críticas por parte de la doctrina científica, unas críticas, las anteriores, que resultan igualmente relevantes desde el punto de vista de su análisis desde la perspectiva de la atención a la dependencia que aquí interesa. Así, y en realidad, estas prestaciones por muerte y supervivencia no están pensadas para atender al cuidado de las personas en situación de dependencia y proporcionan una protección ante situaciones de este tipo sólo de un modo indirecto o incidental. En realidad, como ha sido puesto de relieve por algún autor, esta pensión se configuran propiamente como “una renta de subsistencia alternativa a quienes ciertamente se han dedicado al cuidado de padres o hermanos renunciando a sus expectativas laborales”⁶⁴³. De hecho, ni siquiera se precisa que la persona asistida tenga la consideración de dependiente de modo que “puede extenderse a situaciones menos incapacitantes, sin precisar grado de minusvalía ni necesidad de

⁶⁴² STC 3/1993.

⁶⁴³ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág

ayuda para la realización de los actos elementales de la vida diaria”⁶⁴⁴. Además, se limita a cuidados de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente en su modalidad contributiva sin que se extienda a los que cuidan a los beneficiarios de pensiones no contributivas que, paradójicamente, son los que cuentan con menos recursos para hacer frente a los gastos derivados de su cuidado.

Las pensiones de incapacitados mayores de 18 años por fallecimiento de familiares.

Algunas normas de Seguridad Social regulan también otros dispositivos de tutela de los incapacitados mayores de edad cuando se produce el fallecimiento de sus cuidadores cuando éstos son sus padres, abuelos o hermanos. De este modo, prestaciones pensadas principalmente para los menores de edad son extendidas por el legislador cuando el hijo, nieto o hermano del fallecido se encuentra aquejado de una determinada incapacidad sin límite de edad alguno. Es más, en estos casos el legislador no exige acreditar la atención y el cuidado al sujeto beneficiario por parte del fallecido “sino que presupone que si había dependencia económica, la atención presada era a su cargo”⁶⁴⁵.

Este es el caso de la prestación familiar a favor de los hijos (pensión de orfandad) que se extiende a los mayores de 18 años y de la pensión a favor de familiares para los nietos o hermanos siempre que se encuentren incapacitados en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez⁶⁴⁶. Para el caso de nietos o hermanos se precisa, además, el cumplimiento de otros requisitos como son la convivencia con el causante a ya sus expensas al menos durante dos años anteriores al fallecimiento o la carencia de ingresos propios. Puede afirmarse, en este sentido, que esta otra prestación constituye el reverso de la moneda de la anterior desde el momento en que, ahora, se contempla una pensión para el discapacitado –que ahora sí se presenta como sujeto beneficiario- por fallecimiento de sus cuidadores.

En todo caso, esta prestación presenta un rasgo en común con las anteriores cuando se analiza desde su posible virtualidad como dispositivo de tutela de las situaciones de dependencia. Dicho rasgo no es otro que su escasa operatividad a los mencionados efectos fruto de su configuración como una prestación por muerte y supervivencia antes que como un mecanismo de protección directa de las personas dependientes. En este sentido, tampoco coadyuva ciertamente a su operatividad real en el ámbito de la cobertura de las personas dependientes la ínfima cuantía de la pensión, cifrada, con carácter general, en el 20 por ciento de la base reguladora del causante.

La asignación por hijo minusválido a cargo como mecanismo de protección de las situaciones de dependencia

La vigente legislación de Seguridad Social regula entre las prestaciones familiares de carácter monetario la asignación por hijo a cargo que se reconoce en casos de hijos menores de 18 años o, mayores de dicha edad, siempre que en este último caso tengan un determinado grado de minusvalía. En este supuesto la prestación económica se presenta como una asignación que pretende cubrir el exceso de gastos que se deriva de la situación de discapacidad que afecta a los hijos que se encuentran a cargo del

⁶⁴⁴ Como ha sido puesto de relieve por MALDONADO MOLINA, J.A., “El seguro de dependencia.”, cit., pág. 40).

⁶⁴⁵ MALDONADO MOLINA, J.A., “El seguro de dependencia.”, cit., pág. 42)

⁶⁴⁶ Art. 9 RD 1647/1997 y Orden de 13 de febrero 1967. La cobertura alcanza a los menores de 22 en casos de rentas inferiores a un determinado porcentaje.

beneficiario y que precisan de la ayuda de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida cotidiana.

Para que nazca el derecho a percibir dicha asignación los sujetos causantes deberán cumplir los siguientes requisitos: ser hijo del beneficiario o de su cónyuge, estar a su cargo (dependencia económica), haber cumplido los 18 años de edad, encontrarse afectado por una minusvalía igual o superior al 75% -como se recordará el mismo grado exigido en la invalidez no contributiva- y, finalmente, precisar del concurso de otra persona. De conformidad con lo dispuesto en el art. 186 LGSS y la remisión al desarrollo reglamentario que en él se contiene, la situación de dependencia en estos casos se determina nuevamente mediante la aplicación de los baremos previstos en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el procedimiento para el reconocimiento, la declaración y la calificación de la minusvalía.

Como puede observarse, la asignación por hijo minusválido a cargo es una más de las prestaciones que atienden de algún modo a las situaciones de dependencia, si bien arbitrando medidas de tutela destinadas no directamente al dependiente sino a quienes lo asisten en su calidad de cuidadores informales. En este sentido, los beneficiarios o titulares del derecho son como, regla general, estos últimos en tanto que el hijo necesitado de asistencia únicamente tiene la condición de sujeto causante de la prestación. Sólo en algunos supuestos el hijo en situación de dependencia llega a adquirir la condición de beneficiario, como sucede en los casos de orfandad absoluta o abandono. Precisamente esta opción legislativa que conduce a aplicar en estos casos el esquema de las prestaciones familiares cuando, sin embargo, se trata de tutelar las situaciones de dependencia de los mayores de edad, ha sido objeto de algunos reparos por parte de la doctrina por lo que tendría de acentuación de la propia dependencia toda vez que, de este modo, se vendría a añadir una dependencia de tipo económico a la dependencia física o personal. En este sentido no han faltado quienes han subrayado la conveniencia de convertir a los mayores de edad en titulares del derecho -y no en meros sujetos causantes-, y ello de conformidad con la dignidad humana a la que hace referencia el propio Texto constitucional en su art. 10.1 CE.⁶⁴⁷

En todo caso, el régimen jurídico de esta asignación adolece de algunas otras deficiencias como prestación que atiende a personas en situaciones de dependencia. Así, a modo de ejemplo, resulta ciertamente criticable el carácter preferente que la ley parece otorgar a la asignación por hijos minusválidos a cargo en relación con otra prestación a la que podría acceder el dependiente, esta vez por derecho propio, como lo es la pensión de invalidez no contributiva. Una preferencia la anterior que vendría dada por el hecho de que la percepción de esta última se encuentra sujeta a la no superación de un determinado umbral de renta, en tanto que la asignación por hijo a cargo no se encuentra sujeta a un requisito tal.

Por otra parte, y en sentido igualmente crítico, se ha cuestionado la conveniencia de aplicar en estos casos el umbral mínimo de edad de los 18 años, un límite el anterior carente probablemente de justificación si se tiene en cuenta que, en estos casos, lo auténticamente relevante no es tanto la edad del sujeto como su necesidad de contar con ayuda externa para realizar las actividades básicas de la vida cotidiana. En este sentido, se ha llamado la atención sobre un dato llamativo, de modo que “parece como si el legislador hubiera querido diferenciar entre las prestaciones por hijos a cargo menores de 18 años...y estas prestaciones en las que la dependencia cobra todo el protagonismo

⁶⁴⁷ Aznar López, “Notas sobre la Protección de la Dependencia...”, cit., pág. 11. En este sentido vid. también MALDONADO MOLINA, J.A, “El seguro de dependencia.”, cit., pág 38.

dada la condición de mayor de edad del hijo minusválido, cuyo cuidado no puede ya confundirse con quienes pertenece a la otra categoría de hijos menores de edad, es decir, hijos a cargo en el sentido más estandarizado de la expresión”⁶⁴⁸.

En fin, no han faltado propuestas doctrinales de quienes se han mostrado partidarios de configurar la asignación por hijo minusválido a cargo como una prestación complementaria que tendrían derecho a percibir las personas dependientes que se encuentran a cargo de sus progenitores y conviven con ellos⁶⁴⁹.

La protección de la dependencia en la Ley de Integración Social de los Minusválidos. Su carácter residual

Junto a las prestaciones anteriores la Ley de Integración Social de los Minusválidos contempla un tipo de subsidio que resulta de algún interés en este momento⁶⁵⁰. Se trata del por ayuda de tercera persona previsto para los casos en que a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, el minusválido precise de la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (art. 16 LISMI).

Entre los requisitos para tener derecho al subsidio no se encuentra tener la condición de trabajador pero sí la acreditación de un determinado grado de minusvalía (al menos el 75%) y la necesidad de ayuda de tercera persona. No se tiene derecho al subsidio en los casos en que la persona minusválida es atendida en centros en régimen de internado. Por otra parte, su percepción es incompatible con las prestaciones no contributivas y con las asignaciones por hijo a cargo minusválido.

2.2.- La delimitación de la dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

2.2.1.- Los antecedentes de la Ley de promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia.

A pesar de lo que podría pensarse a priori, dada el uso de una novedosa terminología de reciente generalización, la dependencia no constituye un riesgo desconocido hasta el momento en nuestro país. Muy al contrario, personas en situación de dependencia han existido siempre, lo que explica, como ha quedado visto, la existencia de normas que desde antiguo han dispensado una cierta tutela frente a las mismas. Lo que sí ha variado en los últimos años ha sido, por un lado, la propia percepción “de la sociedad acerca de cómo y quiénes han de proteger ese riesgo”⁶⁵¹ y, por otro, la intensidad con la que este

⁶⁴⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social...”, cit., pág 27.

⁶⁴⁹ MALDONADO MOLINA, J.A., “El seguro de dependencia.”, cit., pág

⁶⁵⁰ Estos subsidios fueron suprimidos por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, aunque se mantienen en la actualidad, con carácter transitorio, para quienes “los tuvieran reconocido con anterioridad y no hubieran pasado a percibir una pensión no contributiva” (disposición transitoria undécima LGSS).

⁶⁵¹ CAYO PÉREZ, L., “La protección a las situaciones de dependencia desde la perspectiva de las personas con discapacidad y sus organizaciones representativas”, en

riesgo se actualiza en las sociedades de nuestro tiempo, debido en gran parte al tan proclamado envejecimiento de la población que ha dado lugar a la aparición de situaciones de dependencia con una frecuencia inusitada hasta hace poco tiempo. De hecho, lejos de ser un fenómeno privativo de nuestro país, el envejecimiento de la población se presenta en nuestros días como un fenómeno de dimensión mundial al que han venido prestando atención desde hace años los foros más diversos ⁶⁵².

Ahora bien, aunque el ordenamiento jurídico se ha hecho eco de la existencia en la población de situaciones de dependencia personal y, de alguna manera, las atiende desde hace tiempo, es lo cierto que hasta el momento presente la protección social dispensada a las personas que se encuentran en tales situaciones continúa siendo una protección insuficiente, parcial, en buena parte insatisfactoria, por las razones que han quedado expuestas. A estas deficiencias se añaden, por otra parte, el carácter poco sistemático o archipiélagico de la tutela ofrecida en estos casos debido a una marcada dispersión normativa que obliga a bucear en un nutrido conjunto de normas jurídicas - emanadas además de distintos poderes normativos: el estatal y el autonómico- que oscurecen en gran medida la comprensión acerca del estado actual de la cobertura de la dependencia en nuestro país.

En breve, dos son principalmente los rasgos más llamativos que han caracterizado hasta el momento la tutela pública de esta situación de necesidad y que, a su vez, constituyen en puridad otras tantas deficiencias de la misma. De este modo, queda claro, en primer lugar, como ha sido destacado de modo incesante y recurrente por quienes se han acercado a esta materia, que la protección que el ordenamiento español ofrece ante este nuevo riesgo adolece, principalmente, de dos déficits de importancia: la insuficiencia en la cobertura dispensada, por una parte, y, por otra, las notorias desigualdades territoriales que presenta dicha protección en función de la Comunidad Autónoma en la que resida el dependiente ⁶⁵³. Por otra parte, y desde una perspectiva diversa, no cabe olvidar que algunos de estos instrumentos normativos de tutela se han caracterizado por ofrecer una protección de la dependencia que sólo lo es de forma colateral o incidental, sin que, por tanto, la situación de dependencia de un tercero sea tomada directamente en consideración por el legislador.

SÁNCHEZ FIERRO, J., “Libro Verde sobre la dependencia en España”, Madrid, 2004, págs. 170.

⁶⁵² Según las previsiones hacia el 2050 el número de personas de 60 años o más en todo el mundo aumentará desde 600 millones hasta los 2.000 millones aproximadamente, lo que supondrá un notable aumento proporcional desde el 10% hasta el 21% (datos ofrecidos por la Declaración Política de los Países Miembros de la ONU firmada en la Segunda Asamblea el 12 de abril del 2002). Al tratarse de un fenómeno global todas las regiones del mundo experimentarán un envejecimiento de su población en el presente siglo si bien a distinto ritmo, de modo que según los estudios realizados, en África y Medio Oriente el envejecimiento será más tardío. La preocupación por el envejecimiento se ha dejado sentir particularmente en el ámbito de la UE donde se vienen sucediendo desde hace años un gran número de iniciativas y actuaciones al respecto. Como ejemplo de la atención comunitaria al envejecimiento poblacional pueden citarse, entre otros, los siguientes documentos: Comunicación de la Comisión Europea de 21 de mayo de 1999 “Hacia una Europa para todas las edades. Fomentar la prosperidad y la solidaridad entre las generaciones” COM (99) n° 221, presentada como contribución al Año Internacional de las Personas de Edad de las Naciones Unidas; Libro Verde de la Comisión Europea “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”, COM (2005), 94 final, de 16 de marzo de 2005; o la Comunicación de la Comisión Europea “The demographic future of Europe- from challenge to opportunity”, COM (2006), 0571 final, de 12 de octubre de 2006.

⁶⁵³ Por todos, SUÁREZ CORUJO, B., “Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, Relaciones Laborales 2006, n° 14, pág. 56.

Así pues, por lo que ha quedado expuesto, es posible afirmar sin lugar a dudas que la tutela con la que ha contado la población dependiente en el ámbito de la protección social, sin ser inexistente, ha sido hasta el día de hoy claramente insuficiente, inadecuada para ofrecer una cobertura efectiva de cara a hacer frente a las necesidades que se derivan de la falta de autonomía personal. En otras palabras, y en definitiva, hasta el momento la dependencia no había llegado a erigirse en una auténtica “contingencia social objeto de protección autónoma”⁶⁵⁴. Y, desde esta perspectiva, urgía por tanto una solución legislativa adecuada que abordara la cuestión de modo satisfactorio.

Precisamente ha sido esta insuficiencia en la tutela pública ofrecida ante situaciones de este tipo la que ha dado lugar en los últimos tiempos a una convicción generalizada, y fuertemente instalada en nuestro país, en torno a la necesidad de abordar los problemas derivados de la dependencia a fin de dar una respuesta adecuada a esta gran desafío de las sociedades avanzadas. En especial, en unos momentos como los actuales en los que el número de personas que precisan de la asistencia de terceros ha alcanzado unas cotas hasta ahora desconocidas y, simultáneamente, se ha hecho patente la insuficiencia de los cuidados informales, tan extendidos en nuestro país –aunque no sólo en él-, debido tanto a la progresiva incorporación al mercado de trabajo de quienes han asumido tradicionalmente y de forma abrumadoramente mayoritaria el cuidado de los dependientes (las mujeres), como a los cambios que las estructuras familiares han venido conociendo en los últimos lustros (familias monoparentales, incremento de divorcios, aumento notable del número de ancianos que viven solos...). Esta convicción, extendidamente implantada en la sociedad⁶⁵⁵ y reiterada en los foros más diversos, ha terminado por instalarse igualmente en el sentir de los interlocutores sociales y de los poderes públicos hasta el punto de pasar a ocupar un primerísimo lugar en las agendas de unos y otros.

Con todo, la pertinencia de proteger la dependencia como un nuevo riesgo social ha surgido en nuestro país sólo en épocas relativamente recientes y, por tanto, con un cierto retraso si se lo compara con las experiencias conocidas en otros países de nuestro entorno. En este sentido, y por lo que al caso español se refiere, es preciso esperar a finales de los años noventa del siglo pasado para que la cuestión de la dependencia pase a un primer plano de las preocupaciones de distintas instancias. De este modo, uno de los primeros hitos en el camino que ha culminado con la entrada en vigor de la Ley 39/2006 -conocida popularmente como Ley de Dependencia- puede encontrarse en el Informe del IMSERSO sobre “La protección social de la dependencia” del año 1999. Este mismo año la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos generales del Estado para el año 2000 volvería a incidir sobre esta cuestión a través de un mandato al gobierno para que regulase un “seguro de dependencia”. Un año más tarde, sería el Defensor del Pueblo el que, en una de sus recomendaciones, aludiría a la necesidad de contar en nuestro país con una regulación de la dependencia, “coherente, eficaz y eficiente, en el marco del sistema de Seguridad Social” y como un derecho subjetivo. El 14 de marzo de 2001 el Grupo Parlamentario Socialista presentaba una Proposición no de Ley sobre la protección social de las personas dependientes.

⁶⁵⁴ SUÁREZ CORUJO, B., “Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la...”, cit., p. 59.

⁶⁵⁵ Como lo demuestran los datos ofrecidos por el barómetro del CIS de noviembre de 2004 donde la protección de la dependencia llegaba a erigirse en una demanda social prioritaria para la población española.

A esta problemática han atendido también los interlocutores sociales conjuntamente con el Gobierno en el ámbito del diálogo social. De este modo, el texto del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de la Seguridad Social suscrito el 9 de abril de 2001 entre el Gobierno, las organizaciones empresariales más representativas y CCOO (con la conocida ausencia de UGT) dedicó monográficamente uno de sus apartados a la situación de dependencia (el apartado VIII). En dicho texto consensuado se recordaba las políticas globales dirigidas a los mayores y a las personas con minusvalía que se han desarrollado en nuestro país en la triple dirección ya conocida -pensiones, sanidad y servicios- y venía a resaltarse la conveniencia de abordar la cuestión referida a fin de proporcionar una atención adecuada ante situaciones de dependencia. En este sentido, se dejaba constancia del hecho de que “las partes firmantes son conscientes de que el fenómeno de la dependencia está adquiriendo actualmente una dimensión inédita, debido, básicamente, al aumento de la esperanza de vida y de que su solución eficaz exigirá del esfuerzo de todas las Administraciones, y del conjunto de la Sociedad, y de respuestas imaginativas en los diversos órdenes que comportan la atención adecuada de las personas que requieren especiales cuidados y de aquéllas que las asistan”. Además, y tras aludir a la coordinación de las Administraciones Públicas que resulta conveniente alcanzar en este ámbito específico, se señalaba la necesidad de “abrir un período de análisis y debate social sobre cómo debe garantizarse la atención a la dependencia en nuestro país y el papel que ha de jugar el sistema de protección social en orden a que, antes de finalizar la legislatura, pueda estar diseñada y aprobada una política de atención a la dependencia, con el rango oportuno”. A tal fin se constituyó una Comisión de Trabajo que debía finalizar su labor con anterioridad al 30 junio 2002, un plazo que, sin embargo, no sería cumplido.

La necesidad de dotar de una cobertura específica a las situaciones de dependencia ha sido reiterada una vez más en dos textos de reciente aparición. El primero de ellos es el Pacto de Toledo revisado del año 2003, en cuya recomendación adicional número 3 se recuerda cómo las situaciones de dependencia han existido siempre así como el carácter familiar que ha revestido normalmente el cuidado a los ciudadanos en esta situación, principalmente dispensados por las mujeres. Sin embargo, y ya que los cambios en el ámbito familiar y social “ponen a prueba estos tradicionales modelos de protección social”, se ha considerado “necesario configurar un sistema integrado que aborde, desde la perspectiva de la globalidad, el fenómeno de la dependencia”. Ante una tal tesitura la Comisión encargada de la revisión del referido Pacto estimó la necesidad de “una pronta regulación en la que se recoja la definición de dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección”⁶⁵⁶. Un año más tarde, y nuevamente en el marco del diálogo social, la Declaración para el Diálogo Social del año 2004 sobre Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social hacía nuevamente hincapié en el echo de que “nuestra protección social debe adaptarse a las nuevas realidades, que configuran nuevas necesidades, siendo prioritaria la atención a las situaciones de dependencia, uno de los principales problemas tanto de los jubilados y discapacitados como de sus familias, y la mejora de la protección familiar”. A raíz de esta previsión se creó una mesa de diálogo social específicamente constituida para tratar la cuestión de forma monográfica. El fruto de los trabajos realizados en esta mesa tomo cuerpo en el Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia de diciembre del año 2005, alcanzado entre el Gobierno y los interlocutores sociales más representativos (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME) que vino

⁶⁵⁶ La recomendación 4ª se dedica, por su parte, a la discapacidad y a la necesidad de avanzar en las ayudas dispensadas en el marco de la Seguridad Social.

a asumir en su texto gran parte de las conclusiones del Libro Blanco de Atención a la Dependencia del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales del año 2004.

De hecho, el texto de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia ha acogido gran parte de las previsiones del referido Acuerdo y, desde esta perspectiva, cuenta en gran medida con el respaldo de los agentes sociales.

Todos los textos, trabajos y documentos que se acaban de mencionar son suficientemente demostrativos de la atención que tanto los poderes públicos de nuestro país como los agentes sociales vienen prestando a la dependencia y a la necesidad de proceder a tutelar a las personas dependientes. Junto a ellos debe tenerse en cuenta, tal y como se adelantó, la importancia que la problemática vinculada a las situaciones de dependencia ha llegado a tener en los últimos tiempos en el sentir del conjunto de la sociedad.

2.2.2.- La nueva protección de la dependencia: su ubicación extramuros del sistema de Seguridad Social

La recientísima Ley 39/2006 ha venido a afrontar el ineludible desafío que para la sociedad española plantea el incremento de las situaciones de dependencia que se ha conocido en los últimos años; un aumento sin precedentes que, por lo demás, y según todas las proyecciones realizadas al respecto, no hará sino acentuarse en los próximos lustros. La propia Exposición de motivos que sirve de pórtico al articulado de la ley comienza señalando cómo “la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. El reto no es otro que atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”.

El indudable desafío en el que ha llegado a convertirse la dependencia en las sociedades de nuestro tiempo se encuentra estrechamente vinculado –aunque no resulta totalmente coincidente– con otro de los desafíos más notables de las sociedades actuales: el envejecimiento de la población, y en particular, el que se ha dado en llamar “envejecimiento del envejecimiento”, esto es, el incremento en el número de sujetos que pasan a integrar la denominada cuarta edad (a partir de los 80 años). Esta correlación entre la edad y la discapacidad es remarcada en la Exposición de Motivos de la Ley en la que se recuerda el hecho de que “más del 32% de las personas mayores de 65 años tengan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población”. En efecto, no cabe duda de que las situaciones de dependencia se encuentran íntimamente conectadas con la vejez y el deterioro de las facultades propio de las etapas más avanzadas de la vida. Ello explica que el envejecimiento demográfico que viene padeciendo la población española -con una mayor intensidad que en el resto de los países de la UE y de la OCDE⁶⁵⁷-, haya venido acompañado, y tenido como consecuencia, el correlativo acrecentamiento de las situaciones de

⁶⁵⁷ Algunos datos al respecto pueden consultarse en OCDE “Envejecimiento y políticas de empleo. España”, Informes OCDE, Madrid, 2004, *passim*; y “Envejecer en España. II Asamblea Mundial sobre el envejecimiento, abril 2002”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2002, págs. 15 y ss.

dependencia. Con todo, no resulta adecuado llevar a cabo una identificación plena entre ambas realidades (vejez-dependencia) desde el momento en que pueden darse situaciones de dependencia en personas que aún no han alcanzado la vejez como también, a la inversa, ancianos no dependientes. Así lo reconoce el mismo legislador al mencionar junto a las situaciones de dependencia propias de la población de mayor edad aquellas otras situaciones de dependencia que presentan una etiología distinta. En particular, las que tienen lugar “por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los último años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral”.

Para hacer frente a dicho desafío, convertido ahora en un nuevo riesgo social⁶⁵⁸, la ley ha optado por crear, *ex novo*, “una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social”. De este modo se configura en el texto de la ley “un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema”. En particular, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que el texto legislativo viene a instaurar pasa a erigirse en “uno de los instrumentos fundamentales para mejorar la situación de los servicios sociales en nuestro país, respondiendo a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades” (Exposición de Motivos).

El anclaje constitucional de esta norma estatal se ha ubicado en el artículo 149.1.1 CE y en la competencia exclusiva del Estado, que en él se consagra, para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Considera el legislador, en este punto, que la aludida competencia estatal “justifica la regulación, por parte de esta Ley, de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia (...) con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y con pleno respeto de las competencias” autonómicas en materia de asistencia social (art. 149.1.20 CE). Así pues, con el modelo de cobertura diseñado en la ley, el Estado cobra un protagonismo en la atención a las necesidades de las personas en situación de dependencia que hasta el momento había correspondido, en gran medida, a otras Administraciones Públicas (autonómica y local, básicamente).

Para hacer frente al desafío de la atención a las personas dependientes el legislador ha optado por diseñar un sistema de protección social de alcance universal que, sin embargo, se coloca sistemáticamente extramuros de la Seguridad Social, y que opera, en realidad, “ampliando y complementando, desde fuera, su acción protectora y las prestaciones y servicios sociales y sanitarios ya existentes”⁶⁵⁹. Esta había sido,

⁶⁵⁸ Tal y como ha sido asumido en el ámbito comunitario en el Informe conjunto de la Comisión Europea y el Consejo, de 13 de marzo, sobre cuidados de larga duración a los mayores. Para un estudio de la protección de la dependencia en el ámbito comunitario puede verse, por todos, MERCADER UGUINA, J.R., “La prestación de dependencia en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Ceri y Hosse”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2006, nº 11.

⁶⁵⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La protección social de la dependencia”, cit., pág. 7.

precisamente, la opción seguida con anterioridad por los firmantes del Acuerdo sobre la acción protectora de la atención a las situaciones de dependencia cuyo influjo en el texto legal definitivo resulta palpable. En aquella ocasión, en efecto, quedó prevista la creación de un Sistema Nacional de Dependencia que quedaría configurado “como una nueva modalidad de protección social” encargada de ampliar y complementar a la acción protectora de la Seguridad Social y del Estado.

No es esta, con todo, la única alternativa en el tratamiento de la dependencia en nuestro país. Por el contrario, y desde la perspectiva constitucional, el legislador podía haberse inclinado por situar la nueva protección de las personas en situación de dependencia en el ámbito propio del sistema de Seguridad Social (art. 149.1.17 CE)⁶⁶⁰; por ocupar esa “tierra de nadie”⁶⁶¹ que hasta el momento ha sido la protección específica de la dependencia con una cobertura dispensada por mecanismos integrados en dicho sistema, con el consiguiente protagonismo estatal que dicha opción habría supuesto. De hecho, ésta ha sido la solución seguida en otros países de la UE y a ella parecía apuntar igualmente, en el caso español, el Libro Blanco.

No ha sido esta, sin embargo, la solución finalmente adoptada por el legislador interno dado que el nuevo marco normativo ha optado por configurar un sistema de protección universal que ha quedado “centrado en facilitar una atención personal efectiva”, primando de este modo el enfoque de “atención y prestación de cuidados” frente al enfoque más económico y más centrado en “prestaciones dinerarias” propio del sistema de Seguridad Social⁶⁶². Y, en cualquier caso, se trata de un sistema, el anterior, en el que las propias Comunidades autónomas deben jugar un notable papel y, en todo caso, mucho más esencial que si se hubiese optado por integrar el sistema propio de protección de la dependencia en el ámbito propio de la Seguridad Social⁶⁶³.

En todo caso, la preexistencia de una tutela pública con anterioridad a la Ley de las situaciones de dependencia ha llevado a algunos a negar que el nuevo texto haya venido a crear una contingencia totalmente nueva. Lo que sí se habría producido con esta novedad legislativa sería, propiamente, una generalización de la protección que hasta el

⁶⁶⁰ Vid., sobre el tema, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La protección social de la dependencia”, cit., págs. 4-5; SUÁREZ CORUJO, B., para quien se trataría la integración de la protección de la dependencia en el sistema de Seguridad Social sería su “ubicación natural” (“Dependencia y Estado autonómico...”, cit., pág. 72); y BARCELÓN COBEDO S., y QUINTERO LIMA, M^ag, “Delimitación competencial de la protección social de las situaciones de dependencia”, en AAVV, “Protección social...”, cit., págs. 93 y ss..

⁶⁶¹ Como gráficamente la denomina RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., para quien “la dependencia es un buen ejemplo de una situación de necesidad que podría encuadrarse en la SS o la Asistencia Social” (“La protección social de la dependencia”, Relaciones Laborales, 2006, n° 23-24, pág. 7).

⁶⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La protección social de la dependencia”, cit., págs. 4. Para una consideración de la dependencia como “riesgo” o como “derecho universal” puede verse MERCADER UGUINA, J.R y MUÑOZ RUIZ, A.B., “La protección específica de las situaciones de dependencia en la vejez”, en AAVV, “Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones”, cit., págs. 839 y ss.

⁶⁶³ Sobre la actividad de las Comunidades Autónomas en la tutela de la dependencia con anterioridad a esta Ley puede verse, por todos, BLÁZQUEZ AGUIDO, E.M y MUÑOZ RUIZ, A.B. “La protección de la dependencia en las Comunidades Autónomas: un panorama disperso”, en GONZÁLEZ ORTEGA S., y QUINTERO LIMA M^a G., “Protección social de las personas...”, cit., pág. 121 y ss.

momento cubriría este riesgo en nuestro país al tiempo que “tanto su financiación como su gestión adquieren una fisonomía distinta a la que hasta ahora prevalecía en la Seguridad Social española”⁶⁶⁴.

El sistema público pretende ofrecer, ahora sí, una protección integral de las situaciones de dependencia, en lo que resulta ser un enfoque inédito hasta el momento presente en la legislación estatal de nuestro país ⁶⁶⁵. De hecho, a raíz del nuevo marco normativo nace un nuevo derecho subjetivo a la atención integral que se sustenta en la universalidad, la equidad y la accesibilidad como principios inspiradores, tal y como se dispone en la propia Exposición de motivos de la Ley. Con todo y con ello, un enfoque de este tipo en la atención a las personas dependientes no constituye una novedad absoluta en nuestro ordenamiento interno. De hecho, si se analiza la normativa autonómica que hasta el momento ha atendido, de un modo u otro, a la problemática de la dependencia, pueden encontrarse intentos y ensayos de proveer de una atención integral a las personas necesitadas de cuidados, sin perjuicio de que los mismos presenten algunas deficiencias. Entre estas experiencias pueden citarse, por ejemplo, la Ley 5/2003, de 3 de abril, sobre Atención y Protección de las Personas Mayores de la Comunidad de Castilla y León si bien en este caso el cuidado integral queda reservado al colectivo de mayores dependientes.

Con este nuevo marco normativo nuestro ordenamiento ha dado un paso más en la tutela de las situaciones de dependencia que lo acerca, en cierta medida, a algunos países de nuestro entorno. En realidad, como ha sido destacado por la doctrina más autorizada, el texto legal supone así “un nuevo paso en la renovación y modernización de nuestro sistema de protección social y en la lucha contra la exclusión social al proteger a un grupo especialmente vulnerable”⁶⁶⁶.

2.2.3.- El concepto de dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Indudablemente, una correcta aplicación de la ley, y el propio éxito de su concreta funcionalidad, penden en gran medida de una delimitación suficientemente clara y precisa del concepto de dependencia esto es, de la concreta situación de necesidad que la nueva norma pretende cubrir ⁶⁶⁷. Al fin y al cabo, sobre dicho concepto se sustenta el nuevo entramado legislativo en su conjunto. En este sentido, como ha sido puesto de relieve por parte de la doctrina científica, “el primer paso de cualquier iniciativa de creación de un sistema de tutela social (consiste en)...la determinación precisa de la situación de necesidad concreta, identificada a través de rasgos y elementos esenciales, generada a partir de la actualización de un riesgo social también específico”⁶⁶⁸. A más

⁶⁶⁴ LÓPEZ CUMBRE, L., “Fisuras de una Ley histórica en materia de protección social: el proyecto de Ley de Dependencia”, Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2006, nº 11, pág. 3.

⁶⁶⁵ Un tratamiento integral que no debe llevar a desconocer la ausencia en la Ley un tratamiento de los servicios socio-sanitarios.

⁶⁶⁶ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La protección social de la dependencia”, cit.,

⁶⁶⁷ Ello es así, en especial, en los casos, como el que nos ocupa, en los que el legislador ha optado por incluir un precepto específico monográficamente dedicado a definir, con carácter general, los conceptos centrales utilizados en su texto toda vez que, en estos casos, la definición del concepto resulta de aplicación en la totalidad de los casos en que la Ley utiliza este último a lo largo de su entero articulado. En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, aprobado el 23 de marzo de 2006, pág. 8.

⁶⁶⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones...”, it., pág. 33. Quien continúa identificando en este caso el riesgo social como “la alta probabilidad de que un número relevante de

que, por otro lado y desde una perspectiva bien diversa aunque no menos relevante, una adecuada delimitación del propio objeto de la Ley resulta claramente conveniente de cara a evitar eventuales cuestiones desde el punto de vista de la competencia que ha sido invocada por el legislador estatal como fundamento constitucional en el que sustentar su aprobación⁶⁶⁹.

Al respecto, la norma legal contrapone los conceptos de autonomía y dependencia, persiguiendo, de un lado, la promoción de la primera de ellas (autonomía personal), y, de otra parte, la atención a las personas en situación de dependencia tal y como reza en su propio título⁶⁷⁰. En particular, el objeto de la norma no es otro que “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia “y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español” (art. 1)⁶⁷¹.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua la autonomía consiste en la “*Condición del individuo que de nadie depende en ciertos conceptos*”. Por su parte, la Ley define la autonomía como aquella “capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria” (art. 2.1).

Esta noción legal presenta algunas diferencias con las que se habían plasmado en los sucesivos textos aparecidos durante su tramitación parlamentaria y, al mismo tiempo, probablemente, parece presentar una mayor corrección. Así, en primer lugar, la norma delimita la autonomía por referencia tanto a la capacidad de adoptar decisiones sobre la forma de vida como a la propia capacidad para desarrollar las actividades básicas de la vida⁶⁷². Por otra parte, han desaparecido finalmente del texto de la ley ciertas expresiones que podían resultar polémicas y que, de hecho, ya habían suscitado algunas consideraciones críticas desde distintos foros. Así ha sucedido, en particular, con la

ciudadanos, por razones asociadas a su capacidad y autonomía personal y al margen de la causa concreta que las haya provocado (se trate de un accidente o de una enfermedad, de una cuestión genética o degenerativa, del transcurso de la edad, o de la suma de varios de estos factores), se encuentren en una situación en la que precisen de l ayuda de otra persona para realizar los actos más esenciales o básicos de la vida cotidiana, esos en los que se cifra la dignidad personal, la autonomía y la capacidad de gestionar la propia existencia en su dimensión más elemental e íntima”.

⁶⁶⁹ Nuevamente el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de promoción ya citado, pág. 7.

⁶⁷⁰ Defendiendo el carácter prioritario del derecho a la promoción de la autonomía personal frente a la atención a las personas en situación de dependencia, en función del modo en que ambos han quedado previstos en la Ley, LÓPEZ CUMBRE, L., “Fisuras de una Ley histórica en materia de protección social...”, cit., pág. 9.

⁶⁷¹ La promoción de la autonomía personal a la que ahora atiende la Ley se encuentra además en sintonía con la Ley 51/2003 de 2 de Diciembre de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

⁶⁷² La norma se ha separado de este modo de la definición de la autonomía recogida en el anteproyecto en el que únicamente se aludía a “La capacidad percibida de controlar, afrontar y tomar decisiones personales acerca de cómo vivir al día de acuerdo con las normas y preferencias propias”. En términos muy parecidos se definía la autonomía en el texto del proyecto –

referencia a “vivir al día” que se utilizaba en el anteproyecto, y había desaparecido ya en el proyecto, que parecía remitir más a la idea de una subsistencia económica que a la autonomía personal propiamente dicha⁶⁷³.

La Ley ofrece una delimitación de la dependencia que se concreta en "el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisa de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal" (art. 2.2). Así pues, la dependencia que es tomada en consideración por parte del legislador se encuentra delimitada y prefijada en función a los elementos siguientes. El carácter permanente de la misma, la concurrencia de algunas de las causas de dependencia legalmente previstas (edad, enfermedad o discapacidad) ligadas a la falta o pérdida de autonomía, y, finalmente, la necesidad de atención de terceros o ayudas u otros apoyos⁶⁷⁴.

La nota de la permanencia a la que se ha aludido, y que debe predicarse de toda situación amparada por la Ley, conduce a expulsar de la tutela dispensada por esta última a aquellas situaciones de dependencia -propiamente tales- que, sin embargo, sean de naturaleza temporal. Podría decirse, en este sentido, que la situación de necesidad que interesa a la Ley es, única y exclusivamente, la que se concreta en una dependencia de carácter permanente “presumiblemente definitiva que, si acaso, tenderá a agravarse con el tiempo”⁶⁷⁵.

En todo caso, como puede observarse, se trata de una definición que pivota en torno a la imposibilidad de realizar de modo autónomo las actividades básicas de la vida diaria. Este es el dato que viene a erigirse, en pureza, en uno de los elementos nucleares del propio concepto de dependencia⁶⁷⁶. De este modo, el legislador estatal se coloca en sintonía con el concepto que de esta última vienen ofreciendo distintas instancias e instrumentos normativos tanto en nuestro derecho interno como más allá de nuestras fronteras. Así sucede, por ejemplo, en el Código de Seguros Sociales de Luxemburgo en cuyo texto se conceptúa la dependencia como “el estado en que se encuentra quien necesita de la ayuda de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida” (art. 348). O, en el ámbito europeo, con la Recomendación (98) 9, del 18 de septiembre de 1998, del Comité de Ministros del Consejo de Europa donde la dependencia aparece configurada como el “estado en que se encuentran las personas, que, por razones ligadas a la falta o pérdida de autonomía física, psíquica o mental, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida

⁶⁷³ En este sentido, pueden verse las consideraciones en el Dictamen del Consejo Económico y Social Sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la atención personal y atención a las personas en situación de dependencia, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 20 de febrero de 2006, que aconsejaba el cambio de denominación por las expresiones “vivir cada día” o “vivir el día a día”.

⁶⁷⁴ Un estudio en profundidad sobre las posibles concepciones de la dependencia en MERCADER UGUINA, J.R., “Concepto y concepciones de la dependencia”, en AAVV, “Protección social de las personas dependientes”, cit., págs. 63 y ss.

⁶⁷⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones...”, cit., p. 36. Sobre el tema puede verse, in extenso, BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, MG., “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, nº 60, passim.

⁶⁷⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones...”, cit., p. 34.

diaria".

En cuanto al derecho interno pueden mencionarse al respecto algunas de las definiciones ofrecidas por la normativa autonómica. Tal ha sido el caso, por ejemplo, de la que hasta el momento presente constituye la única ley autonómica dedicada -específica y monográficamente-, a la tutela de esta contingencia: la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de la Comunidad Autónoma de Cantabria. En dicho texto legal la dependencia es definida como la situación de aquél que "precisa de la ayuda de otra u otras personas (...) para realizar las actividades de la vida diaria, entendiendo éstas como el cuidado personal, las actividades domésticas, la movilidad esencial y actos relacionales" (art. 3.1). En la misma línea puede citarse la Ley de Castilla y León, antes citada, en la que se entiende por dependencia "la situación en la que se encuentra una persona mayor que, por disminución o pérdida de autonomía física, psíquica o sensorial, precisa ayuda y/o asistencia importante para las actividades de la vida diaria y/o protección o supervisión de sus intereses". O, en fin, la Ley 1/2003 de la Comunidad Autónoma de Asturias, a cuyo tenor, la dependencia se configura como la situación de aquellas "personas que por razones ligadas a la falta o a la pérdida de capacidad física, psíquica o intelectual tienen necesidad de una asistencia o ayuda importante para la realización de las actividades de la vida diaria" (art. 19.2.). Esta es también la orientación seguida por la Ley de la Comunidad de Madrid antes citada delimita la dependencia como aquella "situación en que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes para realizar los actos corrientes de la vida diaria" (art. 62.1.). Esta previsión legal se completa con un añadido de interés en el que se dispone que "(t)odos los sectores de la población pueden estar afectados por la situación de dependencia, aunque las necesidades de atención puedan variar en función de la edad, el grado de dependencia, las condiciones de vida y otros factores asociados" (art. 62.2).

La definición legal que ahora ofrece la norma estatal merece, entre otras, las siguientes consideraciones. En primer lugar, y como novedad a resaltar, el legislador ha contemplado, expresamente, la enfermedad mental como un concepto distinto que debe ser separado de las deficiencias intelectuales. De este modo se ha hecho eco de la recomendación del Consejo Económico y Social que, ante la ausencia de una mención explícita a las mismas en el texto del Anteproyecto, había considerado necesario interpretar comprendidas en el concepto de dependencia a las personas cuya falta de autonomía derivase precisamente del padecimiento de enfermedades de este tipo⁶⁷⁷. En el mismo sentido, conviene recordar que las anomalías mentales se contemplan, igualmente, en la definición de la dependencia dada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su Recomendación (98) 9, antes citada, donde, como se recordará, se hace mención expresa a la "falta o pérdida de autonomía física, psíquica o mental".

La definición de la dependencia se acompaña en la ley con la delimitación de dos de las expresiones que forman parte de dicha noción: las actividades básicas de la vida diaria, por un lado, y las necesidades de apoyo para la autonomía personal, por otro. En cuanto a las primeras, se consideran por tales "las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el

⁶⁷⁷ Dictamen del Consejo Económico y Social Sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la atención personal y atención a las personas en situación de dependencia.

cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas" (Art. 2.3). El legislador ha optado, así pues, por ofrecer una enumeración de las que se consideran actividades básicas de la vida diaria a efectos de la ley. Una enumeración meramente ejemplificativa que, por tanto, en modo alguno puede considerarse exhaustiva o de carácter cerrado como lo demuestra claramente el propio tenor literal del precepto que comienza la enumeración de las mismas con la expresión "tales como". De este modo el legislador ha recurrido a una técnica normativa que ya ha sido seguida en otros textos internacionales o de derecho interno, como sería el caso apuntado más arriba de la ley cántabra o de la propia LGSS al configurar la gran invalidez como la situación en la que la persona se encuentra precisada de "la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogo".

En todo caso, llama poderosamente la atención, al respecto, el mero cambio de denominación de estas actividades que se ha operado en la ley; de modo que, lo que con anterioridad se consideraban actividades de la vida ordinaria han pasado a tener la condición de actividades básicas de la vida diaria en el texto definitivo. Y ello, a pesar de que la primera expresión parecería remitir a un concepto más amplio donde cabría entender incluidas tanto las actividades de carácter básico como las de tipo instrumental⁶⁷⁸.

Por otra parte, como ha quedado indicado más arriba, la norma procede a definir las necesidades de apoyo para la autonomía personal considerando tales "las que requieren las personas que tienen discapacidad intelectual o mental para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad" (art. 2.4). En tanto que la asistencia personal se define, a su vez, como el "servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal" (art. 2.7).

Para terminar con la delimitación legal se ha considerado conveniente hacer alguna alusión a la edad de la persona en situación de dependencia. A este respecto la Ley no ha reservado la cobertura específica por dependencia a la población de mayor edad separándose en este concreto aspecto de algunas de las experiencias conocidas en otros ordenamientos cercanos⁶⁷⁹. De hecho, y si bien las situaciones de dependencia se encuentran indiscutiblemente vinculadas al fenómeno del envejecimiento de la población, el legislador ha tomado conciencia de la existencia de situaciones de dependencia vinculadas a la deficiencia, la enfermedad o el accidente y, por tanto, de la presencia en el conjunto de la población de personas necesitadas de la asistencia o el cuidado de un tercero aunque y que aún no han alcanzado una edad avanzada. Y ello, aunque se ha considerado igualmente válida la opción contraria, reservar la tutela a los mayores de 65 años, siempre y cuando los dependientes menores de dicha edad se encuentren debidamente protegidos por el ordenamiento a través de otras vías (gran invalidez, normas sobre discapacitados, etc)⁶⁸⁰.

⁶⁷⁸ Al respecto puede verse las consideraciones plasmadas en el Dictamen del Consejo Económico y Social Sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la atención personal y atención a las personas en situación de dependencia, aprobado en sesión ordinaria del Pleno de 20 de febrero de 2006..

⁶⁷⁹ Como ha sido el caso de Francia o los países nórdicos.

⁶⁸⁰ GONZÁLEZ ORTEGA, S., "La protección social de las situaciones...", cit., pág. 41. Para quien, en todo caso, no es un elemento esencial de la definición sino sólo un "requisito externo" (op. Cit., p. 42).

En todo caso, los menores de 3 años debidamente acreditados como dependientes recibirán la atención del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que en la ley se diseña. En particular se prevé la atención de las necesidades de ayuda a domicilio así como el reconocimiento de prestaciones vinculadas y para el cuidado en el entorno familiar (disposición adicional decimoséptima).

2.2.4.- Los grados de la dependencia y el baremo de aplicación

a) La graduación de la dependencia en la Ley

Del mismo modo que la delimitación de los que deban considerarse actos esenciales de la vida cotidiana es una operación esencial de cara a identificar una situación de dependencia, resulta igualmente de una importancia trascendental la identificación de los grados de dependencia, hasta el punto de que la misma viene a erigirse para algunos en otro de los “rasgos nucleares” del propio concepto⁶⁸¹. De hecho, esta materia se presenta en realidad como una cuestión central no sólo a la hora de identificar la dependencia sino también cuando se trata de precisar cuáles pueden ser en cada caso concreto las correspondientes prestaciones. Más aún, de la graduación de las situaciones de dependencia, pende la propia puesta en marcha de la cobertura prevista en la norma toda vez que la ley prevé su aplicación progresiva y gradual comenzado desde los grados de dependencia superiores hasta los inferiores.

Por lo que se refiere a esta cuestión central y básica, la Ley 39/2006 ha graduado la situación de dependencia en tres grados distintos cada uno de los cuales se subdivide, a su vez, en dos niveles que se determinan en función de la autonomía de las personas y de la intensidad del cuidado que las mismas requieren (art. 26.2). De este modo el legislador ha sido fiel a la clasificación que en su momento fue consensuada por el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el acuerdo sobre la dependencia alcanzado en diciembre del año 2005 y que se ha mantenido, sucesivamente, en los textos del Anteproyecto y del Proyecto de Ley.

Sin perjuicio de esta marcada continuidad en relación con el número de grados, su denominación y niveles de la dependencia, el texto legal ha añadido, finalmente, algunas previsiones ex novo desconocidas en los textos que le han precedido. En el referido acuerdo, en efecto, se preveía una valoración de la dependencia en tres grados, con dos niveles internos cada uno de ellos, como también se ofrecía una delimitación de cada uno de los grados y niveles que ha sido básicamente respetada por la ley. En concreto, y tras la tramitación parlamentaria, la Ley ha acogido en su texto la totalidad de lo previamente pactado al respecto de forma prácticamente literal si bien es posible encontrar algunas novedades de interés.

Los grados de dependencia tal y como han quedado configurados en la norma estatal son los que a continuación se detallan. El primer grado lo constituye la situación que el legislador denomina *dependencia moderada*, conservando así la terminología que se adoptó en el acuerdo y se ha mantenido como una constante en los subsiguientes textos que han conformado el iter parlamentario, incluido, como se ha dicho, el texto definitivo. Concorre esta situación de dependencia "cuando la persona necesita ayuda

⁶⁸¹ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección social de las situaciones...”, cit., pág. 34.

para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal" (art. 26.1 letra a). En puridad, la dependencia abarca así en su grado más bajo dos situaciones diversas. Una primera, alude a los supuestos en los que, con una frecuencia diaria, el sujeto precisa de una ayuda al menos una vez para llevar a cabo las actividades básicas de la vida diaria. Junto a este primer supuesto, el legislador contempla otra situación añadida que, a diferencia de la anterior, no se había previsto ni en el acuerdo del que trae causa ni en los textos preparatorios de la ley. Se trata, en concreto, de aquella situación en la que el sujeto se ve en la necesidad de contar con un apoyo para su autonomía personal que sea intermitente o limitado.

La *dependencia severa* constituye el segundo de los grados previstos en la ley, siguiendo también la expresión ya acogida para este grado intermedio en el texto pactado de finales del 2005. Por tal se entiende la situación en la que se encuentra la persona que "necesita de ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere (sic) el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal" (art. 26.1 letra b).

Nuevamente son dos las situaciones contempladas por la norma a la hora de delimitar este grado intermedio de la dependencia. La primera ya prevista de modo casi literal en los textos que han precedido su aprobación, remite a los supuestos en los que la persona dependiente precisa de la ayuda externa para realizar actividades básicas de la vida diaria de modo ocasional o no permanente (que la norma concreta en dos o tres veces al día). La segunda, añadida ex novo por el texto legal refiere a la situación de quien se encuentra necesitado de lo que la norma denomina "apoyo extenso para su autonomía personal".

Finalmente, el tercer grado de dependencia recibe en la norma la denominación de *gran dependencia*. Esta última se encuentra definida como la situación que concurre "cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal" (art. 26.1 letra c).

Para los grandes dependientes se prevé la asistencia de un tercero a fin de asegurar el acceso a la educación y el trabajo (art. 19). Conviene recordar que la prestación económica para una ayuda personalizada ha quedado prevista finalmente en la ley también para los mayores de 65 años, a diferencia de lo que sucedió en el Anteproyecto donde expresamente se reservaba a las personas con gran dependencia menores de dicha edad⁶⁸².

El modo en que se encuentra definida legalmente este grado superior de la dependencia merece algunas observaciones. En primer lugar, los textos anteriores aludían únicamente a la pérdida total de autonomía física o mental a las que la ley ha añadido las pérdidas totales de autonomía intelectual o sensorial⁶⁸³. Por otra parte, también incluye las necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal, algo que tampoco se encontraba previsto en los textos que han servido de antecedentes y se han elaborado sucesivamente en el proceso de tramitación parlamentaria. Finalmente en el

⁶⁸² Dicho tope máximo de edad desapareció en el texto del proyecto.

⁶⁸³ Con todo, se trata de una adición que ya se encontraba en el Proyecto de ley.

texto definitivo se ha sustituido la expresión “presencia indispensable y continua” por aquella otra de “apoyo indispensable y continuo”.

Como ha quedado dicho, cada uno de los grados anteriores se clasificarán, a su vez, en dos niveles en atención a los criterios siguientes: la autonomía de la persona y la intensidad del cuidado que precisa. Se trata de una previsión que ya se encontraba en el acuerdo y que se ha mantenido, en sus propios términos, en los sucesivos textos preparatorios hasta llegar a la Ley.

Tanto los grados como los niveles a los que se viene aludiendo pueden ser objeto de revisión a instancia del interesado, de sus representantes o bien de oficio por la Administración Pública competente. Se consideran causas de revisión la mejoría o empeoramiento de la situación de dependencia, por un lado, y, por otro, el error de diagnóstico o en la aplicación del baremo (art. 30.1).

Finalmente, tal y como ha sido adelantado, la norma prevé su aplicación progresiva en lo relativo a la efectividad del derecho a las prestaciones de dependencia de modo y manera que, de conformidad con el calendario fijado en la disposición final primera, la efectividad del derecho a las prestaciones incluidas en la Ley se iniciará el uno de enero de 2007. A partir de dicho término inicial se fijan los siguientes tramos temporales para la aplicación de la Ley: el primer año a los que sean valorados en el grado III de gran dependencia, en sus dos niveles; el segundo y tercer año a quienes sean valorados en el grado II de dependencia severa, en su nivel 2; el tercer y cuarto año a quienes reciban una valoración correspondiente al grado II de dependencia severa en su nivel 1; el quinto y sexto año a quienes sean valorados en el grado I de dependencia moderada, en su nivel 2; y, finalmente, el séptimo y octavo año a quienes sean valorados en el grado anterior en su nivel 1.

b) La elaboración del baremo y su posterior aplicación.

Desde el Acuerdo del año 2005 ha existido una especial preocupación por la elaboración de un baremo común, que resulte de aplicación en todo el territorio nacional, así como por la determinación del grado y nivel de la dependencia a través de un sistema público de valoración. Esta materia ha sido abordada igualmente en el texto de la Ley mediante el diseño de un particular sistema que, como se verá, pretende asegurar la cooperación entre las distintas Administraciones implicadas (Estado y Comunidades autónomas básicamente)⁶⁸⁴.

En concreto, la elaboración del baremo corresponde al Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia y será posteriormente aprobado por el Gobierno a través del correspondiente Real Decreto. El Consejo territorial deberá elaborar el baremo en el plazo máximo de tres meses desde su propia constitución (disposición final quinta).

En la elaboración del baremo deberá tenerse en cuenta como referente, entre otros, la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF), adoptada por la OMS. En su texto, además, deberá hacerse constar los extremos que han quedado expresamente previstos en la norma. En primer lugar, los criterios objetivos de

⁶⁸⁴ Resaltando la importancia de los mecanismos de cooperación arbitrados en la Ley RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “La protección social...”, cit., p. 6.

valoración del grado de autonomía de la persona y de su capacidad para realizar las distintas actividades de la vida diaria. En segundo término, los intervalos de puntuación para cada uno de los grados y niveles de dependencia; y, finalmente, el protocolo en el que se contenga los procedimientos y técnicas que deben seguirse para valorar las aptitudes observadas. A través del baremo se valorará "la capacidad de la persona para llevar a cabo por sí misma la actividades básicas de la vida diaria así como la necesidad de apoyo y supervisión para su realización por personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental".

Quiere la norma que la valoración de la situación de dependencia se lleve a cabo mediante un sistema público a través de la aplicación del correspondiente baremo. De este modo, la competencia para dictaminar los distintos grados y niveles de dependencia, en aplicación del baremo anterior, corresponderá a los órganos de valoración que sean determinados por las Comunidades autónomas. En el dictamen emitido por dichos órganos se hará constar, junto al grado y nivel, los cuidados que a persona en situación de dependencia pueda requerir. La valoración se llevará a cabo teniendo en cuenta los informes sobre la salud de la persona y sobre el entorno en el que viva así como la posibles ayudas técnicas, órtesis y prótesis que le haya sido prescritas (art. 27.5).

Con todo y con ello, y, si bien la competencia para determinar los órganos de valoración corresponde a cada una de las Comunidades Autónomas, es el Consejo Territorial el que recibe el encargo legal de acordar unos criterios comunes de composición y actuaciones de los citados órganos que, en todo caso, tendrán carácter público.

El carácter público al que se viene aludiendo vuelve a quedar remarcado por el legislador al disponer expresamente que "los servicios de valoración de la situación de dependencia, la prescripción de servicios y prestaciones y la gestión de las prestaciones económicas previstas en la presente Ley, se efectuarán directamente por las Administraciones Públicas no pudiendo ser objeto de delegación, contratación o concierto con entidades privadas" (art. 28.1).

2.2.5.- El impacto de la Ley en el marco protector subsistente.

Como se ha analizado en páginas anteriores, la ley aparece en un momento en el que ya existían en nuestro país un conjunto de prestaciones que, de un modo u otro han venido atendiendo a las situaciones de dependencia y proporcionando a las personas dependientes una cierta tutela. Esta es la razón que ha llevado al legislador a incorporar en el nuevo texto un criterio de relación entre algunas de aquéllas y las novedosas prestaciones que la ley prevé. En este punto concreto la norma ha optado por aplicar el criterio de la deducción en los términos previstos en su artículo 31. Según dicho precepto procederá deducir de la cuantía de las prestaciones económicas que la norma prevé "cualquier otra prestación de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social. En particular, se deducirán el complemento de gran invalidez regulado en el artículo 139.4 LGSS, el complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de minusvalía igual o superior al 75%, el de necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, y el subsidio de ayuda a tercera persona de la Ley 13/1982, de 7 de abril,

de Integración Social de los Minusválidos (LISMI)”⁶⁸⁵.

Por otra parte, a tenor de la ley, aquellos sujetos que tengan reconocida la pensión de gran invalidez o la necesidad de asistencia de tercera persona de conformidad con el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía "tendrán reconocido el requisito de encontrarse en situación de dependencia, en el grado y nivel que se disponga en el desarrollo reglamentario de esta Ley" (disposición adicional novena).

3. Breves notas sobre la situación social de los cuidadores no profesionales.

J.C. Álvarez Cortés
Profesor Titular de Derecho del Trabajo

1. Introducción

La Ley 39/2006 trata de proteger a personas que no tienen autonomía o capacidad física, psíquica o sensorial, para afrontar el vivir al día de acuerdo con sus propósitos y que además, por ello, precisa o la ayuda o atención de terceras personas para realizar actividades básicas de la vida diaria.

Pues bien, para la ayuda en la realización de las tareas más elementales que permitan desenvolverse a los dependientes y conseguir un mínimo de autonomía para su vida cotidiana, puede utilizarse la ayuda de cuidadores, profesionales o no, e incluso de asistentes personales⁶⁸⁶.

Teniendo en cuenta que uno de los objetivos para la atención a las personas en situación de dependencia es llevar una existencia autónoma en su medio habitual, el catálogo de prestaciones que nos ofrece el Sistema para la Autonomía y Atención a los Dependientes contempla algunos servicios para conseguir la ayuda en la realización de las actividades básicas de la vida diaria por parte de las personas dependientes. Los servicios de ayuda domicilio, de Centro de Día y de Noche y de Atención Residencial (arts. 23 a 25 Ley 39/2006) conlleva la utilización de cuidadores profesionales ya que normalmente va a ser servicios prestados por una institución pública o entidad privada concertada, con o sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre en la prestación de servicios en situación de dependencia. Por su parte, dentro de las prestaciones económicas, la prestación económica vinculada al servicio (que habrá de ser excepcional cuando la red de servicios esté totalmente implantada) que es de carácter periódico se concederá únicamente cuando no sea posible el acceso a

⁶⁸⁵ Por lo que a la invalidez en su modalidad contributiva se refiere la Ley de dependencia ha dado una nueva redacción al artículo 145.2 LGSS, a cuyo tenor, “Las cuantías resultantes de lo establecido en el apartado anterior de este artículo, calculadas en cómputo anual, son compatibles con las retas o ingresos anuales de que, en su caso, disponga cada beneficiario, siempre que los mismos no excedan del 25 por ciento del importe, en cómputo anual, de la pensión no contributiva. En caso contrario, se deducirá del importe de la pensión no contributiva la cuantía de las rentas o ingresos que excedan de dicho porcentaje, salvo lo dispuesto en el artículo 147” (disposición adicional decimosexta). En el apartado primero del precepto se establecen las reglas para determinar la cuantía de la pensión.

⁶⁸⁶ La asistencia personal en una nueva definición introducida en la última fase de la tramitación parlamentaria. Se entiende como tal, ex artículo 2.7 el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal.

un servicio público o concertado de atención y cuidado; servicio que, evidentemente, tiene que ser prestado por profesionales.

Los cuidadores profesionales, en la actualidad, suele ser trabajadores por cuenta ajena⁶⁸⁷ de empresas privadas o públicas e incluso de Administraciones Públicas locales (Ayuntamientos, generalmente). Su regulación jurídico laboral es la común: les es de aplicación el Estatuto los Trabajadores y el convenio colectivo, de sector o empresa, y está encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social.

2. Los cuidadores no profesionales y su régimen jurídico social.

Pero en el catálogo de prestaciones sociales que ofrece el Sistema para la protección de la dependencia nos encontramos otras dos prestaciones económicas que conllevan lo utilización de cuidadores no profesionales.

De un lado, el artículo 19 regula la prestación económica de asistencia personal que tiene como fin la promoción de la autonomía de las personas con *gran dependencia* (en el Proyecto de Ley se decía que menores de 65 años, pero esta referencia la edad ha desaparecido en el texto final) facilitando al beneficiario, mediante la contratación de un asistente personal durante un cierto número de horas, el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria. Lo cierto es que no se dice nada sobre las características que debe tener el asistente personal, si ha de ser o no profesional, aunque el que indique que su objetivos es contribuir a “la “contratación de una asistencia personal” parece llevarnos al ámbito profesional, aunque a falta de regulación, en principio nada impediría que un familiar o alguien de su entorno familiar con la formación específica pudiera realizar tales funciones. Lo único que queda claro es que su dedicación será parcial. Lo que significa que si se trata de profesionales, en el caso de trabajadores por cuenta, éstos podrán ser contratados a tiempo parcial, aunque no es necesario⁶⁸⁸, por el empresario del sector para realizar las funciones de asistente personal⁶⁸⁹.

Finalmente, en el caso de que los Servicios Sociales del sistema público hayan reconocido al dependiente en su “programa individual de atención” la necesidad de cuidados del mismo en su entorno familiar, y su vivienda cumpla una serie de condiciones que la adecuen para la convivencia y habitabilidad, y de forma excepcional, podrá reconocerse una “prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales” (art. 18 de la Ley 39/2006). Se trata de un “cuidados no profesionales” que viene definido en su artículo 2.5 como “la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada”. El artículo 18 de la Ley 39/2006 no establece con claridad suficiente la naturaleza del vínculo que desistir en que la persona en situación de dependencia, receptora de cuidados informales y el cuidador principal para que sea efectivo el reconocimiento del

⁶⁸⁷ Aunque no es imposible, de hecho la norma lo prevé en su art. 2.6, el cuidado profesional por parte de un trabajador por cuenta propia. En tal caso, la regulación será la correspondiente mercantil y su encuadramiento será el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

⁶⁸⁸ Aunque cabe la posibilidad de que sea contratado a tiempo completo y destinado como asistente personal en varios domicilios particulares para la ayuda de varios dependientes.

⁶⁸⁹ También podrían hacerlo trabajadores por cuenta propia; aunque no existe la posibilidad, en el régimen jurídico vigente, del trabajo por cuenta propia a tiempo parcial.

derecho a la prestación económica⁶⁹⁰. Es quizás, este precepto el que mayores expectativas ha generado en las familias en cuyo seno convive una persona dependiente. Y ello porque, el escaso desarrollo en la actualidad de las redes de servicios sociales para la atención a las personas que necesitan cuidados de larga duración⁶⁹¹, ha llevado consigo que la mayor parte de la protección y los cuidados a las personas dependientes se generen en el entorno familiar, siendo normalmente la mujer (que representan el 83% de los cuidadores familiares) la que, en la mayoría de los casos, se ven imposibilitadas de llevar a cabo actividad laboral alguna⁶⁹². Por lo que se piensa en esta prestación como en una compensación económica familiar por la prestación de un Servicio Social por parte de particulares. Nada más lejos de la realidad, ya que la configuración de esta prestación es de carácter excepcional.

A) La protección social de los cuidadores no profesionales.

De la futura regulación sólo sabemos que el trabajador habrá de encuadrarse y cotizar a la Seguridad Social⁶⁹³, nada se nos dice sobre el Régimen de la Seguridad Social en el que quedará encuadrado, lo lógico sería el encuadramiento en el Régimen General del mismo modo que lo están la mayor parte de los cuidadores profesionales (e incluso como un posible sistema especial de los previstos en el art. 11 de la LGSS).

Donde sí creemos que habrá una importante distinción con respecto a los cuidadores profesionales será en la cotización a la Seguridad Social, ya que si la prestación económica para cuidados en el entorno familiar tiene que ser suficiente para, de un lado, “remunerar” los servicios del cuidador informal o familiar y, de otro lado, cotizar a la Seguridad Social la misma debería de ser de una cuantía ciertamente importante. Pero mucho nos tememos, que siguiendo la lógica de un sistema asistencial en el que se integran las prestaciones por dependencia, y que conlleva rentas compensatorias que atienden a las necesidades básicas de subsistencia, la futura regulación de la cuantía de estas prestaciones, que será acordada en el seno del Consejo Territorial⁶⁹⁴, nos mostrará cómo ante recursos muy limitados se adoptan prestaciones muy austeras. Si ello es así, habría dos caminos para reducir las cotizaciones a la Seguridad Social, o bien si utilizan bases de cotización fijas desvinculadas de las “remuneraciones” e inferiores a las mismas de los cuidadores no profesionales o bien se aplican bonificaciones en el ingreso de las cuotas. Y, en cualquiera de los casos, podría tenerse en cuenta de que el Plan Individual de Atención podría fijar que los cuidados no profesionales no se exigen “a tiempo completo”, sino sólo durante un número de horas determinadas al día (por lo que se produciría una cotización parcial).

⁶⁹⁰ Como indica el CES en su Dictamen 3/2006, de 20 de febrero, sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

⁶⁹¹ Según el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, en nuestro país sólo el 3.5 % de las personas mayores de 65 años cuentan con un servicio de ayuda domicilio, el 2.84% con servicios de teleasistencia, el 3.86% con una plaza de en una residencia (el 57% de las plazas son privadas) y el 0.54 % en un centro de día, lo que sitúa a España muy por detrás de los niveles de cobertura de los países europeos.

⁶⁹² Libro Blanco sobre la Dependencia del MTAS, Capítulo III, págs. 24 y sigs.

⁶⁹³ La DA 4ª de la Ley 39/2006 establece 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.

⁶⁹⁴ Y posteriormente reguladas por Real Decreto por el Gobierno para su aplicación en todo el territorio nacional.

Luego, caso de que haya alguna regulación específica de las prestaciones, es posible que se apliquen restricciones, e incluso se excluya, a la protección de las contingencias profesionales (recuérdese como, por ejemplo, en el empleo al servicio del hogar familiar no hay cobertura por accidentes de trabajo ni enfermedades profesionales) a causa, quizás, de la dificultad de probar la relación de causalidad y de la casi imposibilidad de actuación de la Inspección del Trabajo en el hogar familiar.

B) La relación del cuidador no profesional: ¿una relación laboral especial “nonata”?

Pero a mi juicio, el problema principal se encuentra en la relación jurídica que une al cuidado no profesional o informal con el beneficiario de las prestaciones de este tipo, que no es otro que el dependiente.

Inicialmente podría pensarse que hay una relación laboral de por medio, la que une a los cuidadores profesionales normalmente es de este tipo. Quizás por la especialidad, ya que no hay ninguna empresa de por medio a la que se adquiere el servicio, podría llegarse a pensar que se trata de una relación laboral especial. Y es que hay relaciones laborales cuyas particularidades hacen necesaria la aplicación de un régimen jurídico distinto al contenido en la legislación laboral común⁶⁹⁵.

A lo largo de la historia de las relaciones laborales en nuestro país, el legislador ha venido realizando un listado o catálogo de relaciones laborales de carácter especial tal y como ocurre en la actualidad en el art. 2 del Estatuto de los Trabajadores. Tal catálogo ha sido modificado con el paso del tiempo y es posible que haya en el futuro otras modificaciones, bien por que se aumente el número de las mismas o bien porque desaparezcan o se maten algunas de las existentes. Y es que el art. 2.1 i) del Estatuto de los Trabajadores indica que será relación laboral especial “cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley”⁶⁹⁶ y ello es algo que perfectamente podría ocurrir respecto de las relaciones que unen a los cuidadores informales o no profesionales con la persona que necesita de atención y cuidados para la realización de las actividades básicas de su vida diaria a consecuencia de su situación de dependencia.

Como se dijo ya hace tiempo, la especialidad de los contratos de trabajo no nace necesariamente del distinto tipo de actividad profesional, “sino de la inadecuación o insuficiencia de los requisitos exigidos por la legislación para una cierta clase de contrato de trabajo que por ser el más general se considera como tipo”⁶⁹⁷. Y es que las relaciones laborales especiales han sido una forma de inclusión expresa de determinados

⁶⁹⁵ En palabras del Tribunal Constitucional (en SSTC 49/1983, de 1 de junio y 26/1984, de 24 de febrero): “la consideración de una relación de trabajo como especial, implica, por propia definición, la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria, sino también frente a las restantes relaciones especiales”.

⁶⁹⁶ Cosa que ocurrido, por ejemplo, con las relaciones laborales de los médicos internos residentes o la de los abogados que prestan sus servicios por cuenta ajena, que no se encuentran catalogadas en el artículo 2 del ET sino en leyes específicas (respectivamente, DA 1ª Ley 44/2003 de ordenación de las profesiones sanitarias o DA 1ª de la Ley 22/2005, de 18 de noviembre, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad y del régimen fiscal de las sociedades matrices y filiales de estados miembros diferentes, y se regula el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea.

⁶⁹⁷ Así BAYÓN CHACÓN, G. en “Contratos especiales de trabajo. Concepto”, AAVV, *Catorce lecciones sobre contratos especiales de trabajo*, Universidad Complutense, Madrid, 1965, pág. 19.

grupos o colectivos de trabajadores en el ámbito del Derecho del Trabajo⁶⁹⁸. Son normas especiales que tienen como misión o función acomodar o ajustar una relación, que inicialmente era extralaboral en atención a consideraciones sociológicas, económicas y productivas diversas, a las normas generales establecidas en la regulación del contrato de trabajo común. Por ello, la figura jurídica de la relación laboral “brota así del doble propósito de proteger a los trabajadores implicados en ellas (más exactamente: a los trabajadores que la ley considera especiales) y atender en esa protección a los rasgos peculiares de su actividad laboral”⁶⁹⁹.

En el Estatuto de los Trabajadores no se recoge nada sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales especiales, ni tampoco se definen las mismas ni se establecen las características que una determinada relación ha de cumplir para entenderse como “especial”. Todo lo más, de conformidad con el apartado 2 del artículo 2 del ET, se establece como lacónica regla general a todas ellas el que en su regulación se respetarán los derechos básicos reconocidos por la Constitución, siendo este apartado uno de los pocos elementos que tienen en común el conjunto de relaciones laborales especiales. Desde luego, una relación complicada, la de los cuidadores no profesionales, de enorme esfuerzo y dedicación a la que uniendo el hecho de que puede insertarse en el seno de una familia, sin duda, complicará la configuración de la misma como relación laboral especial.

Y es que, como se ha dicho “El lugar principal donde se presta el cuidado informal es el hogar, y este carácter doméstico le hace invisible para el espacio de lo público. [...] el cuidado de las personas de la familia que lo necesitan se asume en nuestras sociedades como parte de las llamadas "tareas domésticas", y, como tal, se asocia a un determinado rol de género: es "cosa de mujeres". Todas estas características hacen más difícil el abordaje del cuidado informal, tanto en su análisis como en las posibilidades de intervención desde el ámbito profesional”⁷⁰⁰.

C) La relación del cuidador: una prestación económica por la atención un servicio social.

Es más que posible, y por ello me decanto, que todas las dificultades que conlleva esta relación para enmarcarla en el ámbito laboral hagan que finalmente se deseche esta posibilidad.

Así, la vía más cómoda y menos problemática, sería convertir la prestación en una subvención familiar por la realización de un servicio de interés social y en la que es

⁶⁹⁸ Y ello independientemente de cual sea el derecho supletorio a aplicar, como apuntó en su momento respecto de las relaciones laborales especiales, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V., ya que en los aspectos no previstos en la regulación jurídica de tales relaciones cabría bien aplicar el principio de autonomía de la voluntad de la partes que rige en el ámbito civil o remitirse en su regulación a las reglas generales del Derecho del Trabajo, en AAVV, *Lecciones de Derecho del Trabajo en homenaje a los profesores Bayón Chacón y Del Peso Calvo*, Madrid, 1980, pág. 124. Cosa que mayoritariamente hacen al día de hoy las relaciones laborales especiales cuando resulten compatibles con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación en cuestión o cuando haya habido, respecto de una determinada materia, una remisión expresa a la legislación laboral.

⁶⁹⁹ Como indica MONTOYA MELGAR, A. en “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, REDT nº 109, 2002, pág. 12.

⁷⁰⁰ GARCÍA CALVENTE, M.M., en “El sistema informal de atención a la salud”, en http://www.comtf.es/pediatría/congreso_aep_2000/Ponencias-htm/MªM_Garcia_Calvante.htm

el dependiente, o su representante legal, quien designa (o revoca, en su caso) al familiar o persona de su entorno, siempre que esté preparada para ello y el Programa Individual de Atención se lo permita, que va a recibir dicha “subvención”.

Una justificación de ello puede venir precisamente en la DA 6ª de la propia Ley 39/2006 que incluye como “renta exenta” a efectos del TR de la Ley del IRPF (art. 7 v) “las prestaciones económicas públicas vinculadas al servicio para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personalizada que se derivan de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y de Atención a las personas en situación dependencia”. Ellos nos lleva a pensar que la cuantía económica que recibe el cuidador familiar o no profesional no lo es a modo de “retribución” por un trabajo por cuenta ajena o propia ya que ello sí se entendería como renta computable, sino que lo que percibe es una “prestación económica pública” por la Comisión del servicio de cuidado y asistencia a una persona dependiente. Es difícil, pues, si no imposible entender una relación laboral, especial o no, sin retribución como parte de la contraprestación debida por el empleador por el trabajo recibido o realizado a su servicio.

Ello no es contrario a la inclusión en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social en su nivel contributivo ya que no sería la primera vez que se protege por el sistema a alguien que no realiza ninguna actividad laboral por cuenta ajena o por cuenta propia⁷⁰¹.

3. Formación, información y descanso.

Lo único que queda claro de su régimen jurídico es la necesidad de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso.

Si el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia ha de fomentar la calidad en la atención a la dependencia con el fin de asegurar la eficacia en la prestación de los servicios (art. 34. 1 Ley 39/2006) es normal que, dentro de la calidad de los servicios, se atienda a potenciar la formación ya no sólo de las entidades que gestionen las prestaciones (art. 35.3) sino tan bien respecto de los cuidadores (profesionales o no) que atiendan a las personas en situación de dependencia, para ello “los poderes públicos determinarán la cualificaciones profesionales idóneas” para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el catálogo de servicios establecidos, además de promover los programas y acciones formativas que sean necesarios para la implantación de los servicios que establece la Ley Dependencia (art. 36.1 y 2).

Queda claro con ello, que los familiares o personas del entorno familiar que se encarguen del cuidado de dependientes, teniendo la prestación pública del artículo 18 de la Ley 39/2006 tendrán que, de la manera que se desarrolle reglamentariamente, demostrará su capacitación para ello. Y es que son muchas las tareas frecuentes a realizar: ayuda en las actividades de la casa (cocinar, lavar, limpiar, planchar, etc.); ayuda para el transporte fuera del domicilio (por ejemplo, acompañarle al médico); ayuda para el desplazamiento en el interior del domicilio; ayuda para la higiene personal (peinarse, bañarse, etc.); ayuda para la administración del dinero y los bienes; supervisión en la toma de medicamentos; colaboración en tareas de enfermería; llamar

⁷⁰¹ El exponente más claro lo encontramos en los Convenios Especiales con la Seguridad Social.

por teléfono o visitar regularmente a la persona que se cuida; resolver situaciones conflictivas derivadas del cuidado (por ejemplo, cuando se comporta de forma agitada); ayuda para la comunicación con los demás cuando existen dificultades para expresarse, etc⁷⁰². Para lo que, sin duda, es conveniente tener una formación que permita realizar todas las actividades correctamente.

La otra cuestión se refiere a los períodos de respiro o “descanso”. Es necesario, para evitar síndromes como el de “burn out” o depresiones, que es muy común en el cuidado doméstico, permitir un período de descanso para que el cuidador no profesional (como ocurre con el profesional que tiene sus vacaciones de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores) pueda descansar y reponer fuerzas de una tarea tan agotadora física y psíquicamente como es el cuidado de dependientes. La única pista sobre el tema se encuentra en el art. 25 de la Ley 39/2006 que al regular el Servicio de Atención Residencial señala que la prestación puede ser de carácter temporal para los “períodos de descanso de los cuidadores no profesionales”. Por lo que, parece que durante ese período los dependientes tendrán el derecho de permanecer en estas instituciones mientras que su cuidador familiar disfruta del “período de respiro” y se genera la correspondiente obligación en los Servicios Sociales públicos de ofrecer plazas suficientes para que ello pueda efectuarse.

⁷⁰² Véase las funciones y tareas en la Sociedad Española de Geriatria y Gerontología en http://www.segg.es/segg/html/cuidadores/cuidador/quienes_son.htm

CAPÍTULO VIII. LA EXPERIENCIA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO COMO VÍA DE INSERCIÓN SOCIAL Y LABORAL DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

C. Gala Durán
Profesora Titular de Derecho del Trabajo

Sumario:

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: DATOS DE INTERÉS Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA PROMOCIONAR LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

II. LA EXPERIENCIA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

A. Aspectos generales: Marco legal vigente, concepto y finalidad de los CEE.

B. La relación laboral especial de los trabajadores discapacitados en los CEE.

- 1. El marco regulador.**
- 2. Los sujetos implicados en la relación laboral de carácter especial.**
- 3. Las modalidades contractuales aplicables en el marco de los CEE y el denominado “*período de adaptación al trabajo*”.**
- 4. La regulación de las condiciones de trabajo en el marco de los CEE.**
- 5. La suspensión y extinción de la relación laboral.**
- 6. Derechos colectivos de los trabajadores en el marco de los CEE.**
- 7. La protección en materia de Seguridad Social.**

III. LAS VÍAS DE EXPANSIÓN DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO: LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO Y LOS ENCLAVES LABORALES.

IV. CONCLUSIONES: VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: DATOS DE INTERÉS Y MEDIDAS ADOPTADAS PARA PROMOCIONAR LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS DISCAPACITADAS.

Tal y como es sabido, la base constitucional de las políticas de inserción laboral de las personas discapacitadas⁷⁰³ se encuentra en lo dispuesto en los artículos 49 y 35.1 de la Constitución. En el primero de ellos se señala que “*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”; mientras que el segundo recoge “*el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún pueda hacerse discriminación por razón de sexo*”. A lo que cabe añadir que también es numerosa la normativa internacional y comunitaria centrada en el objetivo de promover efectivamente –y a través de diversas vías- dicha inserción⁷⁰⁴.

Desde la perspectiva normativa interna, cabe destacar –la ya veterana- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración social de los minusválidos⁷⁰⁵, cuyo artículo 3.1 establece que “*los poderes públicos prestarán todos los recursos necesarios para el ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 1, constituyendo una obligación del Estado la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, la rehabilitación adecuada, la educación, la orientación, la integración laboral, la garantía de unos derechos económicos, jurídicos sociales mínimos y la Seguridad Social*”, mientras que su artículo 37.1 prevé, con total claridad, que “*será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores con discapacidad su integración, en condiciones que garanticen la aplicación del principio de igualdad de trato, en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido..*”. Y también en esta perspectiva cabe citar, la más reciente, Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Y es lógicamente dentro de este contexto normativo donde cabe situar las diversas medidas legales destinadas en la actualidad a promocionar la inserción laboral de las personas discapacitadas, cuya efectividad práctica es, por desgracia, muy escasa.

⁷⁰³ Conforme a lo establecido en el art. 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por 100. Asimismo, el reciente Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, señala que se considerarán afectados por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento: a) Los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez; y, b) los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

⁷⁰⁴ A modo de ejemplo, los Convenios 111, 142 y 159 de la OIT sobre la readaptación profesional y empleo de personas inválidas (1983) y las Recomendaciones 99, 150 y 168. En el ámbito comunitario cabe citar especialmente la Recomendación de 24 de julio de 1986 y la Carta de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989. Al respecto, GARCÍA MURCIA, J., “El trabajo de los incapacitados”, Tribuna Social, 1998, Pág. 25 y ss.

⁷⁰⁵ En adelante, LISMI.

En efecto, tal y como ha destacado la doctrina⁷⁰⁶, existen varios mecanismos dirigidos a procurar la integración o permanencia de las personas discapacitadas en el mercado de trabajo:

a) En primer lugar, cabe citar las acciones de rehabilitación para el trabajo, con vistas a la integración de las personas discapacitadas en el mercado ordinario de trabajo.

En este ámbito, y ante el hecho de que la mitad de las discapacidades que sufren actualmente las personas en edad laboral no están estabilizadas, se ha señalado, de forma muy acertada, que resultan esenciales las políticas públicas asistenciales y rehabilitadoras a los efectos tanto del acceso a un primer empleo como de mantenimiento en el mismo o en otro distinto, en función de la evolución de las propias discapacidades⁷⁰⁷.

b) En segundo lugar, cabe destacar las medidas de inserción obligada en las empresas o entidades públicas (el denominado empleo selectivo), mediante el establecimiento de preferencias, cupos o reservas de empleo (recogidas, principalmente, en el artículo 38 de la LISMI, en el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, y en el Real Decreto 290/2004, de 21 de febrero, que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad).

c) En tercer lugar, tienen una gran importancia las medidas de fomento y ayuda económica al empleo de las personas discapacitadas, mediante subvenciones, desgravaciones fiscales o bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.

d) En cuarto lugar, también cabe tener en cuenta las medidas de apoyo logístico a las empresas, que incluyen subvenciones o préstamos para la adaptación de los puestos de trabajo o la eliminación de las barreras arquitectónicas que dificulten el acceso y la movilidad de las personas discapacitadas.

En este ámbito cabe recordar que, aun cuando se encuentra vigente el I Plan Nacional de Accesibilidad, la eliminación de las barreras físicas, la accesibilidad universal y la necesaria adaptación de los servicios, objetos de consumo y uso cotidiano constituyen una reivindicación de los colectivos de personas con discapacidad, dado que, pese a la amplitud normativa existente en esta materia, tanto a nivel estatal como

⁷⁰⁶ Sobre este tema, vid, GARCÍA MURCÍA, J., “El trabajo..”, op.cit. Pág. 31 y ss; ALONSO GARCÍA, B., “La integración del minusválido en el mercado ordinario de trabajo”, *Tribuna Social*, 1998, pág. 7 y ss; SEMPERE NAVARRO, A.V., “El trabajo de los minusválidos: Problemas de su regulación”, *Tribuna Social*, 1998, pág. 58 y ss; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El empleo de las personas con minusvalía”, *Relaciones Laborales*, 3, 1999, pág. 1 y ss, y “Centros especiales de empleo y cuota de reserva para trabajadores con minusvalía”, *Relaciones Laborales*, nº 5, 2000, pág. 1 y ss; y NÚÑEZ GONZÁLEZ, C., “La aplicación de la reserva de empleo para personas con minusvalía”, *Tribuna Social*, 1998, pág. 31 y ss.

⁷⁰⁷ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva e inserción laboral de personas con discapacidad”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, pág. 18.

autonómico, se constata un elevado grado incumplimiento de la misma, incluso en el caso de las Administraciones Públicas⁷⁰⁸.

e) En quinto lugar, tienen una gran importancia en la práctica las medidas de inserción especial o de “*trabajo protegido*”, mediante la creación de los denominados centros especiales de empleo y centros ocupacionales.

Y, f) finalmente, cabe citar, especialmente en los últimos años, las medidas de promoción del empleo de carácter autónomo o asociativo, especialmente mediante la creación de cooperativas por parte de personas discapacitadas.

Las medidas adoptadas en este ámbito han consistido, esencialmente, en bonificaciones sobre cuotas de la Seguridad Social, subvenciones sobre la inversión, beneficios tributarios o pago capitalizado de la prestación por desempleo, pudiendo obtener un trato más favorable aquellas cooperativas o sociedades laborales formadas por más de un 50 por ciento de socios trabajadores discapacitados. También se han puesto en marcha convenios con las Cámaras de Comercio para programar acciones formativas, encaminadas a estimular la iniciativa empresarial autónoma o asociada por parte de las personas discapacitadas.

En este ámbito, y a pesar de la falta de datos, se afirma que las personas con discapacidad, especialmente las mujeres, recurren al empleo autónomo en mayor medida que la población sin discapacidad⁷⁰⁹.

Ahora bien, también resulta necesario tener presente cuál es la realidad de fondo a la que se están aplicando las medidas legales apuntadas; medidas que, además -es necesario ponerlo de manifiesto-, no son nuevas, sino que tienen ya una larga tradición en nuestro ordenamiento jurídico, con independencia de que algunas de ellas hayan sido objeto de importantes reformas en los últimos años. A estos efectos, cabe poner de manifiesto algunos datos importantes y clarificadores, que nos servirán también para enmarcar, desde una perspectiva general, la materia objeto de análisis:

1º) La población con discapacidad en edad laboral asciende actualmente a 1,3 millones de personas. De ellas, un 28,7 por ciento presentan una discapacidad total (que comportaría dificultades severas para incorporarse a la vida laboral), un 33,9 por ciento tiene una severidad grave en su discapacidad (pero se trata de personas que pueden desarrollar la actividad correspondiente, aunque sea con dificultad o con menor eficiencia), y un 37,4 por ciento tiene una severidad moderada (por lo que pueden desempeñar su actividad sin mayores dificultades, normalmente con la ayuda de aparatos o procesos específicos de rehabilitación)⁷¹⁰.

Las principales causas de las deficiencias de las personas en edad laboral con discapacidades son: a) enfermedades: 54,7 por ciento; b) accidentes: 21 por ciento

⁷⁰⁸ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 36. Respecto del alcance del citado I Plan Nacional de Accesibilidad vid, págs. 36-37, donde se señala que es necesario agilizar al máximo su puesta en práctica, a fin de reducir el amplio calendario establecido y alcanzar, en el menor tiempo posible, la accesibilidad universal.

⁷⁰⁹ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 53.

⁷¹⁰ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 15-17.

(destacan los accidentes laborales seguidos de los de tráfico, domésticos y de ocio); y, c) trastornos perinatales: 18,1 por ciento (problemas congénitos, alteraciones genéticas, en el período de embarazo y por problemas en el parto)⁷¹¹.

2º) Se destaca especialmente que el grado de formación de las personas discapacitadas es bajo, o no está orientado hacia las necesidades del mercado de trabajo. En este ámbito cabe citar algunos datos y hacer varias consideraciones.

En relación con los datos, son los siguientes: es importante señalar que el 51,18 por ciento de las personas con discapacidad en edad de trabajar posee una educación primaria, un 32,58 por ciento una formación de educación secundaria, sólo un 8,72 por ciento tiene educación superior y el 7,52 por ciento son analfabetos. Si se comparan estos datos con la situación de la población sin discapacidad resulta que en ésta última se duplica el porcentaje de personas que finalizan los estudios, tanto primarios como superiores⁷¹².

Respecto a las consideraciones que cabe realizar:

a) Se ha puesto de relieve por los agentes sociales, opinión que compartimos, la necesidad de actuar en los niveles educativos desde su inicio, sensibilizando a las familias para que valoren la importancia de la formación como único medio que puede proporcionar a las personas con discapacidad los recursos necesarios para defenderse en su vida social y laboral⁷¹³.

b) Existe una baja participación de las personas discapacitadas en el marco de la formación profesional ocupacional, por lo que cabría plantearse si la orientación y la oferta formativa ofrecidas son las más adecuadas teniendo en cuenta las necesidades concretas de este colectivo.

Asimismo, la inserción laboral de aquellos que han recibido una formación ocupacional es muy baja (una media del 36,5 por ciento), por lo que se considera necesario realizar una evaluación para cada programa para ver su grado de eficacia⁷¹⁴.

Y, c) en el marco de la formación profesional continua se constata cómo el 92,5 por ciento corresponde a trabajadores no cualificados y que el 85,3 por ciento de la formación se concentra en entidades o fundaciones de interés social, siendo también la participación de la mujer discapacitada la mitad que de la de los hombres con discapacidad⁷¹⁵.

⁷¹¹ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. pág. 17.

⁷¹² COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. pág. 20.

⁷¹³ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. pág. 18.

⁷¹⁴ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. pág. 23.

⁷¹⁵ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. págs. 27-28.

Sin entrar más a fondo en este tema, sí queremos poner de relieve la siguiente conclusión alcanzada recientemente por los agentes sociales⁷¹⁶, que compartimos totalmente: como paso previo e imprescindible para lograr la integración sociolaboral de las personas con discapacidad, convendría mejorar y potenciar las políticas públicas educativas favoreciendo el acceso a la educación y a la formación profesional de las mismas a lo largo de toda la vida a través de la formación reglada obligatoria y postobligatoria (formación profesional, estudios universitarios..), ocupacional y continua.

Asimismo, la orientación formativa debería potenciar las aptitudes y capacidades de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta la oferta de empleo existente, e incluso la distribución geográfica de la misma, para favorecer que su opción formativa, además de considerar su perfil personal, considere las necesidades empresariales.

Y, en fin, deberían potenciarse los servicios específicos de información, orientación y promoción del empleo de los trabajadores con discapacidad, debiéndose promocionar también su utilización efectiva por parte de aquellos.

3º) También cabe señalar que la falta de información y sensibilización por parte de las empresas frente a las aptitudes laborales de las personas discapacitadas puede favorecer la existencia de prejuicios sobre sus posibilidades de trabajo, reforzando su exclusión del mercado laboral⁷¹⁷.

4º) La tasa de actividad de las personas con discapacidad en edad de trabajar es del 33,7 por ciento frente al 70 por ciento del resto de la población sin discapacidad.

Por otra parte, las causas aducidas por las personas inactivas en edad laboral con discapacidades para no buscar empleo son las siguientes: a) reciben pensiones de invalidez (34 por ciento), b) el desánimo ante las barreras encontradas (24 por ciento), c) realizan otra actividad (tareas del hogar, estudios..) (18 por ciento), y, d) no pueden trabajar (situación de prejubilación, incapacidad funcional) (un 24 por ciento)⁷¹⁸.

No cabe olvidar que todos estos factores inciden en la situación de las personas discapacitadas en el mercado laboral, por lo que deberían arbitrarse los mecanismos necesarios para, por ejemplo, animarles y promocionar su búsqueda activa de empleo.

Asimismo, la tasa de paro de las personas con discapacidad es del 15,3 por ciento frente al 11 por ciento de la población sin discapacidad, mientras que la tasa de empleo para las primeras es del 28,5 por ciento frente a un 62,4 por ciento de las que no tienen discapacidad. Ambos colectivos comparten, no obstante, el dato de la gran diferencia existente entre las tasas de actividad, ocupación y paro de hombres y mujeres⁷¹⁹.

⁷¹⁶ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. págs. 29, 32 y 34 y especialmente, págs. 59-61 donde se recogen propuestas importantes y muy concretas de mejora en este ámbito.

⁷¹⁷ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. pág. 31.

⁷¹⁸ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 38-39 y 42.

⁷¹⁹ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 42-43, donde se señala que “si en la población general la tasa de actividad de

5º) Los métodos más utilizados por las personas discapacitadas para buscar empleo son la inscripción en las Oficinas Públicas de Empleo, las relaciones personales y la inscripción en oficinas o bolsas de trabajo privadas⁷²⁰.

6º) Se señala que sólo una décima parte del total de las personas discapacitadas ocupadas se beneficia de alguna medida de fomento del empleo dirigida a este colectivo⁷²¹. En el año 1999, 42.972 personas discapacitadas se habían beneficiado de algún incentivo a la contratación⁷²².

7º) Entre los años 1999 a 2004 se ha producido un crecimiento de la contratación de las personas discapacitadas en un 38,3 por ciento. En el año 2004 se celebraron 28.898 contratos temporales y 15.653 contratos por tiempo indefinido⁷²³.

La mayoría de las personas discapacitadas son asalariadas y la tasa de temporalidad es de un 32 por ciento y el 90 por ciento trabaja a tiempo completo⁷²⁴.

8º) La pirámide profesional de las personas discapacitadas ocupadas está sobrecargada, comparada con el perfil profesional de las personas no discapacitadas, en las categorías profesionales más bajas⁷²⁵.

9º) La labor de las empresas del mercado ordinario de trabajo en relación con este colectivo se limita, con carácter general y por desgracia, a cumplir la cuota reserva de puestos de trabajo impuesta legalmente, o ni siquiera la cumplen. Lo mismo cabe señalar respecto de las Administraciones Públicas.

Existen, no obstante, empresas que superan esa cuota de reserva y cuentan con políticas activas de contratación de personas discapacitadas: es el caso, por ejemplo, del Grupo Siro, DKV Seguros, Ibermutuamur, Ford España y RENFE mediante la creación de fundaciones propias, centros especiales de empleo y enclaves laborales. Algunas empresas, como MRW, si tienen alguna vacante la comunican internamente y, si no se cubre, el siguiente objetivo son las personas discapacitadas⁷²⁶. También la empresa Lilly cuenta en su plantilla con personas con cualquier tipo de minusvalía⁷²⁷.

los hombres es un 56% superior a la de las mujeres, esta diferencia se eleva al 70% entre los hombres y mujeres con discapacidades. Algo similar ocurre con la tasa de paro.. las tasas de actividad, ocupación y paro varían en función del tipo de discapacidad, así como en función del nivel de ingresos de las familias a las que pertenecen las personas con discapacidades, incrementándose el porcentaje de personas empleadas a medida que aumenta el nivel de ingresos mensuales de la familia..”.

⁷²⁰ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 44.

⁷²¹ “Contratación activa de discapacitados”, Expansión & Empleo, 4 y 5 de noviembre de 2006, pág. 14, que cita el proyecto Equal Aldebarán financiado por la Unión Europea y la Comunidad de Madrid.

⁷²² COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 51.

⁷²³ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 47 y 51-52.

⁷²⁴ “Contratación activa de discapacitados”, Expansión & Empleo, 4 y 5 de noviembre de 2006, pág. 14, que cita el proyecto Equal Aldebarán financiado por la Unión Europea y la Comunidad de Madrid.

⁷²⁵ “Contratación activa de discapacitados”, Expansión & Empleo, 4 y 5 de noviembre de 2006, pág. 14, que cita el proyecto Equal Aldebarán financiado por la Unión Europea y la Comunidad de Madrid.

⁷²⁶ “Contratación activa de discapacitados”, Expansión & Empleo, 4 y 5 de noviembre de 2006, pág. 14, donde se señala que dicha empresa tiene un 14% de personas con discapacidad en sus servicios generales, un 10% en empresas propias y un 2% en franquicias.

⁷²⁷ “Contratación activa de discapacitados”, Expansión & Empleo, 4 y 5 de noviembre de 2006, pág. 14.

En fin, también cabe citar, entre otras, las empresas Grupo Eroski (compromiso de que el 10 por ciento de su plantilla sea cubierta por personas con discapacidad), Grupo Eulen (cuenta con más de 200 trabajadores con discapacidad con contrato indefinido y a jornada completo) y Opel España⁷²⁸.

Y, 10º) a pesar de la gran importancia que herramientas como internet están alcanzando como vía de información y comunicación, sólo 12 de las 35 empresas del Ibex 35 tienen una página web que cumple con los requisitos de accesibilidad y optimización mínimos exigidos para el acceso a ellas por parte de las personas discapacitadas.

También presentan importantes carencias los portales de empleo, al no incluir elementos como contenidos alternativos a las imágenes, uso semántico de los colores, tablas de datos, uso de frames, scripts, navegación sin JavaScript y accesibilidad de los formularios, entre otros⁷²⁹.

Partiendo de todos esos datos, el objetivo de este trabajo es analizar una de las medidas de inserción laboral de las personas discapacitadas enumeradas páginas atrás, aquélla que se conoce como “*trabajo protegido*” y que se articula a través de la figura de los centros especiales de empleo. Medida que cabe calificar, tal y como vimos anteriormente, como una de las más importantes y cuyo estudio puede dar precisamente una idea de los avances –escasos, cabe ya adelantar- que se han logrado en los últimos años en el marco de la citada inserción laboral.

Nuestro análisis se centrará no sólo en el régimen legal vigente sino también en poner de manifiesto qué nivel de éxito ha tenido, hasta el momento, esta medida, qué problemas plantea y qué posibles reformas podrían adoptarse en su ámbito.

II. LA EXPERIENCIA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

A. Aspectos generales: Marco legal vigente, concepto y finalidad de los CEE.

En el artículo 41 de la LISMI se prevé que *“los minusválidos que por razón de la naturaleza o de las consecuencias de sus minusvalías no puedan, provisional o definitivamente, ejercer una actividad laboral en las condiciones habituales, deberán ser empleados en Centros Especiales de Empleo, cuando su capacidad de trabajo sea igual o superior a un porcentaje de la capacidad habitual que se fijará por la correspondiente norma reguladora de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en Centros Especiales de Empleo. 2. Cuando la capacidad residual de los minusválidos no alcanzara el porcentaje establecido en el apartado anterior, accederán en su caso a los Centros Ocupacionales previstos en el Título VIII de esta Ley. 3. Los equipos multiprofesionales de valoración previstos en el artículo 10 determinarán, en cada caso, mediante resolución motivada, las posibilidades de integración real y la capacidad de trabajo de los minusválidos a que se refieren los apartados anteriores.”*

⁷²⁸ Al respecto, más ampliamente, COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 81 y ss.

⁷²⁹ “Contratación activa de discapacitados”, Expansión & Empleo, 4 y 5 de noviembre de 2006, pág. 14, que cita el proyecto Equal Aldebarán financiado por la Unión Europea y la Comunidad de Madrid.

Partiendo de ello, cabe tener muy presente que los centros especiales de empleo⁷³⁰ se configuran legalmente como un mecanismo o una vía de tránsito hacia el mercado ordinario de trabajo para aquellos trabajadores discapacitados que no pueden acceder directamente al mismo; afirmándose, en tal sentido, en el artículo 42.1 de la LISMI que los CEE son aquellos cuyo objetivo principal es el de realizar un trabajo productivo, participando regularmente en las operaciones del mercado, y cuya finalidad es asegurar un empleo remunerado y las prestaciones de servicios de ajuste personal y social que requieran sus trabajadores discapacitados, a la vez que debe ser “*un medio de integración del mayor número de minusválidos al régimen de trabajo normal*”.

En definitiva, no cabe olvidar, tal y como recuerdan los propios agentes sociales, que el principal objetivo de esta modalidad de empleo protegido es su carácter de paso previo o de vía de tránsito hacia la incorporación de las personas con discapacidad al empleo ordinario⁷³¹.

Respecto de la implantación de los CEE, cabe poner de relieve que en los últimos años se ha producido un considerable incremento tanto del número de CEE como de sus plantillas de trabajadores, habiéndose prácticamente duplicado, de modo que en el año 2001 el número de CEE alcanzaba ya los 1.095 a nivel estatal y sus trabajadores eran 30.833.

La razón fundamental de este incremento puede hallarse en que las empresas y entidades obligadas a cumplir con la reserva del 2 por ciento de sus puestos de trabajo para las personas discapacitadas –aquéllas que tienen más de 50 trabajadores- pueden recurrir a la contratación con los CEE como medida alternativa al cumplimiento efectivo de dicha reserva⁷³².

Cabe destacar, no obstante, la elevada tasa de temporalidad de los CEE (difícilmente justificable según los agentes sociales⁷³³), así como la integración en sus plantillas de trabajadores con un grado de discapacidad medio/bajo⁷³⁴.

Por otra parte, cabe tener en cuenta que para lograr la consecución del objetivo de inserción perseguido por los CEE se han articulado diversos beneficios o subvenciones destinados, entre otros fines, a financiar los salarios de los trabajadores del CEE, ayudas para la adaptación de los puestos de trabajo y eliminación de las barreras arquitectónicas. A lo que cabe añadir los beneficios que, para los CEE, derivan de las medidas alternativas apuntadas anteriormente y que examinaremos más adelante. En este ámbito cabe destacar, los siguientes datos (que dan idea de la solvencia económica de los CEE)⁷³⁵:

⁷³⁰ En adelante CEE.

⁷³¹ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 55-56.

⁷³² COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 55.

⁷³³ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 64.

⁷³⁴ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 64.

⁷³⁵ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 56-58.

Evolución de la dotación presupuestaria de los CEE

| Comunidades Autónomas | Año 1999 | Año 2000 | Año 2001 | Año 2002 |
|-----------------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| | 120.202.481 | 131.579.580 | 132.796.089 | 132.849.110 |

| Ámbito INEM | Año 1999 | Año 2000 | Año 2001 | Año 2002 |
|-------------|-------------|-------------|-------------|-------------|
| | 149.370.199 | 150.875.976 | 150.049.164 | 150.954.070 |

En efecto, cabe tener presente que, conforme al artículo 10 del Real Decreto 2273/1985, los CEE pueden obtener sus ingresos de diversas fuentes: a) aportaciones de los titulares de los propios centros; b) beneficios o parte de los mismos que se puedan obtener de la actividad del CEE según se trate de centros que carezcan o no de ánimo de lucro; c) aportaciones de terceros; d) ayudas que para la creación de los CEE puedan establecer los programas de fomento del empleo; y, e) las ayudas de mantenimiento a que puedan acceder como consecuencia de los programas de apoyo al empleo, establecidos por las Administraciones Públicas. Asimismo, las Administraciones Públicas pueden establecer, mediante convenio con los propios CEE o con el sector, compensaciones económicas destinadas a equilibrar su presupuesto, cuando los CEE carezcan de ánimo de lucro, sean declarados de utilidad pública e imprescindibilidad, y la función social de los mismos justifique la necesidad de ser financiados con medios complementarios.

En fin, en este punto cabe destacar también que el reciente Real Decreto-Ley 5/2006, al no excluir a los CEE a la hora de establecer el modelo de subvención por la realización de nuevos contratos de trabajo, implica que a los mismos se les dará el mismo trato que al resto de las empresas o entidades, lo que supone que se les ha reducido, de forma importante, la bonificación de cuotas de la Seguridad Social por los trabajadores que tengan a su servicio.

Por otra parte, cabe señalar que, tal y como apunta el propio artículo 41.1 de la LISMI, la relación jurídica existente entre los CEE y sus trabajadores discapacitados constituye una relación laboral de carácter especial, regulada en el Real Decreto 1368/1985, de 17 de julio, que ha sido objeto de algunas modificaciones, destinadas precisamente a flexibilizar los requisitos exigidos inicialmente con el objetivo de favorecer la productividad y viabilidad económica de los CEE. Relación laboral de carácter especial cuyo fundamento se encuentra en las propias características del colectivo afectado y en las partes implicadas en la misma, así como en la finalidad perseguida, que no es otra, como veíamos antes, que lograr la integración social de las personas discapacitadas a través del trabajo.

Procederemos a continuación a estudiar los diferentes elementos que configuran dicha relación laboral de carácter especial, centrándonos en los siguientes aspectos: 1) la

normativa aplicable, 2) los sujetos implicados, 3) las modalidades contractuales, 4) las condiciones de trabajo, 5) la suspensión y extinción de la relación laboral especial, 6) los derechos colectivos de los trabajadores discapacitados, y, 7) la protección derivada del sistema de Seguridad Social.

B. La relación laboral especial de los trabajadores discapacitados en los CEE.

1. El marco regulador.

En este ámbito, tal y como ya hemos adelantado, la normativa esencial se encuentra en la propia LISMI; en el Real Decreto 1368/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en CEE; en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, que regula los CEE; en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, que regula los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad; en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril, por el que se regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad; y en el Real Decreto 469/2006, de 21 de abril, que regula las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los CEE. También cabe citar la Orden de 16 de octubre de 1998 sobre concesión de ayudas.

Asimismo, cabe tener muy presente la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores, máxime si tenemos en cuenta que la normativa especial aplicable en el ámbito de los CEE, en determinadas materias –especialmente las vinculadas con las condiciones de trabajo- es escasa, o bien se remite directamente a lo dispuesto en el citado Estatuto (a modo de ejemplo, es posible citar los artículos 9, 10, 11, 12 o 13 del Real Decreto 1368/1985).

Sin embargo y junto a lo anterior, no cabe olvidar que, en este ámbito, juega también su correspondiente papel la negociación colectiva. Papel que es doble: a) uno más general, en cuanto que los convenios colectivos de las empresas ordinarias y Administraciones Públicas deberían incluir –cosa no muy habitual en la práctica- cláusulas dirigidas a garantizar la igualdad de trato respecto de las personas discapacitadas y a promocionar su incorporación efectiva al mercado ordinario de trabajo; y, b) un papel más específico, regulando, precisamente, las relaciones laborales –a nivel sectorial o de empresa- que se desarrollan en el marco de los CEE.

En el primer ámbito cabe señalar que es necesaria una mayor sensibilidad por parte de los sujetos negociadores de los convenios colectivos respecto del trabajo de las personas discapacitadas, debiéndose incrementar el número de cláusulas que hacen referencia a este colectivo. Cláusulas en las que, como apuntábamos anteriormente, se debería garantizar la igualdad de trabajo y, especialmente, promocionar el acceso de las personas discapacitadas al trabajo ordinario. En este punto cabe destacar que los propios agentes sociales han elaborado un catálogo de cláusulas tipo a los efectos de facilitar –y promocionar- la labor de los sujetos negociadores⁷³⁶.

Respecto del segundo ámbito, esto es, la negociación colectiva desarrollada en el marco de los propios CEE, cabe partir del hecho de que, ante la parquedad de la

⁷³⁶ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit. pág. 73 y ss.

normativa legal, dicha negociación puede asumir un papel muy importante, al poder actuar no sólo como vía de regulación de las condiciones de trabajo sino también como elemento dinamizador de la incorporación de los trabajadores discapacitados en el mercado ordinario de trabajo, potenciando las vías que faciliten dicha incorporación.

Cabe destacar, no obstante, que ese papel no ha sido asumido hasta el momento, ya que muchas veces los convenios colectivos de los CEE se limitan a regular las relaciones laborales del personal no discapacitado que presta servicios en los mismos, remitiendo las relaciones laborales de los trabajadores discapacitados exclusivamente a lo que dispone el Real Decreto 1368/1985. Opción convencional que resulta muy discutible, ya que teniendo en cuenta la especialidad del ámbito, los sujetos negociadores optan por no regular las relaciones laborales de aquellos que precisamente se verían más favorecidos por dicha negociación: los trabajadores discapacitados. En este punto, a nuestro entender, las partes negociadoras de los convenios colectivos de los CEE deberían ser estar más atentos a las necesidades de los trabajadores discapacitados.

Finalmente, en este ámbito cabe afirmar que, según los Tribunales, a pesar de no existir un convenio colectivo propio, no resulta aplicable a los trabajadores discapacitados el convenio colectivo del sector de actividad, y, asimismo, declaran la prevalencia del convenio específico del CEE frente al convenio del sector de actividad, al definir aquél su ámbito subjetivo no sobre la base del sector de actividad al que se dirige la prestación de servicios sino en base a la subjetiva cualidad concurrente en quienes la desarrollan, definida por su específico marco normativo⁷³⁷. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de febrero de 2006 (AS 1016), señala que: *“.. en cuanto al hecho de que existen otros trabajadores de la empresa no minusválidos que pudieran percibir una retribución con arreglo al Convenio de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid, debe señalarse que el mismo Real Decreto 1368/1985 en el apartado 2 del artículo 1 excluye del ámbito de aplicación al personal no minusválido que preste servicios en dichos centros, que será en todo caso el imprescindible para el desarrollo de la actividad.. por lo que de acuerdo con lo anteriormente señalado debe concluirse que la empresa demandada ha actuado correctamente al abonar a la trabajadora la retribución que prevé el Convenio Colectivo de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad, al estar incluida la relación que mantuvieron las partes en el ámbito funcional (art. 2) y personal (art. 3) del mismo y en consecuencia se estima el recurso..”*

Existen, no obstante, sentencias discrepantes, ya que, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de noviembre de 2004 (AS 3700) establece que, ante la falta de convenio de empresa-CEE resulta de aplicación el convenio colectivo sectorial; así, se afirma que: *“... esta Sala comparte el criterio mantenido por el Tribunal Superior de Justicia... argumentos los de aquella sentencia que cobran mayor fuerza tras la modificación operada por el RD 427/1999, de 12 de marzo: si la última finalidad es la de lograr un mayor acercamiento al régimen jurídico de la relación laboral común con el objetivo de alcanzar la plena integración social, obvio es que esta finalidad se alcanza, sin desconocer las peculiaridades que la propia norma establece, acudiendo a la normativa sectorial a la que tanto remiten, los*

⁷³⁷ STSJ de Cataluña de 26 de junio de 1998 (AS 3170).

artículos 11 y 15 del Estatuto de los Trabajadores, como los artículos 7 y 10 del Real Decreto 1368/1985 en su actual redacción..”.

2. Los sujetos implicados en la relación laboral de carácter especial.

Conforme a lo establecido en el artículo 2.1 del Real Decreto 1368/1985, a los efectos de esta relación laboral de carácter especial son “*trabajadores*” las personas que, teniendo reconocida una minusvalía en grado igual o superior al 33 por ciento y, como consecuencia de ello, una disminución de su capacidad de trabajo al menos igual o superior a dicho porcentaje, presten sus servicios laborales por cuenta y dentro de la organización de los CEE. Mientras que en su apartado 2º se afirma que son “*empresarios*” las personas físicas, jurídicas o comunidades de bienes que, como titulares de un CEE, reciben la prestación de servicios de los trabajadores antes citados.

A lo que cabe añadir que, según el artículo 1.2 del citado Real Decreto, quedan excluidas de su ámbito de aplicación las relaciones laborales existentes entre los CEE y el personal no minusválido que preste sus servicios en dichos centros y la de los trabajadores discapacitados que presten sus servicios en otro tipo de empresas. En estos dos supuestos se aplicarán las normas laborales comunes, esto es, las recogidas en el Estatuto de los Trabajadores y sus normas complementarias.

Ello implica que en el marco de esta relación laboral de carácter especial son empresarios, única y exclusivamente, los CEE, y trabajadores, aquellas personas que cumplen los requisitos del citado artículo 2 y que, como consecuencia de ello, no pueden acceder inicialmente a un empleo en el mercado ordinario de trabajo. Asimismo, la determinación del grado de discapacidad del trabajador se llevará a cabo por los equipos multiprofesionales en resolución motivada, aplicándose los baremos establecidos en las normas correspondientes.

Cabe tener en cuenta también que la disminución de la capacidad de trabajo del trabajador discapacitado se apreciará poniéndose ésta en relación con la capacidad normal de trabajo de una persona no discapacitada de similar cualificación profesional; opción legal que responde al intento de evitar que personas con un grado de discapacidad del 33 por ciento pero sin grado alguno o con grado menor de disminución de la capacidad para trabajar puedan acceder al trabajo protegido en los CEE. Capacidad de trabajo que, por otra parte, no sólo estará referida al trabajo por cuenta ajena sino que debe ser valorada en términos generales. En todo caso, tal y como señala la doctrina⁷³⁸, la realidad práctica indica que las valoraciones de los trabajadores a la hora de su inclusión en los CEE se centran en el grado de deficiencia del trabajador, sin prestar atención a su influencia efectiva sobre la capacidad de trabajo.

Asimismo, es posible que el trabajador discapacitado que accede a un CEE sea beneficiario de una prestación del sistema de Seguridad Social, como, por ejemplo, una pensión de incapacidad permanente total, siempre y cuando su grado de discapacidad le impida optar a un trabajo en una empresa ordinaria. Ello implica que el colectivo de personas discapacitadas incluidas en el marco del Real Decreto 1368/1985 incluye tanto a aquéllas que tienen la condición de incapacitados permanentes en el marco de la normativa de Seguridad Social o de Clases Pasivas⁷³⁹ como aquéllas que no tienen tal

⁷³⁸ ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación..”, op.cit. pág. 44.

⁷³⁹ A este respecto cabe tener en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre.

condición y cuyo grado de minusvalía es igual o superior al 33 por 100, siempre que, en ambos casos, su capacidad de trabajo se vea limitada en un grado igual o superior a dicho porcentaje. El colectivo más numeroso en el ámbito de los CEE es el segundo de los apuntados.

Respecto de los requisitos de capacidad para contratar, el artículo 3 del Real Decreto 1368/1985 establece que podrán concertar los contratos de trabajo por sí mismas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Estatuto de los Trabajadores, las personas que tengan plena capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil o las que, aun teniendo capacidad de obrar limitada, hubieran obtenido la correspondiente autorización, expresa o tácita, de quien ostentara su representación legal.

En este ámbito cabe recordar que son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma, siendo la sentencia del Juez Civil la que se establece la existencia y los límites de la incapacidad y, por tanto, la que indicará si el trabajador discapacitado, tiene o no capacidad para contratar o necesita tutor o se le ha prorrogado la patria potestad o, por su grado de discernimiento, ha sido colocado bajo curatela y, por tanto, requiere, en su caso, la asistencia del curador⁷⁴⁰.

En relación con la forma de acceso al empleo por parte de este colectivo, el artículo 4 del Real Decreto 1368/1985 establece que los minusválidos que deseen acceder a un empleo en un CEE (directamente o a través de su representante o tutor), deberán inscribirse en las correspondientes Oficinas de Empleo. Estas oficinas clasificarán a los demandantes de empleo protegido en razón al tipo y grado de minusvalía de que estuvieran afectos y al grado de capacidad de trabajo que se les hubiera reconocido por los equipos multiprofesionales.

Por su parte, los titulares de los CEE deberán solicitar de la correspondiente Oficina de Empleo los trabajadores discapacitados que pretendan emplear, describiendo detalladamente en las ofertas que formulen los puestos de trabajo que vayan a cubrir, las características técnicas de los mismos y las circunstancias personales y/o profesionales que deben reunir los trabajadores. Recibidas las ofertas, la Oficina de Empleo recabará de los equipos multiprofesionales informes sobre los trabajadores que, encontrándose inscritos como demandantes de empleo, se adecuen a las características del puesto de trabajo. La Oficina de empleo facilitará a los CEE los trabajadores discapacitados que estén en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo de que se trate.

En este ámbito cabe hacer varias consideraciones:

1ª) Es posible que, a pesar de lo señalado en el artículo 4 del citado Real Decreto, la Oficina de Empleo competente no tenga el correspondiente registro de trabajadores discapacitados, lo que puede obstaculizar el proceso de colocación de dichos trabajadores.

2ª) Tal y como hemos visto, se prevé una intervención activa en este proceso por parte de los equipos multiprofesionales y ello a pesar de que, en muchas ocasiones, tales

⁷⁴⁰ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La regulación..”, op.cit. pág. 235, y ESTEBAN LEGARRETA, R., “La relación..”, op.cit. págs. 45-46.

equipos no se han constituido todavía o no cumplen todos los requisitos previstos legalmente.

3ª) Tal y como se deriva del mencionado artículo 4 del Real Decreto 1368/1985, el CEE tiene que contratar a los trabajadores a través de esta vía y no puede hacerlo directamente, lo que exige, para que todo el proceso sea eficaz, que las Oficinas de Empleo cumplan su función y lo hagan, además, de una forma eficaz y rápida.

Y, 4ª) no hay duda que, en este proceso, el papel preponderante lo deben asumir los Servicios Públicos de Empleo (estatal y de las Comunidades Autónomas) –en cuanto vía de mayor garantía del principio de igualdad-, frente a otros mecanismos, como son, por ejemplo, las empresas de trabajo temporal especializadas, las agencias o asociaciones especializadas, entre otras.

Es importante señalar también que, tal y como vimos anteriormente, los CEE se configuran legalmente como una vía de tránsito hacia el trabajo en el mercado ordinario, lo que supone que, desde la perspectiva del trabajador discapacitado, su trabajo en un CEE debe considerarse como algo provisional y no permanente, ya que de ser de otra manera se estaría influyendo negativamente en el proceso de integración social y laboral de dicho trabajador. Como veremos en un apartado posterior, el cumplimiento real de esta función de tránsito por parte de los CEE constituye uno de los problemas a los que se enfrentan actualmente.

Por otra parte, tal y como afirma el artículo 41.2 de la LISMI, cuando la capacidad residual de la persona discapacitada no alcanzara el porcentaje mínimo previsto en el Real Decreto 1368/1985, accederá, en su caso, a los centros ocupacionales previstos en el Título VIII de la LISMI y regulados en el Real Decreto 2274/1985, de 4 de diciembre. Se trata de centros en los que se desarrolla una terapia ocupacional, es decir, actividades no productivas desarrolladas bajo la orientación de personal técnico, encaminadas a la obtención de objetos, productos o servicios que no sean, regularmente, objeto de operaciones de mercado.

En efecto, tal y como señala el artículo 53.1 de la LISMI, *“los Centros Ocupacionales tienen como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a los minusválidos cuya acusada minusvalía temporal o permanente les impida su integración en una Empresa o en un Centro Especial de Empleo”*⁷⁴¹.

También cabe destacar, que tal y como vimos anteriormente, el papel de *“empresario”* en el marco de esta relación laboral de carácter especial sólo lo puede asumir un CEE, definido en los términos del artículo 42.1 de la LISMI, del que deriva una triple función a cumplir desde la perspectiva del propio trabajador discapacitado:

⁷⁴¹ Añadiéndose a ello que: “2. Las Administraciones Públicas, de acuerdo a sus competencias, dictarán las normas específicas correspondientes, estableciendo las condiciones de todo tipo que deberán reunir los Centros Ocupacionales para que sea autorizada su creación y funcionamiento. Su creación y sostenimiento serán competencia tanto de dichas Administraciones Públicas como de las Instituciones o personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, atendiendo estas últimas, en todo caso, a las normas que para su creación y funcionamiento se dicten de acuerdo a lo dispuesto en el párrafo anterior”.

1ª) El CEE tiene como objetivo asegurarle un empleo remunerado, dado que su finalidad es realizar un trabajo productivo participando regularmente en las operaciones de mercado.

2ª) El CEE tiene la obligación de ofrecer al trabajador discapacitado los servicios de ajuste personal y social que requiera, entendiendo por tales los de rehabilitación, terapéuticos de integración social, culturales y deportivos que procuren al trabajador una mayor rehabilitación personal y una mejor adaptación en su relación social.

Y, 3ª) el CEE tiene que actuar, tal y como hemos venido señalando, como puente de tránsito hacia el mercado de trabajo ordinario. Conforme a lo establecido en la LISMI, el trabajo ordinario prevalecerá siempre sobre el trabajo protegido.

Cabe tener en cuenta, también, que la plantilla del CEE estará constituida por el mayor número de trabajadores discapacitados que permita la naturaleza del proceso productivo de que se trate y, en todo caso, por el 70 por ciento de aquélla. A estos efectos no se computará el personal no discapacitado dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social.

En este ámbito, cabe destacar que el hecho de que no se exija actualmente, tal y como ocurría en la redacción inicial del artículo 42.2 de la LISMI⁷⁴², que la totalidad de la plantilla esté constituida por trabajadores discapacitados ha permitido una mayor expansión de los CEE, al poder actuar éstos en ámbitos productivos en los que la presencia de un determinado porcentaje de trabajadores no discapacitados resulta necesaria e incide en el acercamiento entre la figura de los CEE y las empresas ordinarias.

Asimismo, tal y como señalamos anteriormente, el CEE puede ser una persona física, jurídica o una comunidad de bienes, y puede ser creado, tal y como prevé el artículo 45.1 de la LISMI, tanto por organismos públicos y privados como por las empresas, siempre que cumplan lo previsto legalmente, especialmente en el Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre. Lógicamente, se deberá cumplir lo dispuesto en las normas legales, reglamentarias y convencionales que regulen las condiciones de trabajo. Asimismo, los CEE pueden tener o no ánimo de lucro.

Respecto de la iniciativa pública en este contexto, cabe afirmar que el artículo 45.2 de la LISMI señala que las Administraciones Públicas, dentro del ámbito de sus competencias y a través del estudio de necesidades sectoriales, promoverán la creación y puesta en marcha de CEE, ya sea directamente o en colaboración con otros organismos o entidades, a la vez que fomentarán la creación de puestos de trabajo especiales para minusválidos mediante la adopción de las medidas necesarias para la consecución de tales finalidades. Asimismo, vigilarán, de forma periódica y rigurosa, que los discapacitados sean empleados en condiciones de trabajo adecuadas.

En la práctica, bastantes de los CEE tienen su origen en la iniciativa pública o en la actividad de asociaciones, aun cuando, en los últimos años, se ha incrementado el número de aquellos que tienen su fundamento en una iniciativa individual.

⁷⁴² Modificado por la Disposición Adicional 39.2 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre.

Finalmente, en este ámbito cabe destacar que, como consecuencia de su finalidad de vía de tránsito hacia el trabajo ordinario, el artículo 8 del Real Decreto 1368/1985 prevé que la organización y los métodos de trabajo que se apliquen en los CEE tratarán de asemejarse lo más posible a los de la empresa ordinaria, si las condiciones personales y profesionales del trabajador discapacitado lo permiten, con el fin de favorecer su futura ocupación en un empleo ordinario. El objetivo es, pues, que salvo en aquellos aspectos necesarios y esencialmente en lo referido a los servicios de ajuste personal y social, el CEE debe regirse por las mismas normas y actuar del mismo modo que una empresa ordinaria.

En la misma línea anterior, en el artículo 8.3 del citado Real Decreto se recuerda que en los CEE será de aplicación con carácter general la normativa vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo y especialmente la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y sus disposiciones de desarrollo.

Y aun cuando no debería resultar necesario recordarlo, el artículo 8.1 del Real Decreto 1368/1985 prevé que el titular del CEE, sus representantes legales y, en general, el personal directivo del centro están obligados a tratar en todo momento al trabajador discapacitado con el respeto y la consideración debidos a su dignidad personal y profesional.

3. Las modalidades contractuales aplicables en el marco de los CEE y el denominado “*período de adaptación al trabajo*”.

Con carácter previo, cabe señalar que en el ámbito de los CEE resulta también aplicable la presunción de contrato de trabajo recogida en el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que, tal y como ya han declarado nuestros Tribunales⁷⁴³, no es admisible el trabajo de personas discapacitadas en CEE sin percibir remuneración alguna y estando sometidos a un régimen ordinario de trabajo.

No cabe olvidar que, tal y como hemos visto, estamos ante un tipo de trabajo que debe ser siempre productivo y retribuido. Exigencia que aparece recogida, nuevamente, en el artículo 6.1 del Real Decreto 1368/1985, cuando manifiesta –a la hora de referirse al objeto del contrato de trabajo- que el trabajo que realice el trabajador discapacitado en los CEE debe ser productivo y remunerado, adecuado a las características individuales del trabajador, en orden a favorecer su adaptación personal y social, y facilitar, en su caso, su posterior integración laboral en el mercado ordinario de trabajo.

En este punto, cabe destacar que, con el objetivo de garantizar, de forma continuada, la adecuación del trabajo desempeñado a las características del propio trabajador discapacitado y valorar el grado de adaptación profesional alcanzado, el apartado 2º del citado artículo 6 establece que los equipos multiprofesionales le someterán a la correspondiente revisión, al menos con una periodicidad de dos años. Si se constatará que existe un grave riesgo para la salud se declarará la inadecuación del trabajo, debiendo pasar el trabajador a ocupar otro puesto de trabajo adecuado a sus características en el propio CEE y, de no ser posible, aquél deberá recurrir al despido por causas objetivas previsto en el artículo 16 del Real Decreto 1368/1985, o bien al

⁷⁴³ Entre otras, STSJ de Andalucía/Granada de 29 de octubre de 1996 (AS 4414).

artículo 49.1.e) del Estatuto de los Trabajadores si se ha declarado al trabajador en una situación de incapacidad permanente que determina la extinción de su relación laboral⁷⁴⁴. Es posible, no obstante, que con posterioridad dicho trabajador se incorpore a un centro ocupacional.

Partiendo de todo ello, el artículo 5 del Real Decreto 1368/1985 prevé que el contrato de trabajo entre el trabajador discapacitado y el CEE deberá formalizarse por escrito en el modelo oficial y se presentará para su registro en la Oficina de Empleo en el plazo de los diez días siguientes a su celebración. Un ejemplar del contrato se remitirá por la Oficina de Empleo al equipo multiprofesional correspondiente a los efectos de que éste pueda realizar el correspondiente seguimiento y control del trabajador discapacitado.

La falta de forma escrita dará lugar a la aplicación del mecanismo del artículo 8.2 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, el contrato de trabajo se presumirá celebrado a jornada completa y por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios.

Respecto de las modalidades contractuales posibles, el artículo 7 del citado Real Decreto 1368/1985, adoptando una posición muy flexible con el objetivo de favorecer la actuación de los CEE y la contratación de los trabajadores discapacitados, señala que los contratos *“podrán ajustarse a cualquiera de las modalidades del contrato de trabajo previstas en el Estatuto de los Trabajadores”*, lo que implica, tal y como recoge el artículo 10.1 del Real Decreto mencionado, que podrá acudir tanto a la contratación indefinida (ordinaria o para el fomento de la contratación indefinida) como a la contratación por duración determinada regulada en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Cabe recordar también que, tal y como apuntamos páginas atrás, en el marco de los CEE existe una elevada tasa de temporalidad.

Desde la perspectiva de la contratación de duración determinada, resultará aplicable lo previsto en el citado artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores y, en consecuencia, los CEE podrán acudir a los contratos eventuales, por obra o servicio determinado y de interinidad. En la práctica, la modalidad más empleada es el contrato por obra o servicio determinado.

Y también cabe tener muy presente que a los CEE se les aplica la importante modificación incorporada en el mencionado artículo 15 por el reciente Real Decreto-Ley 5/2006, y que está destinada a limitar la sucesión de contratos temporales que afectan a un mismo trabajador en el marco de una misma empresa. Esto es, pasará a ser indefinido el trabajador discapacitado de un CEE que, desarrollando el mismo puesto de trabajo, acumule dos o más contratos temporales con una duración superior a 24 meses dentro de un período de referencia de 30 meses. La aplicación de esta medida puede, lógicamente, ayudar a dar mayor estabilidad a las plantillas de los CEE.

Junto a todo lo anterior, se hace referencia en el artículo 7.2 del Real Decreto 1368/1985 al contrato para la formación, señalándose que éste se ajustará a lo previsto

⁷⁴⁴ También se prevé que “en el supuesto de que el riesgo quedase constatado con anterioridad a la revisión periódica del Equipo Multiprofesional, se procederá de la misma forma, dando cuenta de ello inmediatamente al Equipo Multiprofesional”.

en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores y en sus normas de desarrollo, pero con algunas particularidades:

a) La duración máxima del contrato podrá ampliarse previo informe favorable del equipo multiprofesional cuando, debido al grado de minusvalía y demás circunstancias personales y profesionales del trabajador, éste no hubiese alcanzado el nivel mínimo de conocimientos requerido para desempeñar el puesto de trabajo, sin que, en ningún caso, la duración máxima pueda exceder de 4 años.

b) Los contenidos formativos deberán ser informados favorablemente por el equipo multiprofesional.

c) El tiempo dedicado a la formación teórica podrá alcanzar hasta un límite máximo de dos tercios. No se requerirá la fijación de tiempo dedicado a la formación teórica cuando el contrato se concierta con una persona discapacitada psíquica cuyo grado de minusvalía no le permita realizar aquélla.

Y, d) respecto de las cotizaciones a la Seguridad Social, se aplicará el régimen de bonificaciones o exenciones de cuotas que, con carácter general o específico, resulte más beneficioso.

Cabe tener en cuenta, asimismo, que los trabajadores discapacitados no serán computados a los efectos de determinar el número máximo de contratos para la formación que pueden realizarse⁷⁴⁵.

Y, en fin, también cabe destacar que el artículo 34 de la LISMI⁷⁴⁶ prevé la existencia de un contrato especial de formación para los trabajadores discapacitados, que no ha sido objeto todavía de desarrollo reglamentario.

Por otra parte, también se incluyen especialidades en el marco del contrato de trabajo a domicilio –cuya importancia se ha revalorizado con el desarrollo creciente de las nuevas tecnologías, a través de fórmulas como el teletrabajo–, señalándose al respecto que dicho contrato se ajustará a lo previsto en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de las siguientes especialidades:

1ª) No se podrá utilizar esta modalidad para la contratación de minusválidos psíquicos. A nuestro entender, la razón de esta prohibición se encuentra en la importancia que para la inserción social de los discapacitados psíquicos tiene la inserción laboral presencial.

2ª) El equipo multiprofesional deberá informar previamente a la formalización del contrato sobre la adecuación del trabajo concreto a las características personales y profesionales del trabajador, especificando las repercusiones sobre la citada adecuación de la realización del trabajo a domicilio.

⁷⁴⁵ Arts. 11 del Estatuto de los Trabajadores y 7.3 del Real Decreto 488/1988, de 27 de marzo.

⁷⁴⁶ Se establece que: “las actividades formativas podrán impartirse, además de en los Centros de carácter general o especial dedicados a ello, en las Empresas, siendo necesario en este último supuesto, la formalización de un contrato especial de formación profesional entre el minusválido o, en su caso, el representante legal y, el empresario, cuyo contenido básico deberá ser fijado por las normas de desarrollo de la presente Ley, en relación con lo dispuesto en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores”.

Asimismo, anualmente el equipo multiprofesional debería realizar el seguimiento sobre la adecuación del trabajo a las características del trabajador y su contribución a la mejora de la adaptación personal y social en vistas a la integración en el mercado ordinario de trabajo.

Y, 3ª) en el contrato se harán constar expresamente las adaptaciones técnicas que resulten necesarias para la realización de la actividad laboral, así como los servicios de ajuste personal y social que el CEE pone a disposición del trabajador discapacitado contratado a domicilio.

En este punto cabe hacer, a nuestro entender, una advertencia: la admisión del trabajo a domicilio tiene que jugar como una nueva vía dirigida a promover la inserción laboral de las personas discapacitadas y no como una vía que lleve, de hecho, a que una parte importante de aquéllas queden confinadas en ese ámbito. Ello implica que esta modalidad de trabajo sólo resultará admisible cuando no suponga un obstáculo o no afecte a la mejora de la adaptación personal y social del trabajador discapacitado y sigan prestándose –de forma adecuada- los correspondientes servicios de ajuste personal y social.

Aunque no exista una referencia expresa en el Real Decreto 1368/1985, un CEE también podrá recurrir a la modalidad del contrato de trabajo en prácticas, conforme a lo establecido en el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores, con la única particularidad de que éste podrá realizarse dentro del plazo de los 6 años –y no de 4 años, plazo previsto con carácter general- siguientes a la finalización de los correspondientes estudios.

Por otra parte y aunque pueda resultar sorprendente, en este marco –junto con la elevada tasa de temporalidad que ya hemos comentado- la cuestión más compleja y que más problemática judicial ha planteado es la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 del Real Decreto 1368/1985, donde se prevé que “*con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido*” para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, podrá establecerse en el contrato de trabajo (por escrito, por tanto) un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de 6 meses. Asimismo, la necesidad de que el trabajador discapacitado pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el correspondiente equipo multiprofesional.

Cabe destacar que, en este punto, se hace una “*llamada*” expresa a la negociación colectiva, lo que, no obstante, plantea ciertas dudas. En este ámbito los Tribunales han establecido algunos criterios importantes:

1º) Los efectos del período de adaptación profesional del artículo 10.2 del Real Decreto 1368/1985 son equivalentes a los que el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores atribuye al período de prueba, lo que supone que, durante el mismo, podrá

extinguirse sin causa la relación laboral existente entre el trabajador discapacitado y el CEE, siempre y cuando no se produzca una vulneración de derechos fundamentales⁷⁴⁷.

2º) El hecho de que el citado artículo 10.2 atribuya al período de adaptación el carácter de un período de prueba no significa que aquél tenga la misma naturaleza que el período de prueba previsto respecto de la relación laboral común, puesto que las finalidades a las que sirven uno y otro son muy diversas.

El período de adaptación está específicamente dirigido a facilitar la adaptación del trabajador discapacitado a su puesto de trabajo o a completar la formación necesaria para el mismo. Y estas finalidades específicas del período de adaptación son las que justifican que pueda tener una duración superior a la del período de prueba previsto en el Estatuto de los Trabajadores⁷⁴⁸.

Y, 3º) el período de adaptación sólo puede tener una duración superior a la que se precisa en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores en los casos en que el pertinente equipo multiprofesional lo haya admitido; señalándose, a este respecto, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid de 10 de enero de 2005 (AS 68) que: *“.. carece de sentido permitir que en todos estos contratos se pueda señalar al mismo una duración de seis meses o, al menos, superior a la duración que se deduce del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, incluso en relación con supuestos en que, por las condiciones del minusválido y del puesto a desempeñar, no se necesita realmente facilitar la adaptación profesional de tal trabajador. La mayor extensión de ese período de ocupación, en cuanto supera la duración del período de prueba del artículo 14 del Estatuto.. sólo está justificada cuando responde a la finalidad dicha; de ahí la necesidad de que el Equipo Multiprofesional controle la concurrencia de las condiciones que permiten el cumplimiento de esa finalidad. Si en los casos en que no existen esas condiciones, se considera lícito establecer un período de adaptación de seis meses, que tiene el carácter de período de prueba, se causa un grave perjuicio al trabajador, que ve prolongada la inseguridad e incertidumbre que tal situación genera, sin que concurra ninguna causa que justifique esa prolongación. Téngase en cuenta que ese período de adaptación lo creó la Ley para ventaja y beneficio del trabajador minusválido, pues con él se le hace posible superar una serie de dificultades de acomodación al puesto de trabajo, que de otro modo no sería fácil vencer. De ahí que, si tales dificultades no concurren... y a pesar de ello se pacta un período de adaptación de seis meses, el exceso temporal que tal extensión produce sólo beneficia al empresario, pues tal medida es claramente perjudicial para el minusválido contratado, al que no le reporta ventaja alguna..”*⁷⁴⁹.

⁷⁴⁷ STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 1997 (AS 1128).

⁷⁴⁸ STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 566).

⁷⁴⁹ En el mismo sentido, STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 566): *“.. la posibilidad de establecer un período de adaptación, con el carácter de período de prueba, en la relación laboral especial de autos, con una duración máxima que puede llegar a ser tres veces superior al período de prueba previsto en el artículo 14 del ET respecto de las relaciones laborales comunes, con la precariedad que ello supone para el trabajador, únicamente estará justificada cuando el citado período de adaptación no se limite a cumplir las finalidades propias del período de prueba previsto en el art. 14 del ET: el mutuo conocimiento de las partes contractuales, constatando las aptitudes laborales del trabajador; sino que deberá cumplir las finalidades propias del período de adaptación de esta relación laboral especial mencionadas expresamente en el art. 10.2... que se refiere a las finalidades de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido o completar la formación necesaria para el desempeño de las tareas que constituyan el contenido de su puesto de trabajo. Y, conforme al tenor literal del art. 10.2 antes citado, el establecimiento por las partes de este período de adaptación con una duración que exceda de la del período de prueba común, dirigido al cumplimiento de las citadas finalidades específicas, estará*

Ello implica que es ilegal la decisión del CEE de rescindir el contrato de trabajo de un trabajador discapacitado durante un período de adaptación de duración superior a la prevista conforme al artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, cuando dicho período de adaptación se ha establecido sin el previo pronunciamiento por parte del equipo multiprofesional correspondiente⁷⁵⁰.

4. La regulación de las condiciones de trabajo en el marco de los CEE.

Muy probablemente uno de los puntos más débiles del Real Decreto 1368/1985 se encuentra precisamente en esta cuestión, dada la excesiva parquedad con que aquél la trata en sus artículos 8.3, 9 y 11 a 15.

En efecto, junto a declaraciones genéricas, consistentes en señalar que el titular y demás personas del CEE están obligados a tratar en todo momento al trabajador discapacitado con el respeto y consideración debidos a su dignidad personal y profesional (artículo 8.1), y que dicho trabajador tiene los derechos y deberes básicos previsto en el Estatuto de los Trabajadores, el Real Decreto 1368/1985 se limita a regular sólo determinadas condiciones de trabajo y, además, lo hace de una forma muy escasa, remitiéndose muchas veces a lo dispuesto con carácter general en el citado Estatuto.

Partiendo de ello, en primer lugar, el artículo 11 del Real Decreto mencionado prevé que, en materia de promoción en el trabajo, se estará a lo dispuesto en la sección tercera del capítulo segundo del Título I del Estatuto de los Trabajadores, si bien en lo relativo a ascensos se requerirá el informe previo del equipo multiprofesional, en el que se valore la adecuación del nuevo puesto de trabajo a las características personales del trabajador discapacitado.

Ello implica tener que acudir a lo dispuesto, con carácter general, en los artículos 22 a 25 del Estatuto de los Trabajadores, con la única especialidad apuntada en el párrafo anterior, aun cuando en el artículo 46 de la LISMI se señala también que los equipos multiprofesionales deberán someter a revisiones periódicas a los trabajadores discapacitados a fin de impulsar su promoción teniendo en cuenta el nivel de recuperación y adaptación laboral alcanzado.

Sin embargo, y teniendo en cuenta alguna noticia publicada, cabría plantearse si la promoción profesional en el marco de los CEE no requeriría de una regulación más detallada y, asimismo, de un control real, dado que una de las críticas al trabajo desarrollado en dicho ámbito es precisamente el estancamiento profesional que se produce en el mismo⁷⁵¹.

En segundo lugar, las cuestiones salariales aparecen reguladas en el artículo 12 del Real Decreto 1368/1985, optándose, nuevamente, por una remisión a lo dispuesto en

condicionada a la existencia de un previo pronunciamiento del Equipo Multiprofesional o de la Unidad de Valoración que determine la necesidad del mismo..”.

⁷⁵⁰ STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 566).

⁷⁵¹ “Contratación activa de discapacitados”, *Expansión & Empleo*, 4 y 5 de noviembre de 2006, pág. 14.

la sección cuarta del capítulo segundo del Título I del Estatuto de los Trabajadores, aun cuando se recogen algunas especialidades:

- En el caso de que se utilicen incentivos para estimular el rendimiento en el trabajo, no podrán establecerse aquellos que puedan suponer, a juicio de los equipos multiprofesionales, un riesgo para la salud del trabajador o para su integridad física o moral.

- El trabajador discapacitado tendrá derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, cuya cuantía será, como mínimo, para cada una de ellas, de treinta días de salario (de no concretarse éste, se entenderá como tal la retribución total percibida por el trabajador).

- Cuando las circunstancias personales del trabajador discapacitado lo requieran podrá celebrarse el contrato a bajo rendimiento, entendiéndose como tal aquél en que el trabajador, aun prestando sus servicios durante una jornada de trabajo normal, lo hace con un rendimiento inferior al normal en un 25 por ciento, siempre que tal circunstancia la haya constatado el equipo multiprofesional correspondiente. La disminución del salario no podrá exceder de dicho porcentaje.

Es importante destacar que con este tipo de contrato a bajo rendimiento se pretende no obstaculizar la inserción laboral en el marco del trabajo protegido de aquellos trabajadores discapacitados que, cumpliendo el perfil personal general previsto en el Real Decreto 1368/1985 y antes analizado, prestan sus servicios obteniendo un rendimiento inferior al normal en un 25 por ciento, circunstancia que debe ser constatada por el equipo multiprofesional correspondiente. De tratarse de un bajo rendimiento que no llega al 25 por ciento citado no podrá acudir a este mecanismo y, de tratarse de una disminución en el rendimiento superior al 25 por ciento, la disminución salarial correspondiente no podrá superar, en ningún caso, el citado 25 por ciento.

También cabe destacar que, según los Tribunales, este tipo de contrato debe pactarse expresamente⁷⁵².

- Y, en fin, también resultan de aplicación las garantías salariales previstas en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, y también será posible acudir al Fondo de Garantía Salarial, según lo establecido en la disposición adicional segunda del Real Decreto 1368/1985.

En este punto cabe señalar, por último, que según algunas sentencias⁷⁵³, de no existir convenio colectivo propio del CEE, los salarios de los trabajadores discapacitados se regirán por el convenio del sector de actividad, no siendo admisible que el CEE se limite a pagar el importe del salario mínimo interprofesional.

En tercer lugar, la materia “*tiempo de trabajo*” se regula en el artículo 13 del Real Decreto 1368/1985, de forma semejante a las anteriores: dicho precepto se limita a señalar que, en materia de jornada de trabajo, descansos, fiestas, vacaciones y permisos se estará a lo dispuesto en la sección quinta del capítulo segundo del Título I del

⁷⁵² STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2004 (AS 3700).

⁷⁵³ STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2004 (AS 3700).

Estatuto de los Trabajadores (artículo 34 y siguientes), aun cuando se incorporan dos importantes matizaciones:

1ª) La prohibición de realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios (prohibición justificada por las propias características personales del trabajador implicado).

Y, 2ª) el trabajador discapacitado, previo aviso y justificación, podrá ausentarse del trabajo para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional, con derecho a remuneración siempre que tales ausencias no excedan de diez días en un semestre.

Con ello se pretende garantizar que el trabajador pueda continuar con dichos tratamientos de rehabilitación y que ello no le comporte una pérdida económica importante.

En cuarto lugar, cabe señalar que también se regula la movilidad funcional, la movilidad geográfica y la modificación sustancial de condiciones de trabajo en el marco de los CEE.

A estos efectos, el artículo 14.1 del Real Decreto 1368/1985, señala que la movilidad funcional en el seno de un CEE, que se efectuará sin perjuicio de los derechos económicos y profesionales del trabajador discapacitado, no tendrá otras limitaciones que las previstas en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores, así como la correspondiente aptitud del trabajador para desempeñar el nuevo puesto de trabajo, que deberá reconocerse en el correspondiente informe del equipo multiprofesional.

La especialidad de este régimen jurídico se encuentra en que no será posible ejercer la movilidad funcional cuando el nuevo puesto de trabajo no es adecuado a las características personales del trabajador discapacitado.

Por su parte, el artículo 14.2 del citado Real Decreto señala que, respecto a la movilidad geográfica se estará a lo dispuesto en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores, con la única especialidad de que, al igual que en el caso anterior, se requerirá el informe del correspondiente equipo multiprofesional.

Y, en el mismo sentido, el artículo 15 del Real Decreto 1368/1985 establece que, en el ámbito de las posibles modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se estará a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, siendo necesario en todo caso el informe del equipo multiprofesional.

A nuestro entender, en los tres supuestos vistos de modificación de las condiciones de trabajo se requeriría una regulación más amplia, a poco que tengamos en cuenta la especialidad del ámbito que nos ocupa.

Finalmente, cabe destacar que, de una forma muy discutible, en materia de prevención de riesgos laborales la única referencia se encuentra en el artículo 8.3 del Real Decreto 1368/1985, donde se señala que en los CEE será de aplicación con

carácter general la normativa vigente en materia de salud y seguridad en el trabajo y en especial la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y los reglamentos de desarrollo.

A nuestro entender, la propia especialidad del colectivo de trabajadores implicados y las actividades que los mismos pueden realizar requieren de una regulación más desarrollada y concreta en esta trascendente materia.

5. La suspensión y extinción de la relación laboral.

Respecto de las causas de suspensión del contrato de trabajo existente entre el trabajador discapacitado y el CEE, el artículo 17 del Real Decreto 1368/1985 se limita a afirmar que dicho contrato podrá suspenderse en los supuestos previstos en los artículos 45 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores. Nuevamente la regulación específica resulta excesivamente parca para una materia de tanta importancia.

Por su parte, la extinción del contrato de trabajo se trata de una forma más amplia en el artículo 16.1 del citado Real Decreto, ya que en el mismo, junto a una remisión genérica a lo dispuesto en la sección cuarta del capítulo III del Título I del Estatuto de los Trabajadores, se señala expresamente que no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores, sobre extinción del contrato por causas objetivas; sustituyéndose dicho precepto por lo establecido en el propio artículo 16.2 del Real Decreto, en el que se manifiesta –con términos, no obstante, muy semejantes a los del citado artículo 52- que el contrato de trabajo del trabajador discapacitado podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador, conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en el CEE, y que deberá ser constatada por el equipo multiprofesional. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento del período de adaptación profesional no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.

En este ámbito, la especialidad respecto del régimen general previsto en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores se limita a la exigencia del correspondiente informe del equipo multiprofesional que constate la ineptitud del trabajador discapacitado para el desempeño del correspondiente puesto de trabajo.

Cabe tener en cuenta que esta vía podría emplearse en los casos en que el trabajador discapacitado mejora y, como consecuencia de ello, no cumple el perfil personal previsto para esta relación laboral de carácter especial. En este caso, no obstante, el trabajador podría continuar vinculado con el CEE, pero a través de una relación laboral de carácter común.

Una situación semejante podría darse cuando el estado de discapacidad del trabajador empeora, afectando al mínimo necesario para poder quedar incluido en el ámbito del Real Decreto 1368/1985.

b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, constatadas por el equipo multiprofesional, cuando dichos cambios sean razonables y hayan transcurrido, como mínimo, tres meses desde que se introdujo la modificación.

El contrato de trabajo quedará en suspenso por el tiempo necesario y hasta el máximo de tres meses, cuando la empresa ofrezca un curso de reconversión o de perfeccionamiento profesional a cargo de organismo oficial o propio competente, que capacite al trabajador discapacitado para la adaptación requerida. Durante el curso se abonará al trabajador discapacitado el equivalente al salario medio que viniera percibiendo.

En este marco las diferencias respecto de lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores se sitúan tanto en la intervención del equipo multiprofesional como en el hecho de que el período previsto para facilitar la adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas se amplía de dos a tres meses, con el objetivo de incrementar las posibilidades de adaptación del trabajador discapacitado.

c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores y en número inferior al establecido en el mismo, siendo necesario, en todo caso, el informe del equipo multiprofesional.

A tal efecto, el CEE acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento del CEE, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos. Los representantes de los trabajadores tendrán prioridad de permanencia en este supuesto.

Esta causa de extinción del contrato es muy semejante a la prevista en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, con lo que se facilita la flexibilidad en la gestión del personal en el marco de los CEE y la posibilidad de adaptarse a los cambios económicos y organizativos que puede suponer la actuación de aquellos en el mercado.

Y, d) por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas, pero intermitentes, que alcancen el 25 por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos o el 30 por ciento en cuatro meses discontinuos, dentro de un período de doce meses, siempre que el índice de absentismo del total de la plantilla del CEE supere el 5 por ciento en los mismos períodos de tiempo.

A este respecto, no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos anteriores, las ausencias debidas a huelga legal, por el tiempo de duración de la misma, al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidentes de trabajo, maternidad, licencias y vacaciones, ni enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos.

En este apartado cabe señalar que la diferencia respecto del régimen general previsto en el Estatuto de los Trabajadores, claramente justificada, se sitúa en la ampliación del porcentaje de faltas de asistencia al trabajo que determina la posible extinción del contrato de trabajo. La justificación se halla en las propias circunstancias personales del trabajador discapacitado, que pueden determinar que sean más frecuentes o continuadas las ausencias al trabajo.

Finalmente, respecto de esta última causa de extinción cabe señalar que no está adaptada a los últimos cambios incorporados en el marco del artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, por lo que determinadas ausencias justificadas al trabajo no están contempladas.

6. Derechos colectivos de los trabajadores en el marco de los CEE.

Como en otras materias, el Real Decreto 1368/1985 regula muy escasamente los derechos colectivos de los trabajadores discapacitados que prestan sus servicios en los CEE, señalándose al respecto en su artículo 20, que el ejercicio de los derechos de representación colectiva y reunión de dichos trabajadores se ajustará a lo previsto en la normativa laboral común.

Por su parte, el artículo 21 afirma que, en materia de negociación colectiva, se estará a lo dispuesto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, con la única salvedad de que en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, estarán legitimadas para la negociación las asociaciones que pudieran contar con un idéntico grado de representación en el sector correspondiente al exigido en el ámbito laboral común por el artículo 87 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta última referencia implica reconocer legitimación para negociar convenios colectivos supraempresariales a las asociaciones de minusválidos, supuesto no contemplado en el citado artículo 87 del Estatuto, y que, en consecuencia, ha sido puesto en entredicho por la doctrina⁷⁵⁴, al considerar que dicha ampliación de sujetos negociadores no puede llevarla a cabo un simple Real Decreto, por lo que resultaría ilegal.

7. La protección en materia de Seguridad Social.

Finalmente, cabe destacar que, conforme a lo establecido en la disposición adicional 2ª de la Ley General de la Seguridad Social, los trabajadores discapacitados empleados en los CEE quedarán incluidos en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social, añadiéndose a ello que *“por el Gobierno se dictarán las normas específicas de sus condiciones de trabajo y de Seguridad Social, en atención a las peculiares características de su actividad laboral”*. Hasta el momento no se han aprobado normas específicas en materia de Seguridad Social.

Ello implica –cuestión que no ha planteado problemas en el ámbito judicial- que los trabajadores discapacitados contratados por los CEE deberán estar afiliados y en alta en el correspondiente Régimen de Seguridad Social –especialmente en el Régimen General de la Seguridad Social- y deberán cotizar –el propio CEE y ellos mismos- a la Seguridad Social. Y como consecuencia de todo ello, tendrán derecho a las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social.

En este ámbito sí cabe citar, no obstante, una materia que ha planteado algunos problemas: de empeorar las condiciones personales del trabajador discapacitado contratado por un CEE, ¿podrá ser declarado en situación de incapacidad permanente y tener derecho a la correspondiente prestación de la Seguridad Social?.

⁷⁵⁴ ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., “La regulación..”, op.cit. pág. 240.

En esta cuestión los Tribunales no han mantenido una posición uniforme.

De este modo, mientras que algunos han señalado que esa declaración no es posible, al quedar este colectivo excluido del ámbito de aplicación de la Ley General de la Seguridad Social al serle únicamente aplicable el Real Decreto 1368/1985, estando protegida su situación exclusivamente a través de los CEE y las pensiones de invalidez no contributivas⁷⁵⁵, otros, por el contrario, defienden que la citada Ley sí resulta de aplicación, al no existir normas específicas en materia de Seguridad Social, sin perjuicio de la presencia de ciertas peculiaridades que no proceden de la existencia de un régimen jurídico diferente, sino de las consecuencias que trae aplicar el régimen común a la singularidad del propio colectivo⁷⁵⁶.

A nuestro entender, la segunda es la posición acertada. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de junio de 2005 (AS 2164) señala que *“la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una normativa singular en la que se contemplen previsiones específicas respecto al modo en que los trabajadores discapacitados que prestan servicios en centros especiales de empleo en virtud de una relación laboral especial... han de recibir la protección de nuestro sistema de seguridad social en materia de invalidez permanente, determina la sujeción de dicho colectivo a la regulación general establecida en nuestro derecho positivo para proteger dicha contingencia, sin embargo, dada la forma en que se configura el riesgo objeto de protección en esas normas generales, las peculiares características de dicho colectivo conllevan la existencia de algunas particularidades derivadas de la aplicación del régimen común a la singularidad de la situación..”*. A lo que cabe añadir, que las citadas particularidades se concretan en que *“.. habrá que determinar si concurren los supuestos que configuran los distintos grados de invalidez permanente, pero bien entendido siempre que la valoración no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que se precisa para el desempeño de un trabajo en régimen de relación laboral especial para trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo. En definitiva, han de tenerse en cuenta, a tales efectos, las peculiaridades de su inserción en el mundo laboral, en la medida en que supone una ampliación de sus posibilidades de trabajo, compensadora, justamente, de su inicial imposibilidad para desarrollar una actividad laboral en las condiciones habituales del mundo laboral..”*⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ STSJ del País Vasco de 26 de abril de 1994 (AS 1427).

⁷⁵⁶ SSTSJ de Andalucía/Granada de 24 de julio de 1998 (AS 3749) y del País Vasco de 27 de mayo de 1997 (AS 1657) y 17 de marzo de 1998 (AS 1626).

⁷⁵⁷ En el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2004 (Jur 2005/19737) establece que: *“.. el resolver esta cuestión <no puede hacerse en comparación con la capacidad laboral normal de un trabajador ordinario, sino con la ya reducida que se precisa para el desempeño de un trabajo en régimen de relación laboral especial para trabajadores minusválidos en centros especiales de empleo.. Por consiguiente, siendo claro que la artritis de la Sra. Gema supone una lesión anterior a la afiliación y que es la causa que precisamente ha propiciado su contratación en centro especial de empleo, al no acreditarse cambio sustancial alguno de su incidencia en la capacidad de trabajo desde que se inició la ocupación referida, debe concluirse que no puede dar pie a la concesión de invalidez en grado alguno, pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 9/1/96.. <aquellas lesiones o enfermedades que se padecieran con anterioridad al alta en la Seguridad Social no han de tener incidencia en la valoración de una invalidez permanente, pues en caso de que existan algunas invalidantes del trabajo, la misma Seguridad Social tiene sistemas de protección o prestaciones para subvenir a estas situaciones..”*.

Ello supone, en definitiva, aplicar las reglas generales sobre incapacidad permanente con la única particularidad de que el trabajador afectado parte de una situación inicial de discapacidad respecto de la cual debe valorarse la posible situación de incapacidad permanente. Aplicación de las reglas generales que implica, asimismo, que la valoración de la incapacidad permanente ha de efectuarse tomando en consideración todas las secuelas, tanto las anteriores a la afiliación al sistema de Seguridad Social como las sobrevenidas, y que no hay incapacidad permanente si el estado del trabajador discapacitado no se ha agravado respecto al que tenía antes de su incorporación al mundo laboral (la razón no es otra que el trabajador conserva la misma capacidad laboral que le permitió trabajar en el CEE).

III. LAS VÍAS DE EXPANSIÓN DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO: LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA RESERVA DE PUESTOS DE TRABAJO Y LOS ENCLAVES LABORALES.

Junto a la propia regulación –y problemática- de la relación laboral de carácter especial de los trabajadores discapacitados que prestan servicios en los CEE, destaca especialmente el hecho, ya puesto de relieve páginas atrás, de la creciente importancia de los propios CEE (tanto en número como en plantilla de trabajadores discapacitados contratada); importancia que ha sido promocionada en los últimos años por el propio legislador y, además, a través de varias vías.

En efecto, ese papel se ha visto claramente favorecido como consecuencia de lo dispuesto en el Real Decreto 264/2005, de 8 de abril, que regula el cumplimiento alternativo con carácter excepcional de la cuota de reserva a favor de los trabajadores con discapacidad, y en el Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, sobre los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad.

En primer lugar, en el primero de los Reales Decretos citados se recuerda que, conforme al artículo 38.1⁷⁵⁸ de la LISMI, las empresas públicas y privadas que empleen a 50 o más trabajadores están obligadas a contratar, al menos, a un 2 por ciento de personas con discapacidad⁷⁵⁹, pero podrán excepcionalmente quedar exentas de esa obligación, de forma total o parcial, bien a través de acuerdos recogidos en la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal y, en su defecto, de ámbito inferior, a tenor de lo dispuesto en el artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, bien, en ausencia de aquellos, por opción voluntaria del empresario, por los motivos establecidos, siempre que en ambos supuestos se aplique alguna de las medidas sustitutorias, alternativa o simultáneamente, que se regulan en el propio Real Decreto.

Asimismo, se prevé que se entenderá que concurre la nota de excepcionalidad antes apuntada en dos supuestos:

⁷⁵⁸ En el que se prevé que: “Las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores minusválidos. El cómputo mencionado anteriormente se realizará sobre la plantilla total de la empresa correspondiente, cualquiera que sea el número de centros de trabajo de aquella y cualquiera que sea la forma de contratación laboral que vincule a los trabajadores de la empresa. Igualmente se entenderá que estarán incluidos en dicho cómputo los trabajadores minusválidos que se encuentren en cada momento prestando servicios en las empresas públicas o privadas, en virtud de los contratos de puesta a disposición que las mismas hayan celebrado con empresas de trabajo temporal...”.

⁷⁵⁹ Respecto a la cuantificación de la obligación de reserva de puestos de trabajo, vid disposición adicional 1ª del Real Decreto 364/2005.

1º) Cuando la no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa o entidad obligada se deba a la imposibilidad de que los Servicios de Empleo competentes o las agencias de colocación puedan atender la oferta de empleo presentada después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluir las con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos en la ocupación indicada o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo ofrecidas en dicha oferta.

Y, 2º) cuando existan, y así se acrediten por la empresa o entidad obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motiven la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a su plantilla. Como acreditación de dichas circunstancias, los Servicios Públicos de Empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa o entidad solicitante.

En todo caso, las empresas o entidades deben solicitar de los Servicios Públicos de Empleo la declaración de excepcionalidad con carácter previo a la adopción de las medidas alternativas, y dicha solicitud deberá resolverse en el plazo de dos meses. Asimismo, la declaración de excepcionalidad tendrá una validez de tres años desde la resolución. Transcurrido dicho plazo deberá solicitarse, en su caso, una nueva declaración. Cabe tener muy presente que los Servicios Públicos de Empleo resolverán conjuntamente sobre la declaración de excepcionalidad y sobre las correspondientes medidas alternativas solicitadas por la empresa o entidad implicada⁷⁶⁰.

Pues bien, las medidas alternativas mencionadas se encuentran reguladas en el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005, y en ellas intervienen –muy activamente, cabría añadir– los CEE.

En efecto, según el artículo citado, esas medidas alternativas consisten en:

1ª) Celebrar un contrato mercantil o civil con un CEE, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes de equipo o cualquier otro tipo de bienes necesarios para el normal desarrollo de la actividad de la empresa o entidad que opta por esta medida⁷⁶¹.

2ª) Celebrar un contrato mercantil o civil con un CEE, o con un trabajador autónomo con discapacidad, para la prestación de servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa o entidad⁷⁶².

⁷⁶⁰ Respecto a la determinación del servicio de empleo competente, vid artículo 6 del Real Decreto 364/2005. En relación con su obligación de seguimiento del cumplimiento de las medidas, vid artículo 5 del citado Real Decreto.

⁷⁶¹ Conforme al artículo 3 del Real Decreto 364/2005, de optar por esta medida “se consignará el contratista, el objeto del contrato, el número de trabajadores con discapacidad a los que equivale la contratación y el importe y duración de la medida”.

⁷⁶² Conforme al artículo 3 del Real Decreto 364/2005, de optar por esta medida “se consignará el contratista, el objeto del contrato, el número de trabajadores con discapacidad a los que equivale la contratación y el importe y duración de la medida”.

3ª) La realización de donaciones y acciones de patrocinio, siempre de carácter monetario, para el desarrollo de actividades de inserción laboral y de creación de empleo de las personas con discapacidad, cuando la entidad beneficiaria de dichas acciones de colaboración sea una fundación o una asociación de utilidad pública cuyo objeto social sea, entre otros, la formación profesional, la inserción laboral o la creación de empleo a favor de las personas con discapacidad que permita la creación de puestos de trabajo para aquéllas, y, finalmente, su integración en el mercado de trabajo⁷⁶³.

Y, 4ª) la constitución de un enclave laboral, previa suscripción del correspondiente contrato con un CEE, de acuerdo con lo establecido en el, antes citado, Real Decreto 290/2004⁷⁶⁴.

Asimismo, en las medidas 1ª, 2ª y 4ª, el importe anual de los contratos celebrados habrá de ser, al menos, tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual para cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por ciento.

Teniendo en cuenta lo anterior, resulta evidente el importante papel atribuido a los CEE en el marco del cumplimiento de las medidas alternativas por parte de las empresas o entidades privadas o públicas, regulándose, asimismo, otros aspectos de su intervención en este ámbito; así:

a) Los CEE que colaboren en el cumplimiento de estas medidas alternativas deberán destinar los recursos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones relativas, además de a la prestación de servicios de ajuste personal o social que requieran sus trabajadores con discapacidad, a las precisas para desarrollar acciones que promuevan su tránsito hacia el mercado de trabajo no protegido u ordinario, tales como la formación permanente de los trabajadores con discapacidad o su adaptación a las nuevas tecnologías.

Y, b) deben presentar, anualmente, una memoria sobre la tipología de las acciones que se han realizado y los recursos financieros aplicados a dichas acciones.

Y todavía mayor es la labor de promoción de los CEE realizada –al menos desde una perspectiva teórica- en el marco del Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero, donde se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad, señalándose, al respecto, en su propia Exposición de Motivos que *“los enclaves laborales pueden posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los centros especiales de empleo y, por último, pueden contribuir a facilitar a las empresas el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva legal del dos por ciento de trabajadores con discapacidad establecida en la Ley 13/1982.. y ello en dos sentidos: de una parte, al facilitar la incorporación a la plantilla de la empresa*

⁷⁶³ El importe anual de esta medida alternativa habrá de ser, al menos, de un importe de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del 2 por 100. Cuando se opte por esta medida “se recogerá la fundación o asociación de utilidad pública destinataria, el número de contratos con trabajadores con discapacidad a los que vaya a sustituir y el importe de la medida” (art. 3 del Real Decreto 364/2005).

⁷⁶⁴ Según el artículo 3 del Real Decreto 364/2005, si se opta por esta medida “se recogerán los datos identificativos del centro especial de empleo con el que se suscriba el correspondiente contrato, el número de trabajadores con discapacidad que se van a ocupar en el enclave laboral y el número de trabajadores con discapacidad dejados de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento a los que equivalen”.

ordinaria y, de otra parte, al configurarse como una nueva medida alternativa si se dan las condiciones excepcionales reguladas en esta Ley y en su normativa de desarrollo..”. En el mismo sentido, el artículo 2.d) del citado Real Decreto reconoce que uno de los objetivos de los enclaves laborales es precisamente posibilitar el crecimiento de la actividad desarrollada por los CEE y, por tanto, la contratación por éstos de nuevos trabajadores con discapacidad, favoreciendo la creación de empleo estable para las personas con discapacidad.

Partiendo de ello cabe destacar, en primer lugar, que, tal y como señala la citada Exposición de Motivos, la finalidad última de los enclaves laborales *“es lograr la mayor integración de los trabajadores con discapacidad con especiales dificultades en el mercado de trabajo ordinario, para lo cual los enclaves suponen una medida de utilidad para facilitar la transición desde el empleo protegido en el centro especial de empleo al empleo ordinario: al trabajador con discapacidad, el enclave le permite completar y mejorar su experiencia profesional con tareas y en un entorno propio del mercado ordinario de trabajo; y a la empresa colaboradora, le permite conocer mejor las capacidades y posibilidades de estos trabajadores, lo que puede llevarle finalmente a decidir incorporarlos a su plantilla, lo que determinará en su caso la aplicación de una serie de ayudas..”*. Ello supone, en definitiva, convertir a la figura del enclave laboral en un puente –aún más directo que el propio CEE- entre el trabajo protegido desarrollado en un CEE y la incorporación al trabajo ordinario del trabajador discapacitado, constituyendo claramente una medida de fomento del empleo.

En efecto, esa finalidad se recoge plenamente en el artículo 2 del Real Decreto 290/2004, donde se enumeran los objetivos de los enclaves laborales, que son los siguientes:

a) Favorecer el tránsito desde el empleo en los CEE al empleo en empresas del mercado ordinario de trabajo de las personas con discapacidad y, en particular, de aquellas que por sus características individuales presentan especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo.

b) Permitir a los trabajadores con discapacidad de un CEE desarrollar su actividad laboral en una empresa del mercado ordinario de trabajo completando, en todo caso, su experiencia profesional mediante el desarrollo de los trabajos, tareas y funciones que se realicen en tal empresa, facilitando de esta manera sus posibilidades de acceso al mercado ordinario de trabajo.

c) Conseguir que la empresa del mercado ordinario de trabajo en la que se realiza el enclave laboral tenga un mejor conocimiento de las capacidades y aptitudes reales de los trabajadores con discapacidad, como paso previo a la eventual incorporación a su plantilla.

d) Posibilitar, como veíamos antes, el crecimiento de la actividad de los CEE.

Y, e) facilitar a las empresas, tal y como vimos anteriormente, el cumplimiento de la obligación de la cuota de reserva legal del 2 por ciento de los puestos de trabajo para los trabajadores con discapacidad establecida en el artículo 38 de la LISMI, transitoriamente, como medida alternativa y, definitivamente, mediante la contratación

directa de los trabajadores con discapacidad del enclave por la empresa colaboradora u otra empresa del mercado ordinario de trabajo.

Por otra parte, el régimen jurídico de los enclaves laborales se caracteriza, esencialmente, por las siguientes notas:

1ª) Se entiende por enclave laboral el contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo –empresa colaboradora- y un CEE para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del CEE se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora.

2ª) La dirección y organización del trabajo en el enclave corresponde al CEE, con el que el trabajador discapacitado mantendrá plenamente, durante la vigencia del enclave, su relación laboral de carácter especial en los términos, ya examinados, del Real Decreto 1368/1985.

3ª) A los enclaves laborales se les aplica lo establecido en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores en materia de subcontratación, así como lo previsto en los artículos 104.1 y 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

4ª) Sólo pueden realizar enclaves los CEE calificados e inscritos como tales, que lleven inscritos en el registro correspondiente al menos 6 meses y que hayan desarrollado su actividad de forma continuada en los 6 meses anteriores a la celebración del contrato con la empresa colaboradora. Es muy importante señalar que el CEE no puede tener como actividad exclusiva la derivada de uno o más enclaves laborales, sino que deberá mantener una actividad propia como tal CEE.

Como empresa colaboradora puede actuar cualquier empresa del mercado ordinario de trabajo que formalice con un CEE el correspondiente contrato.

5ª) El contrato que debe celebrarse entre el CEE y la empresa colaboradora para constituir el enclave laboral debe ser por escrito y recoger un contenido mínimo⁷⁶⁵: a) la identificación de las partes⁷⁶⁶; b) la determinación precisa de la obra o servicio objeto del contrato y de la actividad en la que, dentro de la organización general de la empresa colaboradora, vayan a ser ocupados los trabajadores destinados al enclave; c) los datos identificativos del centro de trabajo donde se va a realizar la obra o prestar el servicio; d) la duración prevista del enclave laboral; e) el número de trabajadores con discapacidad que se ocuparán en el enclave; y, f) el precio convenido.

6ª) La duración mínima de un enclave será de 3 meses y la duración máxima de 3 años, y se puede prorrogar por períodos no inferiores a 3 meses hasta alcanzar la citada duración máxima.

⁷⁶⁵ La empresa colaboradora y, subsidiariamente, el CEE remitirá al servicio público de empleo u órgano competente en materia de registro de CEE el contrato, así como sus prórrogas, en el plazo de un mes desde su firma. El servicio público de empleo o el órgano competente en materia de registro podrá solicitar informe de control a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

⁷⁶⁶ Haciendo constar la denominación social, domicilio, número de identificación fiscal y código de cuenta de cotización a la Seguridad Social.

Una vez agotado el plazo de 3 años, el enclave laboral sólo puede prorrogarse si el CEE acredita que la empresa colaboradora u otra del mercado ordinario de trabajo ha contratado con carácter indefinido a trabajadores del enclave con especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, según la siguiente proporción: a) cuando se trate de enclaves que ocupen hasta 20 trabajadores, un trabajador, como mínimo; y, b) cuando se trate de enclaves que ocupen a un número superior de trabajadores, dos trabajadores, como mínimo.

La duración mínima de la prórroga será de 3 meses y la máxima de 3 años, y se podrá prorrogar por períodos no inferiores a 3 meses hasta alcanzar la duración máxima. No podrá prorrogarse el enclave ni iniciarse uno nuevo para la misma actividad si se hubiera llegado a la duración máxima total de 6 años.

7ª) El enclave debe estar formado al menos por 5 trabajadores si la plantilla de la empresa colaboradora tiene 50 o más trabajadores, o al menos por 3 trabajadores si dicha plantilla es inferior. En dicho cómputo no se incluirá a los encargados del enclave, salvo que se trate de trabajadores con discapacidad.

Será nula la cláusula del contrato que prohíba la contratación por la empresa colaboradora del trabajador con discapacidad que esté prestando servicios en el enclave o los haya prestado con anterioridad.

El CEE seleccionará a los trabajadores discapacitados que prestarán sus servicios en el enclave laboral, respetando, no obstante, los siguientes criterios:

- El 60 por ciento, como mínimo, deberá presentar especiales dificultades para el acceso al mercado ordinario de trabajo, considerándose como tales: a) las personas con parálisis cerebral, las personas con enfermedad mental o las personas con discapacidad intelectual, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por ciento; b) las personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 65 por ciento; y, c) las mujeres con discapacidad no incluidas en los colectivos anteriores con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por ciento (este grupo podrá alcanzar hasta un 50 por ciento del porcentaje antes apuntado).

- Los demás trabajadores del enclave deberán ser trabajadores con discapacidad con un grado de minusvalía reconocido igual o superior al 33 por ciento.

- El 75 por ciento, como mínimo, de los trabajadores del enclave laboral deberá tener una antigüedad mínima de 3 tres meses en el CEE.

8ª) Para la dirección y organización del trabajo del enclave el CEE contará en el mismo con encargados responsables del equipo de producción. Asimismo, el ejercicio del poder disciplinario corresponderá al CEE.

Por otra parte, una vez constituido el enclave, el CEE sólo podrá sustituir a los trabajadores allí destinados cuando exista una causa justificada, y una vez finalizado el contrato entre el CEE y la empresa colaboradora, todos los trabajadores con discapacidad que hubieran prestado servicios en el enclave seguirán manteniendo su relación laboral con el CEE, salvo aquellos que hubieran sido contratados para trabajar en el enclave bajo la modalidad de obra o servicio determinado.

9ª) La empresa colaboradora y el CEE deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales en relación con los trabajadores que formen parte del enclave, en los términos previstos en los artículos 24 y 25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en el Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el citado artículo 24, en materia de coordinación de actividades empresariales.

No puede constituirse un enclave laboral para la realización de las actividades y trabajos que se determinan en el anexo I del Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención.

En este punto, los agentes sociales consideran necesario garantizar realmente que las empresas colaboradoras que tengan un enclave laboral adecuen sus instalaciones y los puestos de trabajo a las necesidades de los trabajadores de los CEE, en los términos previstos en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales⁷⁶⁷.

10ª) Se reconocen a los trabajadores incluidos en un enclave los derechos de representación y negociación colectiva previstos en el capítulo IV del Real Decreto 1368/1985.

Y, 11ª) la empresa colaboradora podrá contratar a trabajadores del enclave en cualquier momento, preferentemente con carácter indefinido, aunque se podrán concertar contratos de otras modalidades si resultan procedentes.

No podrá concertarse un período de prueba, salvo que el trabajador vaya a realizar funciones completamente distintas de las que realizaba en el enclave.

El trabajador, al ingresar en la empresa colaboradora, pasará a la situación de excedencia voluntaria en el CEE en las condiciones que establezca el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, el artículo 46.2 y 5 del Estatuto de los Trabajadores.

Finalmente, cabe destacar que, a pesar de que no existen datos oficiales sobre los enclaves laborales puestos en marcha, sí es posible señalar que la existencia de una cierta burocratización del proceso y, sobre todo, el concreto perfil –antes señalado– que debe tener una parte importante de la plantilla de trabajadores discapacitados ocupados en el enclave –aquellos que es más difícil insertar laboralmente por sus propias condiciones personales, tipo y grado de discapacidad– hacen pensar que, a pesar de los esfuerzos del legislador, esta medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad ha tenido, hasta el momento, un éxito muy escaso.

A pesar de ello, no cabe olvidar que tanto esta figura de los enclaves laborales como la regulación de las medidas alternativas a la reserva obligatoria de puestos de trabajo han tenido como resultado un incremento del papel de los CEE como vía de inserción laboral de las personas discapacitadas.

⁷⁶⁷ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 67.

IV. CONCLUSIONES: VALORACIÓN DE LA EXPERIENCIA DE LOS CENTROS ESPECIALES DE EMPLEO.

Del análisis realizado en los apartados anteriores es posible extraer, de una forma simplificada, tres conclusiones generales:

1ª) El legislador ha creado una relación laboral de carácter especial destinada a regir la contratación de personas discapacitadas en el marco del trabajo protegido, cuyos protagonistas son un determinado colectivo de trabajadores discapacitados y los CEE; relación laboral especial no exenta, como hemos visto, de interrogantes y carencias.

2ª) El objetivo esencial de los CEE es, tal y como se reitera en varias normas, actuar exclusivamente como un paso previo o una vía de tránsito hacia la incorporación de las personas discapacitadas en el mercado ordinario de trabajo.

Y, 3ª) el legislador ha optado, en los últimos años, por promocionar el papel de los CEE, otorgándoles una función protagonista en el cumplimiento de las medidas alternativas en el marco de la reserva obligatoria de puestos de trabajo para las personas discapacitadas y a través del establecimiento de los denominados enclaves laborales. Esa promoción se ha plasmado en un incremento del número de CEE así como del número de trabajadores contratados por éstos.

Y son precisamente esas conclusiones generales las que nos llevan a preguntarnos si la figura en sí de los CEE, tal y como se manifiesta en la actualidad, es la más acertada para lograr realmente la inserción laboral de las personas discapacitadas o, si por el contrario, debería ser objeto de reformas.

En este ámbito cabe hacer varias consideraciones.

En primer lugar, cabe señalar que, tal y como se deduce de lo apuntado en los apartados anteriores, aun cuando resulta acertada –y justificada- la existencia de una relación laboral de carácter especial, algunos de los contenidos del vigente Real Decreto 1368/1985 –especialmente aquellos relacionados con la determinación de las condiciones de trabajo, la representación de los trabajadores y con las medidas de prevención de los riesgos laborales- resultan insuficientes, por lo que cabe recomendar una reforma y una actualización de dicho Real Decreto, concretando más dichos aspectos.

A nuestro entender, elementos, por ejemplo, como la retribución a percibir, el tiempo de trabajo, la clasificación profesional de los trabajadores, la movilidad o las formas de representación de los trabajadores discapacitados deben recogerse de una forma más precisa y completa en el propio Real Decreto 1368/1985, no bastando una simple remisión a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores, al constituir éste último un marco genérico que no atiende adecuadamente las características y

necesidades particulares de los trabajadores discapacitados que prestan sus servicios en los CEE.

En segundo lugar, no hay duda que debería potenciarse la intervención de la negociación colectiva en la promoción de la inserción laboral de las personas discapacitadas, tanto en el marco de los CEE como en general.

En efecto, los propios agentes sociales han propuesto que sea la negociación colectiva el mecanismo regulador esencial de las relaciones laborales en el marco del trabajo protegido. Y respecto de los CEE han señalado que, a través de los procesos de negociación colectiva se ha de establecer un encuadramiento profesional más diversificado para los trabajadores con discapacidad, en correspondencia con las funciones que realizan, adecuando de la misma forma sus retribuciones a las funciones profesionales que desempeñan. Con ello, además, la negociación colectiva que actúa en los CEE facilitaría la transición de los trabajadores discapacitados hacia el empleo ordinario⁷⁶⁸.

Tal y como apuntamos en un apartado anterior, es también necesario que se desarrolle la negociación colectiva en el marco de los CEE desde la perspectiva concreta de los trabajadores discapacitados, evitando que la regulación de sus condiciones de trabajo se limite, única y exclusivamente, a lo ya señalado en el Real Decreto 1368/1985.

Y desde una perspectiva más general, es muy importante destacar que los agentes sociales han puesto ya de manifiesto y reclamado el importante papel que los convenios colectivos pueden jugar respecto del empleo de las personas discapacitadas, declarando, a este respecto, que “.. la negociación colectiva debe contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de las personas con discapacidad, propiciando aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos con los que se encuentran en su vida laboral y, en su caso, acudiendo a la inclusión de acciones positivas cuando se constate la existencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales..”⁷⁶⁹; fijando, además, los siguientes criterios generales de actuación:

a) La adición de cláusulas declarativas a favor de la igualdad de trato, que pueden incluirse como principio general o reproducirse en apartados concretos del convenio colectivo.

b) La adecuación del contenido de los convenios colectivos a la normativa vigente o, en su caso, la mejora de la misma, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas.

⁷⁶⁸ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 66-67.

⁷⁶⁹ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 73.

c) La inclusión de cláusulas convencionales para fomentar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, al mercado de trabajo ordinario.

Y, d) adecuar el lenguaje utilizado en los procesos negociadores a la hora de designar a este colectivo, utilizando preferentemente la fórmula, de trabajadores y trabajadoras con discapacidad, y evitando la utilización de otras que puedan herir la sensibilidad de este colectivo⁷⁷⁰.

A lo que cabe añadir que, actualmente, algunos convenios colectivos recogen ya cláusulas destinadas al colectivo de las personas discapacitadas, con los siguientes contenidos (que podrían servir como ejemplo para futuras negociaciones colectivas):

- Medidas relativas a la igualdad de oportunidades, cuota de reserva y a la incorporación de personas con discapacidad a las plantillas.
- Cláusulas referentes a la capacidad disminuida del trabajador en el centro de trabajo.
- Medidas relativas a la seguridad y salud en el puesto de trabajo.
- Cláusulas referidas al posible traslado del trabajador dependiente o con discapacidad.
- Medidas relativas a la formación laboral de los trabajadores.
- Y medidas relativas a la existencia de hijos con discapacidad.

En este ámbito, cabe destacar, finalmente, que los agentes sociales han elaborado incluso unas cláusulas convencionales modelo con el fin de que sirvan como ejemplo en el marco de la futura negociación colectiva⁷⁷¹. Cláusulas convencionales que pueden ayudar también a lograr un cambio de mentalidad por parte de las empresas ordinarias, basado en una igualdad efectiva de oportunidades de acceso al empleo.

En tercer lugar, resulta sorprendente la falta de información existente en torno al trabajo protegido y respecto de los CEE. A nuestro entender, resulta necesario establecer mecanismos eficaces que permitan obtener una información precisa y actualizada sobre su actuación y, en definitiva, sobre si están alcanzando adecuadamente los objetivos que les son propios. Esa información facilitaría un control real sobre el papel que deben jugar actualmente los CEE.

Asimismo, en la misma línea anterior y tal y como destacan los propios agentes sociales, resulta muy criticable el hecho de que no se publique ningún dato del cumplimiento del objetivo de traspaso de trabajadores discapacitados al ámbito del trabajo ordinario, pudiendo razonablemente presumirse que, por el contrario, los CEE podrían favorecer la permanencia en los mismos de los trabajadores con discapacidad

⁷⁷⁰ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 74.

⁷⁷¹ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 74 y ss.

más competentes y productivos por razones obvias vinculadas a la permanencia y viabilidad de los centros⁷⁷². Existe, en fin, una falta de control y seguimiento por parte de las Administraciones Públicas de aquellos trabajadores que tras su experiencia en el CEE se integran en el trabajo ordinario⁷⁷³.

En fin, tal y como han reclamado los agentes sociales, con la misma finalidad debería crearse un registro de CEE que permita conocer su situación geográfica y el sector de actividad al que pertenecen. Resulta necesario, asimismo, que se facilite el acceso a un listado actualizado de las personas de los CEE, como información disponible para las empresas obligadas al cumplimiento de la cuota de reserva que pudieran encontrarse en situación de acogerse a las medidas alternativas.

En cuarto lugar, cabe tener muy presente que el incremento del papel de los CEE en los últimos años puede implicar que, tal y como ya han señalado los agentes sociales, estemos asistiendo al reforzamiento de la idea de que el empleo protegido a través de los CEE es, en sí mismo, la única posibilidad de inserción laboral de las personas con discapacidad, con lo que parece olvidarse que el principal objetivo de esta modalidad de empleo protegido es, como hemos ido reiterando a lo largo de este trabajo, su carácter de paso previo a la incorporación de las personas con discapacidad al empleo ordinario⁷⁷⁴.

En efecto, los agentes sociales cuestionan, postura que compartimos, el cumplimiento en los últimos años del objetivo principal de los CEE como puente hacia el empleo ordinario, como consecuencia, entre otros elementos, de su elevada temporalidad, la integración en sus plantillas de trabajadores con un grado de minusvalía medio/bajo y la falta de control y seguimiento por parte de las Administraciones Públicas de aquellos trabajadores que tras su experiencia en el CEE se integran en el empleo ordinario⁷⁷⁵.

En este sentido, los propios agentes sociales han señalado recientemente, que: *“... si bien somos conscientes de que dentro del empleo protegido conviven diferentes realidades, la extensión de la idea de que los CEE son la única posibilidad de inserción laboral de las personas con discapacidad, ha contribuido a generar una situación doblemente perniciosa. De un lado, junto a los CEE que mantienen una labor de carácter netamente social y de transición al mercado ordinario de trabajo, se ha generado un espacio de negocio empresarial cuyo objetivo ha dejado de ser la inserción laboral de trabajadores y que compite con ventaja con el resto de empresas. Y, paralelamente, parece estar asentándose la idea de que las personas con discapacidad no pueden tener otra alternativa de empleo que el que ofrece el protegido, lo que impide que puedan dar el salto al empleo ordinario. En este sentido, la labor de las administraciones públicas y de los agentes sociales debe atender a la necesidad de asegurar que las fórmulas de empleo protegido sean un medio efectivo de transición*

⁷⁷² COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 56.

⁷⁷³ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 64.

⁷⁷⁴ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 55.

⁷⁷⁵ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 64.

para los trabajadores con discapacidad de cara a su inserción en el empleo ordinario”⁷⁷⁶.

Es por todo ello, por lo que, a nuestro entender, es necesario poner de manifiesto lo siguiente: sin plantearse la desaparición de la figura de los CEE –dado que el trabajo protegido es una medida necesaria en el largo camino hacia la inserción laboral de las personas discapacitadas-, sí es necesario recordar que, si pretendemos realmente lograr la inserción laboral de dicho colectivo en las empresas ordinarias, los CEE no pueden convertirse en la única opción laboral para las personas discapacitadas y, en consecuencia, deben arbitrarse los mecanismos necesarios y, especialmente, los controles oportunos para garantizar que aquellos sean sólo una vía de tránsito –lo más acertada posible- hacia la incorporación efectiva en el mercado ordinario de trabajo. Es posible que, en los últimos años, esta premisa se haya olvidado y, en consecuencia, es necesario, a nuestro entender, revitalizarla.

A nuestro entender, no es posible admitir que el propio éxito de las medidas adoptadas en los últimos años y destinadas a fortalecer el papel de los CEE comporte, como contrapartida, que los trabajadores discapacitados se vean constreñidos a permanecer en el marco del trabajo protegido, sin poder acceder al empleo ordinario. Esto implicaría que las personas discapacitadas (no todas) tienen un empleo pero no que se han insertado laboralmente en los términos previstos tanto por el texto constitucional como por la LISMI.

En quinto lugar, es necesario resaltar que debe corresponder a las Administraciones Públicas competentes efectuar un seguimiento efectivo y real de las condiciones laborales y de empleo presentes actualmente en los CEE, incluyendo en el mismo, el cumplimiento de las obligaciones en materia de representación de los trabajadores. Control que, aunque se ejerce en la práctica (especialmente por parte de la Inspección de Trabajo), no se hace, a nuestro entender, en la medida necesaria.

De una forma más concreta, deberían arbitrarse todos los mecanismos necesarios para evitar que los CEE puedan incurrir en una competencia desleal en determinados sectores de actividad, sobre la base de ofrecer, por ejemplo, una condiciones salariales precarias a sus trabajadores. Este tipo de situaciones puede estar dándose en la actualidad y deben erradicarse totalmente. Contradice totalmente el espíritu, tanto el texto constitucional como de la LISMI, el que los CEE impongan condiciones de trabajo precarias a sus trabajadores discapacitados con el objetivo de mejorar sus expectativas de negocio.

Asimismo, deberían adoptarse –y controlarse- las medidas necesarias para garantizar en los CEE unas condiciones adecuadas desde la perspectiva de la seguridad y salud laborales⁷⁷⁷.

⁷⁷⁶ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 56-57.

En sexto lugar, cabe señalar que, dado el importante volumen de fondos públicos que reciben los CEE, resultaría necesario, tal y como han reclamado los propios agentes sociales, evaluar la rentabilidad de su actividad económica ponderándola en función del porcentaje de trabajadores con discapacidad de la plantilla y al grado de discapacidad de los mismos. Cabría plantearse la introducción de criterios moduladores de las subvenciones en función de los resultados que cada CEE ofrezca como puente para el paso al mercado ordinario de trabajo de los trabajadores con discapacidad.

Asimismo, es difícil evaluar la eficacia de los fondos públicos –importantes los últimos años- dedicados a la formación, el fomento y mantenimiento del empleo de las personas con discapacidad en los CEE, al carecerse de indicadores fiables en la materia con los que medir el impacto real de esas políticas y de los recursos públicos dedicados a tal fin⁷⁷⁸. A nuestro entender, deberían arbitrarse mecanismos que permitiesen dicha evaluación.

Finalmente, no hay duda que debe fomentarse la creación de los equipos multidisciplinares previstos en la normativa vigente, en tanto que su inexistencia ha podido contribuir al incumplimiento, en muchos casos, del objetivo de los CEE de constituirse en una vía de tránsito hacia el empleo ordinario. No resulta admisible que, dado su papel crucial en el marco de los CEE, los equipos citados sigan siendo todavía un objetivo pendiente.

⁷⁷⁷ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., págs. 65-66.

⁷⁷⁸ COMISIÓN CONSULTIVA NACIONAL DE CONVENIOS COLECTIVOS, “Negociación colectiva..”, op.cit., pág. 58.

CAPÍTULO IX. COMPETENCIAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN A LAS PERSONAS DEPENDIENTES

J.C. Álvarez Cortés

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Sumario

- 1. Introducción. Sobre la protección social y su nueva rama: la dependencia.**
- 2. Las competencias de las Comunidades Autónomas en materias de protección social y en especial de la dependencia.**
 - 2.1 Sobre el origen de la protección de la dependencia y de otros elementos a tener en cuenta en la interpretación de las competencias en la materia.**
 - 2.2 Sobre la titularidad de la competencia en la materia.**
 - 2.3 La protección a la dependencia: Servicios Sociales regulados por norma estatal.**
- 3. El desarrollo de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de autonomía y atención de las personas dependientes por parte de la Ley 39/2006.**
 - 3.1 Las competencias del Consejo Territorial como cauce de cooperación del SAAD.**
 - 3.2 Las competencias de la Administración General del Estado.**
 - 3.3 Las competencias de las Comunidades Autónomas.**
 - 3.4 Los convenios de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas ¿competencias negociadas?**

1. Introducción. Sobre la protección social y su nueva rama: la dependencia.

La protección de las personas mayores y discapacitadas era una de las cuestiones previstas de forma específica en la CE de 1978, aunque, como con otros derechos de carácter social, se recogían en sus “principios rectores” de la política social y económica, con el limitado alcance en sus efectos que para los mismos establece el art. 53.3 de la misma norma. Hasta ese momento, las herramientas fundamentales de nuestro Estado de Bienestar se concretaban en la protección dada por el sistema sanitario y por las prestaciones del sistema de Seguridad Social; situaciones que, junto a una muy poco desarrollada asistencia social y servicios sociales, se encontraban dentro del sistema de Seguridad Social (obsérvese el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, vigente en dicho momento).

Pero es a partir de la Constitución, y de otras influencias de normas internacionales y más tarde comunitarias, cuando empieza a desarmarse ese conjunto de medidas protectoras que inicialmente se incluían en nuestro ordenamiento en el campo para tomar consideración propia cada una de ellas independientemente del sistema de Seguridad Social. Por ello, a mediados de los ochenta, el Prof. ALARCÓN CARACUEL mantuvo una postura integracionista de distintas medidas de protección en el ámbito de la Seguridad Social sobre todo respecto de los servicios sociales y de la asistencia social, con aquél concepto omnicomprendivo de Seguridad Social pretendía oponerse a un “peligro” de “desmantelamiento” del sistema de Seguridad Social, entendida ésta como una realidad que ha cristalizado en una institución de perfiles perfectamente reconocibles y dotada de garantía jurídica a nivel constitucional⁷⁷⁹.

⁷⁷⁹ En “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”, en AAVV, *IV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejería de Trabajo y Seguridad Social de la Junta de Andalucía, 1986. No fue el único. Especialistas en Servicios Sociales, aunque basándose en otros motivos, como la necesidad de crear una instancia unitaria que ordene y coordine actuaciones y criterios, abogaron por la inclusión de los Servicios Sociales

Como dijera en un momento posterior⁷⁸⁰, la idea puede resumirse en un principio general de solidaridad integral, “se trata de que ‘todos’ -representados por los poderes públicos- estamos comprometidos a proteger ‘a todos frente a todo’, mediante la puesta en marcha de un “sistema integrado de protección social” que es como, precisamente, desde hace tiempo ALONSO OLEA y TORTUERO PLAZA identificaron a la Seguridad Social⁷⁸¹.

Recientemente, se viene utilizando la expresión “protección social”⁷⁸² que parece globalizar y comprender a todas las medidas de protección de los riesgos sociales⁷⁸³ de los ciudadanos que necesitan algún tipo de cobertura por el Estado para sobrellevar los distintos problemas que padecen. Y es que la noción de Protección Social es bastante antigua, incluso más antigua que la de Seguridad Social ya que ésta es un medio de protección más (y no fue precisamente la primera). Lo novedoso es que “en relación a la misma parece estar produciéndose un nuevo hallazgo, ante el fenómeno de disgregación que viene aquejando a la Seguridad Social”⁷⁸⁴.

Sobre lo que pueda o deba de entenderse como “protección social”, la cuestión es compleja ya que pueden darse distintos conceptos según estemos en un u otro ordenamiento o incluso en sede de organismos internacionales. Centrándonos en nuestro ordenamiento, fue BORRAJO DACRUZ el que inicialmente mantuvo que el sistema de protección social en España se componía de cuatro medios de protección: la protección de la Seguridad Social, la protección de la asistencia social, la protección de la salud por el correspondiente servicio público y, finalmente, la protección dispensada por los servicios sociales⁷⁸⁵.

Podría definirse este Derecho de la Protección Social como “aquella rama del ordenamiento jurídico integrada por la normativa reguladora de la actividad prestacional de entes públicos y privados en favor de personas afectadas por ciertas contingencias o por ciertas situaciones de necesidad previamente tipificadas y sin que los beneficiarios de esas prestaciones hayan aportado una contrapartida simultánea y equivalente a las mismas”⁷⁸⁶. Y, lógicamente, se denominaría también así la disciplina que estudiara esa

y asistenciales dentro del nivel básico de la Seguridad Social, así CASADO. L. y ZABARTE. ME, en “Reflexiones en torno al diseño de una política de Bienestar Social” en AAVV, *Los Servicios Asistenciales y Sociales en el Estado de las Autonomías*. Marsiega Madrid, 1983, pág. 67.

⁷⁸⁰ “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en AAVV, (Coord., López López) *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons- ACI, Madrid, 1996, pág. 15.

⁷⁸¹ En sus *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, 14º Ed., Madrid, 1995.

⁷⁸² Que, en definitiva, viene a ser una parcela más del amplio campo de la política social la cual tiende a la realización integral de la Justicia Social...@, como indicó SÁNCHEZ MONÍS, F., en “Ensayo sobre el concepto de Seguridad Social”, RPS n1 46, 1960, pág. 102.

⁷⁸³ Un estudio extenso y acertado sobre esta cuestión puede verse en HURTADO GONZÁLEZ, L., en “Seguridad Social versus Protección Social”, *Actualidad Laboral* n1 13, 1995, págs. 201 y sigs.

⁷⁸⁴ MÁRQUEZ PRIETO, A., en *Seguridad Social y protección social: un enfoque conceptual*, UMA, 2002. En cualquier caso, debe de prevenirse del riesgo que el exagerado empleo de tan difuso concepto (el de Protección Social) puede conllevar en línea desintegradora de la histórica Seguridad Social. Como ciertamente indica GETE CASTRILLO, P. en *El nuevo Derecho común de las pensiones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 1997, pág. 60.

⁷⁸⁵ Como indicara en “La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional”, DL n1 30, 1990, pág. 19.

⁷⁸⁶ Así, ALARCÓN CARACUEL, en “Hacia el Derecho de la Protección Social”, en AAVV, (Coord., López López) *Seguridad Social y protección social: temas de actualidad*, Marcial Pons- ACI, Madrid, 1996, págs. 32 y 33.

normativa y fuera construyendo sus conceptos y sus principios básicos; una disciplina que sería heredera natural del Derecho de la Seguridad Social, pero que incluiría nuevos contenidos⁷⁸⁷. Más sencillo lo hace DE LA VILLA GIL que indica que el sistema de Protección social se constituye por tres grandes pilares: el subsistema de Seguridad Social, el subsistema sanitario y el subsistema asistencial⁷⁸⁸.

El envejecimiento de la población en los países desarrollados ha supuesto que desde hace unas décadas, la OIT y la OMS, a nivel mundial, y otros organismos internacionales, a nivel regional, como el Consejo de Europa⁷⁸⁹ hayan empezado a prestar una especial atención a los mayores y discapacitados. Y, como no, la Unión Europea, que, a través de su Comisión [COM (2002) 143 final]⁷⁹⁰ reconoció que el envejecimiento de la población requiere que las políticas públicas tuvieran en cuenta todos los factores que incidieran en la calidad de vida, para lo que “las políticas nacionales deberían sentar las bases para garantizar buenas condiciones de salud y bienestar en contexto de longevidad cada vez mayor”, teniendo en cuenta que en esa calidad de vida es necesario prever estructuras formales de cuidados ya que las familias (especialmente por la incorporación de la mujer al mercado de trabajo) son cada vez menos capaces de asumir todas las responsabilidades en materia de cuidados y de prestar por sí solas el apoyo que requieren sus miembros más vulnerables: los dependientes.

En el ámbito comunitario⁷⁹¹, la idea de protección de los mayores y discapacitados se enmarca en el cauce de la lucha contra la discriminación por tales motivos, siendo el art. 13 del Tratado de Ámsterdam de 1997 el punto de partida. Más tarde, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000⁷⁹² reconoce en diferentes preceptos la necesidad de evitar discriminaciones a los mayores y discapacitados, y, en particular, se reconoce el derecho de las personas mayores a llevar una vida “libre e independiente” y a participar en la vida social y cultural (art. 25), la

⁷⁸⁷ Siguiendo a HURTADO GONZÁLEZ, L., op. cit., pág. 213-214, sin ánimo de exhaustividad podrían incluirse:

- Las becas y otras prestaciones públicas educativas.
- La ‘nueva’ asistencia social dispensada por las Comunidades Autónomas (salarios sociales, etc).
- Toda la gama de prestaciones de las distintas Administraciones Públicas dirigidas a los colectivos con especiales dificultades y necesidades (menores abandonados, mujeres maltratadas, marginados, etc) acogidas muchas veces bajo el concepto de servicios sociales.
- La vivienda, en el sentido de la acción protectora dirigidas a grupos que por sus condicionantes socioeconómicos se ven incapacitados para satisfacer su demanda mediante los mecanismos del mercado.
- Las prestaciones públicas específicas en favor de las víctimas de acontecimientos políticos y calamidades naturales.
- E, incluso, los servicios de los profesionales del Derecho en los supuestos de justicia gratuita.

⁷⁸⁸ En “Reforma de la Seguridad Social y Estado de Bienestar en España”, en AAVV, *Reforma laboral, tutela judicial y derechos fundamentales. Estudios en homenaje a J.A. Linares Lorente*, CGPJ, Zaragoza, 1997, págs. 361 y 362.

⁷⁸⁹ Recomendación (98) 9, sobre dependencia, mejorada por el Informe de Expertos de enero de 2003 del Consejo de Europa.

⁷⁹⁰ De 18 de marzo.

⁷⁹¹ En extenso, sobre este tema, véase, CABRA DE LUNA, M.A., en “Discapacidad y aspectos sociales: la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal como ejes de una nueva política a favor de las personas con discapacidad y sus familias. Algunas consideraciones en materia de protección social”, RMTAS, nº 50, 2005.

⁷⁹² Que, como se recuerda, en la actualidad constituye la II Parte del Tratado por el se instituye una Constitución Europea (2003).

necesidad de integrar a las personas con discapacidad habiéndose de reconocer y respetar el derecho de tales personas a beneficiarse de medidas que garanticen “su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad” (art. 26) Y, finalmente, se reconoce el derecho al acceso a las prestaciones de la Seguridad Social y a los servicios sociales que garanticen la protección a la situación, entre otras, de dependencia⁷⁹³.

En ese marco internacional, y en un desarrollo variopinto, desconexo y no demasiado generoso, de la protección de las personas dependientes por parte de las distintas Comunidades Autónomas con competencias en materia de asistencia social y servicios sociales, se promueve la Ley que pretende proteger y atender a las personas dependientes. Teniendo por objeto, como se conoce, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de la ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia.

Evidentemente, la situación de dependencia no es algo nuevo: lo novedoso es la dimensión del riesgo, que se magnifica a causa de una mayor esperanza de vida. Ahora su protección requiere un espacio diferenciado ya que es un riesgo que tradicionalmente ha sido objeto de un tratamiento disperso o inadecuado por la práctica totalidad de los sistemas de Seguridad Social⁷⁹⁴.

2. Las competencias de las Comunidades Autónomas en materias de protección social y en especial de la dependencia.

2.1 Sobre el origen de la protección de la dependencia y de otros elementos a tener en cuenta en la interpretación de las competencias en la materia.

Si bien es cierto que la Seguridad Social ha cumplido una importante función en la protección de los minusválidos y de la tercera edad, se ha observado cómo no sólo el art. 41 referido al mantenimiento de un sistema público de Seguridad Social atiende a esta cuestión sino que también los arts. 49 y 50 hacen referencia a la necesidad de protección de estas situaciones, segregación de materias que parece deberse a que la atención a las mismas requiere una actuación conjunta de los poderes públicos donde la protección otorgada por la Seguridad Social puede completarse con otro orden de actuaciones de otras entidades estatales⁷⁹⁵. Dicho de otro modo, los preceptos que se

⁷⁹³ La protección de la asistencia y protección a las personas mayores se examinan en los Consejos Europeos de Lisboa de 2000 y de Goteburgo de 200 a resultados de los cuales nos encontramos un par de comunicaciones de la Comisión Europea sobre “El futuro de la asistencia sanitaria y la protección a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera” [COM (2001) 723 final, de 5 de diciembre] y la Comunicación de la Comisión sobre “Modernizar la Protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del ‘Método abierto de coordinación’” [COM (2004) 304, final de 20 de abril] e incluso alguna Conferencia Europea sobre los cuidados de larga duración para las personas mayores de mayo de 2005 (sobre la misma, véase BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, G., en “Crónica de la conferencia europea sobre los cuidados de larga duración para las personas mayores”, Relaciones Laborales nº 17, 2005.

⁷⁹⁴ Como indica MALDONADO MOLINA, J.A., en *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 14.

⁷⁹⁵ Así lo señala, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. en “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, RSS n1 34, 1987, pág.56; en sentido parecido vid BORRAJO DACRUZ, E.: “La Seguridad Social en la Constitución Española: Desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional”, DL n1 30, 1990, pág. 14. Por otro lado, SUÁREZ GONZÁLEZ señalaba que el

refieren a cuestiones que se incluyen en el sistema de protección de la Seguridad Social lo que hacen es generalizar la cuestión, esto es, podría representarse gráficamente como “círculos secantes”: en parte tienen un territorio coincidente con el sistema de Seguridad Social y en parte no⁷⁹⁶.

Pues bien, en el ámbito de la “protección social”, lugar común donde se encuentran varios mecanismos de cobertura de los riesgos sociales viene a incluirse la protección a las personas dependientes. En este ámbito se produce en nuestro ordenamiento algo singular: dependiendo de la rama de protección social con la que nos encontremos las competencias pueden pertenecer a la Administración General del Estado o a las Comunidades Autónomas. Lo que significa que hasta la promulgación de la Ley 39/2006, la protección de la dependencia en España ha combinado medidas del sistema público de pensiones con otras ofrecidas por los Servicios Sociales. Débil protección, por cierto. Ya que la parte más importante ha recaído en los servicios sociales a los que, por su carácter asistencial, se accede en función del nivel económico y situación familiar del solicitante, pero sin que hubiera un derecho subjetivo a los mismos ya que los servicios estaban enmarcados en las limitaciones establecidas por las disponibilidades presupuestarias⁷⁹⁷.

Asimismo, aunque la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas han adoptado una serie de medidas de orden normativo o administrativo en el respectivo ámbito de sus competencias, no existía un marco común generándose una cierta desigualdad territorial que resta efectividad a las distintas políticas.

Dejando a un lado la protección de las situaciones de gran invalidez de los trabajadores⁷⁹⁸, la “universalización” de la protección de esta situación tiene su antecedente en el desarrollo de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos, realizado por el RD 383/1984, de 1 de febrero, donde se concede un “subsidio por ayuda de tercera persona” destinado a los discapacitados que, a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales graves, necesiten a juicio del equipo de valoración la asistencia de otra persona para realizar para realizar los actos esenciales de la vida. Algunos años más tarde, con la Ley 26/1990 de prestaciones no

hecho de que se separaran de la Seguridad Social otros derechos que se encuentran dentro de la misma se debe a Adefectos técnicos de nuestra Constitución@, en ALa Seguridad Social y la Constitución Española de 1978@, PEE n1 12/13, 1982. También se ha dicho que el tratamiento de determinadas materias de forma separada, como pueden ser la protección de la salud o la asistencia social -e, incluso, el desempleo-, incluidas desde sus inicios en la regulación propia de la Seguridad Social, obedece a la tendencia a la autonomía de determinadas parcelas de la protección social. Pero mantener un criterio segregacionista sería incongruente con lo establecido en el Convenio 102 OIT y con otras normas internacionales suscritas por nuestro país que definen el campo de aplicación objetivo del sistema de Seguridad Social.

⁷⁹⁶ Como recuerda, ALARCÓN CARACUEL, M.R., en *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Elcano, 1999, pág. 50.

⁷⁹⁷ “El hecho de que no se reconozca como un derecho subjetivo, universal y garantizado la protección social de la dependencia está en la base del déficit de recursos y de la diversidad normativa (entre comunidades autónomas y administraciones locales) y es causa de desprotección, discrecionalidad en el acceso y desigualdad”, como indica ANDRES-PIZARRO, J. de, en “Desigualdades en los servicios de protección de la dependencia para personas mayores”. *Gaceta Sanitaria*, mayo 2004, vol.18 supl.1, p.126-131. ISSN 0213-9111.

⁷⁹⁸ El art. 137.6 de la LGSS indica que se entenderá por gran invalidez “la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos”; situación que viene siendo protegida desde los inicios del sistema en los años 60.

contributivas, se incluyó en el sistema de la Seguridad Social la protección de los discapacitados, menores de 65 años y que carecieran de recursos económicos suficientes que, con una minusvalía de al menos el 75%, requirieran del concurso de otra persona para realizar los actos esenciales de la vida⁷⁹⁹.

Ha tenido que pasar mucho más de una década para que el Estado se decidiera a intervenir nuevamente en la materia y más que por voluntad propia, por los impulsos internacionales, y especialmente comunitarios, que exigían la puesta en práctica de Directivas comunitarias ya que se agotaba el plazo para la transposición⁸⁰⁰. Me refiero a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad⁸⁰¹.

Es importante que nos acerquemos a dicha norma, porque nos puede ayudar a comprender el diseño de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia y, quizás, arrojar luz sobre el porqué del título competencial elegido para la regulación de esta materia.

Pues bien, el objeto de dicha norma era el establecimiento de medidas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, considerando como tales a las que se les hubiese reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%.

Ni que decir tiene que es una ley que afectaba de lleno a los discapacitados dependientes. Se trataba de una norma ambiciosa en la medida en que pretendía cambiar toda una forma de actuar, y arraigada en la sociedad, al introducir principios que colocaran a los discapacitados en igualdad de condiciones con las personas sanas y en la necesidad de que se establecieran medidas que les permitieran ejercer el poder de decisión sobre su propia existencia y participar activamente en la sociedad, llevar una vida normal pudiendo acceder a los distintos lugares y entornos o a cualquier tipo de bien social de la forma más autónoma posible⁸⁰².

Por ello, se entiende por dicha norma que existe vulneración del derecho a la igualdad de oportunidades del discapacitado cuando se incumplan las exigencias de accesibilidad (en entornos, productos o servicios) o de falta de ajuste razonable (medidas de adecuación del ambiente físico, social o actitudinal) a las necesidades específicas de las personas con discapacidad⁸⁰³.

⁷⁹⁹ También como prestación familiar por hijos a cargo minusválidos, mayores de 18 años, pero con la diferencia de que en este caso no se exige la carencia de recursos económicos para el acceso a tales prestaciones.

⁸⁰⁰ La STJCE de 9 de julio de 1998 recuerda que la incorporación en plazo de las Directivas es obligatoria y el Estado no puede alegar disposiciones o circunstancias de su propio derecho interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos de una Directiva.

⁸⁰¹ Ya desde octubre de 2003, el Pacto de Toledo Renovado recogía en su Recomendación Adicional 3ª la necesidad de configurar un sistema integrado que abordara globalmente el “fenómeno de la dependencia y la Comisión considera necesaria una pronta regulación en la que se recoja la definición de la dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección”.

⁸⁰² A los que llama principios de vida independiente, normalización y accesibilidad universal, en su art. 2.

⁸⁰³ Sin que ello suponga una carga desproporcionada, y sirvan para facilitar la accesibilidad o participación de una persona con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos.

Previéndose ya, desde aquél momento, medidas de acción positiva “suplementaria” para los discapacitados que objetivamente sufrieran un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades como son, entre otras, las personas con discapacidad severamente afectadas, las que no pueden representarse a sí mismas o las que padecen una más acusada exclusión social por razón de su discapacidad. Sin duda, los sujetos que pueden encuadrarse en tales situaciones sufrirían algún tipo de dependencia.

Parece que la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia viene a incardinarse en esta serie de medidas. Ya que la propia Ley 51/2003 establecía como medidas de acción positiva los “apoyos complementarios”⁸⁰⁴ (sistematizados y desarrollados por la Ley 39/2006) y normas, criterios y prácticas más favorables “que tendrán naturaleza de mínimos, sin perjuicio de las medidas que puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias” (art. 9.1 in fine de la Ley 51/2003)⁸⁰⁵.

2.2 Sobre la titularidad de la competencia en la materia.

Nuestro Estado, social y democrático de Derecho, se articula como un Estado que garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que lo integran. Representan, pues, las Comunidades Autónomas una forma de organización territorial que tienen potestades para gestionar sus propios intereses, no pudiendo, en ningún caso, las diferencias existentes entre los Estatutos de autonomía crear privilegios económicos y sociales.

Los Estatutos, como norma institucional básica de las Comunidades Autónomas, son los que rigen la organización del autogobierno de la Comunidad y las competencias sobre las materias, dentro del marco previsto en los artículos 148 y 149 de la Constitución, teniendo en cuenta que si no se han asumido competencias sobre las materias atribuidas inicialmente a las Comunidades Autónomas, corresponderán al Estado.

Desde luego, se trata de un sistema complejo de atribución de competencias o distribución de poderes de regulación en distintas parcelas de la realidad social, que pueden ser exclusivas o compartidas, e incluso cedidas o transferidas por parte del Estado en materia de su propia titularidad.

Por lo que se refiere a la legislación referida a la protección social, ha de verse que la misma está dispersa en varios preceptos, puede decirse que hay una doble consideración⁸⁰⁶: respecto de la Seguridad Social, en donde residen algunas de las prestaciones que inicialmente se han otorgado para la cobertura de las situaciones de dependencia, vg gran invalidez, en base al apartado 17 del art. 149.1 de la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Estado la legislación básica y el régimen económico.

⁸⁰⁴ Que podrán ser “ayudas económicas, ayudas técnicas, asistencia personal, servicios especializados y ayudas y servicios especiales para la comunicación”.

⁸⁰⁵ Norma cuyo fundamento constitucional (DF 14ª) es el art. 149.1.1 CE, idéntico al adoptado por la Ley 39/2006.

⁸⁰⁶ Sobre el tema, pueden verse ÁLVAREZ CORTÉS, J.C.: “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social”, Temas Laborales nº 51, 1999 y “Nuevamente sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección social. Algunas reflexiones respecto de la STC 239/2002, de 11 de diciembre”, Temas Laborales nº 71, 2003

La determinación de lo que sea legislación básica y régimen económico ha sido resuelta, contundentemente, por el propio Tribunal Constitucional haciendo una interpretación extensiva de lo que sean ambas, dejando un estrecho, casi nulo, margen de actuación al legislativo autónomo⁸⁰⁷.

En cambio, respecto de otras ramas de la protección social, como son la asistencia social y la salud, sí se ha establecido en la Constitución como posible titular de tales competencias, al no ser exclusivas del Estado, a las Comunidades Autónomas, ex artículo 148.1 20 y 21. Por ello, las Administraciones Autónomas han sido capaces de adquirir un protagonismo en la gestión del sistema de protección social que ha llegado muchos más lejos de lo que era previsible en el momento constituyente. En parte, gracias a los instrumentos de asunción de competencias previstos en la propia Constitución, que han sido extensamente utilizados por los Gobiernos de las Comunidades Autónomas; y, en parte, también, por la creación por las Comunidades Autónomas de nuevos instrumentos de intervención pública en el marco de la protección social, en ejercicio de sus competencias originarias o transferidas⁸⁰⁸.

Por último, y antes de centrarnos en el marco de competencias específicas, habría de recordarse que en la protección de la dependencia la delimitación competencial tiene un “plus de complejidad” debido, sin duda al carácter “polimórfico” de las situaciones de necesidad a las que atiende ya que la protección de la dependencia viene a ser una materia sobre la que el Estado y las Comunidades Autónomas acumulan diversos títulos, a veces coincidentes, y sin que haya simultáneamente un instrumento de cooperación, colaboración e incluso de coordinación legislativa entre ellos⁸⁰⁹.

A) Las situaciones de protección a las personas dependiente ¿Seguridad Social o Asistencia Social?

La situación de dependencia o, mejor dicho, la pluralidad de técnicas y medios que se prevén o necesitan para proteger a los dependientes no puede concebirse como una materia exclusivamente de Seguridad Social o de Asistencia social o Servicios Sociales, ya que permite ser cubierta por ambos sistemas de protección.

Sistemas que, por otro lado, de un lado la dispar titularidad de competencias en la regulación, como acaba de verse, y, de otro, el tratarse de conceptos o instituciones de contenidos variables. Junto a ello, ha de recordarse que en el momento actual, el sistema de Asistencia Social y Servicios Sociales tiene un papel secundario o complementario del sistema de Seguridad Social⁸¹⁰, ya que, tras la adopción de la Constitución, la

⁸⁰⁷ Véanse, por todas, las SSTC 138/1983, 24/1989 y 195/1996.

⁸⁰⁸ Estos instrumentos de intervención creados por las Comunidades Autónomas, que han sido calificados de indirectos, incluyen medidas tales como: pactos territoriales de empleo; programas autonómicos de empleo; concertación social en el ámbito de la comunidad; programas de rentas o salarios de inserción; complementos autonómicos de pensiones; sistema de solución extrajudicial de conflictos; organismos de control e intervención en las relaciones laborales, etc.

⁸⁰⁹ En este sentido, BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, G., en “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”, RMTAS nº 60, págs. 18-19.

⁸¹⁰ Como dice RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El papel propio de la Asistencia Social no es el de suplementar las posibles ‘insuficiencias’ cuantitativas de las prestaciones actuales de la Seguridad Social sino complementar, con base en la solidaridad y como condición de la ciudadanía social, las insuficiencias del sistema social otorgando prestaciones que ésta no cubre”, en “Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías”, RL, t. I, 2003, pág.116.

principal técnica de protección social ha sido y sigue siendo la Seguridad Social. Consecuencia de ello, es que la evolución y mejora de la protección social en gran medida se ha mantenido en el ámbito de la titularidad Estatal⁸¹¹ y ello independientemente de que, desde hace algún tiempo, y ahora a través del cauce de las reformas estatutarias que se llevan a cabo, las Comunidades Autónomas reclaman un papel más activo y de mayor protagonismo en el ámbito de la protección social.

Así pues, determinar que las prestaciones del sistema de dependencia se incluyen en la Seguridad Social o en los Servicios Sociales no es algo baladí desde el punto de vista competencial. Y la cuestión no está muy clara ya que se trata de prestaciones, económicas y en especie, configuradas como verdaderos derechos subjetivos que aunque tienen en cuenta el nivel de pobreza, también diseña un régimen aportativo.

Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, mientras la Seguridad Social se ha limitado al campo profesional y ha aplicado los originarios principios “asegurativos” en los sistemas contributivos, sus límites con la asistencia social pública han sido fáciles de trazar⁸¹², pero desde que la Seguridad Social ha ido expandiendo sus fronteras y ha asumido fórmulas no contributivas y asistenciales de protección (esto es, en atención a las necesidades de los sujetos), tareas que venía asumiendo la asistencia social, se complica la delimitación de ambas instituciones.

El problema radica, a mi juicio, en que para la cobertura de riesgos sociales se han utilizado dos mecanismos del sistema de protección social que, a su vez, tiene distintas Administraciones competentes. Y la mayoría de los asuntos que el TC ha dirimido responden a situaciones concretas o particulares, y en momentos históricos distintos, lo que ha dado lugar a una situación de casos en los que no puede decirse que haya rotundidad en los planteamientos que pueden servir de delimitación entre ambas instituciones.

Lo cierto es que no hay una definición constitucional de lo que sea Seguridad Social. Es un concepto que ha de extraerse de la normativa interna e internacional existente; no obstante, pese al carácter “permisivo” de la CE, la construcción futura del sistema de Seguridad Social debe de ajustarse, como parece que así lo ha estado haciendo al menos en algunas cuestiones, a las prescripciones del art. 41 de la misma: carácter público, universalidad subjetiva; generalidad objetiva y suficiencia de prestaciones⁸¹³. En definitiva, la Seguridad Social es una institución jurídico pública que garantiza a las personas comprendidas en el campo de aplicación de ésta, por cumplir los requisitos exigidos en las modalidades contributiva o no contributiva, así como a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo, la protección adecuada frente a las contingencias y en las situaciones que se contemplan en su catálogo de

⁸¹¹ O como indica SUÁREZ CORUJO, B., en la medida en que el principal componente de la protección social en España ha sido la Seguridad Social, puede afirmarse que “el impulso experimentado por la política social en las tres últimas décadas se produce de espaldas a la evolución de la organización territorial”, en “Dependencia y Estado Autonómico: el encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, RL nº 14, 2006, pág. 54.

⁸¹² En “Pensiones no contributivas de Seguridad Social y Asistencia Social”, RL, t. II, 1988, pág. 11 y sig.

⁸¹³ Así también lo recuerdan ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, en su *Compendio de Seguridad Social*, 4ª Ed., Tecnos, Madrid, 1991, pág. 43 y sig.

prestaciones, entre las que por cierto no se ha incluido la dependencia (aunque sí existen prestaciones específicas para dependientes).

A pesar de ello, el art. 41 CE, que establece el deber de los poderes públicos de mantener una determinada estructura protectora de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad y marca las líneas que han de orientar el desarrollo evolutivo de aquélla, “no es un precepto apto para atribuir o distribuir competencias” (STC 206/97, de 27-11, fj 5º).

A pesar de que el art. 149.1.17 permite la regulación o desarrollo y ejecución de la legislación básica de la Seguridad Social, el Tribunal Constitucional y aunque en su sentencia 1/82, y en aplicación del llamado principio de unidad del ordenamiento, indicó que había de conseguirse una “regulación sustantiva uniforme en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo a partir del cual cada Comunidad Autónoma, en aras de su propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan” dentro de su marco de competencias, matizó esta afirmación, en la sentencia 27/83, indicando que el Estado podía asumir competencias en el plano de ejecución cuando ello fuese necesario para evitar discriminaciones entre unas Comunidades Autónomas y otras o, en términos más precisos, para asegurar el principio de igualdad, básico en materia de Seguridad Social⁸¹⁴. O dicho de otro modo, la reserva estatal se basa en la necesidad de asegurar los principios de unidad del ordenamiento de esta materia y con éste el de igualdad de tratamiento⁸¹⁵. Junto a ello, el régimen económico y financiero de las prestaciones de Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado, de conformidad con el art. 149.1.17 CE. Se trata de una cuestión en la que el Estado se ha atribuido competencia plena⁸¹⁶; el Tribunal Constitucional para mantener el principio de solidaridad económica y asegurar a los beneficiarios prestaciones, en sentencia de 7 de julio de 1989, se pronunció en el sentido de que en materia de régimen económico de la Seguridad Social, el Estado ha de retener no sólo potestades normativas, sino todas aquéllas que traten de garantizar la unidad del sistema de Seguridad Social y no sólo la unidad de su regulación jurídica, sino también la titularidad estatal de todos los fondos de la Seguridad Social.

Para terminar de complicar la cuestión, de forma adicional ha de decirse que, a pesar de que el art. 148.1.20 de la CE establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir las competencias en materia de Asistencia social, el art. 38 de la LGSS incluye dentro de la Seguridad Social, como rama de la acción protectora, a la asistencia social. Si ello es así, cualquier medida de asistencia social adoptada por el Gobierno en el marco de la Seguridad Social podría transgredir las competencias de las Comunidades Autónomas que tuvieran competencias en esta materia. Pero es que, tampoco la CE ofrece un concepto de lo que haya de entenderse como Asistencia Social. Junto a ello se une el hecho de que la Asistencia social es una institución más antigua que la Seguridad Social en la que, para atender las situaciones de necesidad más apremiantes,

⁸¹⁴ Como recuerda PALOMAR OLMEDA, A., en *Derecho Público de la Seguridad Social*, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 97.

⁸¹⁵ Así lo dice, LÓPEZ LÓPEZ, J., en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, Marcial Pons, Madrid 1993, pág. 186. La cuestión se complica si se estima que dentro del concepto de legislación básica se encuentra la “cuantía de la prestación”, como indicó RODRÍGUEZ-PIÑERO en “Seguridad Social y Autonomías”, Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo, 1984, pág. 21.

⁸¹⁶ Como lo indicó en su momento la doctrina, por todos, MUÑOZ MACHADO, S., en su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, tomo I, Madrid, 1982, pág. 566.

participaban distintas administraciones del Estado⁸¹⁷ e incluso con la colaboración de instituciones privadas (beneficencia privada).

Tendremos que acudir a los escasos supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha examinado esta materia, para conocer si este complemento extraordinario es o no asistencia social, “criterios por cierto vacilantes e imprecisos, que más parecen estar vinculados a los supuestos de hecho juzgados que a una doctrina general sobre la materia”⁸¹⁸. Así, nuestro Tribunal Constitucional señala que la noción de Asistencia social ha de recogerse a conceptos elaborados en el plano de la legislación general y del derecho internacional.

En el Estado actual de las cosas pueden entenderse hasta dos concepciones distintas de lo que sea asistencia social. Y es que en nuestro sistema de protección social pueden darse dos tipos de asistencia social: la “interna” al sistema de Seguridad Social y la “externa” al sistema⁸¹⁹. Esta complicada distinción entre asistencia social “interna” y “externa” al sistema se utilizó por el Tribunal Constitucional para poder justificar que el Estado pudiera tener competencias en materia de asistencia social, cuando eran exclusivas de las Comunidades Autónomas⁸²⁰.

La llamada “asistencia social interna” viene regulada en los artículo 53 y siguientes de la LGSS en la que es la Seguridad Social la que, con cargo a sus fondos - limitados para cada ejercicio económico-, dispensa a las personas incluidas en su campo de aplicación mediante servicios y auxilios económicos precisos en situación de necesidad y previa carencia de rentas. Se trata de un concepto está de acuerdo con la regulación internacional⁸²¹. Es en este concepto “interno” donde debe predicarse la idea de fronteras móviles o elásticas entre la Seguridad Social y la asistencia social⁸²². O dicho de otro modo, la relación de Seguridad Social y asistencia social (interna) es a modo de vasos comunicantes, a medida en que se ensancha la capacidad de cobertura de uno, se disminuye la del otro y, al menos la tendencia de algunos años hacia acá es la de ampliar la cobertura de los sistemas de Seguridad Social, por lo que, consecuentemente, la asistencia social ve disminuido su campo de acción. Decimos que esta teoría es aplicable exclusivamente respecto de las prestaciones de asistencia social “internas” al

⁸¹⁷ Como indica BORRAJO DACRUZ, E., “Responde a la idea clásica de que la asistencia social en régimen público (pues de esta función se trata), en especial en favor de indigentes, es función típica de las entidades locales (Ayuntamientos, Diputación provincial; y ahora, de la Comunidad).”, en “Comunidades Autónomas y Seguridad Social”, PEE nº 12/13, 1982, pág. 193.

⁸¹⁸ Como señalan ALONSO SECO, J.M y GONZALO GONZÁLEZ, B., en *La asistencia social y los servicios sociales en España*, BOE, Madrid, 1997, pág. 84.

⁸¹⁹ Sobre el tema véase ALARCÓN CARACUEL, M.R., en “La integración de los Servicios Sociales y la Asistencia Social en la Seguridad Social”, en *Temas Laborales* nº 7, 1986, pág. 20.

⁸²⁰ Como dice el Tribunal Constitucional en la ST 146/86, fj 5º, “en una materia tan compleja, como la acción y la protección social, tan central además en un Estado social [...] las competencias exclusivas no pueden entenderse en un sentido estricto de exclusión de actuación en el campo social, [...] ni de otros entes públicos, ni por parte de entidades privadas [...]”. Y más adelante, en ese mismo fj, continúa diciendo: “No obstante, el Estado, en la medida en que existan problemas sociales peculiares que requieran y exijan un planteamiento global, puede intervenir al respecto, [...] una vez detectado un particular problema social que requiera intervenciones de asistencia social a nivel supraautonómico podría intervenir, pero debería tratar de respetar para ello, en lo posible las competencias de las Comunidades afectadas [...]”.

⁸²¹ Como la Carta Social Europea o el Convenio Europeo de Asistencia Social y Médica de 1953 (art. 2 a)

i).

⁸²² Como dirían RODRÍGUEZ- PIÑERO, en “La dimensión constitucional de las pensiones de Seguridad Social no contributivas”, RSS nº 34, 1987, pág. 66 ó LÓPEZ LÓPEZ, J., en *Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social*, cit., pág. 195.

sistema ya que a través de la misma el Estado (ampliando el campo de aplicación del sistema) podría dejar sin competencias a las Comunidades Autónomas.

Junto a ello, es el momento de recordar que hay una elaboración conceptual propia y muy restrictiva, realizada por la jurisprudencia del TJCE, de lo que sea “asistencia social”⁸²³. Como es conocido, las prestaciones de asistencia social se encuentran excluidas de la aplicación de los Reglamentos de derecho coordinador comunitario. La idea presente en todos los pronunciamientos del TJCE ha sido la de procurar la igualdad de trato en materia de protección social de los trabajadores migrantes comunitarios y por ello se ha adoptado una interpretación del concepto de Seguridad Social con una fuerte “vis atractiva” de su campo objetivo⁸²⁴.

De otro lado, la asistencia social “externa” al sistema puede ser de dos tipos: una asistencia social atribuida a las Comunidades Autónomas, de conformidad con las competencias recogidas en su propio Estatuto de Autonomía y en las Leyes de desarrollo de los mismos y dentro de la que se encuentra, al mismo tiempo, la asistencia otorgada por otras entidades como los Ayuntamientos, las Diputaciones o los Cabildos (que se encuentran en su marco geográfico) y otra asistencia social privada⁸²⁵. Centrándonos en la asistencia social atribuida a las Comunidades Autónomas, el concepto de la misma sólo puede venir dado por su propia norma reguladora (respetando claro está, los compromisos internacionales adquiridos por el Estado español).

El Tribunal Constitucional, en el fj 6º de la sentencia 76/86, de 9 de junio, hizo una aproximación de lo que se entendía como Asistencia Social (en un momento en el que aún no se había desarrollado el nivel no contributivo del sistema español de Seguridad Social). Característica de este sistema asistencial, dijo, es “su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios” (cosa que en la actualidad no sirve para distinguirlas de las

⁸²³ Por todos, véase, PÉREZ DEL RIO, T., en “El concepto de prestaciones de ‘asistencia social’ establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española”, en *Temas Laborales* nº 7, 1986, págs. 77 y sig.

⁸²⁴ Las prestaciones no contributivas, basadas en la solidaridad nacional, tradicionalmente han sido excluidas de los tratados internacionales de derecho coordinador. A medida que se ha ido generalizando la implantación de niveles no contributivos y universales, basados en la residencia y la carencia de recursos, los sistemas de Seguridad Social han tenido que incluirlos en sus acuerdos internacionales para la protección de los migrantes. El problema es que, en un sistema de protección de los trabajadores migrantes tan complejo como el Comunitario, en el que no ha habido una previa armonización de las prestaciones, algunos Estados han pretendido enmascarar prestaciones no contributivas con asistencia social. Por ello, y para procurar la igualdad de trato, la reacción del TJCE ha supuesto hacer una interpretación “in extenso” de lo que sean prestaciones de Seguridad Social. Es posible que de conformidad con los criterios comunitarios, el complemento extraordinario para pensionistas pueda ser considerado como Seguridad Social a efectos de que sea abonado a ciudadanos comunitarios afincados en Andalucía; pero también es muy probable que, por esa misma concepción de Seguridad Social, las conocidas como rentas de inserción (que son las prestaciones que abanderan los sistemas de asistencia social de las Comunidades Autónomas), y de conformidad con el diseño actual de las mismas, o las de la Ley de Integración Social del Minusválido (que nadie ha puesto en duda su condición de asistencia social) sean consideradas como prestaciones de Seguridad Social a las que tienen derecho los ciudadanos comunitarios y seguro que ello no sería impedimento para seguir entendiéndolas a nivel interno como prestaciones de asistencia social. Probablemente, para evitar esta colisión con la interpretación del TJCE, LÓPEZ LÓPEZ, J., incluye a las rentas de inserción de las Comunidades Autónomas dentro del sistema de Seguridad Social en base a que se trataría de “una competencia exclusiva del nivel no básico del art. 149.1.17 CE”, op. cit., pág. 202. No compartimos esa tesis ya que para instaurar una prestación económica en el sistema de Seguridad Social hace falta una dotación de fondos y ello es competencia exclusiva del Estado.

⁸²⁵ STC 146/86, de 25-11-86, fj 2º.

prestaciones no contributivas). Lo más importante es que, en aquél momento de conformidad con el sistema de protección social existente, la asistencia social competencia de las Comunidades Autónomas “aparece como un mecanismo protector de situaciones de necesidad específicas, sentidas por grupos de población a los que no alcanza aquél sistema y que opera mediante técnicas distintas de las propias de la Seguridad Social” y añadió que “no se trata de ampliar o completar el campo de aplicación de la Seguridad Social; sino de contemplar la situación de un colectivo de personas, cualificados por unas circunstancias concretas, determinadas e irrepetibles”.

La verdad es que la doctrina con la que se quiere dejar sentada la cuestión produce en la actualidad importantes dificultades en la delimitación de las fronteras de las instituciones que se analizan. Sobre todo, de un lado, porque posteriormente el sistema español de Seguridad Social ha pretendido universalizarse con las prestaciones no contributivas, con lo que hoy en día muy difícil encontrar “algún grupo de población que no se encuentre protegido por el sistema”, ni siquiera a las llamadas clases marginales ya que las mismas se encuentran protegidas por el sistema, aunque sea exclusivamente a efectos de asistencia sanitaria. Lo doctrina constitucional podría valer para la asistencia social “interna” pero no para la de las Comunidades Autónomas ya que se volvería a dejar en manos del Estado el delimitar las competencias exclusivas por la vía de hecho.

De otro lado, y aunque la STC dijera que no se trata de “ampliar o completar” el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social, si, según el art. 41 CE, la Seguridad Social establece prestaciones suficientes “ante situaciones de necesidad”, con un campo objetivo tan amplio se impediría de nuevo la actuación de las Comunidades Autónomas en materia de asistencia social ya que cualquier medida que se adoptara, sin duda, afectaría de algún modo a ese campo, ampliándolo o completándolo⁸²⁶. Además, en el momento presente, en el diseño del “Estado de bienestar” en nuestro país confluyen distintas políticas, y la de la protección social se encuentra formada por el sistema de Seguridad Social y por la asistencia social; son sistemas que forzosamente se complementan ya que la función de la asistencia social es completar los huecos dejados por el sistema de protección de la Seguridad Social (y ello es predicable tanto para la asistencia social “interna” como “externa”), bien por falta de cobertura absoluta o bien por infracobertura⁸²⁷. El primero de los casos, esto es, el de falta de cobertura absoluta, es cada vez más difícil de producirse ya que los sistemas de protección de Seguridad Social se asistencializan pretendiendo cubrir a todas las personas que carezcan de rentas. Por ello, la salida posible que le quedaría a la asistencia social sería la protección de situaciones que el sistema de Seguridad Social cubre de forma deficiente, ya sea en atención del colectivo de sujetos incluidos o ya sea a causa de las prestaciones insuficientes para cubrir las necesidades vitales.

En definitiva, el Tribunal Constitucional no ha entrado de forma clara en la definición de los contenidos, sólo se refiere a algunos de sus caracteres. Por ello, el dejar el contenido de la misma a los criterios materiales que puedan deducirse de la legislación vigente “puede conducir a concepciones dispares”, sobre todo, porque el concepto de asistencia social se amplía sobremanera “no quedando reducido únicamente

⁸²⁶ De hecho, la sentencia que se indica admite como prestaciones de asistencia social a pensiones de “jubilación, invalidez y muerte” concedidas por el Gobierno vasco.

⁸²⁷ Sobre la cuestión, pueden verse las interesantes opiniones de BLASCO LAHOZ, JF, en “La ‘protección asistencial’, un concepto inexistente en el ordenamiento jurídico español”, AL nº 36, 1992, págs. 641 y sig.

a la mera cobertura de necesidades básicas de subsistencia, sino además a los conceptos de servicios sociales, bienestar social, desarrollo comunitario y promoción social, términos todos ellos recogidos en los Estatutos de Autonomía”⁸²⁸.

Se ha perdido una importante oportunidad de clarificar la cuestión con la STC 239/2002, referida a los complementos autonómicos de prestaciones no contributivas, válida nuevamente para un caso puntual, y que “sus razonamientos pueden contribuir, en vez de aclarar, a hacer aún menos ‘legibles’ los límites constitucionales entre la materia de Seguridad Social y Asistencia Social”⁸²⁹.

B) La protección de dependencia como un parte de los Servicios Sociales y de la Asistencia Social.

Utilizando, según la doctrina especializada, un término anacrónico, el art. 148.1.20 de la CE, como se ha dicho, otorga a las Comunidades Autónomas capacidad para asumir competencias en materia de Asistencia Social.

Hasta el momento de adopción de la Ley 39/2006, hemos observado cómo distintas cuestiones que se refieren a la protección de los dependientes (aunque en la mayoría de los casos de forma inespecífica) se han incardinado en el Derecho de la Seguridad Social (grandes inválidos, contributivos o no, e hijos a cargo con grandes discapacidades). Pero, quizás donde más normas específicas al respecto, lo ha sido en el ámbito de la Asistencia Social y Servicios Sociales, ya que no pocas CCAA han establecido algún tipo de protección para este tipo de personas dentro de sus políticas de servicios sociales específicos, en un marco genérico como pueden ser sus Leyes de Servicios Sociales⁸³⁰ o creando normas especiales para la atención y protección de las personas mayores⁸³¹ o sobre la protección de la dependencia⁸³².

Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico, en el mandato de estos principios rectores de la política social y económica configuradores de auténticos derechos subjetivos para los mayores ha permitido una profusa producción normativa ya que depende de cada Comunidad Autónoma la regulación de este tipo de protección social. De un lado, la vinculación y el mandato a los Poderes Públicos, previa atribución competencial en las materias implicadas exigirá el protagonismo de las Administraciones Públicas, de otro, la materialización de estas exigencias tendrá un desarrollo dispar, coincidente con la pluralidad autonómica, y social. Es consecuencia del principio de autogobierno por el que se “legitima a la Comunidad para hacer una planificación propia y diferenciada de las políticas a diseñar y poner en práctica en su territorio”⁸³³.

⁸²⁸ Como acertadamente señalan ALONSO SECO, J.M. y GONZALO GONZÁLEZ, B., en *La asistencia social y los servicios sociales en España*, cit., págs. 85 y 86.

⁸²⁹ Nuevamente, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., en “Seguridad Social y Asistencia social en el Estado de las Autonomías”, op. cit., pág. 108

⁸³⁰ Véanse por ejemplo, la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid (art. 62) o Ley 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales del Principado de Asturias (art. 19).

⁸³¹ Véase el art. 42 de la Ley 5/2003, de 3 de abril, de atención y protección a las personas mayores de Castilla y León.

⁸³² Así, la ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia en Cantabria.

⁸³³ Como indica MOLINA NAVARRETE, C., “Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto constitucional de competencias en “materias” de “empleo”, “trabajo” y “protección social”, RTSS-CEF,

De hecho, ha de recordarse que la atención a las personas dependientes se enmarca en la Red de Servicios Sociales, ex art. 3 o) de la Ley 39/2006. La atribución competencial en materia de Servicios Sociales, y en particular respecto de los Servicios Sociales especializados corresponde de forma exclusiva a las Comunidades Autónomas. Sin que ello signifique que el Estado no deba intervenir ya sea mediante la introducción de una normación a través de las previsiones sobre Seguridad Social o ya sea a través de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales⁸³⁴, cuestión que más adelante examinaremos. Parece pues, que será en sede de la regulación de los Servicios Sociales en donde habrá que buscar los elementos precisos para desarrollar una protección adecuada y digna de las personas dependientes.

Como se recuerda, la Constitución Española sólo tiene una mención a los “servicios sociales”, en el art. 50, como principio rector de la política social, y relacionándolo con la tercera edad ya que los poderes públicos han de promover el bienestar de los mayores mediante un sistema de “servicios sociales” que atenderán a sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.

Ello no quiere decir, evidentemente, que la única materia de la que se ocupan los servicios sociales sea la tercera edad, precisamente los servicios sociales se caracterizan por su expansión de contenidos cubriendo las situaciones de necesidad social donde otras ramas como la sanidad, enseñanza o la Seguridad Social, no alcanzan a proteger. Así, por ejemplo, el ámbito de actuación puede suponer desarrollar actividades para promover la autonomía y superar las causas de exclusión y marginación; promover la integración social de las personas y grupos; satisfacer las necesidades en materia de asistencia social; prestar apoyo a personas o grupos en situación de dependencia; etc. Por lo que sus objetivos pueden alcanzar a cualquier sector que necesite de una especial atención (familias, menores, discapacitados, drogodependientes, inmigrantes, mujeres, jóvenes, mayores...) grupos que pueden incardinarse en varios preceptos constitucionales, sobre todo del capítulo III del Título I, pero en especial, con el art. 9.2 CE en la promoción de los poderes públicos de las condiciones para el pleno desarrollo de los individuos y grupos en que se integran y remover los obstáculos que lo impidan. Parece que esta rama de protección social se convierte en un “cajón de sastre” donde van a parar todos los problemas que el resto de ramas del sistema de protección social no tienen prevista su cobertura. Lo que puede colocar a los Servicios Sociales en una situación compleja porque la amplitud de sus campos y de las políticas a aplicar pueden verse eclipsadas por la falta de medios y por la interacción con otras ramas de protección⁸³⁵.

octubre-2006, pág. 64. Y continúa diciendo: “No es en modo alguno dudoso ya que las comunidades autónomas tienen derecho imprimir, en cada momento, el ritmo que consideren más oportuno en las políticas y organización de servicios públicos orientados a garantizar la efectividad de los derechos sociales reconocidos en la Constitución.”

⁸³⁴ Como indica GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L. en “Las barreras arquitectónicas y las personas mayores: nuevos retos desde la intervención administrativa en la promoción de vivienda”, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Universidad de Barcelona, vol. VII, núm. 146 (104), agosto de 2003.

⁸³⁵ Es lo que GIL CALVO, E., llama “doble vínculo”, esto es, los servicios sociales se colocan en una situación paradójica que puede ser fuente de creatividad pero también de confusión y esterilidad, en “Doble vínculo”, AAVV, *Diccionario de sociología*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 215.

Junto a ello, la evolución de la sociedad, y los efectos de la economía de mercado sobre la población, lleva consigo la aparición de nuevas necesidades sociales o incluso la mutación de algunas que ya existían pero que ahora se redimensionan, como es el caso de la protección de la dependencia. Situaciones que, en no pocas ocasiones, a falta de una cobertura específica se encomiendan al subsistema de servicios sociales a causa de la indeterminación de su objeto⁸³⁶. Y es que “las insuficiencias de nuestro sistema de protección social son tan evidentes y existen tantas situaciones de necesidad que carecen de cobertura social, que el espacio propio de la Asistencia Social a cargo de las Comunidades Autónomas no puede considerarse como marginal o residual”⁸³⁷.

2.3 La protección a la dependencia: Servicios Sociales regulados por norma estatal.

Como se ha visto, la falta de definición o de delimitación de las fronteras supuso una importante litigiosidad ante el Tribunal Constitucional que ha tenido, caso por caso, analizar la acción protectora diseñada que haya podido provocar dudas en la delimitación competencial y organizativa de las Administraciones Públicas, aunque, como se dijo, el tema sigue sin cerrarse.

Pero para terminar de complicar la cuestión, si la materia se entiende como Servicios Sociales, y los mismos son de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, ¿qué hace una norma estatal regulando la materia? ¿invade competencias que no le corresponden?

El Tribunal Constitucional ha indicado en la STC 206/1997 que el artículo 41 de la CE no cierra posibilidades “para la evolución del sistema de Seguridad Social hacia ámbitos desconocidos en la actualidad o hacia técnicas que hasta ahora no se ha querido o podido utilizar”. La protección para la autonomía y atención de las personas dependientes podrían, perfectamente, haberse incardinado como una rama más en el sistema de Seguridad Social (como ha ocurrido en Alemania, Austria y Luxemburgo) y haberse asegurado el Estado sus competencias sobre las mismas de forma casi excluyente, ex art. 149.1.17 de la CE. Aunque también es cierto que en materia de la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas la legislación estatal debe moverse dentro de las coordenadas que en su momento fijara el TC de modo que, por ejemplo, el legislador estatal “no puede incidir, con carácter general, en el sistema de delimitación entre el Estado y las Comunidades Autónomas sin una expresa previsión constitucional o estatutaria”, como tampoco se encuentra facultado para “incidir indirectamente en la delimitación de competencias mediante la interpretación de los criterios que sirven de base a la misma” (STC 76/1983, de 5 de agosto).

Pero no ha sido así, quizás debido a que el elevado coste de estas prestaciones podría alterar la actual salud financiera del sistema de Seguridad Social o quizás porque se entiende que las Comunidades Autónomas han de jugar un papel importante en la articulación del sistema de protección a las personas dependientes (incluso en su financiación).

⁸³⁶ Una crítica a ello puede verse en FANTOVA, F. “Los sistemas de Servicios Sociales en España: intento de caracterización”, en www.grupcies.com/Html/boletin/docs/articulo_21_1.pdf, págs. 2-3.

⁸³⁷ Como indica RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. en “Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías”, op. cit., pág. 116.

Como se ha dicho, pues, se ha asentado la protección de esta contingencia en el marco de los Servicios Sociales, relacionándolas con situaciones de necesidad de los beneficiarios o de las familias donde radican los dependientes. Hasta ahora ello provocaba una cierta insatisfacción: de un lado, por el escaso desarrollo de estas situaciones a causa de la limitación presupuestaria de las Comunidades Autónomas y, de otro, la disparidad y dispersión de las medidas establecidas en función de la Comunidad en la que nos encontremos, lo que provoca situaciones de desigualdad protectora. La Ley 39/2006 intenta superar estos problemas:

A) Por lo que se refiere al escaso desarrollo del sistema de protección en materia de dependencia.

En la actualidad, la normativa de protección al dependiente en las Comunidades Autónomas presentan un panorama variado y, en su mayor parte, en “estado embrionario”⁸³⁸ falta de desarrollo por, en la mayoría de los casos, no haberse consignado las partidas presupuestarias suficientes. La Ley 39/2006 además de crear un sistema de protección mínimo o básico a los dependientes y sus familiares que se financia íntegramente por el Estado, se convierte en un compromiso para que, a través de los correspondientes convenios de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, éstas se impliquen, estableciendo las correspondientes partidas presupuestarias, en la cobertura de estas situaciones de necesidad. Incidiremos más abajo sobre este tema.

B) Por lo que se refiere a la diversidad y posible desigualdad de la protección de la dependencia según en qué Comunidad Autónoma nos encontremos.

Se dijo anteriormente que las competencias que se otorgan a las Comunidades Autónomas las legitiman, en base al elemental principio de autogobierno, para hacer una planificación propia y diferenciada de las políticas a diseñar y poner en práctica en su territorio.

Las múltiples Leyes de Servicios Sociales dan lugar a un panorama de aparente homogeneidad, pero la realidad nos muestra una puesta en práctica desigual y un insuficiente desarrollo normativo, que impiden lograr los objetivos en las mismas enunciados o cuyo logro dependerá del interés puesto en un específico programa por parte de una Comunidad Autónoma⁸³⁹.

Esa diversidad protectora es algo que interesó a los especialistas en Servicios Sociales desde el principio. De un lado, se observaba la preocupación acerca de la desigualdad que podría llegar a generar una diversidad normativa como la que empezaba a apuntarse desde las distintas Comunidades Autónomas; por ello, una parte de la doctrina abogaban por “establecer una concepción unitaria de la política de bienestar social, que financiada con cargo a los presupuestos generales del Estado, englobase Asistencia social y Servicios Sociales, bien articulándola dentro de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, bien dentro de un

⁸³⁸ Como señalan BLAZQUEZ AGUDO, E.M. y MUÑOZ RUIZ, A.B. “La protección de la dependencia de las CCAA: un panorama disperso” RL t. II, 2004, pág. 253.

⁸³⁹ Sobre el tema, por su claridad, puede verse GAITÁN MUÑOZ, L., en “Servicios Sociales: Reflexiones para después de una década”, Cuadernos de Trabajo Social nº 4-5 (1991-1992), Ed Universidad Complutense. Madrid.

Sistema público de Servicios Sociales⁸⁴⁰. De otro lado, otros muchos opinaban, por el contrario, que la descentralización era esencial para la funcionalidad del sistema; ya que la descentralización conllevaba una mayor cercanía, más eficacia y mejor servicio⁸⁴¹. Esta última tesis fue la que, por mención expresa del artículo 148 de la CE, y por efecto de la legislación autonómica, se impuso, decantándose definitivamente el modelo de un sistema público, cuya responsabilidad recaía principalmente en los entes autonómicos y locales.

Pero en realidad, como indica GAITÁN MUÑOZ, el panorama de diversidad no ha llegado a ser de disparidad absoluta, como podrían prever los más pesimistas; “los análisis de que disponemos ponen claramente de manifiesto que hay un importante sustrato común en todas las leyes autonómicas de servicios sociales, y aunque formalmente se observe distinto nivel de detalle y matices que reflejan la idiosincrasia peculiar de cada contexto, hay una coincidencia en la definición de tipos de servicios, sectores de población de atención preferente, tipo de competencias asumidas y distribución de las mismas”⁸⁴².

Pero, aun sin tener las competencias oportunas en la materia, la Administración General del Estado ha procurado asegurar unos niveles básicos de servicios en todo el Estado y a facilitar servicios que quedaran fuera del alcance de las Comunidades Autónomas y ha realizado considerables esfuerzos de coordinación “para realzar y reforzar todos aquellos puntos comunes que ayudaran a visualizar algo que se iba pareciendo a un sistema esto es, a un conjunto estructurado de organizaciones formales”⁸⁴³. Los Planes Concertados para el desarrollo de prestaciones sociales básicas se han configurado como mecanismos de coordinación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas⁸⁴⁴, cofinanciando ambas los distintos proyectos.

Conseguir una igualdad básica en todo el Estado español de la protección de los dependientes, y con una importante influencia de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, efecto directo comunitario, para la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, es lo que, pensamos hace elegir al legislador como título competencial el art. 149.1.1 de la CE. Ya que en general, los derechos sociales están orientados a asegurar un nivel básico de servicios en todo el territorio estatal que garanticen el desarrollo del individuo y de las colectividades, mediante la intervención estatal en la prestación de servicios y en la distribución de bienes.

La DF 8ª de la Ley 39/2006 funda la legitimidad constitucional de una Ley estatal que regula la materia de promoción de la autonomía personal y protección de las

⁸⁴⁰ Así, CASADO. L. y ZABARTE. M.E, en “Reflexiones en torno al diseño de una política de Bienestar Social”, op. cit., pág. 70.

⁸⁴¹ “Descentralizar supone traspasar la decisión y gestión a organismos territoriales que se hallan en contacto directo con la realidad a la que se sirve. En suma, supone renunciar a cierta autoridad del poder central para que las decisiones se tomen localmente”, como indican MORAGAS et altri en *Descentralización de los Servicios Sociales*. Masierra Madrid, 1988, pág. 93.

⁸⁴² Op. cit., pág. 17.

⁸⁴³ Nuevamente, GAITÁN MUÑOZ, ibid.

⁸⁴⁴ Plasmándose la cooperación a través de un convenio administrativo con el objeto de reforzar el papel de las Corporaciones Locales en cuanto a la prestación de servicios sociales se refiere, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local.

personas en situación de dependencia en la competencia que el artículo 149.1.1ª de la Constitución atribuye al Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales.

Un precepto demasiado escueto, a juicio del dictamen del CES, demasiado parco, entendiéndose que la Ley (Anteproyecto cuando se dictaminó) “debe acogerse a un título competencial claro y sólido, en evitación de posibles conflictos de competencias que puedan derivarse de una ambigüedad en este extremo”⁸⁴⁵. Desde luego, la explicación del título competencial elegido se encuentra mucho más desarrollada en la Memoria de la Ley⁸⁴⁶ que en la propia norma. La justificación en cualquier caso apunta a la consecución de la homogeneización en las políticas de protección de los discapacitados dependientes de las distintas Comunidades Autónomas.

Aún así, sigue resultando extraña la utilización de este título competencial en una materia que se reconoce como “Servicio Social”, título que, sin embargo y a excepción hecha de los Reales Decretos de traspasos de competencias, ha extendido su uso en la legislación social en los años 2002 y 2003 (a propuesta de un Gobierno centralista contrario a que, como ha demostrado en más de una ocasión, las Comunidades Autónomas tengan alguna competencia en materia social)⁸⁴⁷. Y es que desarrolla un subsistema de protección social, conectado o insertado en la Asistencia Social y los Servicios Sociales y sin tener en cuenta la efectiva distribución competencial en la materia realizada por el art. 148.1.20 de la CE.

Teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional que cita la Memoria Justificativa de la Ley de Dependencia⁸⁴⁸, SUÁREZ CORUJO⁸⁴⁹, extrae dos razones

⁸⁴⁵ Dictamen 3/2006, sobre el Anteproyecto de Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, de 20 de febrero de 2006, pág. 33.

⁸⁴⁶ Que puede verse en www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/mtas-memoriadependencia-01.pdf

⁸⁴⁷ Véase, a modo de ejemplo, la reacción del legislador, a impulso del Gobierno “Popular”, tras la STC 239/2002, que modificó el art. 38.4 de la LGSS con el objeto de ampliar sus competencias en materia de protección social. ¿Cómo si una norma infraconstitucional pudiera alterar la interpretación y doctrina del Tribunal Constitucional en materia de distribución de competencias?, una crítica al respecto puede verse en MOLINA NAVARRETE, C., “‘Polvos y lodos’: complementos autonómicos a pensiones no contributivas ¿fraude constitucional o justicia social? (Reflexiones a propósito del nuevo artículo 38.4 de la LGSS)”, RL, t.1, 2004, págs. 429 y sigs.

⁸⁴⁸ “El Tribunal Constitucional en una consolidada doctrina jurisprudencial, ha delimitado el objeto y contenido de este título competencial en los siguientes términos:

a) El artículo 149.1.1.ª CE ha atribuido al Estado el establecimiento de las condiciones básicas necesarias para garantizar la igualdad. De este modo, “el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.

b) La «materia» sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos.

c) La regulación de esas condiciones básicas sí corresponde por entero y en exclusiva al Estado, pero con tal normación, como es evidente, no se determina ni se agota su entero régimen jurídico. En tal contexto, no debe olvidarse que la «igualdad de todos los españoles» representa el elemento teleológico o finalista del título competencial”. [STC 61/1997, de 20 de marzo].

d) Las «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...). En todo caso, las condiciones básicas

contrarias de la doctrina del mismo Tribunal que suponen la inconsistencia del art. 149.1.1 CE para aprobar la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas dependientes. En primer lugar, nos recuerda que el Tribunal Constitucional ha negado que las condiciones básicas puedan ser consideradas “sinónimo” de la legislación básica” (SSTC 61/1997 y 37/2002): se trata de garantizar la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, de forma que el concreto régimen jurídico será determinado a continuación “de acuerdo con el orden constitucional de competencias” (STC 188/2001). Y, en segundo lugar, también es doctrina consolidada que el art. 149.1.1 CE no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento” (SSTC 61/1997 y 228/2003) como “trasunto, en el plano competencial, del artículo 14 de la CE” (STC 61/1997).

En cualquier caso, en el trasfondo, lo que se trata es de superar la “parcelación o visión estanca de la problemática social” y de las actuaciones a desarrollar por los programas, por lo que es necesario desarrollar un Sistema público de Servicios Sociales apoyado en una Ley Básica, acordada previamente con las Comunidades Autónomas⁸⁵⁰. Y es que, hay ámbitos de protección, como ocurre con el tratamiento de las situaciones de dependencia, que son concurrentes entre Asistencia Social y Seguridad Social y sobre los que “no hay ni puede haber, una competencia exclusiva sino compartida y complementaria, de modo que a los niveles básicos reconocidos en todo el territorio se añada el nivel autonómico complementario”⁸⁵¹.

han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta.

e) Dentro de esas «condiciones básicas» cabe entender incluidos asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho; los deberes, requisitos mínimos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho; etcétera. [STC 227/1988, o STC 173/1998, de 23 de julio]. En estos términos, el art. 149.1.1^o CE no actúa como un simple límite al ejercicio de competencias autonómicas o un mero título residual sin objeto definido. El Tribunal Constitucional ha sostenido que se trata de un título competencial con contenido propio, que habilita al Estado para regular el “contenido primario” de cada derecho o deber. Lo que comprende, como hemos visto, el establecimiento de las facultades elementales y los límites esenciales de los derechos, así como la fijación de las prestaciones básicas de los deberes. En ambos casos, la competencia estatal también alcanza para regular ciertos presupuestos del ejercicio de cada derecho o deber, aunque no la totalidad de su régimen jurídico (STC 61/1997, de 20 de marzo, ya comentada).

Por otro lado, la regulación de esas “condiciones básicas” igualitarias no sólo faculta al Estado para establecer la “garantía normativa nuclear” de los derechos y deberes [STC 208/1999, de 15 de noviembre] sino que comprende una “dimensión institucional”, distinta de la puramente normativa, que puede resultar imprescindible para asegurar la eficacia del derecho o deber, y que es la que ha permitido al Tribunal Constitucional amparar la competencia del Estado para incluir determinados aspectos puramente organizativos o instrumentales dentro de las “condiciones básicas” [declarando, por ejemplo, la constitucionalidad de la creación y las funciones de la “Oficina Nacional del Censo Electoral” (STC 154/1988, de 21 de julio), o de la “Agencia Estatal de Protección de Datos” (STC 290/2000, de 30 de noviembre)].”

⁸⁴⁹ En “Dependencia y Estado Autonómico: el encaje competencial del Proyecto de ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, op.cit., pág. 71.

⁸⁵⁰ Como indica MARAVALL, H., en “Avances y carencias de las políticas públicas de bienestar social en España” VII, en La Insignia, 3 de febrero de 2005, en www.lainsignia.org/2005/febrero/econ_004.htm

⁸⁵¹ Como indica MOLINA NAVARRETE, C., en “Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto competencial en las ‘materias’ de ‘empleo’, ‘trabajo’ y ‘protección social’”, RTSS_CEF nº 283, 2006, pág. 119.

Como se ha dicho con razón, las Comunidades Autónomas y el Estado deberían coordinarse y complementarse para el diseño legal de un sistema viable, equilibrado y global de cobertura de las necesidades sociales y para un reparto adecuado de tareas entre la Seguridad Social y la Asistencia Social al servicio de la ciudadanía, labor que no puede suplir la jurisprudencia constitucional⁸⁵². Es este el camino seguido por Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal, que lleva consigo un gran pacto entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de protección de las situaciones de dependencia. Lo que pretende, en el fondo, no es otra cosa que articular una norma de cohesión de un sistema de protección con el objeto de conseguir la igualdad de las condiciones básicas en todo el territorio nacional⁸⁵³.

La atribución de competencia del Estado a través del art. 149.1.1 CE es independiente del amplísimo papel que juegan las Comunidades Autónomas en el Sistema para la Autonomía y Atención de los Dependientes, un sistema el que colaboran y participan todas las Administraciones Públicas. De hecho, la propia naturaleza del objeto de la Ley requiere un compromiso y una actuación conjunta de todos los poderes e instituciones públicas, por lo que la coordinación y cooperación de las Comunidades Autónomas es un elemento fundamental. Parece la aplicación de lo que en derecho comunitario se considera como criterio de estrategia concertada, lo que supone un método abierto de coordinación⁸⁵⁴. Sistema de colaboración y participación que ya se venía ensayando previamente en los Planes Concertados de Servicios Sociales, a los que anteriormente aludimos, con pleno respeto, en cualquier caso, a las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia.

Y es que, ante la inexistencia de mecanismos constitucionales explícitos de cooperación y colaboración, el art. 149.1.1 se convierte en un “instrumento de equilibrio” que se traduciría en constituir un elemento de cohesión en la protección de carácter poliédrico de la dependencia⁸⁵⁵.

La Ley 39/2006 en ningún caso excluye o desplaza a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias en materia de Asistencia y Servicios Social, en todo caso, las integra y coordina y es que “no hay lugar para los monopolios y exclusividades, sino para la cooperación y para la articulación de las técnicas de protección”⁸⁵⁶.

⁸⁵² Como indica RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. en “Seguridad Social y Asistencia Social en el Estado de las Autonomías”, op. cit., pág. 118.

⁸⁵³ La STC de 28 de enero de 1982 que “lo que la Constitución persigue al conferir a los órganos generales del Estado la competencia exclusiva para establecer las bases de la ordenación de una materia determinada... es que tales bases tengan una regulación normativa uniforme y vigencia común en toda la nación, con lo cual se asegura, en aras de intereses generales superiores a los de cada Comunidad Autónoma, un común denominador normativo, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia”.

⁸⁵⁴ Se materializan una serie o ciertos desafíos sociales de aceptación conjunta por todas los Estados (en nuestro caso serían las Comunidades Autónomas) y se fijan principios de actuación comunes para adaptar y hacer progresar los distintos sistemas sociales dentro de una coexistencia de diferentes regulaciones.

⁸⁵⁵ Como indican BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, G. en “Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social”, op. cit., págs. 21 y 22

⁸⁵⁶ Nuevamente, MOLINA NAVARRETE, C, en “Los nuevos estatutos de autonomía y el reparto competencial en las ‘materias’ de ‘empleo’, ‘trabajo’ y ‘protección social’”, op. cit., pág. 121.

3. El desarrollo de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de autonomía y atención de las personas dependientes por parte de la Ley 39/2006.

La Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal parece configurarse como un “gran pacto” de Estado y Comunidades Autónomas para la protección de las personas dependientes, reconociéndose por el Estado, por tratarse de prestaciones que se enmarcan en los Servicios Sociales, el importante papel que las Comunidades Autónomas, titulares de la competencia exclusiva en materia de Asistencia Social, tienen al respecto.

De hecho, si se observa la norma, el papel del Estado es referido sobre todo a la coordinación del sistema de protección de la dependencia, uniformando la regulación de la materia, estableciendo, al menos, una base común, “suelo mínimo” en todo el territorio nacional. O dicho de otro modo, en el fondo lo que se pretende no es otra cosa que articular una norma de cohesión de un sistema de protección con el objeto de conseguir la igualdad en las condiciones básicas en todo el Estado español.

Aparte de la importante dotación económica que exige, el principal problema de la Ley 39/2006, a mi juicio, ha sido y es mantener el equilibrio competencial y permitir que sea la Administración General del Estado la que juegue el papel, en cierto modo, de “director de orquesta” del Sistema para la Autonomía y Atención de los Dependientes. Papel que se sustenta en la necesidad de un trato igualitario de todos los discapacitados/dependientes en todo el territorio nacional.

Y todo ello independientemente del amplísimo papel que juegan las Comunidades Autónomas en el Sistema, un sistema en el que colaboran y participan todas las Administraciones Públicas. De hecho, la propia naturaleza y objeto de la Ley requiere un compromiso y una actuación conjunto de todos los poderes e instituciones públicas, por lo que la coordinación y la cooperación de y entre las Comunidades Autónomas se revela como un elemento fundamental, tal y como se declara en varias ocasiones en la propia norma (y no sólo en su Exposición de Motivos⁸⁵⁷), estableciéndose como uno de los muchos principios que fundan la Ley “la cooperación interadministrativa”, ex art. 3.º. El principal problema aquí residirá en el “voluntarismo” de la norma que confía en la “buena fe” de los políticos, de diferentes formaciones y procedencias, que dirigen cada una de las instituciones competentes⁸⁵⁸.

El cómo se articula la colaboración y participación de las distintas Administraciones en materia de dependencia se recoge en los artículos 6 a 12 de la Ley.

En primer lugar, el cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas, en el ejercicio de sus respectivas competencias, en la protección de la dependencia es el “Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia” (SAAD, en adelante), siendo el Consejo Territorial el instrumento de cooperación para la articulación del sistema.

⁸⁵⁷ Véanse los arts. 1, 2, 3, 6, 8, 10, 32, etc

⁸⁵⁸ Recuérdese, por ejemplo, las consecuencias que la falta de diálogo entre algunas Comunidades Autónomas y el Estado central ha tenido en el Consejo Territorial del Sistema Nacional de Salud, que de ocurrir en el Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia, al tratarse de una protección que exige una fuerte dotación económica, puede suponer la paralización o ralentización de los plazos previstos para la cobertura de los distintos grados de dependencia.

Ha de recordarse que el SAAD se articula en tres niveles de protección: uno mínimo o básico establecido y a cargo de la Administración General del Estado; otro “acordado” entre la Administración General del Estado y la Comunidad Autónoma correspondiente; y el último, el “adicional” que pueda establecerse en cada Comunidad Autónoma.

3.1 Las competencias del Consejo Territorial como cauce de cooperación del SAAD.

Es precisamente este Consejo, en cuya composición tienen mayoría los representantes de las Comunidades Autónomas, el que debe indicar las pautas y determinar la mayoría de los contenidos referidos a la protección de los dependientes. Teniendo la mayoría de las funciones “capitales” del SAAD:

- a) Acordar el Marco de cooperación interadministrativa para el desarrollo de los convenios entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas.
- b) Establecer los criterios para determinar la intensidad de protección de los servicios previstos.
- c) Acordar las condiciones y cuantía de las prestaciones económicas establecidas en la Ley 39/2006.
- d) Adoptar los criterios de participación del beneficiario en el coste de los servicios.
- e) Acordar el baremo para determinar los grados de dependencia de los discapacitados, con los criterios básicos del procedimiento de valoración y de las características de los órganos de valoración.
- f) Acordar, en su caso, planes, proyectos y programas conjuntos.
- g) Adoptar criterios comunes de actuación y de evaluación del Sistema. Y sobre todo los objetivos de calidad del mismo.
- h) Facilitar la puesta a disposición de documentos, datos y estadísticas comunes.
- i) Establecer los mecanismos de coordinación para el caso de las personas desplazadas en situación de dependencia.
- j) Informar la normativa estatal de desarrollo en materia de dependencia y en especial las normas sobre el nivel mínimo de protección a cargo del Estado central.
- k) Servir de cauce de cooperación, comunicación e información entre las Administraciones Públicas.

Si se observa con detenimiento la norma, de las 70 disposiciones que contiene, casi la mitad hacen referencia a las competencias del Consejo Territorial para el desarrollo de la norma. Lo que viene a indicar la importancia que las Comunidades Autónomas tienen en el sistema, pero también la necesidad de que se utilice la cooperación interadministrativa para regular una materia tan importante como es la protección de los discapacitados dependientes.

3.2 Las competencias de la Administración General del Estado.

Lo cierto es que, salvo la referida a la realización de la Ley de la Dependencia, de conformidad con el art. 149.1.1, con el objeto de conseguir una uniformación “mínima” o “básica” para la protección de la dependencia en todo el territorio nacional, se atribuye una principal competencia: encargarse del establecimiento del llamado “nivel mínimo de protección”, previa audiencia del Consejo Territorial, y por supuesto, dotarlo económicamente para su financiación⁸⁵⁹. De la lectura de la norma, se infiere que la gestión de tales prestaciones, una vez aprobadas por el correspondiente Real Decreto corresponderán a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas (algo parecido con lo que ocurre con las prestaciones no contributivas).

Es cierto, que a lo largo del articulado se pueden ver otras competencias “menores”:

- Las establecidas, en aplicación del artículo 42 de la Constitución, y quizás en aplicación de las competencias estatales recogidas en el artículo 149.1. apartados 2 y 3, respecto, de un lado, del establecimiento de medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España, que corresponde al Gobierno, lo que parece lógico ya que supone la aplicación extraterritorial de normas de Derecho público. Y, de otro lado, respecto de las condiciones de acceso al Sistema de Atención a la Dependencia de los emigrantes españoles retornados, previo acuerdo del Consejo Territorial.

- El Ministerio de Trabajo establecerá un sistema de información del SAAD⁸⁶⁰ respecto del sistema que garantice la disponibilidad de la información y la comunicación recíproca entre las Administraciones Públicas, así como la compatibilidad y articulación entre los distintos sistemas. Los objetivos y contenidos de la información se acordarán en el Consejo Territorial. De otro lado, el Gobierno deberá informar a las Cortes anualmente de la ejecución de las previsiones contenidas en la presente Ley⁸⁶¹.

- Las competencias que tiene atribuidas en materia de formación continua o profesional a nivel nacional respecto de los cuidadores profesionales o no⁸⁶².

- Y, finalmente, será competente en la imposición de sanciones respecto de infracciones referidas al ámbito de la Administración General del Estado⁸⁶³.

3.3 Las competencias de las Comunidades Autónomas.

⁸⁵⁹ Así se recoge, especialmente, en el art. 9 pero también de modo general en el artículo 1.1 y respecto de la financiación también en los artículos 32.2 y DA 1ª.

⁸⁶⁰ Art. 37 Ley 39/2006.

⁸⁶¹ De conformidad con la DF 6ª.

⁸⁶² Ex art. 36 Ley 39/2006.

⁸⁶³ Reza el art. 47.3. “En el ámbito de la Administración General del Estado será órgano competente para imponer las sanciones por conductas previstas como infracciones en el artículo 43:

a) El titular de la Dirección General del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones leves.

b) El titular de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones graves.

c) El titular del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, cuando se trate de sanciones por la comisión de infracciones muy graves, si bien se requerirá el acuerdo previo del Consejo de Ministros cuando las sanciones sean de cuantía superior a 300.000 euros o en los supuestos de cierre de la empresa o clausura del servicio o establecimiento.”

Además de establecer con cargo exclusivo a sus Presupuestos el llamado “nivel adicional” de protección de la dependencia, ex art. 7.3 Ley 39/2006, adoptando las normas de acceso y disfrute que consideren más adecuadas, las Comunidades Autónomas, tendrán las siguientes funciones en el marco del SAAD⁸⁶⁴:

a) Planificar, ordenar, coordinar y dirigir, en el ámbito de su territorio, los servicios de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia. Recordando que, ex art. 3 o) de la Ley, las prestaciones del sistema SAAD se integrarán en las redes de servicios sociales de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de las competencias que tienen asumidas⁸⁶⁵.

b) Gestionar, en su ámbito territorial, los servicios y recursos necesarios para la valoración y atención de la dependencia⁸⁶⁶. Incluyendo el reconocimiento o revisión del derecho⁸⁶⁷. Para lo que podrán contar con la participación de los Ayuntamientos, de conformidad a los que digan sus propias Leyes de Servicios Sociales⁸⁶⁸.

c) Establecer los procedimientos de coordinación sociosanitaria, creando, en su caso, los órganos de coordinación que procedan para garantizar una efectiva atención⁸⁶⁹.

d) Crear y actualizar el Registro de Centros y Servicios, facilitando la debida acreditación que garantice el cumplimiento de los requisitos y los estándares de calidad. Por ello, deberán establecer el régimen jurídico y las condiciones de actuación de los centros privados concertados y acreditar a los centros y servicios privados no concertados que presten servicios para personas en situación de dependencia⁸⁷⁰.

e) Asegurar la elaboración de los correspondientes Programas Individuales de Atención⁸⁷¹.

f) Inspeccionar y, en su caso, sancionar los incumplimientos sobre requisitos y estándares de calidad de los centros y servicios y respecto de los derechos de los beneficiarios. Ha de recordarse que las Comunidades Autónomas desarrollarán el cuadro de infracciones y sanciones previstas en la Ley 39/2006, además respecto de ámbitos de su competencia, le corresponderá la incoación e instrucción de los expedientes sancionadores, así como la imposición de las correspondientes sanciones⁸⁷².

g) Evaluar periódicamente el funcionamiento del Sistema en su territorio respectivo.

⁸⁶⁴ Recogidas principalmente en el art. 11 Ley 39/2006.

⁸⁶⁵ Y también art. 14.2, refiriéndose a los servicios del Catalogo y 16.1 que se refiere a la Red de Servicios del SAAD.

⁸⁶⁶ Vid art. 27.1 Ley 39/2006.

⁸⁶⁷ Vid art. 28.2 y 4 y art. 30 de la Ley 39/2006.

⁸⁶⁸ Ex art. 12.1 Ley 39/2006.

⁸⁶⁹ El art. 3 l) de la Ley 39/2006 establece como “principio de la Ley”, “La colaboración de los servicios sociales y sanitarios en la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que se establecen en la presente Ley y en las correspondientes normas de las Comunidades Autónomas y las aplicables a las Entidades Locales.”

⁸⁷⁰ Vid art. 16 Ley 39/2006.

⁸⁷¹ Vid art. 29 Ley 39/2006.

⁸⁷² Vid art. 47.1 y 2 Ley 39/2006.

h) Aportar a la Administración General del Estado la información necesaria para la aplicación de los criterios de financiación. La parte que ha de aportar para la financiación por cada Comunidad Autónoma se recogerán en los convenios de cooperación. En cualquier caso, la aportación de la Comunidad Autónoma será, para cada año, al menos igual a la de la Administración General del Estado⁸⁷³.

i) Participar en el Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia como órgano asesor, adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, mediante el cual se hace efectiva, de manera permanente, la participación social en el Sistema y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales en el mismo. Se hará, como órgano tripartito que es, con la representación de 6 miembros designados por las Comunidades Autónomas por la parte de la Administración⁸⁷⁴.

3.4 Los convenios de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas ¿competencias negociadas?

El art. 7.2 de la Ley 39/2006 establece como nivel de protección “medio” el que se acuerde entre la Administración General del Estado y la Administración de cada una de las Comunidades Autónomas.

Para ello, en ese marco de cooperación administrativa, suscribirán un Convenio, que podrán ser anuales o plurianuales⁸⁷⁵, en el que se recogerán criterios de reparto teniendo en cuenta la población dependiente, la dispersión geográfica, la insularidad, emigrantes retornados y otros factores, y podrán ser revisados por las partes. Y, por supuesto, se determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema⁸⁷⁶, tanto la cuantía que el Estado hará respecto de las prestaciones básicas que asume exclusivamente como las correspondientes a Estado y Comunidad Autónoma acordadas en el correspondiente Convenio de cooperación interadministrativa.

Convenio que incluirá los acuerdos sobre objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones económicas para la protección de las personas dependientes, que se adopten en el seno del Consejo Territorial, incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado. Ha de recordarse que es en el seno del Consejo Territorial en el que ha de decidirse sobre la intensidad de la protección de cada uno de los servicios y sobre el sistema de incompatibilidades entre los mismos⁸⁷⁷

⁸⁷³ Vid art. 32.3 Ley 39/2006.

⁸⁷⁴ Vid art. 40 Ley 39/2006.

⁸⁷⁵ Indicándose el modo o forma de revisión de los mismos, ex art. 10.4 Ley 39/2006.

⁸⁷⁶ Nuevamente, art. 32.3.

⁸⁷⁷ Para que posteriormente el Gobierno los apruebe mediante Real Decreto, ex art. 10.3 Ley 39/2006.

CAPÍTULO X. SITUACIONES JURÍDICAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FRENTE A LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

**·R. Calvo Ortega.
·Catedrático de Derecho Financiero y Tributario.**

-SUMARIO:

- I. DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO.**
- II. PETICIONES DE ASISTENCIA Y SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.**
- III. COMPETENCIA DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES. REFLEXIONES SOBRE LAS ACTUACIONES DE LOS CIUDADANOS ANTE ELLAS.**
- IV. ASOCIACIONISMO DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.**
- V. RECURRIBILIDAD CONTRA NORMAS JURÍDICAS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE ASISTENCIA A LA DEPENDENCIA.**

I. DERECHO SUBJETIVO E INTERÉS LEGÍTIMO.

El mandato constitucional a los poderes públicos para que realicen políticas de asistencia social en favor de las personas discapacitadas es una norma jurídica. Cuestión distinta es que estos poderes y, muy concretamente, el legislativo, tengan una amplia discrecionalidad en la estructuración de las políticas de que se trate. Incluso esta discrecionalidad se cierra, en buena medida, con la aplicación de principios constitucionales (justicia, igualdad, capacidad económica, equidad en el gasto público, etc.), que obligan a tales poderes públicos a actuar en una línea determinada.

El carácter normativo de este mandato constitucional genera ya, por sí solo, una situación jurídica favorable cuya titularidad corresponde a las personas discapacitadas. Esta situación legítima para solicitar ante el órgano judicial correspondiente el planteamiento de la cuestión de constitucionalidad. Una cuestión que podrá tener como finalidad la declaración de inconstitucionalidad de una actividad de los poderes públicos e, igualmente, el incumplimiento por falta de actuación de un mandato de la Constitución por parte de los mismos poderes.

Las personas discapacitadas tienen un derecho público subjetivo frente a las Administraciones Públicas. Si un derecho de esta naturaleza se define como la facultad de exigir el cumplimiento de una norma jurídica a los poderes públicos que interesa de manera concreta al titular del mismo, estamos ante un tipo de situación jurídica favorable⁸⁷⁸. Es indudable que una persona con discapacidad tiene derecho a pedir la actuación, la puesta en marcha, de una norma o de un acto administrativo determinados que le benefician de forma concreta.

⁸⁷⁸En nuestra doctrina dicen GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., estudiando la figura del derecho subjetivo, que “*éste consiste esencialmente en la posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés*” (*Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 48).

La LPAPAPD reconoce este derecho subjetivo de forma clara e indubitada. Su art. 1 dispone que *“la presente Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (...)”*.⁸⁷⁹

El hecho de que los ciudadanos deban acreditar ante las Administraciones que se encuentran en situación de dependencia nada cambia, obviamente, en relación con su derecho. Únicamente, que el ejercicio de éste deberá ir precedido del cumplimiento de determinados requisitos, e incluso verificaciones administrativas, lo que es normal en el campo de las actividades públicas de prestación.

Lo indicado en relación con los derechos subjetivos es aplicable también a los intereses legítimos en el caso de que estos tengan una sustantividad propia⁸⁸⁰. La nueva Ley de Dependencia, LPAPAPD, no se refiere a esta situación jurídica subjetiva, y lo hace sólo a los derechos subjetivos. En mi opinión, no obstante, la amplitud del concepto “derecho subjetivo” que expresa el art. 1 de la ley y la invocación a la igualdad en su ejercicio son tan amplios que absorben el concepto de interés legítimo en el caso de que éste tenga una sustantividad propia.

II. PETICIONES DE ASISTENCIA Y SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO.

El procedimiento administrativo de reconocimiento de una situación de dependencia, su calificación subsiguiente y la determinación de las prestaciones del sistema se inician a solicitud del interesado. En esta línea lógica, el art. 28.1 de la LPAPAPD dispone que *“el procedimiento se iniciará a instancia de la persona que pueda estar afectada por algún grado de dependencia o de quien ostente su representación, y su tramitación se ajustará a las previsiones establecidas en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...)”*⁸⁸¹. Interesa destacar que en los supuestos en que se den las circunstancias previstas en el art. 43 de la Ley 30/1992 citada, el reconocimiento de la situación de dependencia se entenderá producido por silencio administrativo.

La cuestión que se plantea aquí es si este silencio administrativo está excluido porque puede entenderse que estamos en presencia de una transferencia de facultades relativas

⁸⁷⁹La misma Ley, en su art. 5, define como titulares de derechos a los españoles que se encuentren en situación de dependencia en alguno de los grados establecidos y los menores de tres años, en este último supuesto en la forma prevista por la Disposición Adicional Decimotercera. Respecto de las personas discapacitadas que carezcan de nacionalidad española, estas se regirán por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y, su integración social por los tratados internacionales y convenios que se establezcan con el país de origen. Para los menores que carezcan de la nacionalidad española se estará a lo dispuesto en las Leyes del Menor vigentes, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, así como en los tratados internacionales.

⁸⁸⁰Sobre esta cuestión, sin duda importante en un plano conceptual y sistematizador, son de interés las reflexiones de GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo (...)*, ob. cit., págs. 38 y ss. CHINCHILLA MARÍN, C., afirma que *“el interés legítimo – según la jurisprudencia- se caracteriza por las siguientes notas: a) Supone una posición individualizada en relación con la actuación administrativa (...) b) Desde la perspectiva procesal, supone una específica relación con el objeto de la pretensión y, desde la perspectiva sustantiva alude al contenido de la esfera personal, excluyente de la actuación en favor de los terceros (...)”* (“Ciudadano. Derecho Administrativo”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. I, Cívitas, Madrid, 1994, pág. 1.045).

⁸⁸¹La actuación de oficio por la Administración se limita a la previsión del programa individual de atención y a la revisión del grado o nivel de dependencia y de la prestación reconocida (arts. 29 y 30).

al servicio público, dado que ha sido el propio solicitante quien ha calificado su situación de dependencia e incluso el grado y nivel de la misma. Esta posibilidad debe rechazarse. Lo que se produciría en este caso sería la solicitud de una actividad administrativa de verificación, calificación y reconocimiento ante la cual la Administración debe actuar e incluso con celeridad, dada la sensibilidad y urgencia de las situaciones de dependencia.⁸⁸²

III. COMPETENCIA DE LAS DISTINTAS ADMINISTRACIONES. REFLEXIONES SOBRE LAS ACTUACIONES DE LOS CIUDADANOS ANTE ELLAS.

La competencia de las Administraciones sobre distintos aspectos de la gestión de la asistencia social a personas discapacitadas es concurrente aunque haya, lógicamente, una delimitación imprescindible. Es decir, corresponde a la Administración General del Estado, a la de las Comunidades Autónomas y a la Municipal. Importa pues su delimitación y la validez de las actuaciones de los interesados ante ellas a la luz de la LPAPAPD.

A la primera, la Administración del Estado, le corresponde, en primer lugar, la determinación del nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del sistema, según el grado y el nivel de su dependencia (art. 9 de la Ley). Se trata de una competencia básica para el funcionamiento del sistema y su naturaleza es política y no administrativa. De hecho, este precepto atribuye esta competencia al Gobierno, oído el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.⁸⁸³

Junto a esta competencia básica y exclusiva, la Administración General del Estado tiene otra competencia, también fundamental, que es la determinación colegiada (con las CC.AA.) del marco de cooperación administrativa. Este marco de cooperación, que se acordará en el seno del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención de la Dependencia, fijará, lógicamente, aspectos generales de diversa naturaleza: obligaciones de las administraciones, líneas y servicios de protección, carácter anual o plurianual, criterios de reparto de la financiación que corresponda a la Administración General, etc.

⁸⁸²Lo que sí podrá hacer la Administración, obviamente, es requerir al interesado para que complete sus actuaciones cuando entienda que alguno de sus actos no reúne los requisitos necesarios. En este plano procedimental y de actuación de los interesados hay que recordar que el art. 4.4 de la nueva Ley que venimos examinando dispone que *“Las personas en situación de dependencia y, en su caso, familiares o quienes los representen, así como los centros de asistencia, estarán obligados a suministrar toda la información y datos que les sean requeridos por las Administraciones competentes para la valoración de su grado y nivel de dependencia: a comunicar todo tipo de ayudas personales que reciban y a aplicar las prestaciones económicas a las finalidades para las que fueron otorgadas; o a cualquier otra obligación prevista en la legislación vigente”*.

⁸⁸³De acuerdo con esta delimitación y atribución exclusiva al Gobierno, el art. 9.2 de la Ley dispone que *“la financiación pública de este nivel de protección correrá a cuenta de la Administración General del Estado, que fijará anualmente los recursos económicos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 32”*. No obstante, no parece que estos convenios deban recoger únicamente el desglose por Comunidades Autónomas de la aportación mínima. Así se deduce del art. 10.2 de la LPAPAPD, de conformidad con el cual *“a través de los convenios a los que se refiere el apartado anterior, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas acordarán los objetivos, medios y recursos para la aplicación de los servicios y prestaciones recogidos en el Capítulo II del presente Título, incrementando el nivel mínimo de protección fijado por el Estado de acuerdo con el artículo 9”*.

La Administración General del Estado tiene también la competencia compartida en la elaboración y suscripción de los convenios con las Comunidades Autónomas. Estos convenios son, como su propio nombre indica, un acto de fijación bilateral y no un acto colegiado, como lo es el marco de cooperación administrativa. La nueva Ley se refiere a ellos con detalle diciendo que “*determinarán las obligaciones asumidas por cada una de las partes para la financiación de los servicios y prestaciones del Sistema*”. Hay que entender que para la Administración General esta determinación no constituye sólo el desglose territorial del mínimo de protección garantizado, figurando como una partida única en los Presupuestos Generales del Estado e incorporando, además, el incremento previsto en el art. 10.2 de la LPAPAPD a que nos referimos.

Estos convenios recogerán los criterios de reparto que habrán sido incorporados previamente al marco de cooperación administrativa. El art. 32 de la Ley que analizamos exige que tales criterios tengan en cuenta la población dependiente, la dispersión geográfica, la insularidad y los emigrantes retornados, sin perjuicio de que puedan establecerse otros factores. Los criterios obligatorios son lógicos, ya que todos ellos inciden sobre el coste de los servicios. Pero además son positivos porque permiten realizar el principio de solidaridad territorial entre Comunidades. El principio de población dependiente es lógico y básico, y los de dispersión geográfica e insularidad realizan una solidaridad justa y plausible. Los convenios pueden ser anuales o plurianuales y, lógicamente, podrán ser revisados por las partes.

La competencia de las CC.AA. es amplísima, como corresponde a la atribución que hace la Constitución en materia de asistencia social a estas entidades. La LPAPAPD en su art. 11 hace una enumeración compleja e incluso proliza de tales competencias, que abarcan todo el ciclo de la actividad administrativa: planificación, dirección, gestión, coordinación, creación y actualización de Registros de Centros y Servicios, elaboración de los programas individuales de atención, inspección, sanción, evaluación del funcionamiento del sistema e información a la Administración General del Estado. Podría decirse incluso que las CC.AA. tienen la competencia residual: todo lo que no está atribuido a otra Administración les corresponde a ellas. Aspecto importante, ya que la Administración General del Estado tiene, como ya vimos, sus competencias muy delimitadas, y la Administración municipal y provincial (Entidades Locales) detentan una atribución bastante confusa.

La competencia de las Entidades Locales (que serán principalmente los municipios) está establecida de manera, en mi opinión, insatisfactoria. El art. 12.1 de la LPAPAPD dispone que “*Las Entidades Locales participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia, de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye*”.

Este precepto sugiere algunas observaciones. Primera, conocer si las normas de las Comunidades Autónomas, y la de mayor rango de ellas, que será una ley, pueden imponer a las Entidades Locales un determinado comportamiento en materia de servicios de atención a personas dependientes. Es cierto que el art. 148.1.20ª de la Constitución dispone que “*las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: (...) asistencia social*”. Pero también hay que tener en cuenta que el mismo art. 148.1 de la Ley Fundamental, en su apartado 2º, señala como competencia de las CC.AA. “*las alteraciones de los términos municipales comprendidos en sus territorio y,*

en general, las funciones que correspondan a la Administración del Estado sobre las Corporaciones Locales y cuya transferencia autorice la legislación sobre Régimen Local”.

Con este texto, habría que estar a una autorización normativa de transferencia de lo que dispone la Ley 7/1985 a la que nos referiremos inmediatamente. En efecto, hay que considerar que la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (no derogada por la LPAPAPD) enumera en su art. 25 las competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, que corresponden a los municipios y, entre ellas, la *“prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social”* (apartado k).

Por otra parte la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos, atribuye competencias diversas a los municipios, e incluso prevé que las Corporaciones Locales amparen y colaboren con la iniciativa privada en tareas de integración social mediante asesoramiento técnico, coordinación, planificación y apoyo económico.

Así las cosas, las dudas se mantienen sobre las cuestiones siguientes:

- a) La vigencia, en el aspecto de asistencia social que aquí nos interesa, de la Ley 7/1985. Mi opinión es que, con independencia de que no haya sido derogada por la LPAPAPD, mantiene su capacidad normativa, dado lo dispuesto por la Constitución en su art. 148.1.2ª. Todo ello sin necesidad de insistir en que la Ley Fundamental, en su art. 140, garantiza la autonomía de los municipios.
- b) La Ley 13/1982, de Integración Social de Minusválidos también sigue viva y, como vimos, con importantes obligaciones (y competencias) a cargo de los municipios.

En resumen, la participación de los Entes Locales en la asistencia social a personas discapacitadas no está bien definida en la nueva Ley. Esta norma concede un protagonismo casi absoluto a las Comunidades Autónomas, de manera que las Entidades Locales *“participarán en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia de acuerdo con la normativa de sus respectivas Comunidades Autónomas y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye”*. No me parece aceptable que la autonomía municipal pueda quedar reducida a la aplicación de las normas de la Comunidad Autónoma de que se trate. Hay que reconocer, no obstante, que el último inciso del art. 12.1 que comentamos dice *“(…) y dentro de las competencias que la legislación vigente les atribuye”*. ¿Quiere esto decir que las competencias de la Ley 7/1985 y de la Ley 13/1982 van a continuar inalterables?

Entrando en otro tema, la participación de las Entidades Locales y, concretamente, de los municipios en el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se hará en la forma y condiciones que el propio Consejo disponga (art. 12.2 de la LPAPAPD). Es decir, que frente a la representación de las Administraciones General y Autonómica, que tienen su fuente en la ley, la de la Administración Local tiene su origen en un acuerdo del Consejo. Me parece una discriminación que no se justifica.

Volviendo al tema de la competencia en sentido estricto, conviene recordar su carácter concurrente aunque haya una primera delimitación. Debería de establecerse una norma sobre competencia territorial que dispusiese que las actuaciones de los administrados ante un órgano incompetente producen efectos jurídicos, y que el órgano que se considere incompetente está obligado a indicar al interesado cual es el competente y a

remitir a éste las actuaciones del interesado. En definitiva, sería una norma de garantía y servicio a las personas discapacitadas.

IV. ASOCIACIONISMO DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA.

El derecho de asociación tiene en nuestro ordenamiento naturaleza constitucional y sólo está sometido a las limitaciones y al requisito de publicidad establecidos por el art. 22 de la Ley Fundamental. De aquí que el hecho de que las personas en situación de dependencia puedan asociarse no sugiera ninguna observación particular. Dicho esto resulta de interés indudable lo dispuesto en el art. 4.e) de la LPAPAPD, de conformidad con el cual *“las personas en situación de dependencia tendrán derecho (...) a participar en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, ya sean a título individual o mediante asociación”*.

Participar a título individual en la aplicación de las políticas (normalmente servicios) pertenece a la normalidad y a la lógica de los servicios mismos. Más aún, si estos tienen una naturaleza tan personal como los que se prestan a las personas dependientes. No se concibe la teleasistencia, ayuda a domicilio, servicios de centro de día y de noche y de atención residencial sin la participación de los interesados individualmente considerados.

Cuestión muy distinta es la participación asociativa en la aplicación y formulación de las políticas a que nos referimos. En cuanto a la aplicación, se concretará en una actividad de verificación y, en definitiva, de inspección. En consecuencia podrán formular observaciones, presentar propuestas alternativas a las Administraciones correspondientes e interponer quejas y reclamaciones desde la legitimación que, según hemos visto, les atribuye la ley.

Más difícil es la precisión de la participación asociativa en la formulación de las políticas de atención a las personas dependientes. En mi opinión esta facultad, que hay que juzgar como muy positiva, se concretará en dos aspectos y momentos distintos. Primero, el informe previo de los proyectos que apruebe el Consejo Territorial del sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia sobre las materias que son de su competencia. Se tratará de un informe obviamente no vinculante, pero que deberá ser tenido en cuenta expresamente por el Consejo, motivando su separación del mismo. Segundo, un informe sobre la ejecución de las funciones del mismo Consejo Territorial y, en general, sobre las políticas de asistencia a personas dependientes. Este informe *a posteriori* debería de acompañar al que debe remitir anualmente el Gobierno a las Cortes en cumplimiento de la Disposición Final Sexta y de la memoria del Consejo Territorial, al que va unido, así como al dictamen de los órganos consultivos.

Estas asociaciones, por lo demás, estarán legitimadas para interponer el recurso contencioso-administrativo cuando resulten afectados los intereses de sus miembros o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos de sus representados.

V. RECURRIBILIDAD CONTRA NORMAS JURÍDICAS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE ASISTENCIA A LA DEPENDENCIA.

Los recursos contra las decisiones públicas (normas jurídicas y actos administrativos) en la asistencia social a las personas dependientes no precisan mayores reflexiones, ya que

son los mismos que los que pueden interponerse contra las actividades normativas o administrativas de los poderes públicos. El art. 4 j) de la LPAPAPD reconoce, en términos generales, que: *“Las personas en situación de dependencia tendrán derecho (...) j) A iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la presente Ley en el apartado primero de este artículo. En el caso de los menores o personas incapacitadas, estarán legitimadas para actuar en su nombre quienes ejerzan la patria potestad o quienes ostenten la representación legal”*. Hay que entender que esta recurribilidad puede ejercitarse corporativamente, dado el reconocimiento del derecho de asociación que lleva a cabo el art. 4.2.e) de la misma Ley.

En resumen, cabe lógicamente el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso contencioso-administrativo contra normas reglamentarias y actos administrativos. Igualmente los recursos administrativos correspondientes de alzada y potestativo de reposición, en relación con los actos que determinen la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones (y que tendrán la naturaleza de tasa, como ya vimos en su momento) así como la reclamación económico-administrativa correspondiente, dado el carácter tributario de aquella figura.

C. PRIORIDAD DE LOS DISCAPACITADOS EN EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y UTILIZACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

I. INTRODUCCIÓN.

El acceso de los ciudadanos en la adjudicación preferente de bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas (principalmente vivienda) y el acceso a los servicios públicos ha requerido siempre el establecimiento de prioridades. Unas veces, por las mejores condiciones económicas en que los bienes públicos son prestados en relación con el mercado. En otras ocasiones porque éste, el mercado, no ha ofrecido regularmente y de manera accesible tales bienes. La universalidad ha sido una regla formal que no siempre ha podido verificarse en la realidad.

En la medida en que el Estado del Bienestar se fue extendiendo (más prestaciones sociales y un arco de destinatarios más amplio), el establecimiento de prioridades jugó un papel más importante. La diferencia entre la oferta y la demanda de bienes públicos era acusada, y la ampliación de ésta requería continuamente un mayor esfuerzo fiscal. Es así como comienzan a señalarse los peligros de este tipo de Estado, y como sus detractores o simplemente críticos ponen sobre la mesa su insostenibilidad. La sustitución del Estado de Bienestar por el Estado Social y la intensificación de éste ha demostrado que los citados temores carecían de una fundamentación sólida, y que la solución tenía que venir por una gestión más austera, por un mayor esfuerzo fiscal y por el establecimiento de prioridades claras.

II. EL LUGAR DE LA ASISTENCIA SOCIAL A PERSONAS DISCAPACITADAS EN LA JERARQUIZACIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS.

Esta asistencia social, integrada por un conjunto extenso de servicios, de prestaciones de dar (subvenciones) y de beneficios fiscales, ocupa un lugar preferente en los Estados de nuestros días, con cierta independencia de la ideología del poder político establecido,

salvo algunas excepciones que no hacen más que confirmar la regla. Es cierto que los Estados y las Administraciones Públicas consideran prioritarios sus servicios esenciales: defensa, seguridad ciudadana, justicia y el mantenimiento de sus propias estructuras administrativas. Sin embargo, una vez cubierto este cimiento, la asistencia ocupa un lugar preferente de esta jerarquización, medida en términos de participación en el gasto público global y en el reconocimiento expreso de principios básicos como la universalidad en el acceso de los ciudadanos a las prestaciones, la atención integral y la calidad de los servicios. Gastar ha sido siempre señalar prioridades, y la extensión del Estado Social en nuestros días ha venido a respaldar aún más esta observación. La atención a las personas en situación de dependencia, por lo que aquí interesa, ha seguido una línea ascendente.

Desde un punto de vista lógico, las cosas no podían ser de otra manera. La discapacidad genera una mayor intensidad en las necesidades humanas, y la dificultad para encontrar bienes y servicios sustitutivos es mayor también para estas personas. Incide en muchos casos que una persona pueda actuar por sistema en las actividades económicas. El crecimiento de la asistencia social a estas personas está plenamente justificado.

Desde una perspectiva estrictamente constitucional, el reconocimiento expreso de la dignidad humana y del principio, en otros casos, de solidaridad social, por un número cada vez mayor de Constituciones tenía que conducir al mismo resultado. La Constitución Española no puede ser más rotunda: “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamentos del orden político y de la paz social”. La reinstauración de la democracia abrió la puerta a medidas concretas de asistencia social en los órdenes asistencial, fiscal, laboral, de la Seguridad Social y urbanístico. Un conjunto de medidas sectoriales del mayor interés que se estudian en otro capítulo de este trabajo.

La nueva Ley 39/2006 prevé su aplicación progresiva en ocho años, comenzando por las situaciones más graves y urgentes. Es una medida acertada, en espera de conocer el coste de la asistencia social en términos apoyados en la realidad y, también, en la acumulación de experiencias del mayor interés.

Como he indicado anteriormente, la consideración de la asistencia social a personas discapacitadas en un lugar preferente de las actividades públicas es acertada y, en mi opinión, indiscutible. Admitido esto, los problemas se desplazan hacia otros campos: establecimiento de obligaciones a cargo de los privados, formas de gestión de los servicios y técnicas de apoyo a estos administrados y a sus familias. En otras palabras, a partir del carácter esencial de la asistencia a que nos referimos, la reducción de su coste tiene que venir, no limitando las prestaciones y su calidad, y sí gestionando de la forma más eficaz posible y avanzando en el camino de la colaboración y, por ello, de la cofinanciación.

La nueva Ley a que nos referimos permite ahondar en estas líneas de apertura a la colaboración y la coordinación. Entre sus principios, que enumera su art. 3, se encuentra la participación de la iniciativa privada en los servicios y prestaciones de promoción de la autonomía personal y atención a la situación de dependencia, así como la participación, igualmente del tercer sector, en las mismas actividades (apartados m y n). Igualmente, la participación en la gestión de las personas en situación de dependencia y,

en su caso, de sus familias y entidades que las representen (apartado k). La cooperación administrativa, finalmente, se eleva también a la categoría de principio (apartado ñ).

En resumen, la Ley permite un juego muy amplio a la colaboración y coordinación, principios que, debidamente utilizados, pueden conducir a objetivos de mayor calidad y menor coste. La gestión eficaz es una meta que debe procurarse día a día. La Ley llega a exigir al Consejo Territorial del Sistema el establecimiento de criterios e indicadores de calidad.

III. INICIACIÓN DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS: LABORALES, EMPRESARIALES Y PROFESIONALES.

La iniciación de actividades de esta naturaleza, y el mantenimiento en ellas, constituye el objetivo de la integración plena de las personas discapacitadas. El tratamiento y la rehabilitación son etapas plenas e importantes, pero la realización de una actividad económica constituye la fase culminante y, como hemos dicho, la que permite hablar de integración.

El mandato a los poderes públicos del art. 49 de la Constitución se concreta, principalmente, en un imperativo al Poder Legislativo. En efecto, las medidas necesarias para facilitar el acceso de las personas discapacitadas a la actividad económica requieren de una norma con rango de ley: la reserva de puestos de trabajo en las plantillas empresariales, las deducciones fiscales en el Impuesto sobre Sociedades, las bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social, el establecimiento de líneas de crédito especiales, el otorgamiento de subvenciones para inversión, etc., suelen exigir una ley; en unos casos, por tratarse de materias cubiertas por la reserva de ley, y en otros supuestos porque, al estar ya reguladas por una norma legal, necesitan de otra de su mismo rango para su modificación. De aquí, como hemos dicho ya, que el mandato constitucional se concrete, principalmente, en un imperativo al legislador ordinario.

Las medidas de apoyo a la iniciación de actividades económicas son, como es bien sabido, diversas, y se estudian en otros capítulos de esta investigación. Por lo que se refiere a la actividad laboral, el Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, establece diversas medidas concretas: la reserva de puestos de trabajo del 2% de la plantilla total de la empresa, con la posibilidad excepcional de que, en determinadas circunstancias y cumpliendo determinados requisitos, se apliquen medidas alternativas; subvenciones concedidas a las empresas por cada contrato de trabajo celebrado y durante su vigencia; bonificaciones en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedad profesional y las de recaudación conjunta cuando la contratación se concrete en grupos de trabajadores determinados y, entre ellos, las personas con discapacidad; formación profesional de los trabajadores; subvenciones a las empresas para la adaptación de los puestos de trabajo o dotación de medios de protección personal necesarios para evitar accidentes laborales al trabajador discapacitado, etc.

El apoyo al inicio de una actividad laboral por personas discapacitadas se establece también en las normas fiscales. La Ley del Impuesto sobre la Renta de Sociedades, Texto Refundido aprobado por RDLeg. de 5 de marzo de 2004, establece una deducción en la cuota íntegra de 6.000 euros por cada persona/año de incremento del promedio de la plantilla de trabajadores discapacitados, deducción que se extiende al IRPF

(actividades económicas), y cuando se disponga expresamente por la norma reglamentaria correspondiente en el caso de estimación objetiva de la base imponible. La nueva LIRPF de 28 de noviembre de 2006 ha mantenido esta deducción en los mismos términos que estaba establecida anteriormente.

El inicio de una actividad laboral tiene en nuestro ordenamiento el apoyo importante de los Centros Especiales de Empleo, regulados por la Ley de Integración Social de Minusválidos (Discapacitados) de 13 de abril de 1982. La doctrina ha destacado que estos Centros tienen dos objetivos: llevar a cabo una función empresarial, ofreciendo un empleo productivo y remunerado y, al mismo tiempo, ofrecer a sus empleados un servicio de ajuste personal y social. Ya hemos visto anteriormente el trato preferente que a estos Centros concede la reciente Ley 43/2006, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo.

Distinto ha sido el tratamiento que se ha conferido al inicio de las actividades económicas empresariales y profesionales cuando son hechas por personas discapacitadas. En el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE) se contempla una exención genérica a “los sujetos pasivos que inicien el ejercicio de su actividad en territorio español durante los primeros períodos impositivos de este impuesto (...)” (art. 82.1.b. del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, TRLRHL). No hay, y debería de haberse establecido en su día, una exención temporalmente mayor para el inicio de una actividad económica por personas discapacitadas. Más aún, debería haberse establecido una exención subjetiva permanente, dado que este impuesto supone un coste fijo para el titular de la actividad y sólo puede deducirse de los ingresos para fijar la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF).

Es cierto que la discapacidad juega en el IRPF en forma de adecuación del Impuesto a las circunstancias personales del contribuyente, articulándose a través de la práctica de una reducción de la base imponible correspondiente (art. 60 de la LIRPF). Pero se trata de un ajuste de la renta del contribuyente a efectos de determinar el mínimo exento de gravamen (mínimo por discapacidad). De cualquier manera, la objeción que aquí hacemos ha perdido vigencia, dada la exención que se establece en el art. 82 del TRLRHL a favor de las personas físicas y en relación con el IAE que comentamos. La Ley 43/2006, ya citada, prevé una bonificación en las cuotas a la Seguridad Social del 50% sobre la base mínima de este régimen a las personas con discapacidad que se establezcan como trabajadores por cuenta propia (Disposición Final Sexta).

El apoyo a las personas discapacitadas para el inicio de una actividad empresarial o profesional no aparece contemplado de manera frontal en la LPAPAPD de 14 de diciembre de 2006. Esta norma regula su ayuda de forma diversa, aunque siempre desde la perspectiva de un ciudadano que es acreedor a la asistencia social que regula la propia Ley de manera, sin duda, importante. Las prestaciones económicas van vinculadas a un servicio público o concertado, a financiar cuidados en el entorno familiar y a apoyar a cuidadores no profesionales. Una ayuda para el ejercicio profesional o empresarial deberá encajarse, dentro de la nueva Ley, y utilizando una interpretación finalista o principialista, en las llamadas por el texto legal “ayudas económicas para facilitar la autonomía personal” (Disposición Adicional Tercera). Parece claro que el inicio de una actividad económica profesional o empresarial contribuye al normal desenvolvimiento de la vida ordinaria de las personas discapacitadas.

El ejercicio de una actividad profesional o empresarial requiere dos elementos básicos. Primero, la adquisición de los conocimientos necesarios para el ejercicio de la actividad de que se trate. Normalmente, la oferta formativa del sector público será suficiente para la formación científica que se requiera. La inscripción en las enseñanzas necesarias en estos centros públicos debe ser gratuita para las personas discapacitadas, debiendo ajustar el centro docente de que se trate las enseñanzas a las posibilidades de este tipo de alumnos, manteniendo el rigor científico necesario.

Segundo, la financiación necesaria para comenzar el ejercicio de las actividades económicas a que nos referimos. Ya apuntamos anteriormente la posibilidad de aplicar las “ayudas económicas para facilitar la autonomía personal” (pensadas por el legislador para otros objetivos) como uno de los tipos de financiación que podrían aplicarse al inicio de las actividades económicas. De cualquier manera, deben buscarse otros instrumentos que permitan un juego financiero más amplio. Actualmente, la opinión pública parece haber descubierto la figura de los llamados microcréditos, ya utilizada por la Administración Pública española hace casi treinta años . Puede ser una solución en bastantes casos. El solicitante no tendría que aportar una garantía externa, y sería suficiente el llamado “aval moral” de un profesional (letrado, economista, gestor administrativo) relacionado con la actividad de que se tratare y que conociese al prestatario, o de una ONG que certificase el conocimiento del solicitante del crédito. Podría añadirse, también, el conocimiento de una Administración Pública e incluso una garantía parcial (un porcentaje del préstamo). En definitiva, todas las alternativas están abiertas. Conviene advertir que, aunque el índice de morosidad fuese alto (nada justifica que necesariamente deba ser así), siempre sería inferior en coste al mismo volumen de subvenciones si el protagonismo como prestamista correspondiese exclusivamente a una Administración.

Otra alternativa sería la vinculación de un porcentaje de los microcréditos concedidos a la obra benéfico-social de las Cajas de Ahorros, de manera que el resultado de esta actividad crediticia pudiera imputarse a esta obra. Ello requeriría acometer un cambio en las normas por las que se rigen las Cajas, ya que aquellos preceptos son básicos a la hora de fijar todas las correspondientes deducciones . Pero nada es imposible, y las Cajas de Ahorro han demostrado siempre una sensibilidad social plausible. Incluso en materia de microcréditos son las primeras entidades (después del precedente administrativo citado) que han expresado una preocupación por esta figura.

Como cierre de estas consideraciones conviene recordar que los poderes públicos, por mandato de la Constitución, tienen que remover los obstáculos que se opongan a la igualdad real y efectiva de individuos y grupos (art. 9.2). Una desigualdad insalvable ante el crédito es un obstáculo importante (cuando se requiere realizar una actividad económica) ante la igualdad real y efectiva que predica nuestra Ley Fundamental.

IV. ACCESO A SERVICIOS PÚBLICOS Y AL DISFRUTE DE VIVIENDA.

1. SERVICIOS Y ACTIVIDADES SANITARIAS.

En la utilización de los servicios sanitarios las personas discapacitadas deben tener un tratamiento preferente y, más concretamente, una atención adecuada. La Ley 14/1986,

de 25 de abril, General de Sanidad, no contempla directa y específicamente la atención a personas discapacitadas.

Ya indicamos anteriormente que la frontera entre salud y asistencia social es muy fluida, pero que ello no impide que se trate de figuras distintas. Y ello sin dejar de reconocer, como ya vimos igualmente, que determinadas situaciones de enfermedad pueden generar situaciones de dependencia, y de hecho lo hacen.

Las actuaciones sanitarias del sistema de salud son, lógicamente, la educación sanitaria, la atención primaria integral de la salud, las acciones curativas, etc. La acción sanitaria más próxima a la asistencia social a las personas discapacitadas sería la asistencia sanitaria especializada y, específicamente, la rehabilitación como una de ellas.

Desde otra perspectiva, la LPAPAPD de 14 de diciembre de 2006 cubre también la mayor parte del frente sanitario, y lo hace con el detalle y la precisión propios de una ley especializada. Esta norma contempla el desarrollo coordinado entre los servicios sociales y de salud a efectos de prevención de las situaciones de dependencia (art. 21). La atención integral, en el servicio de centro de día y de noche, cubre también las actuaciones sanitarias propiamente dichas. Finalmente, el servicio de atención residencial se extiende a los servicios continuados de carácter sanitario, según dispone expresamente el art. 25.1 de la Ley.

2. ACCESO A LOS SERVICIOS Y CENTROS DE EDUCACIÓN.

La Constitución Española sienta las bases de una educación universal y su finalidad de contribuir al desarrollo de la personalidad humana. Su art. 27.1 declara que “todos tienen derecho a la educación”, y el apartado segundo de este mismo precepto establece que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece los principios por los que se rige la actividad educativa. Su art. 1 se refiere al de equidad, exigiendo que “garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de la discapacidad”. El art. 72.3 de la misma Ley cierra esta llamada al principio de equidad disponiendo que “los centros contarán con la debida organización escolar y realizarán las adaptaciones y diversificaciones curriculares precisas para facilitar a todo el alumnado la consecución de los fines establecidos”.

La realidad pone de manifiesto que las mayores dificultades se presentan en el encaje de la demanda en la oferta existente, es decir, en la escolarización del mayor número de alumnos conforme a las preferencias de las familias. La Ley Orgánica 2/2006, en su art. 84.2, ha regulado esta cuestión importante de la siguiente forma: “cuando no existan plazas suficientes, el proceso de admisión se regirá por los criterios prioritarios de existencia de hermanos matriculados en el centro o padres o tutores legales que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de los padres, rentas anuales de la unidad, atendiendo a las especificidades que para su cálculo se aplican a las familias numerosas y concurrencia de discapacidad en el alumno o en

alguno de sus padres o hermanos, sin que ninguno de ellos tenga carácter excluyente, y sin perjuicio de lo establecido en el apartado 7 de este artículo”.

Este precepto de la Ley Orgánica sugiere algunas observaciones. Primero, que se trata de criterios prioritarios que en ningún caso pueden tener carácter excluyente. Segundo, que todos ellos son muy razonables y vienen dictados por una amplia experiencia y aplicación aceptablemente pacífica. Tercero, que respetando los citados criterios, la Administración Pública podrá puntuarlos separadamente y atender a un resultado global. Finalmente, conviene advertir que la concurrencia de discapacidad en el alumno no es un criterio de gran importancia e, igualmente en alguno de sus padres o hermanos. La discapacidad constituye un criterio muy rígido frente a otros como las rentas anuales de la unidad familiar, más flexible y que permite un mayor juego. Todo ello debe conducir, en mi opinión, a una gran sensibilidad ante este criterio concreto y a la concesión de una importancia máxima.

3. ACCESO AL DISFRUTE DE UNA VIVIENDA PROTEGIDA.

Este tipo de viviendas juega como un bien público, en parte porque su calificación es hecha por una Administración Pública, y también porque las condiciones de adquisición o disfrute son más favorables que las de mercado . Interesa, pues, que las personas discapacitadas y sus familias tengan un acceso preferente a su adquisición.

El Plan Estatal 2005-2008 es sensible a la necesidad y a la justicia de que estas personas tengan un tratamiento preferente y favorable en la adquisición de estas viviendas, y a su disfrute en régimen de arrendamiento. Su aspecto de mayor interés es la determinación de los beneficiarios con derecho a protección preferente. Se trata de una definición general, en la medida en que podrá ser precisada y puntuada (baremada) por las distintas Administraciones Públicas que intervengan en el proceso, pero al mismo tiempo básica, porque no podrá ser objeto de modificación esencial. De los ocho grupos de personas con derecho a protección preferente, y que están sin duda suficientemente justificados, destacan, en mi opinión, dos de ellos: las víctimas de la violencia de género y víctimas del terrorismo y las personas con discapacidad y sus familias. Se trata de situaciones subjetivas de una gran rigidez, necesidad y urgencia, lo que justifica una prioridad dentro de la protección preferente.

Con independencia de este aspecto general, el citado Plan 2005-2008 establece beneficios concretos de distinta naturaleza a favor de las personas discapacitadas: exoneración de la prohibición de transmitir o de ceder el uso de las viviendas durante el plazo mínimo de diez años, exoneración igualmente para la obtención de ayudas financieras de no haber obtenido previamente estas ayudas durante los diez años anteriores, obtención de subvenciones en condición de inquilinos y consideración especial de la discapacidad a efectos de determinar la cuantía de la ayuda estatal a la entrada. Se trata de medidas de apoyo concretas que merecen, sin duda, un juicio positivo.