

CAMBIOS SUSTANCIALES EN LA PROTECCIÓN JURÍDICO-PÚBLICA DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA: LA «ESTRANGULADA» VOLUNTAD DEL BENEFICIARIO Y DE SU FAMILIA Y EL ALCANCE DE SU CONTRIBUCIÓN AL SOSTENIMIENTO DEL SAAD*

María del Mar Heras Hernández**
Universidad Rey Juan Carlos

SUMARIO: 1. Preliminar. –2. Recientes contribuciones legales en aras a mejorar la eficacia de esta protección. 2.1. En materia de derechos fundamentales e integración social: la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. 2.2. En materia de protección de los menores de hasta tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla. Análisis de los criterios comunes, recomendaciones y condiciones mínimas para la elaboración de los planes de atención integral a menores. –3. La participación de los interesados en el actual sistema de protección. 3.1. La «estrangulada» participación de la persona en situación de dependencia y de su familia y su alcance en la elaboración del PIA. 3.2. Promoción de la autonomía de la persona en situación de dependencia a través de un sistema de apoyos: la asistencia personal. –4. Reflexiones en torno al estado actual de la financiación privada de la dependencia. Principales mecanismos y su dudosa efectividad. 4.1. Hipoteca inversa. 4.2. El seguro privado de dependencia. 4.3. El copago.

RESUMEN

El complejo entramado jurídico que compone la protección asistencial y promoción de la autonomía de la persona en situación de dependencia está siendo objeto de múltiples ajustes que obligan a realizar un examen periódico respecto a aquella protección dispensada primigeniamente. Recientemente se ha aprobado el RD 1051/2013, respecto al que cabe destacar, que con independencia de la fecha en la que se haya reconocido el derecho, las cuantías máximas de las prestaciones económicas serán las que se determinen en el RD 20/2012, afectando a personas que llevan más de dos años incorporados al sistema de protección diseñado por la LAAD. Este tratamiento se centra en dos aspectos fundamentales: el cuestionado principio de respeto a la voluntad de la persona dependiente y/o su familia, y de su participación real en la proposición de las medidas de intervención o mediante el ejercicio de la libre elección de entre ellas y su escaso reflejo en el PIA; y en el análisis de la efectividad y acogida de los principales mecanismos jurídicos articulados para promover la financiación privada de la protección asistencial de la persona en situación de dependencia, como única alternativa al irrefrenable incremento del gasto público que ésta genera, haciéndose referencia a la hipoteca inversa, al seguro privado de dependencia y a la participación económica del usuario de los servicios asistenciales o de promoción de la autonomía, a través del copago.

* Recibido el 10 de junio de 2014, aceptado el 10 de octubre de 2014.

** Profesora Titular de Derecho Civil.

ABSTRACT

The intricate juridical framework comprising social protection and promotion of the autonomy of dependent individuals is under multiple adjustments, which lead to a periodical analysis of the protection given initially. Recently, RD 10051/2013, which highlights that regardless of the date in which the right has been acknowledged maximum economical grants will be those within RD 20/2012, that comprises individuals who have been within the LAAD (Dependants Law Protection System) for over two years. Such consideration is based on two fundamental grounds: the questionable principle of the will of dependents and/or their families and their actual participation in the intervention measures or through the free election amongst them and the scarce impact on PIA (Individual Attention Plan), as well as on the analysis effectiveness and acceptance of the main juridical mechanisms of assistance of the dependent individual, as the sole alternative in front of the unstoppable increase of public expense generated thereof. We refer to reverse mortgage, dependency private insurance and the individual economical contribution to assistance services or promotion of independency through copayment.

Palabras clave: Elección, financiación, privada, copago, participación, persona, familia.

Key words: Choice, Financial, Private, Copayment, Participation, Person, Family.

1. PRELIMINAR

El tratamiento jurídico de la asistencia y promoción de la autonomía de la persona en situación dependencia y/o discapacidad está experimentando profundos cambios que obligan a poner en práctica un examen continuo de aquella protección dispensada primigeniamente en una materia caracterizada por el irrefrenable dinamismo que caracteriza a este complejo entramado jurídico, sujeto siempre a importantes ajustes, entre los que cabe resaltar los recientes RD 1050/2013 y 10051/2013, aprobados ambos el pasado 27 de diciembre, siendo destacable, respecto a éste último que, con independencia de la fecha en la que se haya reconocido el derecho, las cuantías máximas de las prestaciones económicas serán las que se determinen en el RD 20/2012¹, afectando a personas que llevan más de dos años incorporados al sistema de protección asistencial.

Desde un modelo histórico basado en la «invisibilidad social y jurídica» de la persona dependiente y la inexcusable y exclusiva prestación de cuidados y atenciones por parte de la familia más próxima, pasando por una perspectiva meramente rehabilitadora o médica, hasta recalcar en la implantación de un sistema de protección mínima asistencial no médica de naturaleza pública y universal de competencia estatal, —a la que se suma la protección adicional de las distintas Comunidades Autónomas—, que no puede, ni debe soslayar la obligación de prestar la asistencia debida respecto a quienes tenemos a nuestro cargo².

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, modificada por Ley 22/2013, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2014³ consagra por primera vez en nuestro ordena-

¹ La Disposic. Adic. Segunda dispone que: «Con independencia de la fecha en que se haya producido su reconocimiento, las cuantías máximas de las prestaciones económicas correspondientes a los grados, III, II y I de dependencia, serán las que se determinan en la disposición transitoria décima, apartado 2, del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad».

² De forma particular cuando se trata de hijos menores o padres o ascendientes. El incumplimiento de la obligación de dispensar las atenciones debidas a las personas con discapacidad da origen a una causa de indignidad para sucederla ex art. 756.7 CC.

³ Disposiciones adicionales vigésima octava, por la que se suspenden durante el 2014 la aplicación del art. 7.2, del artículo 8.2.a), del artículo 10, del artículo 32.3, párrafo primero y de la disposición transitoria primera de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre; y cuadragésima segunda sobre el Fondo de apoyo para la promoción y desarrollo de infraestructuras y servicios del SAAD.

miento jurídico el derecho público social a percibir un nivel mínimo de protección asistencial no médica y de prestación de cuidados a través de la red de servicios o de prestaciones económicas, así como la obligación de promover la autonomía de las personas en situación de dependencia. De otro lado, la insoslayable necesidad de reducir los elevados costes que genera la atención de las personas en situación de dependencia para garantizar la sostenibilidad del sistema público de protección asistencial mínimo, ha dado lugar a políticas públicas de ahorro que han dañado notablemente el actual sistema de protección, colocándolo en un auténtico «estado de coma», al tiempo que sitúa en primera línea de debate la eficacia de los mecanismos jurídicos articulados para promover la financiación privada de la dependencia o la operatividad de las fórmulas que se han utilizado para determinar la participación del beneficiario en el coste final de los servicios prestados. Por su parte, una aplicación eficiente del SAAD pasa por la subsanación de múltiples disfunciones detectadas a lo largo de todos estos años de implantación que malogran sobremanera su operatividad, como la excesiva fragmentación normativa y las profundas desigualdades que la misma genera y que demanda, de forma constante, la adopción de criterios comunes y condiciones mínimas que deben influir determinadamente en la normativa autonómica; los retrasos en la efectividad de los derechos reconocidos⁴; la puesta al día de los expedientes de las personas fallecidas⁵ o la transparencia en el destino de los fondos públicos estatales⁶ controlando las bolsas de fraude.

Es preciso distinguir entre titularidad del derecho, efectividad y ejecución del derecho. La titularidad del derecho subjetivo, público social, corresponde a quienes se encuentran en una situación de dependencia y reúnen los requisitos legalmente establecidos, al margen de su nacionalidad, edad, capacidad económica o lugar donde residan en territorio español. La efectividad del derecho se produce con la resolución del reconocimiento del servicio o de la prestación económica que se concreta en el PIA elaborado por los distintos equipos de valoración⁷. La ejecución del derecho se produce cuando se satisfacen las prestaciones o los servicios. Distinguir entre las categorías conceptuales de titularidad y efectividad del derecho tiene importantes repercusiones prácticas, puesto que las personas que hayan fallecido antes de formalizarse el reconocimiento de la prestación económica pertinente, «no tienen la condición de beneficiarios de la prestación económica y, por tanto, al no haberse perfeccionado el derecho, no puede incorporarse a la herencia»⁸. En esta misma dirección el art. 15 del RD 1051/2013 dispone que el fallecimiento del solicitante en el plazo de seis meses siguientes a la presentación de la solicitud sin haberse dictado resolución de reconocimiento de la prestación económica, impide adquirir la condición de beneficiario, de modo que no se genera ningún derecho a favor de los herederos. Con una muy escasa técnica jurídica se evita que las distintas Administraciones Públicas competentes contraigan deudas con los herederos del solicitante que fallece antes del acto de formalización del reconocimiento de la prestación económica que corresponda, y ello,

⁴ Se calcula que el plazo medio para recibir el servicio o la prestación económica es de ocho meses.

⁵ Ha sido objeto de denuncia el desajuste que produce el hecho de que aproximadamente 29.169 personas fallecidas figurasen todavía como beneficiarias del SAAD.

⁶ El RD 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, impone a las CCAA la obligación de presentar un certificado mensual por escrito en el que se justifique el destino de los fondos públicos estatales recibidos para sostener el SAAD. Se trata de una medida dirigida a promover la transparencia y prevenir el fraude.

⁷ En este sentido el RD 8/2010 que modifica la Disposición Final 1ª. 3 de la LAAD estableciendo que es el acto formal del reconocimiento el que genera el derecho. Señala GONZÁLEZ ORTEGA, S., «Introducción. La crisis del sistema y las medidas económicas y legales adoptadas para abordarlas», en *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, dirig. Santiago González Ortega, Colección Estudios nº 231, Consejo Económico y Social, Madrid, 2013, pg. 8, que: «el acceso al derecho o su efectividad tiene lugar mediante el acto de reconocimiento de la prestación que corresponda». Con anterioridad a esta reforma la fecha que marcaba la efectividad del derecho era a 1 de enero del año del que se trataba.

⁸ Resolución de 13 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, 8ª, dedicada al establecimiento de criterios comunes en la asignación de prestaciones en casos de fallecimiento del dependiente.

aunque se les haya reconocido un grado de dependencia o se encuentre ésta acreditada. El plazo al que se alude, es el plazo máximo de seis que fija el Acuerdo de 25 de enero de 2010, aplicable a todas las CCAA con independencia de la posibilidad de que las distintas Administraciones públicas hayan fijado un doble procedimiento: uno para el reconocimiento de la situación de dependencia y otro para la determinación de las prestaciones. A *sensu contrario* la persona dependiente a la que le haya sido notificado el derecho a percibir una prestación económica concreta, transmite su derecho a favor de sus herederos.

Cabe advertir como se alude a la protección jurídico-pública de la persona en situación de dependencia para resaltar el principio de protección personalizada e integral [(art.3.a) y 3.f) de la LAAD)], diseñada, por tanto, para cada uno de los beneficiarios de la protección asistencial, atendiendo a sus circunstancias personales, familiares o patrimoniales, afectado por una causa de discapacidad y/o dependencia concreta y respecto al que debe determinarse de antemano su ámbito de autonomía e independencia, así como las habilidades específicas con las que cuenta, para que se respeten, en todo caso.

En cuanto al contenido del tratamiento, se analizan dos aspectos: de un lado, el cuestionado principio de respeto a la voluntad de la persona dependiente y/o su familia, y de su capacidad real para proponer las medidas de actuación o el ejercicio libre de elección de entre ellas y su escaso reflejo en el PIA; de otro, la efectividad de los mecanismos que se articulan para hacer partícipe al beneficiario en el coste final de dicha protección, haciéndose una reflexión en torno a las políticas públicas legalmente articuladas para promover la iniciativa privada en la difícil tarea de costear la asistencia y prestación de cuidados de la persona en situación de dependencia, haciéndose alusión brevemente a la hipoteca inversa, al seguro de dependencia y al copago.

2. RECIENTES CONTRIBUCIONES LEGALES EN ARAS A MEJORAR LA EFICACIA DE ESTA PROTECCIÓN

2.1. En materia de Derechos Fundamentales e integración social: la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social

Conviene recordar como la Convención de Naciones Unidas de 13 de diciembre de 2006 reconoce a las personas con discapacidad la plena titularidad de los derechos fundamentales, así como la efectividad y no discriminación en su ejercicio; el respeto absoluto a la voluntad del sujeto y a sus preferencias, convenientemente manifestadas, previniéndose conflictos de intereses, captaciones de voluntad o influencias nocivas en su persona o en su patrimonio. La efectividad y no discriminación en el ejercicio de tales derechos requiere que su capacidad no sea objeto de limitaciones o restricciones innecesarias, desproporcionadas o injustificadas, apostándose por un sistema de protección basado en la provisión de apoyos. Por otro lado, las distintas actuaciones públicas deben basarse en el principio de consecución del interés y bienestar del sujeto a proteger, así como en la promoción de su máxima autonomía, debiendo ser proporcionadas y limitadas en el tiempo, sometándose a un régimen de revisión periódico que garantice la variabilidad de las intervenciones en atención a circunstancias sobrevenidas que modifican las necesidades del sujeto a proteger.

El art. 4.1.a) de la Convención impone a los distintos Estados el compromiso de adoptar las medidas legislativas, administrativas o cualquier otra índole que sean necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en ella. A esta exigencia responde la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa de la Convención Internacional sobre los derechos de la persona con discapacidad, por la que se incorporan modificaciones en distintos textos normativos para dotar de efectividad el principio de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad. Asimismo, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad⁹,

⁹BOE 3 de diciembre. Sobre este punto MUÑOZ GARCÍA, C, «La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social», nº 8221, Sección Tribuna, 2 enero de 2014.

con la finalidad de refundir y armonizar tres leyes: ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal; y finalmente, la ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Sin embargo, estas últimas aportaciones legislativas no han sido suficientes, debiéndose acometer amplias reformas en el derecho sustantivo y procesal, para resolver el problema que subyace de fondo: la necesidad de conjugar adecuadamente el respeto a la autonomía y capacidades concretas del sujeto a proteger con la necesidad de dotarle de una protección integral y proporcionada, respetuosa con el ejercicio de sus derechos y su margen concreto de autonomía, que evite también el que pueda llegar a ser el blanco de abusos, ya sean personales, patrimoniales o laborales.

2.2. En materia de protección de niños/as en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla. Análisis de los criterios comunes, recomendaciones y condiciones mínimas para la elaboración de los Planes de Atención Integral a Menores

Los menores afectados por una situación de dependencia y/o discapacidad constituyen un colectivo especialmente vulnerable hasta el punto de que en determinados contextos sociales la demanda de cuidados especiales ha sido un factor determinante en el incremento de los índices de desamparo. Tanto el art. 23 de la Convención de los Derechos del niño, como el art. 7 de la Convención de los Derechos de las personas con discapacidad inciden en los principios básicos que impregnan su protección y cuidados, como el principio de igualdad y no discriminación; el interés superior del menor, así como el derecho a percibir «una asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad». Son titulares del derecho subjetivo a recibir una atención temprana y rehabilitación de sus capacidades físicas, mentales e intelectuales¹⁰, perceptores de los servicios de ayuda a domicilio y de prestaciones económicas vinculadas al servicio, de manera prioritaria.

En previsión de lo dispuesto en la disposición adicional decimotercera de la LAAD, se aprueba la resolución de 25 de julio de 2013¹¹ de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de los Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la dependencia en la que se establece los criterios comunes, recomendaciones y condiciones mínimas de los planes de atención integral a favor de menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla.

Se trata de una normativa marco cuyo principal objetivo es garantizar la atención temprana como *derecho subjetivo de los menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla*, estableciendo los criterios comunes y condiciones mínimas que deberán producir los distintos Planes de Atención Integral para la promoción de la autonomía de estos menores. El servicio público de asistencia temprana debe prestarse de manera integral, es decir, no solo en atención a las necesidades específicas del menor, sino en atención también a las circunstancias de la familia o del tutor y de su entorno concreto. Los principios que inspiran la adopción de este Acuerdo son:

¹⁰ Tratándose de niños/as de menos de cinco años el período de residencia mínima se exigirá a «quienes ejerzan su guarda y custodia» ex art. 5.1.c) LAAD, es decir, a los titulares de la patria potestad, acogedores y guardadores de hecho. Merece destacar la Orden FAM/92/2014, de 12 de febrero, que modifica la Orden FAM/644/2012, de 30 de junio, por la que se regulan las prestaciones del SAAD en Castilla y León, el cálculo de la capacidad económica y las medidas de apoyo a las personas cuidadoras no profesionales, al especificar la exigencia de este requisito a los padres adoptivos al disponer que: «Podrán acceder a los servicios y prestaciones económicas que les correspondan por su grado de dependencia y para los que reúnan requisitos, aquellos menores adoptados que no cumplan el requisito previsto en el art. 5.1.c) de la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, siempre que lo cumpla la persona adoptante».

¹¹ BOE 2 de agosto de 2013.

La responsabilidad pública en la prestación de los servicios de atención temprana, habilitación y rehabilitación de estos menores.

Universalidad y gratuidad de los servicios.

Normalización del entorno físico, social y familiar de estos menores en atención a sus necesidades específicas.

El interés superior del menor como principio rector que inspira cualquier intervención.

Coordinación en los procesos y protocolos básicos.

Participación y apoyo familiar en los diferentes procesos implicados en la atención temprana, habilitación y rehabilitación de estos menores.

Cualificación profesional y trabajo en equipo de los diferentes sistemas y servicios involucrados en la atención temprana.

Son destinatarios los menores de tres años que se encuentran en una situación de dependencia acreditada, por padecer alteraciones o enfermedades que comprometen su desarrollo biológico, psicológico o social en relación a otros menores de su misma edad. Las alteraciones pueden ser de tipo cognitivo, motriz, sensorial, emocional o de retraso madurativo. El marco de protección se extiende también a los niños/as menores de tres años en riesgo de desarrollar una situación de dependencia, es decir, aquellos que durante el período pre, peri o postnatal han estado en una situación que puede alterar su futuro desarrollo, como puede ser la prematuridad, el bajo peso al nacer, anoxia en el nacimiento o el padecimiento de enfermedades congénitas, adquiridas o genéticas. En relación a los mismos cabe señalar, que tanto la prevención como la rehabilitación, resultan imprescindibles.

Es evidente que todas las iniciativas legales que se sigan en materia de protección y asistencia temprana de menores de menos de tres años han de ser muy bien recibidas pues colman en parte un vacío legal que ya tuvimos ocasión de denunciar¹². Así, el reconocimiento explícito de la inexcusable responsabilidad de las distintas administraciones públicas en el apoyo a las familias en la protección y asistencia temprana de los menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de estarlo, supone un sobresaliente avance en la política de protección social de la dependencia. No obstante, la protección diseñada, con clara vocación integral, es muy ambiciosa, pues incluye un conjunto de intervenciones de muy diversa naturaleza que inciden en ámbitos muy distintos, como en la prestación de apoyo emocional a las familias y tutores; en la calidad de los servicios que requieren la creación de equipos interdisciplinarios muy cualificados; realización de campañas de información o sensibilización social para que la integración de estos menores sea una realidad; intervención primaria a través de acciones de protección de la mujer embarazada frente a los riesgos laborales o medioambientales, de promoción de vida saludable o de fomento de pruebas de diagnóstico prenatal. Asimismo, se previene la promoción de la elaboración y ejecución de programas de investigación en materia de atención primaria y rehabilitación. Acometer este proyecto no será, desde luego, tarea fácil y precisa de una importante inversión que no escatime esfuerzos y medios.

3. LA CONTRIBUCIÓN DE LOS PARTICULARES EN EL ACTUAL SISTEMA DE PROTECCIÓN

3.1. La «estrangulada» voluntad de la persona en situación de dependencia y de su familia y su alcance en la elaboración del PIA

Dada a conocer la resolución administrativa en la que se reconoce la situación de dependencia del solicitante, los respectivos servicios sociales competentes de cada Comunidad Au-

¹² HERAS HERNÁNDEZ, M, M, «Beneficiarios directos e indirectos de la protección social de la dependencia», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. M^a Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pg. 25.

tónoma procederán a la elaboración del PIA. De la fórmula legal utilizada en la norma contenida en el art. 29.1 LAAD¹³ se infiere que «el beneficiario tiene derecho a participar en la elaboración del PIA y a ser consultado»¹⁴. De este modo, la participación tiene carácter imperativo, es decir, obligatorio, aunque no vinculante para la Administración Pública competente, ya que la normativa autonómica no obliga al acuerdo entre beneficiario y los servicios sociales competentes, siendo finalmente cada Administración pública quien decide el ofrecimiento de las distintas alternativas, si es que realmente existen. El PIA es un acto administrativo enmarcado en el procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia cuya finalidad es determinar las medidas de intervención que se adoptan en interés del beneficiario en atención a sus necesidades personales y familiares concretas, así como en función del grado de dependencia que se determina conforme al baremo de valoración de la dependencia aprobado por RD 174/2011, de 11 de febrero o en el caso de menores de tres años, en atención a la escala de valoración específica (EVE), dotándole de una protección asistencial no médica personalizada. Para su elaboración resulta imprescindible la consideración de los distintos informes que se elaboran en relación a determinados aspectos esenciales relativos a la salud y entorno social y/o familiar del beneficiario, así como las ayudas técnicas que le hayan sido prescritas como la colocación de órtesis o prótesis.

La participación del beneficiario se articula, por un lado, a través del trámite de previa consulta con la finalidad de conocer la voluntad y preferencias del beneficiario en relación al tipo de servicio o prestación económica que prefiere¹⁵. Esta consulta se efectúa por primera vez y de una manera muy simple mediante la cumplimentación de un breve cuestionario que se integra muy frecuentemente en la propia solicitud, referido a las «Preferencias de atenciones/prestaciones», en la que el solicitante marca con una cruz una de las dos alternativas que se le ofrecen: si desea vivir en su domicilio o en una residencia, y en el primer caso, si desea recibir: atención de su unidad familiar; atención de cuidadores profesionales; centro de día u otras opciones; de otro, la participación del solicitante se concreta en la facultad de elegir de entre una de las propuestas de cuidados y asistencia realizadas por el propio interesado, su familia o sus correspondientes representantes legales, siempre que resulten acordes con el grado de dependencia padecida. Tanto la participación mediante la previa consulta, como a través del ejercicio libre de su derecho a elegir entre las prestaciones económicas o los servicios, exige garantizar la disponibilidad de una información suficiente, disponible en cada CCAA¹⁶, así como disponer de una mínima capacidad de decisión por parte del solicitante. En otro caso, la consulta o la facultad de señalar el orden de preferencias corresponde a algún miembro de la familia o sujeto próximo a ella o se ejercerá por los correspondientes representantes legales en caso de que la persona dependiente esté incapacitada judicialmente. El tutor puede ser una persona física o jurídica, es decir, una entidad tutelar que ostente la tutela *ex lege* conforme a lo dispuesto en el art. 239.3 CC.

La normativa autonómica, sin embargo, establece con carácter general que la propuesta de los distintos servicios o prestaciones económicas se realice por los propios servicios sociales

¹³ Art 29.1 LAAD establece la exigencia legal de que se determinen «las modalidades de intervención más adecuadas a sus necesidades de entre los servicios y prestaciones económicas previstos en la resolución para su grado, con la participación, previa consulta, y en su caso, elección entre las alternativas propuestas por parte del beneficiario y en su caso, de su familia o entidades tutelares que le representen».

¹⁴ LLANO SÁNCHEZ, M, «Igualdad y diversidad en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. María Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pg. 92.

¹⁵ Se pone en práctica a través de un breve cuestionario que aparece en algunos modelos de solicitud del reconocimiento de la situación de dependencia, como sucede en el modelo que se incorpora en el Decreto 18/2011, de 25 de febrero, del Consell de la Comunidad Valenciana, por el que se establece el procedimiento para reconocer el derecho a las prestaciones del sistema valenciano para las personas en situación de dependencia.

¹⁶ El art 37.2 LAAD dispone que el sistema contendrá información sobre el catálogo de servicios e incorporará, como datos esenciales, los relativos a población protegida, recursos humanos, infraestructuras de la red, resultados obtenidos y calidad en la prestación de servicios.

competentes. De este modo, las preferencias del beneficiario se omiten de manera absoluta¹⁷. Es más, son numerosos los casos en los que se propone un solo servicio de entre todos los posibles incluidos en el catálogo en atención a la disponibilidad real por parte de cada Comunidad Autónoma, y no precisamente por ser el más idóneo para atender o cubrir las preferencias o necesidades específicas de la persona dependiente¹⁸, sino por ser el único del que se dispone, conocido ya el impacto que está teniendo la política de ahorro seguida en materia de dependencia. De este modo, todo se supedita a la disponibilidad real de los servicios y prestaciones disponibles en cada Comunidad Autónoma. Además, la participación de los propios interesados parece definitivamente diluida cuando se trata de menores dependientes, pues es el profesional de referencia asignado a cada familia quien diseña un programa personalizado contando, eso sí, en la medida de lo posible y siempre que resulte idóneo, con la participación de los padres, tutores, acogedores o guardadores de hecho.

Como contrapartida el usuario de los servicios de la dependencia asume un nutrido conjunto de obligaciones, como suministrar la información personal, familiar y patrimonial necesaria para acreditar su situación concreta de dependencia; la obligación de participar en el coste final de los servicios o de reintegrar las prestaciones recibidas indebidamente¹⁹ por el beneficiario o, en caso de muerte, por sus herederos, quienes responden de esta deuda de forma ilimitada o *ultra vires hereditatis* ex art. 1003 CC –con el patrimonio hereditario y con el suyo propio–, siempre a salvo la facultad de aceptación de la herencia a beneficio de inventario, conforme a lo dispuesto en el art. 1010 y ss. del Código civil. El apartado 3 del art. 19 del RD 1051/2013 establece en este sentido que:

«3. En caso de fallecimiento de la persona en situación de dependencia obligada al reintegro, la obligación de satisfacer las cantidades pendientes de restitución se transmitirá a sus causahabientes, quienes responderán de esta obligación no solo con los bienes de la herencia sino también con los suyos propios, en el supuesto de no haberse aceptado la herencia a beneficio de inventario».

De la obligación de reintegro de las cuantías indebidamente percibidas o recibidas en exceso por el beneficiario responderán también solidariamente los representantes legales, es decir, los tutores, según dispone en el art. 19 RD 1051/2013, de 27 de diciembre, estableciendo que:

«Artículo 19. Obligados al reintegro.

Estarán obligadas al reintegro de las prestaciones las siguientes personas:

1. Las personas beneficiarias.

2. Responderán solidariamente de la obligación de reintegro los representantes legales de la persona beneficiaria, cuando exista una declaración de incapacidad judicial.

¹⁷ Con carácter general debe consultarse PEREÑA VICENTE, M, *Dependencia e incapacidad. Libertad del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

¹⁸ La falta de idoneidad de una ayuda a domicilio o de una prestación vinculada al servicio puede estar basada en múltiples circunstancias como la insuficiencia de recursos públicos o privados debidamente acreditada o por las particulares características del lugar donde reside, como la despoblación o el difícil acceso.

¹⁹ El art. 18 del RD 1051/2013 declara la obligación de reintegrar las prestaciones indebidamente percibidas o recibidas en exceso y como consecuencia de una participación insuficiente de la persona beneficiaria en el coste del servicio que se determinen por la Administración competente, en el marco de lo previsto en su normativa de aplicación y, en su caso, la exigencia del interés legal del dinero.

Hasta ahora los tutores tenían la obligación de rendir cuentas judicialmente de forma periódica y también a través de la rendición de la cuenta final sobre la gestión, administración y disposición de los bienes de su tutelado, sin que se hubiera consagrado legalmente la responsabilidad solidaria del tutor respecto a las obligaciones contraídas con terceros, en este caso con la Administración Pública competente²⁰, lo que genera una ampliación del régimen de responsabilidad del tutor y de las entidades tutelares que complicará, sin duda, el loable papel social que desempeñan en la protección jurídica y patrimonial de las personas incapacitadas judicialmente, afectadas por una discapacidad intelectual. Por último, y para cerrar el complejo entramado de obligaciones y responsabilidades que asume el usuario de los servicios, debemos referirnos al compromiso que asumen en orden a facilitar el seguimiento y supervisión de la ejecución de los mismos, incluido el acceso al domicilio del solicitante, según dispone el art. 3.2.a) de este mismo RD sin que, en ningún caso, tales inspecciones puedan suponer intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad personal y familiar de sus titulares.

En estas circunstancias se entenderá perfectamente la necesidad de mejorar el procedimiento mediante el señalamiento de un período obligatorio de previa negociación que incluya un trámite de alegaciones de la persona interesada o de su familia, para que se garantice que las medidas adoptadas sean el fiel reflejo de un previo consenso entre las distintas administraciones públicas competentes y el interesado. Esta ha sido la vía seguida por la Comunidad Valenciana²¹ que imponen la necesidad de abrir el plazo de un mes para la negociación con el beneficiario o su representante legal, a contar desde la recepción de la propuesta del PIA, haciéndose constar la elección de entre las distintas alternativas propuestas por la Consejería competente, debiéndose dejar constancia en el expediente del trámite de audiencia y de negociación de las partes mediante un acta convenientemente firmada, remitiendo la intervención consensuada a la Consejería. Debe también dejarse constancia de la disconformidad o desacuerdo del beneficiario.

Por otro lado, parece obvio que se prescinde del principio de atención a la voluntad del interesado cuando legalmente se contempla como regla general la excepcionalidad de la PECEF, tal y como dispone los arts. 14.4. LAAD; 29.1 RD Ley 20/2012, de 13 de julio²² y art. 12 del RD 1051/2013. En este sentido se ha señalado que el carácter excepcional del PECEF va en contra de los principios que impregnan la LAAD²³ y, de forma particular, en contra del derecho del beneficiario a decidir libremente entre las modalidades de cuidados disponibles, —que al fin y al cabo costea según su capacidad económica—, toda vez que hubiera sido preferible que la subsidiaridad de las prestaciones económicas no se consagrara legalmente como regla general, dejándose claro como la prevalencia de la voluntad del interesado y de la situación concreta de discapacidad que padece, son los factores que determinan la prestación o servicio más idóneo para la consecución de su interés y máximo bienestar. Así, podría entenderse esta priorización de la prestación de los servicios residenciales en un dependiente severo de edad avanzada que padece la situación concreta de ausencia, falta, imposibilidad o negativa de los parientes más próximos a prestarle los cuidados requeridos de forma permanente y siempre con la única fina-

²⁰ El art. 285 del Código civil se limita en este punto a reconocer que la aprobación judicial de la rendición de la cuenta final no impide el ejercicio de las acciones que recíprocamente pudieran asistir al tutor y al tutelado y a sus derechohabientes en razón de la tutela.

²¹ Art. 5 de la Orden de 5 de diciembre de 2007, de la Consejería de Bienestar Social, que regula el procedimiento de aprobación del programa individual de atención en la Comunidad Valenciana.

²² El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, introdujo una serie de medidas urgentes para corregir los desequilibrios que se han producido en el SAAD, con el objetivo de garantizar su sostenibilidad, estabilidad y suficiencia. Asimismo, dispuso la necesidad de establecer un mayor equilibrio entre las prestaciones económicas y los servicios del catálogo.

²³ MOLERO MARAÑÓN, M, L., «El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: En especial, sobre la prestación por cuidados familiares», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. M^a Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pg.15.

lidad de prevenir una situación de desamparo moral o material. En todo caso, el ingreso en un centro no puede hacerse en contra de su voluntad, a salvo situaciones de evidente desamparo, siempre con la adopción de las garantías procesales pertinentes.

También se comprende esta prioridad cuando la ubicación del domicilio del interesado desaconseja la prestación económica vinculada al servicio, ya sea por despoblación o porque las circunstancias geográficas dificultan sobremanera el acceso a su domicilio. Sin embargo, todos estaremos de acuerdo en rechazar un servicio residencial respecto a un menor de edad dependiente atendido en su entorno familiar. Asimismo, debe considerarse el hecho incuestionable de que ninguna situación de dependencia y/o discapacidad es idéntica, por lo que no deben establecerse legalmente reglas generales, no solo estableciendo prioridades legales entre las modalidades de atención y cuidados, sino, más allá, calificando de excepcional la PECEF.

Es cierto, sin embargo, que la prioridad legal que se establece a favor de la prestación de servicios del catálogo proporciona importantes ventajas en orden a garantizar que el destinatario final sea la propia persona dependiente, pues la recepción de cuidados y asistencia profesionalizada es la manera más adecuada para conseguir su máximo interés y bienestar; se garantiza el control y la eficiencia de los servicios mediante la autorización/acreditación de los prestadores de servicios conforme a los requisitos legalmente establecidos y durante toda la prestación de cuidados, a través de evaluaciones periódicas del grado de bienestar del beneficiario, a través de los distintos servicios de inspección. Contribuye, finalmente, a la creación de empleo estable en el ámbito de los servicios sociales relacionados con el sector de la dependencia, toda vez que promueve la incorporación de la mujer al mercado laboral, habida cuenta de que son ellas quienes mayoritariamente desempeñan el papel de cuidadores informales rompiendo con el principio de corresponsabilidad previsto en el art. 68.2 CC al declarar que: «Deberá, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

Según consta en la evaluación anual correspondiente al ejercicio de 2012 sobre los resultados de la aplicación de la LAAD, las previsiones iniciales del Libro Blanco de la Dependencia estimaban una generación de empleo para el período 2007 al 2010, de 262.735 nuevos empleos. Estas previsiones no se han cumplido, ya que solo se han creado 110.841, estimándose el grado de cumplimiento en un 42,18%. Se pone así de manifiesto que en el supuesto de que la atención se hubiera prestado de forma prioritaria a través de la red de servicios públicos sociales (atención residencial o en alojamientos tutelados, centros de día y otros servicios de apoyo en el domicilio), y no con un porcentaje tal elevado del PECEF, podrían haberse alcanzado las previsiones iniciales. Pese a las ventajas que la implantación de esta prioridad tiene, cabe señalar que carece, sin embargo, de suficiente calado social, ya que los datos arrojan cifras muy significativas en este extremo, pues el 80% del conjunto de prestaciones y servicios solicitados y concedidos son para el apoyo de la persona dependiente y su familia, es decir, para que permanezca en su entorno habitual, mientras que tan solo el 20% se dirige a la atención en centros residenciales, respecto al total de las prestaciones concedidas para la atención a la dependencia. Estos datos demuestran que la voluntad de los interesados y de sus familias sigue siendo el mantenimiento de la persona en situación de dependencia en su entorno habitual, el máximo tiempo posible, si bien la situación a 31 de diciembre de 2013 parece haber cambiado al mostrarse una cierta disminución del porcentaje de personas beneficiarias del PECEF.

En relación a la imprescindible participación de la familia «como facilitadoras del desarrollo del menor», tratándose de menores de tres años en situación de dependencia o en riesgo de desarrollarla, según consta en el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, aprobado por resolución de 25 de julio de 2013, ésta se reconoce a través de su consideración como destinatarios de los recursos a los que tenga derecho el menor, así como en su condición de gestores de los recursos que ellos mismos promuevan, como puede ser el caso de los patrimonios protegidos. También se les considera partícipes en la propuesta de apoyo, protección y ejecución de medidas en relación a estos menores, al tiempo que evalúan la calidad de los servicios que estos menores reciben.

Atendiendo igualmente a la necesidad de acometer ciertas mejoras para atender a la voluntad de la persona en situación de dependencia, se precisaría prestar una mayor atención a los trámites de desistimiento y renuncia a favor de los titulares de los derechos reconocidos. El desistimiento consiste en el derecho que tiene el solicitante o sus respectivos representantes legales de poner fin al procedimiento administrativo en cualquier momento del mismo, desde que el interesado presenta la solicitud²⁴. Debe tratarse de un desistimiento, y expreso, mediante la presentación de un escrito o mediante comparecencia del interesado ante el órgano administrativo competente para que pueda quedar libre de cualquier compromiso legal o económico con la administración pública competente, de manera definitiva. Generalmente la causa será la disconformidad con el servicio o la prestación propuesta. Algunas normas autonómicas determinan la equiparación entre el desistimiento tácito y la falta de colaboración del interesado consistente en la negativa a aportar la documentación requerida con anterioridad a la fecha de la resolución administrativa por la que se concede el servicio o la prestación económica vinculada al servicio. Tal equiparación resulta del todo inadecuada porque puede basarse en circunstancias diversas y no estrictamente en la voluntad de apartarse del procedimiento, al tiempo que debe prevalecer el desistimiento expreso como vía para poner fin de forma definitiva al mismo, cuya conclusión debe notificarse convenientemente al interesado²⁵.

La renuncia al derecho efectivo a seguir percibiendo un servicio del catálogo o a una prestación económica debe también ser reconocida a su titular de manera inequívoca, pudiéndose ejercitar personalmente o a través de los correspondientes representantes legales. La renuncia se deberá frecuentemente a la insatisfacción en la ejecución de los servicios o las prestaciones que se perciben.

3.2. Promoción de la autonomía de la persona en situación de dependencia a través de un sistema de apoyos: la asistencia personal

Constituye una finalidad básica de la LAAD la promoción de la autonomía de la persona en situación de dependencia. El art. 19 de la LAAD modificado por RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad establece que su finalidad es «contribuir a la contratación de un asistente personal sobre un cierto número de horas que facilite al beneficiario 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». Se trata generalmente de una prestación económica dirigida a proporcionar una protección basada en el apoyo personal que promueva la autonomía, independencia y habilidades de la persona en situación de discapacidad y/o dependencia, tal y como propone el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas.

Se admiten dos formas para la provisión de la asistencia personal:²⁶ a través de la modalidad de asistencia personal de acompañamiento para la realización de actividades laborales, ocupacionales y/o formativas o mediante la concesión de una prestación económica que cubra la contratación de un asistente personal que asuma la función primordial de remover las dificultades que encuentra la persona dependiente en su cotidianeidad, y de forma particular, en orden a facilitar el acceso a la educación o al trabajo, incidiendo en su integración social, laboral y en su participación en comunidad. Su vinculación con la persona dependiente será contractual, ya sea un contrato laboral o de servicios, mediante los que se presta un servicio de apoyo durante

²⁴ Art. 13 del Decreto Foral de Bizkaia 162/2009, de 1 de diciembre, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia (BOB núm. 242, de 18 de diciembre de 2009, modificado por Decreto Foral 121/2012, de 21 de agosto (BOB núm. 163, de 24 de agosto de 2012).

²⁵ Art. 10 de la Orden 2386/2008, de 17 de diciembre, por la que se regulan los procedimientos para el reconocimiento de la situación de dependencia, para la elaboración del programa individual de atención, las prestaciones económicas y servicios y el régimen de incompatibilidades.

²⁶ Orden ASC/471/2010, de 28 de septiembre, por la que se regulan las prestaciones profesionales y los y las profesionales de la asistencia personal en Cataluña.

un determinado número de horas según el grado de dedicación concedida (completa, parcial o mínima) a una persona con capacidad suficiente para la autogestión de sus intereses personales y patrimoniales, que se encuentre en una situación de dependencia. En todo caso se tiene en cuenta la capacidad económica de la unidad familiar en la que se integra la persona dependiente para el cómputo de las cuantías mensuales que se perciban en este concepto.

A pesar de la importancia que tiene la promoción de la autonomía del sujeto dentro del marco de protección que dispensa la LAAD, lo cierto es que de los datos recogidos en el SISAAD a 1 de enero de 2013, se advierte una injustificada desvalorización de la prestación económica para la asistencia personal, ya que éstas representan en torno a un 0,13% del total, frente a las prestaciones vinculadas al servicio que representan un total del 6,7%. Sin embargo, la asistencia personal puede llegar a considerarse especialmente respetuosa con el sistema de protección basado en los apoyos, que contribuye a la integración social y laboral del sujeto a proteger, propiciando el desarrollo de las actividades más cotidianas y el ejercicio de sus derechos en igualdad de condiciones. Es también una prestación idónea para conjugar la protección pública, con sus muchos condicionantes, con la voluntad del sujeto y su deseo de normalizar su particular situación. Consciente el legislador de las oportunidades que ofrece esta medida de protección ha ampliado su ámbito subjetivo para que puedan acceder a ella todos los dependientes, cualquiera que sea el grado de dependencia reconocido²⁷.

El RD 1051/2013 define en su art. 6.1 los servicios de promoción de la autonomía personal como aquellos que tienen por finalidad «desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria». Especifica su apartado segundo cuáles son estos servicios diciendo «2. Son servicios de promoción para la autonomía personal los de asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, los de habilitación, los de terapia ocupacional así como cualesquiera otros programas de intervención que se establezcan con la misma finalidad»²⁸.

En relación al contenido de las facultades que asume el asistente, del tenor del art. 19 de la LAAD, se deduce la imposibilidad de que pueda asimilarse a la asistencia domiciliaria, siendo su principal función promover la autonomía personal, contribuyendo a la normalización de su entorno, a su integración laboral, social o formativa y a su participación en comunidad. En ningún caso debe reconocerse al asistente personal una capacidad de decisión sobre cualquier asunto de transcendencia personal o patrimonial para el asistido, pues es a éste a quien corresponde la dirección de su vida, así como la determinación de las actividades en las que requiere o no el apoyo, limitándose simplemente a acompañar y auxiliar al beneficiario. Ante la ausencia de una normativa estatal que delimite y clarifique las funciones del asistente personal y los requisitos que éste ha de cumplir, ha sido la regulación de las distintas CCAA la que ha determinado su contenido, así como los requisitos que ha de cumplir el asistente²⁹ y los trámites para su concesión³⁰.

²⁷ Modificado por el art. 22.7 RD 20/2012. Con anterioridad estaba erróneamente destinada a grandes dependientes.

²⁸ Por medida de apoyo en general se entiende cualquier acción positiva tendente a promover la integración de la persona en situación de dependencia. Deben considerarse medidas de apoyo, las que garantizan la accesibilidad a locales y mesas electorales a las personas dependientes; servicios gratuitos de interpretación para las personas que tienen problemas auditivos; todas ellas dirigidas a facilitar, por ejemplo, el ejercicio del derecho al sufragio universal activo. Sobre este particular puede consultarse el Reglamento aprobado por RD 422/2011, de 25 de marzo, sobre las condiciones básicas para la participación de las personas con discapacidad en la vida política y en los procesos electorales. Sobre este particular DÍAZ ALABART, S., «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista», *Revista de Derecho Privado*, núm. 96. 2012, pgs. 3-24.

²⁹ El art. 6 de la Orden 627/2010, de 21 de abril, por la que se regula las prestaciones económicas vinculadas al servicio o cheque servicio y la prestación económica de asistencia personal para personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid, exige que la persona del asistente no sea cónyuge, ni mantengan paren-

4. REFLEXIONES SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA FINANCIACIÓN PRIVADA DE LA DEPENDENCIA. PRINCIPALES MECANISMOS Y SU DUDOSA EFECTIVIDAD

El principal problema al que se enfrenta actualmente el SAAD es el de su financiación. Ya hemos tenido ocasión de señalar los amplios recortes económicos experimentados en materia de dependencia, acometidos, entre otros, mediante Acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012 y el notable impacto que ha tenido en la operatividad general del sistema. De ahí que resulte tan importante conocer la efectividad de los instrumentos jurídicos articulados para promover la financiación privada de la dependencia. Estos mecanismos son: la hipoteca inversa; el seguro de dependencia y la participación económica del usuario de los servicios de la dependencia en su coste final.

4.1. Hipoteca inversa

Su naturaleza inversa reside en el hecho de que sean precisamente las entidades o empresas financieras las que realizan los desembolsos periódicos y no así el deudor hipotecario como sucede de forma habitual en una hipoteca ordinaria. La deuda es exigible y la hipoteca ejecutable solo cuando acontece el fallecimiento del solicitante o del último de los beneficiarios. Ha sido objeto de una reciente reforma³² con la que se amplía el ámbito subjetivo previsto inicialmente. De este modo, pueden solicitar o ser beneficiarios de la constitución de esta hipoteca inversa las personas de igual o mayor edad de 65 años, la persona dependiente, sin que se exija la condición de grandes dependientes o dependientes severos, como sucedía con anterioridad, así como la persona afectada por una discapacidad de un 33%.

Sin entrar a analizar su detallado régimen jurídico³³ nos interesa detenernos en la oportunidad real del producto, debiéndose advertir como su escenario natural ha sido objeto de un cambio sustancial, ya que se ha pasado de la sobrevaloración de los bienes inmuebles en la época en la que se promulga la ley, a la caída de precios, hoy ya más estabilizada. Su comercialización por parte de las entidades financieras ha sido más bien escasa, aunque se observa un cierto incremento de la oferta a través de empresas de servicios financieros que son las que mayoritariamente las han comercializado.

Su principal inconveniente ha sido su elevado coste, pues a pesar de las ventajas fiscales, notariales y arancelarias previstas legalmente para la constitución de la hipoteca sobre la vivienda habitual, los tipos de interés aplicados han sido elevados y porque van ligadas a la contratación de ciertos seguros, como el que garantiza la percepción de rentas vitalicias, especialmente caro, seguro de la vivienda y gastos de tasación, entre otros. Lo cierto es que la operatividad de la hipoteca inversa se ha visto muy reducida, limitándose a personas de edad

tesco hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad con el asistido. Se pretende evitar contratos fraudulentos.

³⁰ Orden ASC/471/2010, de 28 de septiembre, por la que se regulan las prestaciones y los y las profesionales de la asistencia personal en Cataluña. Orden Foral 212/2009, de 1 de junio, de la Consejería de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte de Navarra, por la que se regulan las ayudas económicas para asistente personal de personas dependientes. Orden 627/2010, de 21 de abril, por la que se regula las prestaciones económicas vinculadas al servicio o cheque servicio y la prestación económica de asistencia personal para personas en situación de dependencia en la Comunidad de Madrid. Esta regulación no se ha adaptado a la ampliación del marco subjetivo a favor de todos los dependientes. Sobre la asistencia personal puede consultarse NAVAS PAREJO ALONSO, M, «Las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia. Prestación vinculada al servicio y asistente personal», en La aplicación de la Ley de Dependencia en España. Director Santiago González Ortega, Colección Estudios nº 231, Consejo Económico y Social, Madrid, 2013, pgs. 311-348.

³¹ El art. 5 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo de 2013, Ley Antideshaucios.

³² Disposic. Adic. Primera de la Ley 47/2007, de 7 de diciembre, de modificación del Mercado Hipotecario. Sobre su régimen jurídico puede consultarse SERRANO NICOLÁS, Á, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2008, pgs. 33-61.

ya avanzada, que no tienen hijos y que han debido ser informadas de los tipos de interés, comisiones y cualquier otro aspecto relacionado con la exigencia de transparencia en los servicios bancarios, así como de la obligación de pagar ciertas compensaciones por el desistimiento. En muchas ocasiones la recepción de una buena información encuentra serias dificultades, que provienen tanto de una posible edad avanzada, como del tipo de discapacidad que afectan al constituyente/es de la hipoteca. Tampoco ha existido una predisposición espontánea a contratar este tipo de hipotecas, pues en general no se quiere adquirir nuevas responsabilidades patrimoniales con incidencia directamente en el patrimonio familiar: una cosa es no dejar nada y otra bien distinta dejar deudas.

Las desventajas afectan también a las entidades financieras que tienen serias dificultades para conocer a los herederos del deudor o del último beneficiario. Además, sucede con mucha frecuencia que conocidos los herederos éstos se niegan a pagar la totalidad de los débitos vencidos y repudian directamente la herencia ante la imposibilidad de dar una salida rápida a la vivienda hipotecada en el actual mercado inmobiliario. En tal caso, la entidad procederá a la ejecución de la hipoteca recibiendo probablemente un valor inferior al préstamo concedido. Todas estas razones justifican que la contratación de este tipo de hipotecas resulte desaconsejable y se acuda a otras alternativas privadas que no supongan la elevación del gasto público.

4.2. El seguro privado de dependencia

El régimen jurídico del seguro privado de dependencia³³ previsto en la disposición adicional segunda de la Ley 41/2007, tiene aplicación supletoria, es decir, en defecto del régimen jurídico que se establezca convencionalmente. La coexistencia de la doble cobertura pública y privada plantea cuestiones prácticas en orden a determinar si la entidad aseguradora puede condicionar la ejecución de las prestaciones convenidas al reconocimiento administrativo de dependencia en el grado de dependencia al que se dota de cobertura con el seguro que se contrata, siendo la práctica la que impone esta *conditio*. Las prestaciones convenidas pueden ser económicas, ya tengan naturaleza indemnizatoria, de reembolso de los gastos ocasionados con motivo de la dependencia o en forma de rentas vitalicias, así como la prestación de servicios de atención no médica *in natura*, ya se presten en el domicilio de la persona dependiente o en centros residenciales concertados o privados.

Esta vía de financiación privada se encuentra muy condicionada por las circunstancias económicas y, su proyección de futuro se ve igualmente comprometida por tratarse de un mecanismo basado en la capacidad de ahorro de los particulares que requiere un tratamiento fiscal mucho más favorable. Por lo demás, sería necesario abordar cuestiones estrictamente jurídicas, como la incorporación de un plazo de desistimiento a favor del asegurado; el incumplimiento de las obligaciones por ambas partes del contrato, la facultad de resolverlo y la necesidad de adaptar la normativa de seguros a las particularidades que presenta esta nueva tipología, de entidad suficiente, como para no ser merecedor de un régimen jurídico basado en la mera remisión legal, tal y como sucede actualmente.

4.3. El copago

El art. 33 de la LAAD impone la obligación de todos los beneficiarios de contribuir económicamente al coste de los servicios recibidos en atención a dos criterios: el coste final del servicio y la capacidad económica del beneficiario. Se contribuye al coste final de todos los servicios.

En atención a los criterios y contenidos sobre la capacidad económica y participación del beneficiario en el coste de las prestaciones, fijados en el Acuerdo de 10 de julio de 2012, apro-

³³ MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012. El mismo autor en «El seguro de dependencia: Régimen Jurídico», en *Situaciones de dependencia: Regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pgs. 533 a 611.

bado por Resolución de 13 de julio de 2012, para calcular la capacidad económica se tiene en cuenta la renta más un tanto por ciento variable de su patrimonio neto, descontadas las deudas, cargas y obligaciones. Ese tanto por ciento se determina en función de la edad, siendo de un 5% a partir de los 65 años; un 3% de los 35 a los 65 y de 1% para las personas con menos de 35 años. La renta se entiende en un sentido amplio, como el conjunto de ingresos obtenidos por el usuario de los servicios, ya sean procedentes del trabajo o de capital, ya provengan de bienes o derechos de cualquier otra naturaleza sustitutiva de aquéllos o por las cantidades recibidas a través del seguro privado de la dependencia en su modalidad de reembolso o de percepción de renta vitalicia. El patrimonio es el conjunto de bienes y derechos de contenido económico, deducidas las cargas y gravámenes. Cuando la persona dependiente sea beneficiaria de una atención residencial o de una prestación económica vinculada al servicio y no tenga personas a su cargo que residan en ella, se computa el valor de la vivienda habitual, —si estuviere en régimen de gananciales, de la mitad—, de modo que se incluya el valor catastral o en su defecto el valor escriturado de la misma.

Debe computarse también el capital mobiliario, así como las disposiciones patrimoniales realizadas por el beneficiario en los cuatro últimos años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud, ya sean a título oneroso o gratuito, hechas a favor del cónyuge o del conviviente o de parientes hasta el cuarto grado, inclusive, respecto a las que se presume un ánimo fraudulento³⁴, es decir, con la intención de reducir deliberadamente la capacidad económica del solicitante.

La aportación nunca puede superar el 90% del coste del servicio. No se computa en el patrimonio los bienes y derechos que se hayan aportado a un patrimonio protegido regulados por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, aunque si son computables las rentas devengadas. El período a computar en la determinación de la renta y del patrimonio será el correspondiente al último ejercicio fiscal cuyo periodo de presentación de la correspondiente declaración haya vencido a la fecha de presentación de la solicitud.

Actualmente se tramita un Proyecto de Real Decreto que sigue los criterios del Acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012, sobre capacidad económica y participación de los beneficiarios en el coste de los servicios. Con este Proyecto, habida cuenta de que las CCAA pueden aprobar su propia normativa con aplicación en su respectivo territorio, también incrementando la aportación del usuario, se pretende unificar criterios en la determinación de la capacidad económica del beneficiario, según la renta y el patrimonio, en aras a lograr el principio de igualdad de acceso a los servicios al margen del lugar donde se resida y ante una situación personal y económica similar. Se trata de poner en práctica la indispensable racionalización

³⁴ Conforme a las reglas que se establecen en la Disposición adicional quinta de la 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. Estas reglas son: «a) En las disposiciones de bienes, constitución de derechos reales sobre los mismos, o renuncia a derechos, se computará como capacidad económica del solicitante el valor de dichos bienes o derechos a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio, deduciéndose del mismo, en el caso de que se hubiera tratado de disposición a título oneroso, la contraprestación recibida, siempre y cuando exista constancia de su efectiva recepción. b) Cuando se trate de la renuncia a rentas, pensiones y, en general, todo rendimiento periódico, si ésta hubiera sido realizada de forma gratuita, se computará la misma como si siguiera percibiéndola. Si la renuncia hubiera sido onerosa, se computará como capacidad económica del solicitante la diferencia entre el valor capitalizado de la renta renunciada y la contraprestación recibida valorada conforme a lo establecido en el Impuesto sobre el Patrimonio, siempre y cuando exista constancia de su efectiva recepción. c) Cuando la disposición haya sido realizada a través del aumento de deudas u obligaciones, si éstas hubieran sido contraídas a título gratuito, no se computarán para disminuir la capacidad económica del solicitante. Si hubieran sido contraídas a título oneroso sólo disminuirán la capacidad económica del solicitante hasta el valor a efectos del Impuesto sobre el Patrimonio otorgado a los bienes o derechos recibidos a cambio».

normativa, como se puso ya de relieve en la evaluación para el período 2007-2011, puesto que al no aprobarse por Real Decreto, solo algunas CCAA aplican el copago. En este sentido, el Programa Nacional de Reformas de España 2013 que el Gobierno ha enviado a Bruselas, tras poner de relieve la profunda reforma que se ha operado para lograr la sostenibilidad del SAAD, estima necesario incrementar la aportación del beneficiario de los servicios en un 5% en tres años y confirma la necesidad de aumentarlo en años sucesivos, dada la existencia de usuarios que no realizan aportación alguna por falta de normativa en este punto en determinadas CCAA.

Según el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas (nº 1035) aprobado en sesión de 29 de mayo de 2014, sobre las medidas de gestión y control adoptadas por las CCAA para la adecuada aplicación de la LAAD, la normativa legal y reglamentaria de las distintas CCAA han establecido los criterios de valoración de la capacidad económica de los beneficiarios aunque no en todos los casos se respetan los criterios establecidos por el Acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012. Según este informe, las CCAA que no han adaptado sus respectivas normativas son: Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Castilla-La Mancha³⁶, Cataluña, Madrid, País Vasco (Diputaciones Forales de Guipuzkoa y Bizkaia) y La Rioja. Se pone de relieve, así, la gran disparidad en la normativa de las distintas CCAA, tanto en relación a la valoración de la capacidad económica de los beneficiarios, como en relación a los criterios para fijar la participación económica de los beneficiarios, lo que supone claramente una ruptura del principio de igualdad en el acceso a las prestaciones y a los servicios públicos de la dependencia.

A modo de conclusión señalar que, tal y como advirtiéramos ya en su momento³⁷, si las aportaciones económicas del usuario para cubrir el coste final de los servicios de la dependencia son tan elevadas, el margen de disponibilidad económica personal se limita y reduce tan considerablemente, al tiempo que se asume todo un entramado de obligaciones sin tomar apenas en cuenta las preferencias del interesado y de su familia y proveer de mecanismo ágiles y eficaces que garanticen su participación y libre elección, éste adoptará, sin duda, la sabia decisión de no ejercer su derecho a recibir una protección asistencial pública, desvirtuándose la vocación de universalidad inicialmente proyectada, quedándose el acceso reducido a quienes carecen de recursos económicos o se encuentran más desprotegidos social y familiarmente.

BIBLIOGRAFÍA

DÍAZ ALABART, S, «El derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista», *Revista de Derecho Privado*, núm. 96. 2012, pgs. 3-24.

GONZÁLEZ ORTEGA, S, «Introducción. La crisis del sistema y las medidas económicas y legales adoptadas para abordarlas», en *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*. Director Santiago González Ortega, Colección Estudios nº 231, Consejo Económico y Social, Madrid, 2013. pgs. 5-28.

HERAS HERNÁNDEZ, M, M, «Beneficiarios directos e indirectos de la protección social de la dependencia», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. M^a Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pgs. 13-32.

«Políticas públicas para el fomento de la financiación privada de la dependencia», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. M^a Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pgs. 213-234.

³⁵ Decreto 26/2013, de 23 de mayo, para del procedimiento de reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del SAAD que no se adapta a los criterios establecidos en el Acuerdo del Consejo Territorial del 10 de julio de 2012. En Canarias: Decreto 93/2014, de 19 de septiembre. En Cataluña: Orden BSF/130/2014, de 22 de abril.

³⁶ HERAS HERNÁNDEZ, M, M, «Políticas públicas para el fomento de la financiación privada de la dependencia», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. M^a Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pg. 232.

LLANO SÁNCHEZ, M, «Igualdad y diversidad en el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia y del derecho a las prestaciones del Sistema», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. María Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pgs.72-104.

MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, P, *El seguro privado de dependencia*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

«El seguro de dependencia: Régimen Jurídico», en *Situaciones de dependencia: Regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, pgs. 533- 611.

MOLERO MARAÑÓN, M, L, «El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: En especial, sobre la prestación por cuidados familiares», en *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, coord. M^a Luisa Molero Marañón, Cinca, 2013, pgs.154-192.

MUÑOZ GARCÍA, C, «La Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social», n^o 8221, Sección Tribuna, 2 enero de 2014.

NAVAS PAREJO ALONSO, M, «Las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia. Prestación vinculada al servicio y asistente personal», en *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, d Director Santiago

PEREÑA VICENTE, M, *Dependencia e incapacidad. Libertad del cuidador o del tutor*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

SERRANO NICOLÁS, Á, «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 2008, pgs. 33-61.