

UC Berkeley

**Latin American and Caribbean Law and Economics Association
(ALACDE) Annual Papers**

Title

LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL Y LA PROMOCIÓN DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES: UN
NUEVO RETO PARA EL DERECHO PRIVADO

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/5nc0j6ms>

Author

García Garnica, María del Carmen

Publication Date

2009-06-03

“LA PROTECCIÓN PATRIMONIAL Y LA PROMOCIÓN DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES: UN NUEVO RETO PARA EL DERECHO PRIVADO”¹

*María del Carmen García Garnica
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Granada*

ABSTRACT

La atención a los dependientes constituye actualmente un reto para los poderes públicos, tanto estatales como autonómicos, que deben sustituir a las personas que tradicionalmente prestaban atención y cuidados a este colectivo de la población. Estos cuidados se efectuaban dentro del ámbito familiar y se prestaban primordialmente por las mujeres, quienes ayudaban a estos familiares auxiliándolos y atendiendo sus necesidades básicas. Pero, el modelo tradicional de familia ha evolucionado. Por un lado, está integrada por un menor número de personas, lo que limita las posibilidades de encontrar entre sus miembros quienes puedan realizar estos servicios. Además, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral en las últimas décadas, dificulta el hecho de que ellas sigan asumiendo de forma prioritaria la protección y cuidado de sus familiares dependientes. Resulta por lo tanto necesaria una revisión del sistema tradicional de atención a las personas dependientes, para asegurar que todas ellas reciban los cuidados que necesitan. Y ello, por imperativo de la salvaguarda de la dignidad humana y el derecho de igualdad.

La aprobación de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, el 14 de diciembre de 2006, ha venido a significar la ampliación de los derechos sociales a través de la implantación progresiva del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, constituyendo lo que se ha dado en llamar “el cuarto pilar del Estado del Bienestar”, tras el Sistema nacional de Salud, el Sistema educativo y el de Pensiones. Su incidencia va más allá del establecimiento de nuevos servicios sociales, por cuanto se proclama un nuevo derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Este Sistema tiene por objeto cubrir las necesidades de más de 1.200.000 personas que precisan de apoyos para desempeñar las actividades básicas de la vida diaria. Cifra que se prevé que aumente hasta los 1.500.000 aproximadamente en torno al año 2.020.

No obstante, la sostenibilidad económica por parte de los poderes públicos del sistema de autonomía y atención a la dependencia está puesta en entredicho. De ahí, la conveniencia y oportunidad de reflexionar acerca de los instrumentos privados que pueden complementar la cobertura pública de esta situación. Especial interés tiene en este orden de consideraciones, por lo novedoso de su consagración en sede de dependencia en nuestro ordenamiento, analizar el rol de la hipoteca inversa y el seguro privado, como mecanismos de cobertura de los gastos asociados a los cuidados de larga duración propios de las situaciones de dependencia.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía, “Análisis interdisciplinar de los instrumentos de protección y promoción de las personas dependientes” (código P08-SEJ-04088).

KEYWORDS: *Family Law and Economics; Private law and dependency; future financing of long-term cares; dependency insurance; reverse mortgage; and other private instruments for the economic protection and promotion of dependent persons.*

JEL Classification: *J14 (Economics of the Elderly; Economics of the Handicapped), K1 (Law and Economics), A12 (Relation of Economics to other disciplines), D6 (Welfare Economics)*

1. LA IMPORTANCIA DE LA DEPENDENCIA

A lo largo de los últimos años, los países desarrollados han tomado conciencia de la trascendencia cualitativa y cuantitativa del fenómeno de la dependencia². Esta preocupación se traduce, en primer lugar, en el intento de delimitación conceptual de la propia situación de dependencia, entendiéndose por tal, en términos generales, la situación de carácter permanente en la que se encuentran aquellas personas que, por razones de edad, enfermedad o discapacidad física o psicológica, carecen de capacidad funcional para desarrollar actividades básicas de la vida diaria, sin el auxilio de terceras personas o de otros apoyos para su autonomía personal.

Dos son por tanto los elementos característicos de la dependencia. De un lado, la incapacidad para realizar actividades de la vida diaria³. De otro, la necesidad de cuidados o asistencia por parte de una tercera persona. Cuidados que, por definición, se precizarán de forma prolongada en el tiempo (*long term cares*).

Un primer dato a subrayar a partir de esta delimitación conceptual, es que la situación de dependencia no presupone la incapacitación jurídica de la persona, ni necesariamente la limitación de su capacidad de obrar, aunque en ocasiones una y otra puedan concurrir. De modo que la atención de la situación de dependencia no encuentra respuesta, mas que en su caso parcial, en las categorías clásicas de nuestro Derecho civil, centradas prioritariamente en la consideración de la capacidad de autogobierno de la persona, entendida básicamente como su aptitud para comprender y querer el alcance de sus actos y, por ende, realizar válidamente actos y negocios jurídicos; pero no en la de su autonomía y capacidad funcional⁴.

Asimismo, hay que destacar que la situación de dependencia no está ligada necesariamente a la edad, ya que al margen de este factor, su origen puede deberse a ciertas enfermedades o discapacidades, tanto físicas como psicológicas. No obstante, es indiscutible que su incidencia se incrementa exponencialmente en el caso de las personas mayores, ya que el alargamiento de la vida eleva sensiblemente el riesgo de perder la autonomía y la capacidad funcional para realizar por uno mismo las

² Como señala SEMPERE NAVARRO, “la dependencia es, sin duda, un fenómeno global” (vid. el prólogo a la obra de I. BAVIERA PUIG, *La protección de la dependencia: Un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, pág. 17).

³ La Organización Mundial de la Salud, en la clasificación internacional de deficiencias adoptada en Ginebra en 1997, incluye seis actividades de la vida diaria: asearse; vestirse; comer y beber; el cuidado del propio bienestar; preparar la comida y cuidar de la vivienda y la participación en la movilidad.

⁴ Conforme al art. 200 CC “son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Presupuesto lo cual, el art. 215 CC se limita a disponer que “la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos en que proceda, mediante: 1º. La tutela. 2º. La curatela. 3º El defensor judicial”.

actividades cotidianas de la vida diaria, sin necesidad de asistencia alguna. Las cifras revelan que alrededor del 80% de los casos de dependencia se producen entre los mayores de 65 años. Asimismo, se advierte que mientras un 32% de las personas mayores de 65 años adolecen de alguna discapacidad, en el resto de la población ese porcentaje se reduce al 5%⁵.

Este hecho no hace sino acentuar la trascendencia del fenómeno, toda vez que la evolución demográfica de la población mundial, y de la española en particular, se caracteriza por un progresivo y creciente envejecimiento. Es más, se advierte no sólo un “envejecimiento de la población”, entendida como relación existente entre el número de personas mayores de 65 años con respecto al número total de la población; sino también un fenómeno de “envejecimiento del envejecimiento”, en la medida en que cada vez la esperanza de vida tanto de hombres como mujeres se prolonga más en el tiempo, determinando un aumento, dentro de la población mayor de 65 años, del segmento de mayores de 80 años. Todo lo cual, no hace sino incrementar el riesgo y el número efectivo de personas en situación de dependencia⁶.

2. PRINCIPALES FACTORES DETERMINANTES DE LA PROBLEMÁTICA SOCIO-ECONÓMICA DE LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA

En un principio y tradicionalmente, la protección de las personas dependientes por su edad o estado de salud se había asumido en el seno de las familias y, destacadamente por las mujeres, sobre todo en los países mediterráneos. Este hecho hacía que el fenómeno de la dependencia no se sintiera como un problema social.

Sin embargo, en una rápida evolución, la confluencia simultánea de una serie de fenómenos demográficos, así como sociales y económicos ha hecho que la atención de las personas dependientes se erija en problema socio-económico y global de primer orden.

2.1. EL FACTOR DEMOGRÁFICO: EL INCREMENTO DE LAS PERSONAS DEPENDIENTES

Como se ha advertido, la preocupación por los organismos nacionales e internacionales por la atención y promoción de la autonomía de las personas dependientes viene determinada por la creciente relevancia cuantitativa del fenómeno.

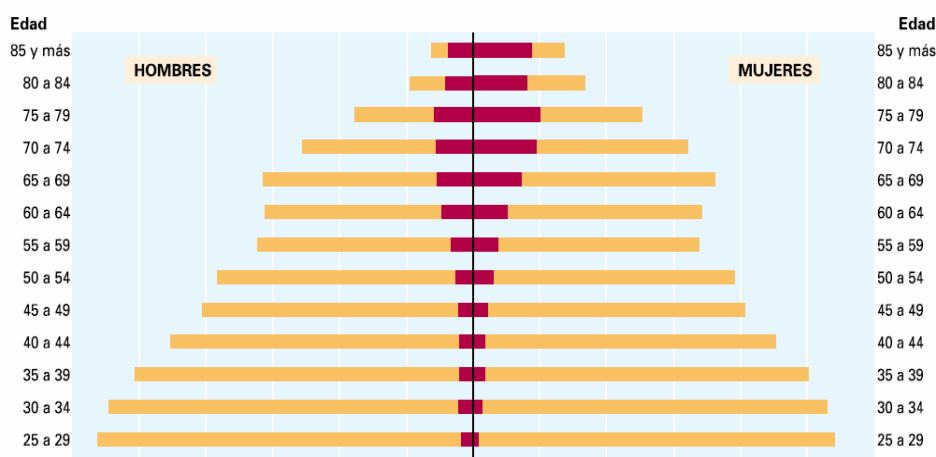
Desde el punto de vista demográfico, una pluralidad de factores ha determinado el aumento del número de personas dependientes. Entre ellos, nuestro propio legislador subraya el incremento de las tasas de supervivencia en ciertas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas, debidas a los avances de la ciencia y la medicina; el incremento de personas con falta de autonomía funcional debido a accidentes, en particular en los ámbitos vial y laboral; y, sobre todo, el progresivo envejecimiento de la población, determinado a un tiempo por el alargamiento de la esperanza de vida de la población y la paralela caída de la tasa de natalidad.

⁵ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (BOE núm. 299, 15 diciembre)

⁶ Este hecho es advertido por el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006. En ella, se señala que la población de personas mayores de 65 años se ha duplicado en los últimos 30 años (pasando de 3,3 millones en 1970, esto es un 9,7% de la población total; a más de 6.6 millones en 2000, lo que supone un 16,6% de la población total). Al tiempo que el número de personas con más de 80 años se ha duplicado en tan sólo veinte años.

Los estudios estadísticos revelan, en efecto, que la tasa de personas con discapacidad y con dificultades para realizar actividades básicas de la vida diaria aumenta considerablemente en el caso de las personas mayores de 65 años; advirtiéndose, además, que las mujeres presentan una mayor tasa de discapacidades que los hombres a partir de los 45 años de edad, cuya diferencia no hace sino aumentar en términos absolutos a medida que lo hace la edad de ambos segmentos de población⁷.

Gráfico 1. Pirámide de población con discapacidad superpuesta a la pirámide de población general



Fuente: Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD). Año 2008 (www.ine.es)

Estos datos nos ilustran de la evidencia de que la mayor esperanza de vida de la que en la actualidad disfrutamos conlleva un incremento del riesgo de padecer alguna discapacidad o, lo que es igual, de que una vida más larga no es sinónimo de vida saludable, sino que en muchos casos entraña un aumento del tiempo vivido con mala salud.

Advertida la relación existente entre los fenómenos de dependencia y envejecimiento de la población, hay que destacar que aunque este último es un fenómeno global, España se encuentra a la cabeza de los países más envejecidos del mundo. Dato que no resulta baladí, dada la mayor exposición de su población al riesgo de padecer situaciones de dependencia que ello supone.

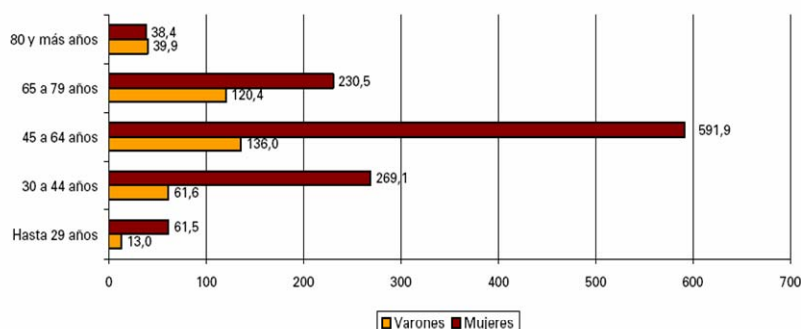
2.2. EL FACTOR SOCIOLÓGICO: DE LA ATENCIÓN FAMILIAR A LA ATENCIÓN SOCIAL

Junto al dato cuantitativo, del incremento de las personas en situación de dependencia o con riesgo de encontrarse a largo o medio plazo en esta situación, la evolución del entorno familiar y social de las personas dependientes en los últimos años constituye un factor no menos importante de la creciente preocupación institucional por una adecuada protección y atención a las personas dependientes.

⁷ A título ilustrativo, en el grupo de 85 y más años, por cada 100 mujeres con alguna discapacidad, sólo hay 41 hombres. Aunque en términos relativos lo cierto es que a mayor edad la tasa masculina se acerca mucho a la femenina, representando un 90% de ésta. De modo que la diferencia del número total de hombres y mujeres con discapacidad a esas edades se explica por la mayor mortalidad masculina en edades avanzadas, lo que hace que haya más mujeres en esas edades (www.ine.es).

Tradicionalmente, en particular en los países mediterráneos, la necesaria atención asistencial e incluso económica de las personas dependientes ha quedado cubierta por sus familiares y allegados, esto es, por cuidadores informales y no profesionales⁸. Más concretamente, han sido y siguen siendo las mujeres las que han venido asumiendo de forma prioritaria el cuidado de los hijos y de sus padres, cuando éstos, por edad o enfermedad, han visto limitada su capacidad para valerse por sí mismos a la hora de realizar las actividades básicas de la vida diaria⁹.

Personas que reciben cuidados personales según el grupo de edad y sexo del cuidador (miles de personas)



Fuente: Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD). Año 2008 (www.ine.es)

Esto ha determinado que, hasta fechas recientes, sólo de forma muy limitada, y no específica, la Seguridad social haya dado cobertura a las situaciones de dependencia. Básicamente, a través de las pensiones de jubilación e incapacitación y los servicios de asistencia sanitaria.

Ahora bien, diversos factores tanto sociales como demográficos están cambiando esta realidad. Entre ellos, hay que destacar en primer lugar la incorporación de la mujer al mercado laboral, de forma masiva a partir del último cuarto del siglo XX, en la medida en que este hecho dificulta la posibilidad de que ésta siga asumiendo su

⁸ De hecho, según los datos de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD-2008), realizada por el Instituto Nacional de Estadística en colaboración con el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte (a través de la Dirección General de Políticas Sectoriales sobre Discapacidad y el IMSERSO), la Fundación ONCE, CERMI y FEAPS, en un total de 3,3 millones de hogares españoles reside al menos una persona que afirma tener una discapacidad, lo que supone un 20,0% de los hogares españoles. En 608.000 de estos hogares la persona con discapacidad vive sola. No obstante, el caso más frecuente es el hogar de dos miembros donde uno de ellos presenta alguna discapacidad (vid. http://www.seg-social.es/imserso/estadisticas/est_edad2008.html).

Partiendo de estas cifras, según los datos del IMSERSO, en la mayor parte de los casos esas personas están atendidas por personas de su propia familia (vid. IMSERSO, *Situación y evolución del apoyo informal a los mayores en España. Informe de resultados*. Madrid, 2004; <http://www.imsersomayores.csic.es>).

⁹ Según los datos del estudio EDAD-2008 del INE, antes citado, el perfil de la persona principal que presta cuidados personales es una mujer, de entre 45 y 64 años, que reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados. Más concretamente, el 76,3% de las personas identificadas como cuidadoras principales son mujeres; un 43% son hijas, un 22% son esposas y un 7,5% son nueras de la persona cuidada. Por edad, por cada hombre de hasta 64 años que realiza estas tareas hay cuatro mujeres cuidadoras. Si bien, en el tramo de 80 y más años las tareas de cuidadores se reparten equitativamente por sexos. Por lugar de residencia del cuidador principal, el 79,3% reside en el mismo hogar que la persona a la que presta cuidados. Para el 20,7% restante, nueve de cada 10 cuidadores son mujeres (vid. http://www.seg-social.es/imserso/estadisticas/est_edad2008.html; y <http://www.imsersomayores.csic.es/documentacion/documentos/registro.jsp?id=1002>).

tradicional papel de cuidadora de los familiares en situación de dependencia. Junto a ello hay que destacar que el modelo tradicional de familia, caracterizado por un relevo intergeneracional que de *facto* venía a asegurar el cuidado de los mayores por parte de sus descendientes, se ve desplazado en la actualidad por un incremento de familias monoparentales, lo que unido al significativo descenso de la natalidad, dificulta ese relevo intergeneracional.

En definitiva, los cambios del entorno social y de la estructura familiar han hecho que la atención de las personas dependientes se revele como un problema social de primer orden. Ello hace que frente al modelo tradicional de atención y cobertura de las necesidades de las personas dependientes por parte de su entorno familiar y personal, exista una creciente demanda de cuidados profesionales y del apoyo económico y asistencial de las instituciones públicas para garantizar una adecuada atención y promoción de la autonomía de las personas dependientes, así como la adopción de programas de ayuda para la prevención de la situación de dependencia. Sin pasar por alto la demanda de que se dé cierta cobertura y respaldo a la labor desempeñada por los cuidadores informales, reconociendo la importancia social y económica de su labor y adoptando medidas de cara a mejorar su información, formación y su calidad de vida¹⁰.

2.3. EL FACTOR ECONÓMICO

Considerada desde el punto de vista estrictamente económico, es evidente que la cobertura de las necesidades asistenciales y de promoción de la autonomía de las personas dependientes conlleva unos costes a largo plazo, tanto más significativos cuanto mayor sea su grado de dependencia, que repercuten tanto sobre el individuo, como sobre su entorno familiar y social.

Aunque hasta fechas recientes el cuidado de las personas dependientes ha venido siendo atendido de forma principal por cuidadores informales o no profesionales, que no perciben remuneración¹¹, ello supone un claro coste económico indirecto. Los estudios realizados evidencian que la obligación de cuidar de familiares dependientes se traduce en un incremento de las tasas de no incorporación al mercado laboral o abandono del trabajo, con la consiguiente reducción de los ingresos del núcleo familiar; y en los supuestos en que los cuidadores informales tratan de compaginar esta labor con su

¹⁰ A este respecto hay que destacar, como señala ZARIT, que “el cuidado de las personas mayores dependientes se ha identificado como uno de los factores que más estrés aporta, desembocando en conflictos familiares, laborales, disminución de tiempo libre y actividades sociales, y trastornos clínicos” (“Intervention with family caregivers”, en ZARIT y KNIGHT (eds.), *A guide to psychotherapy and aging. Effective clinical interventions in a life stage context*, Washington. 1996). En el mismo sentido, vid. IMSERSO, *Situación y evolución del apoyo informal a los mayores en España. Informe de resultados*. Madrid, 2004; <http://www.imsersomayores.csic.es>)

De hecho, siguiendo la experiencia de otros países, la Ley 39/2006, aparte de la posibilidad de reconocer una prestación económica para cuidados familiares, advierte la necesidad de que el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promueva acciones de apoyo a los mismos, que incluyan programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso (art. 18). Por su parte, el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

¹¹ Según un estudio del IMSERSO, *Las personas mayores en España, perfiles y reciprocidad familiar*, elaborado en 1995, se estimaba que el 88.6% de los cuidadores de personas dependientes son cuidadores informales”. En el estudio del IMSERSO, *Situación y evolución del apoyo informal a los mayores en España. Informe de resultados*. Madrid, 2004, la tasa de cuidadores informales es de un 89.3 para las tareas domésticas (limpiar, planchar, hacer la comida, etc.), un 92.1 % para las tareas cotidianas (salir a la calle, compras, médicos, etc.); y un 76.1 % para los cuidados personales (asearse, vestirse, comer, etc.).

ocupación profesional se advierte un incremento de las tasas de absentismo laboral, del uso de días de permiso, de disminución de la productividad, etc.¹².

Estos costes se acucian cuando la situación personal o familiar del dependiente impone recurrir a la prestación profesional de cuidados y servicios asistenciales, técnicos o residenciales; cuyos costes a menudo son difíciles de asumir por un ciudadano medio, y además suelen prolongarse durante un largo periodo de tiempo.

A todo lo cual, debemos añadir que estas necesidades se plantean en un gran número de supuestos cuando el dependiente, por su edad o su estado de salud, ya no está en el mercado laboral, con la consiguiente reducción de sus ingresos. De modo que sus ingresos disminuyen a la par que se incrementan los gastos para atender sus necesidades sanitarias y asistenciales¹³.

En definitiva, la imposibilidad de dar una adecuada respuesta a las necesidades asistenciales y económicas de las personas dependientes en el seno familiar ha impuesto la necesidad de profesionalizar los cuidados y de hallar fórmulas para el sostenimiento económico de este colectivo. Al tiempo que, por imperativo del derecho de igualdad, se impone la necesidad de articular toda una serie de medidas que permitan a las personas dependientes el disfrute de sus derechos, incrementando su autonomía y su calidad de vida¹⁴. No en vano, es preciso subrayar que la adecuada atención a la dependencia es un problema que atañe a la dignidad de la vida humana¹⁵.

3. DEPENDENCIA Y ESTADO DEL BIENESTAR

3.1. PRINCIPALES MANIFESTACIONES INSTITUCIONALES

El carácter global y la creciente importancia del fenómeno de la dependencia, por los factores ya expuestos, han llevado a nuestro legislador a advertir expresamente que uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de

¹² Así lo ponía de relieve el informe de la situación en Estados Unidos realizado en 1995 por ICEA (Investigación Cooperativa entre Entidades Aseguradoras y Fondos de Pensiones), *Seguros de Salud y Long term care*, Informe nº 600. En nuestro país, el estudio de 2004 del IMSERSO, ya citado, pone de relieve entre los principales problemas económicos que padecen los cuidadores informales, que un 26,4% no puede plantearse trabajar fuera de casa, un 15% tiene problemas económicos, un 11,7% ha tenido que dejar de trabajar, un 11,2% ha tenido que reducir su jornada laboral, un 10,7% tiene problemas para cumplir con sus horarios y un 7,2% declara que su vida laboral se ha resentido.

¹³ Recientemente el informe anual sobre protección social e inclusión social elaborado por la Comisión Europea con datos correspondientes a 2007, indica que España se encuentra, junto con Grecia e Italia, entre los países donde las transferencias sociales reducen menos el riesgo de pobreza, alrededor del 17%. En dicho informe se advierte, además, que España es el segundo país de la Unión Europea con un mayor porcentaje de población en riesgo de pobreza, el 20%, una cifra sólo superada por Letonia (21%) y en el mismo nivel que Italia y Grecia. En particular, se señala que en España están en situación de riesgo las personas de edad avanzada (28%) y los niños (24%). Fuente: Europa Press, 10 de marzo de 2009. A mayor abundamiento, cfr. también, www.mtas.es y www.europa.eu.int/comm/eurostat/.

¹⁴ Así lo proclama expresamente nuestro legislador, disponiendo en el art. 1 de la Ley 39/2006 que esta Ley “tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, en los términos establecidos en las leyes”.

¹⁵ En diversas ocasiones así lo pone de manifiesto el Libro Blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad y del IMSERSO. También la Resolución 46/91 sobre Principios de las Naciones Unidas a favor de las Personas de Edad establece los principios de independencia, participación, cuidados, autorrealización y dignidad.

países desarrollados es la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida¹⁶.

La preocupación a nivel internacional, ante el fenómeno globalizado del envejecimiento de la población, no es nueva. De modo que encontramos toda una serie de documentos elaborados por distintos organismos internacionales en los que se advierte la necesidad de prestar atención y dar una respuesta a los problemas que suscita este fenómeno, entre los que cabe destacar sin ánimo exhaustivo las aportaciones de Naciones Unidas, el Consejo de Europa, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Internacional del Trabajo y la propia Unión Europea. A partir de los cuáles, el reconocimiento de derechos sociales en el área de los cuidados de larga duración ha venido a configurar lo que se conoce como “cuarto pilar del Estado del Bienestar”.

Las primeras manifestaciones institucionales de esta preocupación se remontan a los años setenta del pasado siglo. En tales fechas, la importancia de esta problemática ya se había hecho sentir en los países más industrializados de Europa, lo que dio lugar a las primeras recomendaciones del Consejo de Europa en la materia. Entre ellas¹⁷, mención especial merece la Recomendación nº (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la dependencia, que se ha constituido en referente de las normas nacionales de los distintos países europeos, empezando por la propia delimitación de la noción de dependencia¹⁸.

Por su parte, ante la expansión de este fenómeno por los distintos países, la ONU celebró en Viena, el año 1982, la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento; a la que seguiría una segunda celebrada en Madrid el año 2002¹⁹. Entre los documentos elaborados por esta organización internacional cabe destacar la resolución 46/91 de su Asamblea General, de 16 de diciembre de 1991, por la que se aprueban los Principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad, asentados sobre los de independencia, participación, cuidado, autorrealización y dignidad; así como la resolución de 1993 por

¹⁶ Vid. la Exposición de Motivos de la Ley Ley 41/2007.

¹⁷ A título ilustrativo, véanse la Recomendación N R (87) 22 del Comité de Ministros sobre la detección y atención de las personas mayores, la Recomendación N R (90) 22 del Comité de Ministros sobre la protección de la salud mental de ciertos grupos vulnerables de la sociedad, la Recomendación N R (91) 2 del Comité de Ministros relativa a la Seguridad Social de los trabajadores sin estatuto profesional (los cuidadores de las personas en el hogar con responsabilidades familiares y los voluntarios), la Recomendación N R (92) 6 del Comité de Ministros relativa a una política coherente para las personas minusválidas, y la Recomendación N R (84) 24 del Comité de Ministros sobre la contribución de la Seguridad Social a las medidas preventivas.

¹⁸ Esta recomendación define la dependencia como “un estado en el 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 a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria”. Matizando que “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” y que “la dependencia económica no está contemplada en esta recomendación”.

¹⁹ En ella, los países participantes adoptaron dos documentos claves: una Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento Madrid 2002. En ambos documentos los gobiernos se comprometieron a diseñar y ejecutar medidas para enfrentar los retos que plantea el envejecimiento, además de proponer más de un centenar de recomendaciones sobre tres temas prioritarios: a) las personas de edad y el desarrollo, b) el fomento de la salud y el bienestar en la vejez y c) la creación de un entorno propicio y favorable para ellos. Asimismo, se otorgó el mandato a las comisiones regionales para que trasladaran el Plan de Acción Internacional a planes de acción regionales, adecuados, entre otras, a las especificidades demográficas, económicas y culturales de cada región del mundo, con el objetivo de hacer operativas las recomendaciones propuestas.

la que se aprueban las “Normas para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”.

En el seno de la Unión Europea, la preocupación por el envejecimiento de la población y su repercusión tiene igualmente un fuerte arraigo desde hace décadas. Por destacar algunos hitos de esta preocupación política, cabe destacar que ya en 1982, a raíz de la primera Asamblea sobre el Envejecimiento de Naciones Unidas, el Parlamento Europeo elaboró una resolución sobre la situación y los problemas de las personas de edad avanzada. El año 1993 fue declarado el “Año de las Personas de Edad Avanzada y de la Solidaridad entre las Generaciones”, convocando el Parlamento de las Personas Mayores. Este acontecimiento constituyó la base de una importante resolución del Parlamento, del año 1994, sobre las políticas que afectan a las personas mayores. En octubre de 1998 organizó una conferencia europea titulada “Las personas mayores en el siglo XXI - una nueva vida”. Y sobre la base, entre otras cosas, de esta conferencia adoptó en abril de 1999 una resolución que debe considerarse una contribución al Año Internacional de las Personas Mayores, proclamado por las Naciones Unidas para ese mismo año. A su vez, la Comunicación de la Comisión “Hacia una Europa para todas las edades” (COM(99)221) puso de relieve las repercusiones del envejecimiento de la población en los ámbitos del empleo, la protección social, la sanidad y los servicios sociales. En ella, se advierte que nos encontramos ante un reto con incidencia en varias e importantes dimensiones, tales como la repercusión en el relativo declive de la población en edad de trabajar y el envejecimiento de la población activa, una creciente presión sobre el sistema de pensiones y la financiación pública, una creciente demanda y necesidad de cuidados y atención sanitaria para las personas de edad avanzada, y una creciente diversidad entre las personas de edad avanzada en cuanto a recursos y necesidades. En coherencia con lo cual, advierte a los Estados la necesidad de adoptar toda una serie de estrategias tanto en materia de empleo (orientadas a fomentar y flexibilizar la posibilidad de aumentar el porcentaje de trabajadores de edad avanzada); como en materia de política de protección social (sugiriendo modificar la tendencia hacia la jubilación anticipada, por otras fórmulas de jubilación gradual; hacer que los planes de pensiones sean viables y flexibles; y establecer medidas antidiscriminatorias que protejan a las personas de edad avanzada); y de investigación social y médica en relación con el envejecimiento.

En la misma línea, el propio proyecto de Constitución Europea proclamaba como derecho fundamental de la ciudadanía “el derecho de acceso a la Seguridad y Servicios Sociales que garantizan una protección en casos (...) como la dependencia y la vejez”, recogiendo la petición de que los sistemas nacionales de protección social den cobertura a la dependencia (art. II.94). Esta previsión ha sido recogida en la Carta europea de derechos fundamentales²⁰, cuyo artículo 34.1. proclama que “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 dependencia o la vejez (...), según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales”.

Finalmente, y sin ánimo exhaustivo, han sido de gran utilidad a la hora de consensuar la delimitación conceptual de la situación de dependencia, y dotar de herramientas y criterios para la valoración de esta situación y sus diferentes grados, las orientaciones de la Organización Mundial de la Salud. En particular, su Clasificación

²⁰ Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2007/C 303/01). DOUE, de 14 de diciembre de 2007, vigente a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, que tuvo lugar el pasado 1 de enero de 2009.

Internacional del funcionamiento, la Discapacidad y la Salud (CIF) constituye uno de los principales referentes del baremo de valoración de la dependencia²¹.

Ya en nuestro ordenamiento, la protección de las personas dependientes encuentra amparo al más alto nivel normativo, tanto en el artículo 14 de la Constitución, en la medida en que proclama el principio de igualdad, sin que quepa discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social; como en el artículo 50, en virtud del cual los poderes públicos asumen el deber de garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad; promoviendo, con independencia de las obligaciones familiares, su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio. Sin pasar por alto que, conforme al artículo 10 de la Constitución, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son algunos de los fundamentos del orden político y de la paz social, que en el caso de las personas dependientes corren el riesgo de quedar en meras declaraciones formales, a falta de una atención específica a su situación por la cual se promueva y garantice su atención y autonomía.

En virtud de estos preceptos, y de la configuración de nuestro Estado como social, se hacía preciso establecer el modelo de intervención de los poderes públicos para la protección de las personas dependientes, siguiendo el ejemplo de un número cada vez mayor de países de nuestro entorno²². En coherencia con ello, el Acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social, firmado por agentes sociales, representantes empresariales y el gobierno en abril de 2001²³, en su apartado octavo punto séptimo, advertía que “las partes firmantes son conscientes de que la dependencia está adquiriendo una dimensión inédita y de que su solución eficaz requiere el esfuerzo 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”. En atención a ello se acordó 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 su conjunto, a fin de diseñar y aprobar normativamente una política de atención a la dependencia, antes de que finalizara la legislatura en curso. Para ello se dispuso la constitución, en el plazo de tres meses desde la firma del Acuerdo, de una Comisión de Trabajo con la participación de los ámbitos competentes de las tres Administraciones Públicas, encomendándosele llevar a cabo un análisis y elaborar las propuestas adecuadas sobre el marco jurídico en el que ha de incardinarse la cobertura de las situaciones de dependencia, así como la elaboración de las líneas básicas de actuación en esta materia. Los trabajos de esta comisión deberían estar finalizados para antes del 30 de junio del año 2002.

²¹ Vid. <http://usuarios.discapnet.es/disweb2000/cif/>

²² A lo largo de la década de los noventa ya habían adoptado iniciativas en orden a proteger a las personas dependientes toda una serie de países europeos, siendo pioneros los países escandinavos y Holanda, seguidos por otros como Austria, Alemania, Francia, Luxemburgo.

²³ Este acuerdo se adoptó en el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social de octubre de 1996, y dentro del objetivo de consolidación del Sistema de la Seguridad Social y modernización para adecuarlo a la evolución de las necesidades sociales. En particular, las partes declaran expresamente que “creen llegado el momento de abordar iniciativas que permita al Sistema de Seguridad Social enfrentarse a los retos futuros. Por eso, se considera necesario introducir la jubilación flexible, seguir avanzando en la contributividad y equidad del Sistema, así como en la mejora de las prestaciones, *prestando atención a las situaciones de dependencia*”.

A su vez, en octubre de 2003 el pleno del Congreso de los Diputados aprobó la renovación del Pacto de Toledo²⁴, con una recomendación adicional 3ª en la que se proclamaba la necesidad de configurar un sistema integrado que abordara desde la perspectiva de globalidad el fenómeno de la dependencia y una pronta regulación que defina la dependencia, la situación actual de su cobertura, los retos previstos y las posibles alternativas para su protección²⁵.

La reflexión acerca del modelo a seguir para atender a este colectivo se plasmó en la elaboración del Libro Blanco sobre la “Atención de las personas en situación de dependencia en España”, en 2004, por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familias y Discapacidad y del IMSERSO. En él se hace un análisis del estado de la cuestión, para finalmente sentar las bases de la actual regulación normativa de la protección de las personas dependientes.

El Libro Blanco, tras destacar los principales hitos normativos de la mejora de la protección social en nuestro país en la década de los años noventa²⁶, proclama como objetivos del Gobierno de España en esta década “dar un nuevo paso en la profundización del Estado del Bienestar y en la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos mediante el desarrollo de un nuevo sistema de protección a las personas en situación de dependencia y a sus familias, convergiendo de esta forma con los Estados más avanzados de la Unión Europea que ya nos han antecedido en dar una respuesta a estos problemas” y el de “promover que las personas con graves discapacidades tengan acceso, como un derecho subjetivo, a la prestación de los servicios sociales”.

De conformidad con las bases sentadas en el Libro Blanco, nuestro legislador aprobó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia²⁷, con el reto de “atender las necesidades de quienes requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía”²⁸.

3.2.EL SISTEMA PARA LA AUTONOMÍA Y LA ATENCIÓN DE LA DEPENDENCIA DE LA LEY 39/2006

En coherencia con la configuración del Estado como social, la Constitución española de 1978 estableció dentro de los principios rectores de la política económica y

²⁴ El 15 de febrero de 1994, el Congreso de los Diputados aprobó la Proposición no de Ley del grupo parlamentario de CiU, por la que se creaba una ponencia, en el seno de la Comisión de Presupuestos, con la finalidad de analizar los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y señalar las principales reformas que deberían acometerse en un futuro para garantizar su viabilidad. La Comisión de Presupuestos alcanzó un año después, el 30 de marzo de 1995, un acuerdo sobre el informe emitido por la ponencia, el denominado “Pacto de Toledo”, en referencia al lugar donde se elaboró, que fue ratificado el 6 de abril del mismo año por el Pleno del Congreso. El Pacto significó un firme compromiso de todos los grupos parlamentarios con el sistema público de pensiones de la Seguridad Social.

²⁵ Vid. el Informe de la Comisión no permanente para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. 596, 2 de octubre de 2003) y la Sesión Plenaria nº 271 del Congreso de los Diputados celebrada el jueves 2 de octubre de 2003, en donde se procedió a la votación de los votos particulares y del propio Informe (Diario de Sesiones núm. 284, de 2 de octubre de 2003).

²⁶ Destaca, así, iniciativas como la Ley de Integración Social de las Personas con Minusvalía de 1982 (LISMI), la Ley General de Sanidad de 1986, la puesta en marcha del Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales en 1988, la generalización del sistema de pensiones, mediante la Ley de Prestaciones no contributivas de 1990 y la puesta en marcha del Plan Gerontológico en 1992.

²⁷ BOE núm. 299, 15 diciembre.

²⁸ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006.

social, una serie de previsiones en relación a la responsabilidad de los poderes públicos en orden a asegurar el bienestar de los ciudadanos y, en particular, recogió el derecho de los españoles a la protección social, en su concepto más general, bajo un escenario de índole pública y de carácter universal.

Expresamente, como ya se ha apuntado, dentro de los principios rectores de la política social y económica, el artículo 41 de la norma fundamental dispone que “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 prestaciones complementarias serán libres”. A su vez, el artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud, disponiendo que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios; así como fomentar la educación sanitaria, la educación física y el deporte, y facilitar la adecuada utilización del ocio. El artículo 49 dispone 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. Y, en particular, 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”.

Aunque de estos preceptos cabe inferir el deber de los poderes públicos de promover la autonomía y la atención de las personas dependientes, hay que destacar que en ellos no se establecen derechos inmediatamente exigibles ante los tribunales, sino que su eficacia precisa de desarrollo legislativo²⁹. Por lo que se refiere específicamente a la atención de las personas dependientes, el desarrollo normativo específico de las previsiones constitucionales sólo se ha visto satisfecho recientemente a través de la aprobación de la Ley 39/2006.

En coherencia con ello, y con la asunción de prestación social de cuidados de larga duración como cuarto pilar del Estado del bienestar, la Ley 39/2006 ha diseñado por primera vez en nuestro ordenamiento un sistema público de atención específicamente orientado a las personas dependientes³⁰. Para ello, y en la medida en que las competencias en materia de asistencia social están atribuidas a las Comunidades Autónomas (art. 148.1 CE), el legislador ha establecido un sistema basado en la cooperación entre la Administración estatal y las autonómicas³¹, con la garantía por la

²⁹ Conforme al art. 53.3 CE, “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.

³⁰ No obstante, según el informe anual sobre protección social e inclusión social hecho público recientemente por la Comisión Europea con datos correspondientes a 2007, los gastos sociales en España como porcentaje del PIB continúan estando “perceptiblemente” por debajo de la media de la UE (el 20,9 % en 2006 frente al 26,9 % de la media comunitaria). Ello provoca que España se encuentre, junto con Grecia e Italia, entre los países donde las transferencias sociales reducen menos el riesgo de pobreza, alrededor del 17%. Al respecto, vid. *supra*, nota 13.

³¹ Cfr., a este respecto, los arts. 1, art. 3.l) y o), 6 a 12 (en particular), 40.4 y 47 de la Ley 39/2006.

Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español³².

Esto presupuesto, el sistema para la autonomía y atención de la dependencia (SAAD) se asienta sobre dos pilares. De un lado, en el establecimiento y delimitación de tres grados de dependencia, cada uno de los cuales integra a su vez dos niveles en función de la mayor o menor autonomía de la persona e intensidad del cuidado que requiera. Y de otro, en la previsión de las prestaciones públicas a satisfacer en función del grado de dependencia.

Por lo que se refiere al primero, el Capítulo III de la Ley se ocupa de la valoración de la dependencia estableciendo que ésta se clasificará en los siguientes grados:

- a.) el Grado I, dependencia moderada, corresponde a aquellos supuestos en los que la persona necesita ayuda 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.
- b.) el Grado II, dependencia severa, se refiere a los supuestos en los que la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.
- c.) el Grado III, gran dependencia, engloba los supuestos en que 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.

Como se observa, el parámetro de valoración de la dependencia o falta de autonomía de la persona viene determinado por su capacidad para realizar o no por sí sola actividades básicas de la vida diaria (ABVD). La Ley precisa que se entienden como tales “las 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”³³.

Con estos parámetros, la valoración será llevada a cabo por los órganos correspondientes de cada Comunidad Autónoma, conforme a los criterios comunes establecidos en el baremo propuesto por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia y aprobado por el correspondiente Real Decreto³⁴.

³² En coherencia con ello, esta Ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, que consagra el art. 140.1.1 de la Constitución (vid. Disposición Final octava de la Ley 39/2006). En cuanto al nivel mínimo de protección del sistema para la autonomía y atención a la dependencia garantizado por la Administración General del Estado, vid. el Real Decreto 99/2009, de 6 de febrero, por el que se modifica el RD 614/2007, de 11 de mayo de 2007.

³³ Art. 2.3 Ley 39/2006.

³⁴ Vid. la Resolución de 23 de mayo de 2007, por la que se publica el acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, por el que se establecen los acuerdos en materia de valoración de la situación de dependencia; y el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2007; corrección de errores, BOE núm. 119, de 18 de mayo).

Una vez reconocida la situación de dependencia y el consiguiente derecho a las prestaciones del sistema³⁵, la Ley prevé que los servicios sociales correspondientes establezcan un Programa Individual de Atención, en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado y nivel, previa consulta o, incluso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario y, en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen³⁶.

Las prestaciones establecidas en la Ley son prioritariamente de carácter asistencial y excepcionalmente económicas, destinándose en todo caso a la promoción de la autonomía personal y a la atención de las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria.

Por lo que se refiere a las prestaciones asistenciales, el artículo 15 establece un catálogo de servicios que se prestarán a través de la Red de Servicios sociales de las respectivas Comunidades Autónomas, mediante centros tanto públicos como privados concertados debidamente acreditados; previéndose, asimismo, la promoción de 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 (art. 16). Tales servicios se clasifican en servicios de prevención de las situaciones de dependencia y promoción de la autonomía personal (art. 21), servicios de teleasistencia (art. 23), servicios de ayuda a domicilio (art. 23), servicios de centro de día y de noche (art. 24), y servicios de atención residencial (art. 25). No obstante, en previsión de la posibilidad de que la red de servicios no pueda atender toda la demanda existente, la Ley establece como criterio de prioridad en el acceso a los servicios el grado y el nivel de dependencia y, a igualdad de grado y nivel, la capacidad económica del solicitante, en cuya valoración se tendrá en cuenta la renta y el patrimonio del solicitante, tomando en consideración su edad y el tipo de servicio que precise (art. 14.6 y 7).

Las prestaciones económicas constituyen la excepción en el sistema de atención a la dependencia establecido en la Ley 39/2006. De un lado, se prevé que las personas que en aplicación de los criterios de prioridad antes referidos no puedan acceder a la prestación de un servicio por parte del sistema público tendrán derecho a una prestación económica, de carácter periódico, vinculada a la adquisición del servicio en cuestión (art. 17). Excepcionalmente, a fin de posibilitar la permanencia del dependiente en su domicilio y en su entorno familiar, y siempre que concurren los requisitos establecidos en la Ley, se prevé la posibilidad de reconocer una prestación económica para cuidados familiares o no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención (art. 14.4, en relación con el art. 18). Por último, la Ley prevé la posibilidad de que las personas en situación de gran dependencia reciban una prestación económica destinada a la contratación de una asistencia personal, durante cierto número de horas, que facilite a los beneficiarios 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 (art. 14.5, en relación con el art. 19). El Consejo Territorial del SAAD determinará las condiciones específicas de acceso a esta prestación y, en general, la cuantía de las prestaciones

³⁵ El reconocimiento será declarado por resolución de la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante, pero con validez en todo el territorio del Estado (art. 28.3 Ley 39/2006).

³⁶ Art. 29.1 Ley 39/2006.

económicas previstas en el SAAD, para su posterior aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto (arts. 18.4 y 20)³⁷.

La implantación del SAAD así diseñado de forma íntegra y sin un periodo amplio de *vacatio legis* habría tenido un impacto en el sistema público difícil de asumir. Por ello, hay que destacar que la Ley ha sujetado la eficacia de las prestaciones que en ella se consagran a un calendario de implantación progresiva del sistema a partir del año 2007 que, en principio y a menos que el Consejo Territorial del SAAD sugiera otra cosa, habrá de culminar en el año 2014³⁸.

3.3. EL SOSTENIMIENTO PÚBLICO DE LA DEPENDENCIA Y SUS LIMITACIONES

Aunque a lo largo del siglo XX la intervención del Estado, fundamentalmente a través de la Seguridad social, ha sido la garante de un adecuado nivel de vida de las personas mayores y discapacitadas, en la actualidad cada vez son más las voces que ponen en tela de juicio la sostenibilidad económica de este modelo en la actualidad. Todo ello, unido a la emergencia de una nueva situación protegida, como es la dependencia, cuyo tratamiento ha sido considerado como la asignatura pendiente dentro del sistema de protección social.

Entre los factores que llevan a cuestionar la sostenibilidad de este modelo, hay que hacer especial mención, una vez más, a los factores demográficos, que revelan que el creciente número de personas en situación de dependencia, debido al envejecimiento de la población y el incremento de la esperanza de vida, ha ido acompañado de una caída de la tasa de natalidad. A su vez, y en parte como corolario de lo anterior, se advierte un creciente desequilibrio entre cotizantes y pensionistas, que no se ve sino agudizado en una época de recesión económica.

En definitiva, la actual evolución demográfica y económica llevan a poner en tela de juicio la capacidad del Estado para acometer con éxito un sistema de protección social de las personas en situación de dependencia eficiente, de calidad y sostenible; puesto que el Estado no puede, o al menos no debe, asumir un endeudamiento ni un gasto ilimitado. Así lo advierte, no sólo la doctrina³⁹, sino también nuestro legislador⁴⁰.

³⁷ Vid. el Real Decreto 73/2009, de 30 de enero, por el que se regulan las prestaciones económicas de la Ley 39/2006 para el ejercicio 2009, así como el Real Decreto 74/2009, de 30 de enero, por el que se determina el nivel mínimo de protección garantizado a los beneficiarios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia para el ejercicio 2009.

³⁸ A tal efecto, el apartado 1º de la Disposición Final primera de la Ley 39/2006 dispone la eficacia que las prestaciones reconocidas en la Ley serán efectivas a partir del 1 de enero del año 2007 para el Grado III de Gran Dependencia, niveles 1 y 2; en el segundo y tercer año de vigencia de la ley (esto es, 2008 y 2009) para el Grado II de Dependencia Severa, nivel 2; en el tercer y cuarto año de vigencia (2009 y 2010) para el nivel 1 del Grado II; en el quinto y sexto año (2011 y 2012) para el Grado I de dependencia moderada, nivel 2; y, finalmente, en el séptimo y octavo año (2013 y 2014), para los dependientes de Grado I y nivel 1.

No obstante, este calendario no es definitivo, toda vez que el apartado 3º de esta misma disposición final establece que tras los tres primeros años de aplicación progresiva de sus previsiones, esto es en 2010, el Consejo Territorial del SAAD realizará una evaluación de los resultados de la misma, proponiendo las modificaciones en la implantación del Sistema, que en su caso se estimen procedentes.

³⁹ SASTRE IBARRECHE (“Pensiones públicas y edad avanzada: una visión general (1)”, *La Ley*, 2009; y *Protección jurídica de los mayores*, Ed. La Ley, Madrid, 2004) destaca que, aunque el Estado del bienestar se ha asentado hasta ahora, en gran medida sobre la intervención del Estado y en particular en la Seguridad social, en épocas de recesión económica se hacen especialmente patentes los límites de tipo económico que ésta presenta. En el mismo sentido, por todos, vid. GONZÁLEZ RABANAL, “Luces y sombras de la globalización: el futuro de los sistemas de bienestar”, *Estudios sobre consumo*, núm. 61, 2002, págs. 53 y ss., y en “La necesidad de repensar el Estado de Bienestar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 31, 2001, págs. 15 y ss.; DURÁN LÓPEZ, “Origen, evolución y

Frente a ello, se sugiere la necesidad de introducir soluciones privadas en la protección social de la dependencia, por toda una serie de motivos entre los que cabe destacar los siguientes: a) la necesidad de paliar la falta de medios de la de la Seguridad social; b) la conveniencia de evitar que el Estado se endeude de forma ilimitada; c) la posibilidad de que el sector privado contribuya al mantenimiento de una estructura de coste racional, reduciendo el gasto sanitario público y aportando criterios de eficiencia basados en su experiencia en la gestión de riesgos y el control selectivo de servicios; d) y la posibilidad de que el aseguramiento privado contribuya, mediante la aplicación de los principios mutual y de solidaridad, a soportar el coste de difícil asunción que supone la condición de persona dependiente para los afectados y su entorno⁴¹.

Apuntada esta polémica, hay que concluir que la protección pública, aunque lógico corolario del carácter social de nuestro modelo de Estado, no ha de ser entendida como excluyente del sector privado, ni desde la perspectiva de prestación de servicios, ni desde la perspectiva financiera. Así se ha demostrado en la experiencia europea, donde aunque la cobertura pública de la dependencia es la principal solución existente, la presencia de fórmulas de financiación o prestación de servicios privadas son una realidad relevante⁴². De modo que, pese a la existencia de un importante soporte público para la protección de este tipo de riesgo en los países desarrollados, constituyéndose en el cuarto pilar del Estado del bienestar; dadas las limitaciones de esta solución cada vez se demanda con más fuerza la colaboración del sector privado en la materia, observándose una paulatina introducción de sistemas privados complementarios que ayudan en la gestión y financiación del modelo público. El recurso a instrumentos privados se ve impulsado, además, por la creciente sensibilización de la población con respecto a esta contingencia.

En coherencia con lo expuesto, la propia Ley 39/2006, tras diseñar un sistema público de atención a la dependencia, en su artículo 33 prevé la participación de los beneficiarios en la financiación de las prestaciones públicas, en función del tipo y coste del servicio y de su capacidad económica personal, encomendando el desarrollo de esta previsión al Consejo Territorial del SAAD, en el marco de los convenios de cooperación que a tal efecto se suscriban entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas⁴³. Además, la Ley habilitó en su Disposición

tendencias del Estado del Bienestar”, *Relaciones Laborales*, I, 1996, pág. 557. Sobre el carácter cíclico de la controversia sobre la viabilidad económica del sistema de Seguridad Social, vid. LÓPEZ GANDÍA y OCHANDO CLARAMUNT, “Crisis económica y estado del bienestar”, *Revista de Derecho Social*, núm. 1, 1998, pág. 75.

⁴⁰ A título ilustrativo, la Exposición de Motivos de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas (BOE núm. 285, de 29 de noviembre) señala que “en todos 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”.

⁴¹ Vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *El seguro privado dentro de la protección social de la dependencia: perspectivas y riesgos asociados*, 2001, págs. 42 y 43.

⁴² Vid. a este respecto el análisis de la experiencia de algunos países de la Unión Europea y la OCDE recogido en el Capítulo XI del Libro Blanco sobre la atención a las personas en situación de dependencia, *cit.*, en particular, págs. 34, 39, 57 y ss., 69-70, y 74.

⁴³ Vid. art. 10 Ley 39/2006; así como la Resolución de 2 de diciembre de 2008, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre determinación de la capacidad económica del beneficiario y sobre los criterios de participación de éste en las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

A este respecto, ya el Libro Blanco apuntaba que “la participación de la persona afectada o su familia en el coste de la dependencia se está consolidando en todos los sistemas mediante el copago de una parte del servicio o financiación de la diferencia entre la prestación y el coste del servicio. Es un medio de responsabilizar al ciudadano y controlar el coste. Todos los sistemas reconocen la ayuda asistencial para los que no tienen medios con que pagar la parte diferencial entre prestación y servicios.

Adicional 7ª al Gobierno para promover, en el plazo de 6 meses, las modificaciones legislativas oportunas para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia y establecer el tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia.

4. PRINCIPALES INSTRUMENTOS PRIVADOS PARA EL SOSTENIMIENTO ECONÓMICO DE LA DEPENDENCIA

Como se infiere de las consideraciones anteriores, la promoción de la autonomía y la protección de las personas dependientes es un problema harto complejo, transversal y multidisciplinar, en el que convergen a un tiempo toda una serie de aspectos y retos sociales, económicos, jurídicos, laborales, etc.; sin que exista un modo milagroso (en el sentido de eficiente, barato, inmediato, completo y universal) para afrontarlos⁴⁴. En cualquier caso, la generalidad del fenómeno ha puesto de relieve prácticamente desde un primer momento la necesidad de hacer converger en la atención de la dependencia los esfuerzos públicos y privados, y ello, tanto a nivel asistencial⁴⁵, como a nivel financiero. En este sentido, como ya se ha destacado y en un momento en el que cada vez son más las voces que cuestionan y reflexionan sobre la sostenibilidad y los límites del sistema público⁴⁶, nuestro legislador ha dejado de forma expresa abierta la puerta a la contribución privada al sostenimiento económico de la dependencia.

La primera intervención normativa en nuestro ordenamiento en orden a promover el recurso a instrumentos privados de cobertura de las situaciones de dependencia, fue la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, que trató de incentivarlos a través de la previsión de beneficios fiscales, en cumplimiento de los dictados de la OCDE. Inmediatamente después, la Ley 39/2006, aparte de prever en su articulado la posibilidad de que los beneficiarios de las prestaciones de dependencia participen en su financiación, en función del tipo y coste del servicio y su capacidad económica personal (art. 33), habilitó en su Disposición Adicional 7ª al Gobierno para promover las modificaciones legislativas oportunas para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia y establecer el tratamiento fiscal de los instrumentos privados de cobertura de la dependencia. En cumplimiento de ese mandato, la Ley 41/2007⁴⁷ acometió por primera vez en nuestro ordenamiento la regulación de dos instrumentos ya utilizados en otros ordenamientos jurídicos en orden a la cobertura privada de las situaciones de

Los seguros privados en la actual situación son contemplados como medio de apoyo o complemento al seguro público pero en ningún caso como instrumento protector predominante” (*loc. cit.*, pág. 69).

⁴⁴ Así lo subraya SEMPERE NAVARRO, en su prólogo a la obra de BAVIERA PUIG, INMACULADA, *La protección de la dependencia: un estudio global. Claves para su aplicación y desarrollo legislativo*, Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 22.

⁴⁵ A este respecto, y junto a los cuidados a personas dependientes prestados por instituciones públicas y cuidadores profesionales, se ha hecho preciso reconocer y dar respaldo institucional a la labor que en este punto desempeñan las instituciones del Tercer sector y las personas del entorno familiar de los dependientes, los denominados por la Ley como cuidadores no profesionales o informales. A este respecto, vid. el art. 18.4 y la Disposición Adicional 4ª de la Ley 39/2006, así como el RD 615/2007, de 11 de mayo, regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia; y la Resolución de 2 de diciembre de 2008, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

⁴⁶ Vid. *supra*, nota. 38.

⁴⁷ Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE núm. 294, de 8 de diciembre).

dependencia. De un lado, la hipoteca inversa, por la que se ofrece a aquellas personas que ya se encuentren en situación de dependencia de movilizar su patrimonio inmobiliario, obteniendo a partir de él unos flujos de renta que les permitan paliar las necesidades económicas aparejadas a esta situación, incrementando su autonomía y bienestar. De otro, el seguro de dependencia, dirigido a aquellas personas que quieran cubrir el riesgo de incurrir en una situación de dependencia.

En términos generales, los fines de estos instrumentos no son otros que promover y salvaguardar la independencia de sus beneficiarios, garantizar la capacidad de recursos para afrontar el coste de los cuidados ligados a la situación de dependencia en caso necesario, y complementar, que no sustituir, las prestaciones públicas, disminuyendo la presión económica que la atención a la dependencia supone para el erario público.

4.1. LA HIPOTECA INVERSA

4.1.1. Concepto y finalidad

Atendido el coste económico que conllevan los cuidados y servicios a largo plazo que precisan las personas dependientes, y por consiguiente el incremento de sus necesidades de renta, la hipoteca inmobiliaria pretende ofrecerles un instrumento financiero a través del cual hacer líquido su patrimonio inmobiliario, obteniendo a partir de él recursos económicos que contribuyan a cubrir sus necesidades económicas e incrementar su autonomía y bienestar. Como señala el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007, con la consagración de esta modalidad de hipoteca en nuestro ordenamiento se pretende “contribuir a paliar uno de los grandes problemas socioeconómicos que tienen España y la mayoría de países desarrollados: la satisfacción del incremento de las necesidades de renta durante los últimos años de la vida”. El desarrollo de un mercado de hipotecas inversas para aumentar las rentas de los mayores ofrece un gran potencial de generación de beneficios económicos y sociales. La posibilidad de disfrutar en vida del ahorro acumulado en la vivienda aumentaría enormemente la capacidad para suavizar el perfil de renta y consumo a lo largo del ciclo vital, con el consiguiente efecto positivo sobre el bienestar⁴⁸.

Advertida su utilidad social y económica, esta Ley recoge los elementos esenciales de la hipoteca inversa en su Disposición Adicional Primera⁴⁹, remitiendo en lo no regulado a la legislación supletoria correspondiente, y la incentiva fiscalmente. La Ley trata de definir la hipoteca inversa, con manifiesta imprecisión⁵⁰, por alusión no a la garantía real, sino al préstamo garantizado por ella, señalando que se trata de un préstamo o crédito garantizado mediante hipoteca sobre un bien inmueble que constituye la vivienda habitual del solicitante, cuyos requisitos son: a) que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a los 65 años o afectadas de dependencia severa o gran dependencia; b) que el deudor disponga del importe del préstamo o crédito mediante disposiciones periódicas o únicas; c) que la deuda sólo sea exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los

⁴⁸ Vid. el apdo. VIII de la Exposición de Motivos de la Ley 41/2007.

⁴⁹ Recientemente, el RD 716/2009, de 24 de abril (BOE núm. 107, de 2 de mayo), viene a desarrollar ciertos aspectos de la Ley 2/1981 y, entre ellos, de la hipoteca inversa. .

⁵⁰ Vid. RUBIO TORRANO, “De la Ley que define la hipoteca inversa y regula otras muchas cosas”, *Aranzadi civil*, núm. 17/2007; QUESADA SÁNCHEZ, “Apuntes jurídico-civiles sobre la llamada *hipoteca inversa*: inquietudes iniciales sobre la cuestión”, *El Consultor inmobiliario*, Ed. La Ley, nº 88, marzo 2008.

beneficiarios; d) que la vivienda hipotecada haya sido tasada y asegurada contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

Atendida esta descripción, se advierte que el carácter inverso de este préstamo hipotecario viene determinado por la circunstancia de que en él es la entidad de crédito la que hace aportaciones, normalmente periódicas, a favor del beneficiario; mientras que éste no tiene que hacer reembolso alguno al acreedor. La recuperación por parte de la entidad financiera del crédito dispuesto y sus intereses, normalmente, tiene lugar cuando fallece el propietario del bien hipotecado, mediante la cancelación de la deuda por sus herederos o la ejecución de la garantía hipotecaria.

Por otro lado, y atendida la función social de este producto financiero, la Ley trata de incentivarlo mediante la concesión de una serie de beneficios fiscales, siempre que se satisfagan una serie de requisitos relativos a los bienes gravados y los beneficiarios.

4.1.2. Configuración legal y desenvolvimiento

Nuestro legislador no ha consagrado la admisibilidad de la hipoteca inversa con carácter general, sino que exige que ésta satisfaga los siguientes requisitos subjetivos y objetivos:

a) Acreedor

Los préstamos garantizados por hipoteca inversa sólo podrán ser concedidos por entidades de crédito y entidades aseguradoras autorizadas para operar en España, conforme a los límites, requisitos o condiciones que a las entidades aseguradoras les imponga su normativa sectorial. Además, deberán sujetarse al régimen de transparencia y comercialización que establezca el Ministerio de Economía y Hacienda, en orden a la protección de la clientela (DA 1.3).

En particular, la Ley impone a las entidades que concedan hipotecas inversas el deber de suministrar servicios de asesoramiento independiente a los solicitantes de este producto, teniendo en cuenta su situación financiera y los riesgos económicos derivados de la suscripción de este producto. Este asesoramiento deberá prestarse conforme a las condiciones, forma y requisitos establecidos por el Ministerio de Economía y Hacienda⁵¹. A este respecto, hay que destacar que la adecuada información precontractual a suministrar por las entidades crediticias resulta particularmente relevante teniendo en cuenta, por un lado, que nos encontramos ante una figura nueva en nuestro ordenamiento jurídico y, por otro, las peculiaridades de sus principales destinatarios, en su mayoría personas de edad avanzada.

b.) Bienes hipotecables

La definición legal de la hipoteca inversa se refiere exclusivamente a la vivienda habitual como bien susceptible de ser gravado por esta garantía real (DA 1.1).

⁵¹ Esta previsión fue criticada durante la tramitación de la norma, advirtiéndose que es poco realista la previsión de que desde las propias entidades crediticias se pueda realizar un asesoramiento independiente o imparcial respecto a las distintas ofertas que existan en el mercado, sugiriéndose su sustitución por una “información clara y precisa” sobre el producto. Vid. la enmienda número 66, presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Senado (BOCG, serie II, 6 de noviembre de 2007, núm. 130). No obstante, la redacción final tiene el mérito de no encomendar esta labor al Defensor del cliente, como inicialmente estaba previsto (cfr. en este sentido, las enmiendas número 24, 54 y 102 del Congreso, BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 9 de mayo de 2007, núm. 127-7).

Esta exigencia fue uno de los extremos más controvertidos durante la tramitación de la Ley, ya que diversos grupos parlamentarios defendían la posibilidad de que se constituyera sobre cualquier inmueble y no sólo sobre la vivienda habitual⁵². En coherencia con ello, la redacción final de la Ley admite la posibilidad de que se constituya hipoteca inversa sobre cualesquiera otros inmuebles distintos de la vivienda habitual del solicitante (DA 1.10).

Ahora bien, sólo en el caso de que se grave la vivienda habitual del solicitante la operación contará con beneficios fiscales. En particular, estarán exentas de la cuota gradual de documentos notariales de la modalidad del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados las escrituras públicas de constitución, subrogación, novación modificativa y cancelación (DA 1.7). Para el cálculo de honorarios notariales de estas escrituras, se establecerán los aranceles correspondientes a los “Documentos sin cuantía” previstos en el número 1 del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, sobre arancel de notarios (DA 1.8). Y los honorarios registrales gozarán de una reducción del 90%.

A efectos de determinar la cuantía posible del préstamo así garantizado, el bien inmueble que se pretenda gravar con hipoteca inversa será tasado, consistiendo el préstamo en un porcentaje de su valor de tasación. Cuando se alcance el porcentaje, se dejará de percibir la renta acordada, aunque la deuda seguirá generando intereses, hasta el momento de su vencimiento. Además, se exige que el bien gravado haya sido asegurado contra daños de acuerdo con los términos y los requisitos que se establecen en los artículos 7 y 8 de la Ley 2/1981, 25 de marzo de Regulación del Mercado hipotecario.

Hay que advertir que en este punto radica uno de los mayores riesgos económicos de este préstamo hipotecario. Hasta fechas recientes, los bienes inmuebles y, en particular, los inmuebles urbanos, se han considerado un valor seguro. No sólo prácticamente ajeno al riesgo de depreciación, sino que las constantes subidas de precios de los últimos años han determinado que el incremento de riqueza de los españoles se haya apoyado de forma prioritaria en la última década sobre la revaloración de los mismos, generando un aparente excedente de valor, que a través de esta hipoteca se pretende movilizar.

No obstante, se advierte que esta tendencia se ha roto en la actualidad. El pinchazo de la burbuja inmobiliaria, y la consiguiente bajada del precio de los inmuebles en general, y los urbanos en particular, pueden determinar situaciones de *negative equity* (inmuebles que valen menos que la deuda hipotecaria que gravita sobre ellos), perjudicando la solvencia de las entidades financieras. Se advierte, en definitiva, el riesgo de que una sobrevaloración del bien gravado con esta clase de hipoteca dé lugar a un fenómeno similar al padecido en Estados Unidos a raíz de las hipotecas *subprime*⁵³.

⁵² En particular, cfr. las enmiendas núm. 98 o 122 del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 9 de mayo de 2007, núm. 127-7), y las núm. 22 y 64 del Senado (BOCG, serie II, 6 de noviembre de 2007, núm. 130).

⁵³ La constatación de estos riesgos, que se acentúan en el caso de la hipoteca flotante y la hipoteca global, añadida a la inseguridad jurídica que genera la parquedad con la que la Ley 41/2007 ha desarrollado el régimen jurídico de las nuevas modalidades de hipoteca que consagra, han determinado la presentación de una Proposición no de Ley sobre modificación de la misma por el Grupo parlamentario mixto (vid. BOCG, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 119, 5 de diciembre de 2008).

Ello impone una especial prudencia a la hora de tasar el bien inmueble y determinar cuál será la cantidad máxima garantizada por el inmueble gravado por la hipoteca⁵⁴.

c.) Deudor hipotecario y beneficiarios

La Ley exige que el solicitante y los beneficiarios que éste pueda designar sean personas de edad igual o superior a 65 años o en situación de dependencia severa o gran dependencia. De manera que no toda persona dependiente puede valerse de este producto financiero.

Este punto fue muy criticado en la tramitación de la Ley, pero finalmente las enmiendas que proponían su extensión a toda persona dependiente no prosperaron⁵⁵.

En cuanto a la valoración de la dependencia, el legislador se remite a lo establecido en la Ley 39/2006.

d.) Disposición del crédito y exigibilidad de la deuda

La Ley establece que el deudor deberá disponer del crédito mediante disposiciones periódicas o únicas, hasta la cuantía máxima de crédito concedida por la entidad acreedora, en atención al valor del bien hipotecado; sin tener que hacer ningún reembolso en vida a la entidad prestamista.

Por tanto, atendido su desenvolvimiento, la principal peculiaridad de este préstamo hipotecario radica en que la deuda sólo será exigible por el acreedor y la garantía ejecutable cuando fallezca el prestatario o, si así se estipula en el contrato, cuando fallezca el último de los beneficiarios.

Excepcionalmente, se prevé la facultad del acreedor de declarar el vencimiento anticipado del crédito garantizado por hipoteca inversa en caso de que el bien hipotecado haya sido transmitido voluntariamente por el deudor hipotecario, salvo que se proceda a la sustitución de la garantía de manera suficiente. Esta previsión, que se pretende justificar por el carácter personalísimo con que se configura este préstamo⁵⁶, entraña implícitamente una limitación de la facultad de disposición del bien gravado, normalmente la vivienda habitual⁵⁷. La consagración y configuración de esta causa de

⁵⁴ Tras criticar la regulación legal, por entender que es imprecisa, crea inseguridad, falta de publicidad y especialidad, CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO (“La hipoteca inversa y el aseguramiento de intereses o de por qué tiene que ser revocada la doctrina de la DGRN sobre el anatocismo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 741, 2007) proponen la configuración de la hipoteca inversa como hipoteca de máximo, salvada la posibilidad de incluir un pacto de capitalización de intereses.

⁵⁵ Cfr. la enmienda presentada en el Congreso de los Diputados, núm. 58 (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, 9 de mayo de 2007, núm. 127-7) y las núm. 65 y 78, presentadas en el Senado (BOCG, serie II, 6 de noviembre de 2007, núm. 130).

⁵⁶ A título ilustrativo, así lo advierte la enmienda 55 del Congreso (*loc. cit.*), en la medida que el préstamo se concede en atención a las circunstancias personales del solicitante. Pero es discutible toda vez que la Ley admite la existencia de beneficiarios distintos del propietario que constituye el gravamen. Esta posibilidad puede determinar que durante la vigencia del préstamo hipotecario muera el hipotecante, sobreviviéndole otro u otros beneficiarios, en cuyo caso podrá tener lugar la transmisión *mortis causa* del inmueble, sin que la Ley prevea en esta hipótesis el vencimiento anticipado del crédito. Tal afirmación tampoco explica el hecho de que la Ley deje a salvo la transmisión forzosa del bien o, por ejemplo, su adjudicación a persona distinta del beneficiario tras una liquidación de gananciales. En este sentido, criticando esta limitación a la facultad de disponer vid. CARRASCO PERERA y CORDERO LOBATO, *ob. cit.*

⁵⁷ La previsión del vencimiento anticipado del crédito hipotecario en caso de transmisión de la finca gravada, se introdujo en el texto final de la ley, tras la aceptación de las enmiendas núm. 55 y 103 del Congreso, y 67 del Senado. En ellas, se advertía que, “en el caso de la hipoteca inversa, el préstamo o crédito tiene un carácter personalísimo, ya que está vinculado a circunstancias tales como la edad del titular. Por ello, la transmisión de la titularidad de la finca, que el proyecto no somete a ninguna

vencimiento anticipado del préstamo hipotecario fue otro de los extremos más controvertidos durante la tramitación de la Ley⁵⁸.

Una vez fallecido el deudor hipotecario o, en su caso, el último de los beneficiarios de la hipoteca inversa, sus herederos podrán cancelar el préstamo, en el plazo estipulado, abonando al acreedor hipotecario la totalidad de los débitos vencidos, con sus intereses, sin que el acreedor pueda exigir compensación alguna por la cancelación (DA 1.5). En la tramitación de la Ley se sugirió la conveniencia de establecer algún límite legal mínimo al plazo en el que los herederos pueden optar por reembolsar o no el préstamo, a fin de evitar la imposición contractual de plazos demasiado cortos por parte de la entidad prestamista⁵⁹. No obstante, estas enmiendas no prosperaron, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el correspondiente contrato de hipoteca.

Si los herederos del deudor hipotecario deciden no reembolsar los débitos vencidos y sus intereses, el acreedor sólo podrá obtener recobro hasta donde alcancen los bienes de la herencia⁶⁰. A estos efectos, y por lo que se refiere a la garantía hipotecaria, dada la peculiaridad de la forma de reembolso de este préstamo hipotecario, hay que destacar que no será de aplicación la limitación temporal en cuanto a la cobertura por la hipoteca de los intereses devengados que establece el artículo 114 LH.

4.2. EL SEGURO DE DEPENDENCIA

Otro instrumento privado con virtualidad para coadyuvar a la atención de las necesidades de las personas dependientes es el seguro de dependencia⁶¹, en cuya virtud el tomador del seguro puede cubrir el riesgo de incurrir en esta situación.

La primera alusión en nuestro ordenamiento a esta modalidad de seguro se remonta a la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social. En su Disposición Adicional 14^a, bajo la rúbrica “Informe sobre el seguro de dependencia” se establecía literalmente la previsión de que “el Gobierno, en un plazo de seis meses, presentará a las Cortes Generales un informe relativo al seguro de

restricción, debe al menor dar lugar al vencimiento anticipado del préstamo o crédito”. No obstante, llama la atención la falta de referencia a la eventual enajenación forzosa del bien hipotecado, así como a la transmisión *mortis causa*, habida cuenta la posibilidad de que el hipotecante y el beneficiario sean personas distintas y el primero fallezca antes que el segundo.

⁵⁸ En algunas enmiendas se sugería admitir ciertos supuestos de enajenación o transmisión del bien, sin que entrañaran el vencimiento anticipado del crédito. Por ejemplo, la enmienda núm. 53 del Congreso y la núm. 97 del Senado establecían que “no se considerará que el bien inmueble deja de constituir la vivienda habitual del solicitante cuando el deudor hipotecario lo alquile, se traslade al domicilio de un familiar o ingrese en una residencia para su cuidado”. En la enmienda núm. 26 del Congreso se proponía admitir la facultad del prestatario de disponer del inmueble hipotecado, previa comunicación a la entidad acreedora, siempre y cuando mantuviera el usufructo o derecho de uso y habitación vitalicio sobre la vivienda que constituye la garantía de la hipoteca. De modo que su finalidad parece ser evitar el recurso a esta clase de hipoteca con fines especulativos.

⁵⁹ Cfr. enmiendas núm. 103 y 123 del Congreso, así como las núm. 23 y 67 del Senado.

⁶⁰ Éste fue otro de los extremos más debatidos del Proyecto de Ley. La enmienda núm. 25 del Congreso y las núm. 24 y 98 del Senado proponían ceñir la responsabilidad al bien hipotecado, a fin de facilitar a las personas mayores la constitución de hipotecas inversas sin oposición de sus herederos y para proteger el patrimonio familiar de éstos. Otro tanto proponían las enmiendas núm. 100 y 124 del Congreso, y las núm. 26 y 68 del Senado, al considerar que de otro modo esta hipoteca sería más gravosa que una hipoteca normal.

⁶¹ Muy desarrollado en otros países como Alemania, Francia y EEUU (vid. HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 34 y 35; KÖBL, “El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales”, *Relaciones Laborales*, nº 17, sept. 2004, año XX, págs. 293 y ss.; y los datos recogidos en el Libro Blanco sobre la Dependencia, *cit.*).

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”. No obstante, esta previsión fue incumplida.

Algún tiempo después, el informe del año 2003 de la Comisión no permanente creada para la valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo reiteraría la necesidad de regular esta modalidad de seguro, tras advertir el insuficiente desarrollo de la previsión complementaria en España y la consiguiente necesidad de seguir reforzándola. En particular, la Comisión instó a seguir ahondando en las políticas que permitan avanzar hacia un sistema complementario de asistencia y prestaciones, externo a la Seguridad Social, con carácter claramente voluntario y financiado totalmente con aportaciones privadas independientes y no sustitutivas de las contribuciones obligatorias al sistema público de la Seguridad Social. Se trata de que la protección social voluntaria, además de orientarse específicamente a un horizonte de ahorro a medio y largo plazo, sirva de complemento y mejora a las prestaciones de la Seguridad Social, salvaguardándose siempre el principio y las bases del sistema público de pensiones, y reafirmando que dichos sistemas complementarios tienen como objetivo el complementar y no el sustituir las pensiones públicas. A tal fin la Comisión recomendó dotar de estabilidad y garantizar la neutralidad del actual sistema de previsión social complementaria, potenciar los sistemas complementarios de la Seguridad Social en el marco de la negociación colectiva y, en particular, regular un seguro de dependencia complementario de carácter privado.

En cumplimiento de estos requerimientos, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, introdujo una serie de medidas de fomento fiscal de la cobertura de la dependencia mediante seguros privados y planes de pensiones, modificando la regulación de estos últimos. Y, tan sólo un año después, la Ley 41/2007 declara venir a acometer la regulación sustantiva del seguro de dependencia, según reza su título y su Exposición de Motivos. Esta última, en su apartado VIII, destaca como uno de los instrumentos privados posibles de cobertura de la dependencia la suscripción de un contrato de seguro con entidades aseguradoras, incluidas las mutualidades de previsión social, o bien a través de un plan de pensiones.

No obstante, la esperada y declarada regulación sustantiva se limita a una aproximación al concepto de esta modalidad de seguro, sin descender a la regulación de sus especialidades.

4.2.1. Concepto y regulación

La Ley 41/2007 configura el seguro de dependencia como aquél por el cual el asegurador se obliga, para el caso de que se produzca la situación de dependencia, entendida está conforme a lo establecido en la Ley 39/2006 y en el propio contrato, al cumplimiento de la prestación convenida con la finalidad de atender, total o parcialmente, directa o indirectamente, las consecuencias perjudiciales para el asegurado que se deriven de dicha situación. El contrato podrá articularse tanto mediante pólizas individuales, como colectivas (DA 2.2).

Este contrato se registrará por lo dispuesto en esta disposición y, supletoriamente, por la Ley de Contrato de Seguro⁶² y el Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁶³.

En cuanto a los planes de pensiones, la Disposición Adicional 2ª de la Ley 41/2007 se limita a señalar que para que éstos den cobertura a la contingencia de la dependencia deberán recoger tal previsión de forma expresa en sus especificaciones, remitiéndose para lo demás a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de regulación de los planes y fondos de pensiones, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre⁶⁴ (DA 2.3).

4.2.2. Aseguradoras

El riesgo de la dependencia podrá ser cubierto por las entidades con autorización para el desarrollo de la actividad aseguradora en España en los ramos de vida o enfermedad; así como las mutualidades de previsión social, de conformidad con lo establecido en los artículos 64 a 66 del Texto Refundido de la Ley ordenación y supervisión seguros privados y su normativa reglamentaria.

4.2.3. El riesgo asegurado

Partiendo de la definición legal del contrato de seguro, como “aquel por el que 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 indemnizar dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”⁶⁵; hay que destacar que la principal peculiaridad de este contrato de seguro no es otra que el riesgo asegurado. Éste se concreta en la cobertura de la eventualidad incierta y futura de incurrir en situación de dependencia, en el grado y nivel establecido en el contrato, asumiendo la entidad aseguradora para el caso de materializarse este riesgo la obligación de satisfacer la prestación convenida⁶⁶.

Para determinar cuando ha acaecido el riesgo cubierto, esto es, la situación de dependencia, la Ley 41/2007 se limita a remitir al concepto de dependencia establecido en la Ley 39/2006 y a lo que se establezca en el contrato. Confiada, pues, en gran medida al mercado la concreción del riesgo de dependencia efectivamente cubierto por esta clase de seguros, hay que destacar que los productos que ofrecen las aseguradoras se vienen ciñendo básicamente al supuesto de gran dependencia. Por su parte, la Ley reguladora del impuesto sobre la renta de las personas físicas sólo prevé un régimen fiscal favorable para las primas de los seguros privados que cubran exclusivamente el riesgo de dependencia severa o de gran dependencia⁶⁷. De modo que el riesgo de dependencia moderada no encuentra en la práctica cobertura a través de esta fórmula.

Pero para que la dependencia pueda asegurarse, como en cualquier otro contrato de seguro, ha de ser un riesgo futuro. En consecuencia, en la medida en que la Ley 39/2006 considera, en todo caso, como personas dependientes a los mayores de 65 años, el límite de edad para la suscripción de esta clase de seguros se concreta precisamente

⁶² Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (BOE núm. 250, de 17 de octubre).

⁶³ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 6/2004, 29 octubre (BOE núm. 267, de 5 de noviembre).

⁶⁴ BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2002.

⁶⁵ Vid. art. 1 Ley 50/1980, de Contrato de Seguro.

⁶⁶ Vid. *infra* apdo. 4.2.5.

⁶⁷ Art. 51 LRPC.

en esa edad. A este respecto, y como en cualquier otro seguro de previsión, el coste será menos elevado cuanto más temprana sea la suscripción del seguro, incrementándose a medida que el tomador sea mayor.

En segundo lugar, el tomador deberá acreditar que no se encuentra, pese a ser menor de esa edad, en situación de dependencia por causa de enfermedad o discapacidad. A tal fin, las entidades aseguradoras le exigirán cumplimentar el correspondiente cuestionario de salud antes de suscribir el contrato.

Además, a fin de evitar el posible riesgo de fraude en la declaración del estado de salud, es usual prever un periodo de carencia en esta clase de seguros. De manera que si el riesgo de dependencia se materializa en ese periodo no se percibirá la prestación económica⁶⁸.

Finalmente, al objeto de paliar el riesgo económico que las situaciones de dependencia temprana entrañan para la aseguradora, éstas suelen prever un límite temporal al periodo de cobro de las prestaciones, restringiéndolas a un número máximo de años; así como la cantidad máxima asegurada, para el caso de que la prestación contratada consista en el reembolso de los gastos causados por la atención al dependiente. Todo ello, sin perjuicio de la posibilidad de prever también fórmulas de contraseguro para cubrir el riesgo económico que la situación inversa crea para el tomador del seguro, esto es, para el caso de que la dependencia tenga lugar durante el periodo de carencia previsto en el contrato de seguro, o bien para el caso de fallecimiento del asegurado sin haberse producido la situación de dependencia o incluso una vez constituida la renta vitalicia, pero antes de haber alcanzado una determinada edad; permitiendo la recuperación de las primas abonadas⁶⁹.

4.2.4. El coste del seguro de dependencia

Desde la suscripción del contrato hasta la materialización del riesgo cubierto, el tomador deberá abonar a la aseguradora una cuota periódica, de conformidad con lo establecido en el contrato.

El coste de la cuota dependerá de varios factores. Básicamente, y en primer lugar, de la edad del asegurado en el momento de la contratación y durante la vigencia del contrato, de suerte que al igual que en otras clases de seguros, la cuota se irá incrementando por tramos de edad. En segundo lugar, dependerá del tipo de prestación contratada y, en su caso, del periodo de cobro de la misma previsto en el contrato una vez que se materialice el riesgo cubierto.

Por tanto, al igual que ocurre con la mayor parte de seguros de previsión, cuanto antes nos anticipemos a la materialización del riesgo cubierto menor será el coste de la prima y mayor la efectividad del seguro. Con la ventaja adicional, en esta clase de seguros, de cubrir la posibilidad de sufrir una dependencia temprana, a la que todos estamos expuestos.

Como se ha señalado antes, dada la conveniencia y oportunidad de impulsar los instrumentos privados de cobertura complementaria de la dependencia, nuestro

⁶⁸ A título ilustrativo, la entidad MUTUAM establece en sus pólizas de dependencia un periodo de carencia de 5 años, en caso de que la dependencia derive de una situación de demencia, y de 2 años en caso de que sea consecuencia de cualquier otra enfermedad (vid. http://www.mutuam.com/cas/seguro_dependencia.asp).

⁶⁹ A título ilustrativo, el seguro de dependencia ofertado por las Cajas de Ahorro a través de Caser, prevé que si el asegurado fallece antes de los 75 años sin haber sufrido un estado de dependencia, sus beneficiarios recibirán el importe de todas las primas pagadas. A este respecto, vid. RICOTE GIL, "El tratamiento actuarial de los periodos de carencia y el contraseguro de primas en el seguro de dependencia".

legislador ha dotado de un régimen fiscal favorable la suscripción de esta clase de seguros. Para ello, la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas le da el mismo trato que al resto de instrumentos de ahorro, y en particular, el mismo que a los planes de pensiones⁷⁰.

No obstante, se advierte que esta medida parece insuficiente para impulsar esta clase de seguros, que aún no cuenta con un significativo arraigo en nuestro país, a pesar de que cada vez existe una mayor conciencia en la población acerca de la exposición a padecer en un futuro situaciones de dependencia, a causa de edad, enfermedad o accidente. En particular, desde el sector asegurador se advierte que el modelo elegido para desarrollar el seguro de dependencia es perverso porque “obliga a los ciudadanos a elegir entre ahorrar para la jubilación o ahorrar para la dependencia, puesto que los límites de ahorro fiscal anual son los mismos para ambos”⁷¹. Y, puestos a elegir, desde la Unión Española de Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (UNESPA) se advierte que la población sigue estando más inclinada a contratar un plan de pensiones que un seguro de dependencia, porque “todo el mundo sabe que sea va a jubilar, pero no hay mucha gente que asuma que necesitará el cuidado de otra persona para poder realizar cosas básicas en su vida”⁷².

En efecto, la experiencia demuestra que este producto es menos atractivo comercialmente que otros alternativos⁷³. De un lado, se advierte la existencia de una

⁷⁰ Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley 35/2006 y su art. 51. La Exposición de Motivos, en su apartado II, señala que la nueva regulación del IRPF intenta reorientar los incentivos fiscales a 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. “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, 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”.

Las reducciones a practicar sobre la base imponible general quedan limitadas a aquellas vinculadas con la atención de las situaciones de envejecimiento y dependencia, en los términos mencionados en el apartado anterior (Exposición de Motivos, apdo. III), y conforme a los límites que establece el art. 52 de la Ley.

⁷¹ Conforme al art. 52.1 LIRPF “como límite máximo conjunto para las reducciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 51 de esta Ley, se aplicará la menor de las cantidades siguientes:

a.) El 30 % de la suma de los rendimientos netos del trabajo y de actividades económicas percibidos individualmente en el ejercicio. Este porcentaje será del 50 % para contribuyentes mayores de 50 años.

b.) 10.000 euros anuales. No obstante, en el caso de contribuyentes mayores de 50 años la cuantía anterior será de 12.500 euros”.

Por tanto, si un contribuyente menor de 50 años quisiera dotar su plan de pensiones con 8.000 euros y contratar un seguro de dependencia por 4.000 el mismo año, no podría desgravarse 12.000 euros, sino que sólo podría deducirse 10.000, el límite fijado en la Ley.

Hay que destacar que la Ley permite que se desgraven tanto las primas de los seguros privados que cubran la propia dependencia, como las abonadas en el mismo concepto por quienes tengan con el contribuyente una relación de parentesco en línea directa o colateral hasta el tercer grado inclusive, o por su cónyuge, o por aquellas personas que tuviesen al contribuyente a su cargo en régimen de tutela o acogimiento, siempre con el límite de reducción previsto en el artículo 52 LIRPF. Además, el conjunto de las reducciones practicadas por todas las personas que satisfagan primas a favor de un mismo contribuyente, incluidas las del propio contribuyente, no podrán exceder de 10.000 euros anuales. Estas primas no estarán sujetas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (art. 51.5 LIRPF).

⁷² Vid. “¿Le interesa hacer un seguro de dependencia?”, *El Economista*, mayo de 2009.

⁷³ Recientemente, el Director General de Sanitas Residencial, Domenec Crosas, reconocía que el intento de la entidad de introducir en el mercado un producto similar al seguro de dependencia había

barrera psicológica, en la medida en que la población tiene asumida la oportunidad de ahorrar para tener una mejor jubilación y una mejor asistencia sanitaria, pero son pocos los que asumen la eventualidad de depender de los cuidados y la atención de un tercero para realizar las actividades básicas de la vida diaria. Al tiempo que se advierte un escollo de oportunidad financiera. De un lado, la suscripción de este seguro se ha equiparado a otras fórmulas de ahorro de mayor arraigo, lo que no va a facilitar su competitividad frente a aquéllas. Pero, además, se advierte que las prestaciones de otros seguros cuyo ámbito de cobertura puede concurrir con la dependencia, tales como las derivadas del seguro de invalidez, están sujetas a un tipo de gravamen más favorable que las derivadas del seguro de dependencia, que se integrarán en el tipo general del IRPF, pudiendo alcanzar hasta el 43 por ciento⁷⁴.

4.2.5. La prestación asegurada

El derecho a percibir la prestación contratada surgirá desde el momento en que el asegurado acredite que el riesgo asegurado se ha materializado, encontrándose en situación de dependencia; así como la baremación de la misma, al objeto de comprobar que su grado es igual o superior al establecido en el contrato.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 65.1 del Texto Refundido de la Ley de Ordenación del Seguro Privado⁷⁵, los seguros que cubran el riesgo de dependencia podrán garantizar prestaciones económicas en forma de capital o renta; así como prestar ayudas familiares para subvenir a necesidades motivadas por hechos o actos jurídicos que impidan temporalmente el ejercicio de la profesión. A su vez, si el riesgo de dependencia se cubre a través de un seguro de enfermedad, las prestaciones podrán ser a tanto alzado, de reparación o combinar ambas⁷⁶.

Con más detalle, la doctrina ha precisado que la oferta de esta clase de seguros podría amoldarse a una de las siguientes modalidades⁷⁷:

a.) *Productos de prestación económica*: son aquéllos en los que la prestación consistirá en una indemnización económica o el reembolso de los gastos derivados de la atención de la situación de dependencia, ya sea mediante un capital o una renta en sus distintas modalidades, que el asegurado podrá destinar para cubrir los gastos derivados de la situación de dependencia.

Esta opción resulta atractiva para las entidades aseguradoras, en la medida en que no les impone disponer de una infraestructura propia y, por tanto, resulta especialmente adecuada para mercados poco evolucionados. Aunque puede ser poco atractiva desde el punto de vista del cliente, al no presentar un valor añadido frente a

resultado un fracaso. A su juicio, esto no es sólo un problema fiscal, sino que este producto es más difícil de vender por las compañías.

⁷⁴ Antes de su consagración normativa en nuestro ordenamiento, ya apuntaba las dificultades que habría de salvar la comercialización de esta clase de seguro, HERNÁNDEZ (*ob. cit.*, págs. 47 y ss.), advirtiendo la necesidad de sensibilizar a la población de las bondades de este producto; ofrecer productos sencillos, hasta que se consolide el sector; y la conveniencia de que el asegurador establezca alianzas estratégicas con organizaciones especializadas en la atención a personas mayores, o trabaje en la creación de centros de servicios de asistencia y residenciales. El asegurador debe trabajar tanto para promover la prevención y la información acerca de la dependencia, como por la calidad asistencial y la cobertura de las necesidades reales de las personas dependientes. En definitiva, concluye el autor, no está garantizada la consecución de beneficios con un mínimo esfuerzo.

⁷⁵ Modificado por la Disposición Final 2ª de la Ley 41/2007, al objeto de incluir en este precepto el riesgo de dependencia.

⁷⁶ Vid. art. 6.1.a), apdo. 2 del Texto Refundido de la Ley Ordenación del Seguro Privado.

⁷⁷ En este sentido, vid. HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 45.

otros productos alternativos de ahorro (planes de pensiones, planes de ahorro individual sistemático⁷⁸, etc.).

b.) *Productos de prestación de servicios:* son aquéllos en los que las prestaciones se satisfarán en especie, a través de la prestación de servicios para atender a las necesidades asistenciales del asegurado. Las prestaciones contratadas pueden ser diversas, tales como servicios de ayuda a domicilio, servicios residenciales o similares, ayudas técnicas que permitan al asegurado continuar residiendo en su domicilio, adaptándolo a sus necesidades, etc.

Esta modalidad puede resultar más atractiva al asegurado. No obstante, el precio de cobertura del riesgo suele ser más elevado que en la modalidad anterior, en la medida en que es un producto más complejo, que impone a la aseguradora disponer de una estructura mínima y la deja expuesta a la inflación del coste de los servicios contratados, así como a los riesgos de los efectos derivados de la profesionalidad y capacidad del proveedor de servicios.

c.) *Coberturas mixtas:* Esta opción flexibiliza el producto, lo abarata frente a otras alternativas y aumenta su atractivo para el cliente. Sin embargo, su gestión es más compleja.

Otra alternativa atractiva para las aseguradoras, en particular advertidas las importantes dificultades de comercialización que presenta este seguro, pese a su indiscutible bondad socio-económica, es ofrecerlo no como producto independiente, sino complementario de uno ya existente⁷⁹.

De hecho, la puesta en marcha del seguro de dependencia no está resultando sencilla. Su comercialización como producto autónomo durante su primer año de vigencia ha sido prácticamente inexistente⁸⁰, contemplándose en el mejor de los casos como cobertura complementaria a otra clase de seguros. Ello revela la insuficiencia de las medidas adoptadas para incentivar a los ciudadanos para su suscripción, tanto a nivel de información y sensibilización acerca de esta clase de seguro, como a nivel de incentivos⁸¹.

Pese a ello, no cabe duda de la conveniencia de impulsar esta clase de seguros, siempre desde el punto de vista de la complementariedad con el sector público, ya que el sector asegurador puede contribuir a incrementar y garantizar parámetros de calidad a las personas dependientes, fomentando la permanencia del afectado en su entorno y su autonomía, evitando así depender de terceras personas, solución que es más rentable y

⁷⁸ A través de este producto de fomento del ahorro a largo plazo, que fue introducido por la Ley 35/2006 reguladora del IRPF, se pretende la constitución de una renta vitalicia con el capital acumulado. Su principal diferencia frente al resto de productos de análoga naturaleza, es que carece de incentivo a la entrada. Cfr. la Disposición adicional 3ª, por la que se regula este instrumento, y la Disposición Transitoria 14ª, que establece la posibilidad de que ciertos seguros de vida se transformen en planes de ahorro individual sistemático.

⁷⁹ A título ilustrativo, Axa Seguros en la actualidad sólo contempla la cobertura de la dependencia a través de una garantía complementaria de asistencia familiar dentro de los seguros de accidentes.

⁸⁰ Según datos de UNESPA a 30 de septiembre de 2008, sus datos estadísticos no revelaban la venta de ningún seguro de dependencia a esa fecha. Dato que contrasta llamativamente con los 8'76 millones de personas que habían suscrito un seguro privado de dependencia en Alemania a 31 de diciembre de 2003, según los datos del Libro Blanco sobre la Dependencia, *cit.*, Capítulo XI, pág. 43.

No obstante, a lo largo del 2008 las Cajas de Ahorro han hecho una importante apuesta por esta modalidad de seguro, por lo que habrá que estar atentos a su evolución en el mercado.

⁸¹ A este respecto, vid. la reciente intervención en el II Congreso Internacional de Dependencia y Calidad de Vida, celebrado en Pamplona los días 11 a 13 de mayo de este mismo año, de la Presidenta de UNESPA, Pilar González de Frutos, "Los cuatro errores del Sistema Nacional de Dependencia (desde el punto de vista del sector privado)".

más humana; puede incrementar el factor de prevención; fomentando políticas de prevención y conocimiento de riesgos, además de hábitos y actividades que deriven en una mayor atención a la salud; y, en definitiva, repercutir en la reducción de los costes ligados a esta situación, estableciendo estrategias de recuperación sobre las situaciones de dependencia y potenciando en lo posible la rehabilitación frente a la asistencia⁸².

En definitiva, cabe concluir que el camino hacia la cobertura complementaria de la dependencia ya está abierto en nuestro ordenamiento jurídico, a través del copago de los servicios por el beneficiario, la hipoteca inversa y el seguro de dependencia; aunque con cierto retraso y por el momento con menos éxito que en otros países de nuestro entorno. Los resultados aún distan de ser satisfactorios, por lo que se impone delimitar con más nitidez el régimen jurídico de los instrumentos privados consagrados para esta finalidad e incrementar la información de los ciudadanos acerca de los mismos, para impulsar la confianza en los mismos; fomentar la suscripción de seguros colectivos de dependencia; y mejorar sus incentivos fiscales.

⁸² Antes de la regulación de la dependencia en España, así lo advertía ya HERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 40.