DICTAMEN

Que se formula a instancias de *Edad & Vida*, sobre diversos aspectos relativos a la cobertura constitucional y legal de la situación de dependencia, en el ordenamiento jurídico español.

2 de mayo de 2.001.

Por *Edad & Vida*, se ha instado de este Despacho la formulación de un Dictamen sobre diversos aspectos relativos a la cobertura constitucional y legal de la situación de dependencia, en el ordenamiento jurídico español.

En concreto, se interesa que en dicho Dictamen, además del estudio de los antecedentes de la cuestión, tanto doctrinales como jurídico-legales, se alcance a unas conclusiones que den respuesta a las siguientes cuestiones:

- Si existe fundamento jurídico suficiente para sostener la obligación de los poderes públicos de cubrir la situación de dependencia.

- Naturaleza y consecuencias de dicha obligación.

- Determinación de las medidas que deberían, en su caso, adoptarse por las Administraciones Públicas.

Para atender a dicho requerimiento, se formula el presente Dictamen.

I.- ANTECEDENTES.

La Ley 55/1999, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social ("Ley de Acompañamiento"), en su Disposición Adicional Decimocuarta, establecía:

> "El Gobierno, en el plazo de seis meses, presentará a las Cortes Generales un informe relativo al seguro de dependencia, con una propuesta de regulación, un marco fiscal que la incentive y las modificaciones normativas necesarias para que pueda ser una prestación realizada por los planes de pensiones, las mutualidades de previsión y demás entidades aseguradoras".

Esta Disposición constituye la primera referencia legislativa producida en el ordenamiento jurídico español que contemple específicamente la cobertura de la dependencia; es más, ésta es la primera referencia sustantivada al problema de la dependencia como situación de necesidad que reclama algún tipo de cobertura, bien sea pública o privada[1].

No obstante, esta novedad legislativa –sobre la que deberá volverse para examinar los términos precisos en que se concreta- viene a recoger un intenso debate que, tanto en España como en Europa y en los Estados Unidos, ha venido desarrollándose desde años sobre el problema de la dependencia. Concretamente, algún sector de la doctrina[2] ha situado a partir de 1.996 el inicio en España de este debate "entre

[1] En el ámbito autonómico, la Generalitat de Catalunya, mediante Decreto 47/1999, de 23 de febrero, había regulado las condiciones que deben tener las mutualidades de previsión social voluntaria de Catalunya para obtener el certificado de dependencia mutual para sus productos aseguradores de dependencia.

[2] El problema de la dependencia: conceptualización y debates –Dr. Gregorio Rodríguez Cabrero Catedrático de la Universidad de Alcalá-.

expertos y responsables del bienestar social sobre la naturaleza, causas, impactos sociales y consecuencias políticas de la dependencia".

Debate que ha corrido paralelamente al tenido en Europa sobre la misma problemática y que –en cierto modo- se encuentra en el origen de la Recomendación nº 98, adoptada por el Comité de Ministros de la Unión Europea, en fecha 18 de Septiembre de 1998, en la que se adelantaba una definición de la dependencia como:

> "un estado en el que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de una asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar las actividades corrientes de la vida diaria".

Aún cuando la definición conceptual de la dependencia desborda los límites del presente Dictamen, conviene en todo caso destacar que la referida definición resulta coincidente en grandes líneas, con las formuladas por otros organismos públicos, internacionales o españoles y por la doctrina. Así, la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía, en su Informe sobre el Seguro de Dependencia de octubre de 2.000, identificaba la dependencia "con las limitaciones severas de orden físico o mental que requieren la ayuda de otras personas".

Es más, en el referido Informe, al concretar las contingencias que deberían quedar cubiertas por un modelo privado de seguro, propone acercarse a las propuestas por la Organización Mundial de la Salud (Ginebra 1997), que incluye seis rúbricas bajo el título de "actividades de la vida diaria" (AVD):

- asearse
- vestirse
- comer y beber
- el cuidado del propio bienestar
- preparar la comida y cuidar de la vivienda
- participación en la movilidad.

En términos parecidos, el citado Dr. Gregorio Rodríguez Cabrero, señala que "una persona es socialmente dependiente cuando como consecuencia de limitaciones severas de orden físico o mental requiere la ayuda de otras personas para realizar actos vitales de la vida cotidiana".

Como se ha señalado, no constituye el objeto de este Dictamen detenerse en esta cuestión de la definición de la dependencia. No obstante, ello resultaría además innecesario, en la medida en que la problemática de la dependencia no se origina en su definición –cuestión que aparece como pacífica para la doctrina especializada- sino en sus consecuencias, especialmente en lo que hace referencia a la atención de esta situación de necesidad.

Ciertamente, el problema estriba en cómo y por quien debe protegerse esta situación. Este resulta un tema mucho más complejo, que tiene claras implicaciones jurídicas, incluso jurídico-constitucionales, que están en el centro del presente Dictamen. ¿Cómo debe protegerse la dependencia?. ¿Qué tipo de medidas serán necesarias para atenderla?. ¿Quién debe responsabilizarse de su prevención y adopción?.

Como señala UNESPA[3] "una persona dependiente requiere una intervención continuada, aunque puede que no permanente, basada en el apoyo y los cuidados y, por lo tanto, se enmarca en el ámbito de actuación de los servicios sociales". Sin embargo, añade la misma entidad en su informe que "sin embargo, no podemos obviar que existe una fuerte relación con el ámbito de los servicios sanitarios". Y ello porque, un problema de salud que precise atención sanitaria puede ser un factor desencadenante o acelerador de procesos de dependencia en las personas de avanzada edad. Además, de forma ocasional, la persona dependiente puede sufrir un proceso agudo en su estado de salud que requiera una atención sanitaria puntual.

Estaríamos, pues, en presencia de una situación de necesidad –la dependencia- que requeriría para su atención de medidas propias de los servicios sociales y, a su vez, de los servicios de salud, con la particularidad que el fundamento jurídico de unos y otros descansa en ordenamientos jurídicos y amparos constitucionales de naturaleza distinta. Es más, si se tiene en cuenta que la dependencia es una situación que se acentúa con la edad avanzada, todo el sistema de jubilaciones y políticas específicas de atención a la tercera edad concurren también en la delimitación jurídica de la regulación del problema.

Es en el marco de esta complejidad jurídica, donde adquiere especial sentido la redacción de la transcrita disposición adicional décimo cuarta de la Ley 55/1999. Así,

[3] Seguro de Dependencia –Caracterización del Entorno Español- UNESPA- 20 marzo de 2000.

- el informe que el Gobierno está obligado a presentar ante las Cortes Generales se refiere a un seguro de dependencia.

- dicho seguro debe incentivarse fiscalmente.

- La prestación asegurada debe poder ser realizada por los planes de pensiones, mutualidades de previsión social y demás entidades aseguradoras.

Estas tres características esconden, sin lugar a dudas, que no se configura la dependencia como una necesidad cubierta por el régimen público de la Seguridad Social (art. 41 de la Constitución española), ni como merecedora de un complemento de pensión (art. 50 de la C.E.), ni una consecuencia de un problema de salud que corresponda asumir a los poderes públicos (art. 43 de la C.E.).

La trascendencia de esta inicial conclusión, resultado incuestionable de las tres características definidoras del contenido de la disposición adicional decimocuarta de la Ley 55/1999, impone detenerse en la consideración de los mencionados artículos de la Constitución española, para a la luz de su contenido y de la doctrina constitucional sentada sobre ellos, poder examinar cómo debería encajar en dicho contexto la regulación de un seguro privado de dependencia.

II.- SEGURIDAD SOCIAL Y SANIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

1.- De los principios rectores de la política social y económica.

El art. 41 de la Constitución establece 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".

Como señala la doctrina, de dicho precepto caben deducir dos rasgos esenciales[4].

a – La Seguridad Social es una función exclusiva y típica del Estado (de los poderes públicos).

b – La Seguridad Social es un mecanismo de protección de los riesgos sociales de naturaleza pública.

¿Constituye, pues, la dependencia una situación de necesidad cubierta por la Seguridad Social?. Hoy esta pregunta tiene –en principio- una respuesta negativa. Salvo lo que más adelante se dirá en relación con la gran invalidez, es obvio que la dependencia, tal como la hemos descrito en el capítulo anterior de este Dictamen, no está cubierta específicamente por el régimen público de la Seguridad Social, ni constituye base alguna para modificar el importe de las pensiones a que el afectado tuviere derecho.

Aún cuando no exista ninguna Sentencia del Tribunal Constitucional que venga a resolver específicamente esta cuestión, existen abundantes resoluciones de este Alto Tribunal que vienen a delimitar el fundamento de aquella negativa. Así, conviene recordar que el

art. 41 antes transcrito, figura en la Constitución en el Capítulo Tercero de su Título I, con la rúbrica específica “De los principios rectores de la política social y económica”. Esta rúbrica, distingue claramente estos principios de los derechos y libertades del Capítulo Segundo que, al amparo de lo prevenido en el art. 53.1 de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos.

Por el contrario, los principios relacionados en el Capítulo Tercero sólo “informarán la legislación positiva... y la actuación de los poderes públicos “ (art. 53.3 C.E.). Es más, para ratificar este carácter informador, el constituyente añadió en el inciso final de este precepto que dichos principios sólo podrían ser alegados ante la jurisdicción ordinaria en base y de acuerdo con las leyes que los desarrollen. Es decir, el contenido exacto de las situaciones de necesidad que deben ser cubiertas por la Seguridad Social pública deberá venir definido por el legislador. Sin este requisito, la Seguridad Social puede dejar de cubrir y atender necesidades que la sociedad reconozca como tales, pero que el legislador no haya incorporado todavía al conjunto de las prestaciones públicas.

Esta aparente contradicción –Seguridad Social publica y obligatoria y necesidades no cubiertas a pesar de su evidencia- ha sido avalada y ratificada, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, alegando fundamentalmente razones de tipo presupuestario. Es decir, el contexto económico general es el que viene a fundamentar el abanico de necesidades que la Seguridad Social pública incorpora a su régimen.

[4] Seguridad Social y Constitución – Yolanda Sánchez-Uran Azaña – Estudios de Derecho Laboral – Ed. Civitas 1995.

Debería, pues, deducirse que –en el caso que se contempla en el presente Dictamen- el legislador y el Gobierno han entendido que no se dan las circunstancias que permiten la incorporación de la dependencia a las situaciones de necesidad que deben cubrirse por la Seguridad Social.

No obstante, la conclusión no puede formularse en términos tan contundentes. Y ello, por dos razones fundamentales: a) en primer lugar, por cuanto debería examinarse si la exclusión es coherente con la cobertura de la dependencia en otros supuestos y regímenes de la Seguridad Social, muy singularmente en el caso de la gran invalidez; y b) si la exclusión no podría –o incluso debería- traducirse en el reconocimiento de la obligatoriedad del seguro de dependencia, a través de otros mecanismos distintos de los habituales del sistema contributivo de la Seguridad Social.

Conviene detenerse en el examen de dichas cuestiones, atendida la trascendencia que puedan tener en las conclusiones del presente Dictamen.

2.- La dependencia en la cobertura de la Gran Invalidez.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 137.6 de la Ley General de la Seguridad Social, la gran invalidez se define como:

> "la situación del trabajador que, debido a pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos".

No obstante, debe recordarse también que el inciso final del nº 1 del siguiente art. 138 de la misma Ley establece:

> "No se reconocerá el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, cualquiera que sea la contingencia que las origine, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, tenga la edad prevista en el apartado 1 a) del art. 161 de esta ley y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social".

A su vez, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (vid, entre otras, las Sentencias de 13 de marzo de 1989 o de 23 de marzo de 1988) ha entendido por "acto esencial para la vida diaria, todo aquel que sea preciso para la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible, para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar aquellos actos indispensables en la guarda en la seguridad, dignidad, higiene y decoro fundamentales para la humana convivencia.

Asimismo, en desarrollo de estos conceptos, la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo (vid., entre otras, las Sentencias de 30 de enero de 1990 o de 23 de marzo de 1988) han establecido que no es preciso que la necesidad de ayuda sea permanente, continuada y para todos los actos de la vida cotidiana; basta con no poder satisfacer una sola necesidad primaria, como el hemipléjico que requiere la ayuda de tercera persona sólo para algunos actos de la vida cotidiana, como vestirse, desvestirse o deambular de manera prolongada.

Como puede observarse, la definición de la dependencia tal como se ha formulado en el Capítulo I de este Dictamen, vendría a identificarse plenamente –o, en todo caso, sustancialmente- con la dependencia

derivada de una Gran Invalidez. En principio, pues, podría estimarse que la dependencia estaría – a través de este supuesto- cubierta e integrada en el régimen de prestaciones de la Seguridad Social.

No obstante, ello no es así. Y ello por una razón fundamental: la pensión contributiva de Gran Invalidez, está reservada a los trabajadores (en activo); es decir, la incapacidad permanente –determinante de la Gran Invalidez- "debe sobrevenir mientras el sujeto pasivo está de alta en el sistema de la Seguridad Social"[5]. Y, por lo tanto, los beneficiarios deben ser menores de 65 años en la fecha del hecho causante de la incapacidad o Gran Invalidez. A mayor abundamiento, las prestaciones a que esta situación da derecho son exclusivamente de naturaleza económica, calculadas en función de las bases de cotización no teniendo en cuenta la cobertura eficaz y suficiente de las necesidades derivadas de la situación de dependencia.

Sin embargo, a pesar de las expresadas limitaciones, resulta que –en términos generales- para los no jubilados existe una cierta cobertura de la situación de dependencia, que no alcanza a aquella que se origina para los jubilados que no tenga su concreto origen en accidentes o enfermedades causadas o diagnosticadas en la edad activa del trabajador. En este sentido, es especialmente relevante el contenido del art. 138.1 de la Ley General de Seguridad Social que, después de la modificación introducida por la Ley 24/1997, de 15 de Julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de la Seguridad Social, incluye un segundo párrafo en el que se prevé que se ha de denegar la invalidez a quien, a la fecha del hecho causante de la prestación, tenga

[5] Informe de UNESPA antes citado.

sesenta y cinco años o más y reúna todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social.

Este régimen jurídico ha sido magníficamente glosado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 14 de marzo de 2.000 al establecer que:

> "al hecho causante de la invalidez ha de preceder el desempeño, en régimen laboral, de profesión u oficio o la posibilidad de hacerlo. Es claro, por tanto, que en el marco normativo del Régimen General, que es el que ahora interesa, no proceden mecanismos protectores por situación de invalidez cuando con anterioridad al hecho causante ya se ha accedido a jubilación pensionada, pues esta situación lleva de suyo la culminación de la vida laboral, con voluntario apartamiento de la actividad de tal clase".

Así, pues, la regulación jurídica de la incapacidad permanente o Gran Invalidez, conlleva que los jubilados quedan excluidos de la posibilidad de beneficiarse de sus prestaciones. Y, a través de ello, se escapan del alcance de este importante colectivo social, las prestaciones necesarias para cubrir su situación de dependencia –cuando les afecte- a pesar de ser el colectivo que, estadísticamente, se demuestra como más "potencialmente afectado" por este riesgo. ¿Puede amparar nuestro ordenamiento constitucional esta discriminación?. ¿Puede derivarse de una Seguridad Social obligatoria un trato distinto para un mismo "riesgo", en función de la edad del potencial beneficiario?.

En este sentido, dos artículos de la Constitución española deben ser objeto de especial consideración. Por un lado el art. 14, cuando establece que todos los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer ninguna discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo,

religión, opinión o cualquiera “otra condición o circunstancia personal o social”. Aún cuando es evidente que si el constituyente no mencionó expresamente la discriminación por razón de edad, fue para evitar interpretaciones que pudieran conducir al absurdo –derecho de voto y edad para votar, por ejemplo- también es evidente que bajo la rúbrica genérica de “condición o circunstancia personal o social” cabe considerar la edad como incluida dentro de la misma.

En este sentido, debe reconocerse una aparente vulneración de este precepto constitucional, cuando por razón de edad queda una persona –un importante colectivo social- excluido de una prestación que tiene su origen en una causa de necesidad. Y que, por otra parte, se reconoce, en términos generales, a los menores de 65 años.

A mayor abundamiento, una de las mayores y más importantes novedades doctrinales de nuestro texto constitucional, la constituye la introducida en el nº 2 del art. 9, al atribuir a los poderes públicos una posición activa en la promoción de las condiciones que hagan posible la igualdad real y efectiva de las personas y de los grupos, removiendo incluso los obstáculos que lo impidan o dificulten. Esta obligación, puesta en relación con el relacionado art. 14 de la propia Constitución, serviría –como mínimo- para reflexionar sobre el encaje jurídico-constitucional del doble y distinto tratamiento que la cobertura de la dependencia recibe en el régimen jurídico de la vigente Seguridad Social.

No obstante –sin perjuicio de volver sobre esta cuestión más adelante- debe reconocerse que el Tribunal Constitucional ha facilitado una interpretación restrictiva de los invocados preceptos constitucionales en su relación con la Seguridad Social. Así, en diversas ocasiones, dicho

Alto Tribunal ha venido en interpretar que no constituiría discriminación el régimen distinto otorgado a situaciones de necesidad similares. Y ello, por cuanto:

> "el art. 41 de la C.E. convierte a la Seguridad Social en un sistema público en el que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987 –RTC 1987/65-). Los arts. 41 y 50 de la CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá ser algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 –RTC 1984/103- y 27/1988). Aunque existe una tendencia a la equiparación de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde al legislador llevar a cabo la culminación de este proceso (aquí materializada a través de la disposición adicional decimotercera del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero), en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable".

Y, añade significativamente el Tribunal Constitucional:

> "La Constitución, pues, permite, aunque no impone, una diferente protección en atención a las causas que originan las situaciones de

> necesidad y, por tanto, no es ilegítimo ni irrazonable que el legislador o el Gobierno puedan tomar en consideración estos factores causales para acordar un régimen jurídico diverso (STC 375/1993 –RTC 1993/375- y ATC 573/1986). No vulnera, en consecuencia, el principio de igualdad la interpretación textual del art. 2.2 a) de la Ley 26/1985 que adoptaron las resoluciones impugnadas (Sentencia TC de 13 de febrero de 1995)".

Con dicha doctrina –que como se observa ha sido reiteradamente sostenida por el Tribunal Constitucional para casos distintos pero de naturaleza jurídica similar- resultaría difícilmente sostenible que la real discriminación existente en el tratamiento distinto de la situación de dependencia en función de la edad del beneficiario afectado, pudiera traducirse en una obligación por parte de los poderes públicos a incorporar en el cuadro de la prestación del Régimen General de la Seguridad Social dicha última situación de dependencia.

Sin embargo, esta conclusión resulta altamente contradictoria con la función misma de una Seguridad Social obligatoria, constitucionalmente institucionalizada. Hasta tal punto es ello cierto que, en diversas ocasiones, el legislador se ha visto obligado a regular regímenes especiales para situaciones específicas de dependencia que, en su reconocimiento, debilitan la exclusión general por razón de edad. Muy especialmente, cabe recordar el sistema de prestaciones reconocido, en su día, a favor de las personas afectadas por el síndrome tóxico o la regulación que contempla el tratamiento a otorgar a las víctimas de delitos de terrorismo.

Todo ello, conduce a la conclusión de que, si bien no puede sostenerse que la dependencia que afecte a los mayores de 65 años, debería incluirse obligatoriamente en el Régimen General del sistema de

la Seguridad Social, so pena de incurrir en la vulneración de principios rectores de la Constitución en el orden económico y social, la actual exclusión debe interpretarse como una situación límite que precisa –a su vez- de una interpretación extensiva de otras posibilidades constitucionales, a los efectos de definir un sistema de cobertura de la dependencia que sea suficiente y eficaz.

Debe recordarse que, como en otros supuestos, la constitucionalidad de determinadas políticas sociales restrictivas, no quiere significar que una lectura más progresista de dichas políticas sociales no tuviera un correcto encaje constitucional. Lo que la doctrina está señalando, en todo caso, es que en este contexto y de acuerdo con las posibilidades valoradas por el legislador, la actual regulación de la Seguridad Social, con sus limitaciones e incluso contradicciones, es acorde con la Constitución. Pero que dependerá del legislador y de su valoración de nuevas circunstancias e, incluso, de nuevas y crecientes necesidades dar nueva redacción a los riesgos que la evolución demográfica está planteando en España y en toda Europa.

Y, en este planteamiento, como la propia doctrina del Tribunal ha apuntado en diversas ocasiones, dichas nuevas necesidades podrán ser atendidas desde mecanismos –incluso de financiación- diferentes.

Es en este sentido que procede ahora examinar si la reiteradamente mencionada exclusión –de la situación de dependencia de los mayores de 65 años- podría traducirse en el reconocimiento de la obligatoriedad del seguro de dependencia, a través de otros mecanismos distintos de los habituales del sistema contributivo de la Seguridad Social.

3.- El carácter mixto de las prestaciones necesarias para las situaciones de dependencia, desde la perspectiva sanitaria y de las políticas especiales para la tercera edad.

Como señala el Dr. Manuel Aznar López en la obra antes citada, el conjunto protector de la dependencia debe integrar medidas heterogéneas de naturaleza muy diversa. Así, se incluyen en aquel conjunto tanto prestaciones monetarias como aquellas que son de naturaleza muy diversa. Así, se incluyen en aquel conjunto tanto prestaciones monetarias como aquellas que son de naturaleza asistencial (ayuda a domicilio, servicios sociales intermedios, atención residencial) e incluso prestaciones monetarias para los ciudadanos, medidas fiscales a favor de las personas dependientes, etc.

Por lo tanto, como se ha señalado con anterioridad, existe una fuerte relación entre la actuación de los servicios sociales y el ámbito de los servicios sanitarios, que puede tener incluso más relevancia –y así es en la práctica- que las prestaciones monetarias cubiertas por la política de pensiones de la Seguridad Social.

En este sentido, adquiere especial trascendencia la consideración de lo que establecen los arts. 43.2 y 50 de la Constitución. El primero de ellos, en su expresado nº 2 establece que:

> “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Por su parte, el art. 50 de la Constitución dispone que:

> "Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, 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".

A pesar de los elementos singulares de los transcritos preceptos, debe admitirse que la jurisprudencia constitucional y la del orden jurisprudencial ordinario han venido a realizar una lectura integradora de estos preceptos con el 41 de la C.E. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1993 establece que:

> "El derecho a la protección de la salud y a las prestaciones que a él corresponden, como proclama el art. 43 de la Constitución, son las que la Ley regula, según previene el propio precepto constitucional. Prestaciones y servicios ya referidos en el art. 41 de la Constitución, en el régimen público de la Seguridad Social".

Es decir, tanto las políticas sanitarias como las sociales contempladas en el art. 50 C.E., se integran todas ellas en el sistema público de la Seguridad Social y es de esta integración de la que se deriva, en todo caso, su obligatoriedad. No obstante, esta integración conceptual y sistemática ofrece flancos que no deberían ignorarse. Así, en primer lugar, la financiación distinta de la Seguridad Social y la del sistema sanitario, permitiría abrir la consideración de modalidades aseguradoras que vinieran a llenar los vacíos que hoy caracteriza la atención de situaciones de necesidad, como la dependencia de los mayores de 65 años. Pero, en todo caso, esta situación facilita desde ya la legalidad de acciones concertadas con el sector privado para la prestación de los servicios que la dependencia necesita para su atención, en términos que no representen para el beneficiario de dichos servicios

mayores costes que los que le corresponderían de ser atendido con cargo al régimen público de la Seguridad Social.

Además, en segundo lugar, el último inciso del art. 50 C.E. abre una puerta de naturaleza jurídica distinta al sentido y principios que inspiran la Seguridad Social. Así, en dicho precepto, después de haber señalado las "garantías" que deben otorgar los poderes públicos en forma de pensiones, añaden que éstos deberán "promover" el bienestar de la tercera edad con un sistema de servicios sociales.

Es evidente que entre "garantizar" y "promover" existe una diferencia conceptual que tiene o puede tener consecuencias prácticas notorias. Mientras la garantía conduce al régimen público de la Seguridad Social, la promoción implica tanto la prestación directa de los poderes públicos, como facilitar que los servicios necesarios sean prestados desde la iniciativa de los particulares, especialmente cuando –como ocurre en la situación de dependencia- no exista una cobertura pública ni suficiente ni general.

En este sentido, la obligatoriedad podrá cumplimentarse bien en la prestación directa, bien aceptando –también obligatoriamente- que sean los propios interesados los que tiendan a cubrir el riesgo de una futura hipotética situación de dependencia. Sólo en este sentido debería leerse la abundante jurisprudencia sentada en orden a esta cuestión. Los poderes públicos no están obligados a prestar más servicios que los que la ley les atribuya; pero están obligados –en este caso- a promover activamente el bienestar de la tercera edad con un sistema de servicios sociales que atiendan sus problemas específicos.

Es decir, a diferencia del régimen público de la Seguridad Social o de la protección de la salud, en los que la ley delimita -por imperativo constitucional- el contenido de las obligaciones asumidas por los poderes públicos, el art. 50, al referirse a la promoción del bienestar, no lo sujeta a la ley. Está definiendo en este caso, un comportamiento de los poderes públicos que al ser más laxo, no acepta más límite que el de que allí donde aquellos no alcancen, podrán ser los particulares los que afronten directamente la atención de sus necesidades.

No es esta una cuestión de matiz. Tiene especial trascendencia a los efectos de la problemática que se contempla en el presente Dictamen.

Efectivamente, en su Sentencia de fecha 5 de Mayo de 1994, el Tribunal Constitucional, establecía que:

> "el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de gestión de aquél, ya que la reforma experimentada por el artículo 129.1 L.G.S. no altera el papel predominante y el compromiso de los poderes públicos en su labor articuladora de la tutela frente a la contingencia de la incapacidad laboral para el trabajo y, además, porque trata de evitar la reducción del nivel de protección económica ante esta contingencia, mediante un desplazamiento de responsabilidad que no es incongruente con el régimen de la referida prestación valorada en su conjunto".

Así, si el Tribunal Constitucional acepta para un supuesto distinto (I.L.T) el "desplazamiento de responsabilidad" mediante "fórmulas de gestión privadas", ¿por que no podrá aplicarse idéntica excepcionalidad para la situación de dependencia?. Es aquí donde el "plus" que ofrece el inciso final del art. 50 C.E. adquiere especial relevancia. Si en el caso de

la I.L.T. se está excepcionando una prestación que se integra inequívocamente en el contenido básico del régimen público de la Seguridad Social, ¿por que no va a practicarse dicha excepción cuando ésta aparece más justificada por la heterogeneidad de las prestaciones que reclama?.

No es ésta una cuestión pacífica, ni política ni doctrinalmente. Y podría alegarse de contrario que existe entre ambos supuestos una diferencia notable; mientras la I.L.T. ya está incorporada por ley a las prestaciones de la Seguridad Social, la dependencia no tiene todavía similar y general reconocimiento. Pero esta diferencia podría interpretarse como meramente coyuntural; es decir, una próxima incorporación legislativa de dicha situación de necesidad, abriría posteriormente la posibilidad de su gestión privada. Con ello, podría concluirse que no existe, en todo caso, impedimento constitucional para contemplar en un futuro que la situación de dependencia, en su incorporación, al cuadro de prestaciones del régimen público de la Seguridad Social vaya acompañada de fórmulas de gestión privadas.

No obstante, en el marco jurídico actual, no podría sustentarse un régimen de obligatoriedad para la cobertura de esta situación de dependencia al margen del régimen público de la Seguridad Social.

4.- La opción de la Ley 55/1999 (Ley de Acompañamiento).

Es en este punto que adquiere todo su sentido la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 55/99, transcrita en el Capítulo I de este Dictamen.

Efectivamente, habiéndose reconocido –por la doctrina mayoritaria un carácter dual al sistema de la protección social en España, integrado por: a) un nivel mínimo y obligatorio de Seguridad social, de carácter público; y b) un nivel complementario y libre, la mencionada Ley 55/1999 pretende amparar en éste segundo nivel la cobertura de la situación de dependencia.

A estos efectos, conviene recordar que la referida Disposición Adicional Decimocuarta destaca los elementos fundamentales del seguro de dependencia:

a – su incentivación fiscal.

b – que la prestación pueda ser realizada por los planes de pensiones, las mutualidades de previsión social y demás entidades aseguradoras.

Con ello, el legislador quiere reconocer que, si bien pretende la regulación de la dependencia al margen del régimen público de la Seguridad Social, no ignora sus especiales obligaciones en este campo. Así debe ser interpretada la específica referencia a la "incentivación fiscal" como instrumento singular de "promoción" de la figura, en línea con lo que recoge el art. 50 C.E. Es más, sin esta referencia la Disposición carecería de sentido, por cuanto nada impediría que desde la lógica del seguro privado, fueran las entidades aseguradoras las que, sin más, pudieran estudiar las condiciones de este contrato como otro más de los que figuran en la cartera que ofrecen a sus clientes. El legislador sabe que está en una posición delicada; sabe que <u>está obligado</u> a atender esta situación de necesidad que es la dependencia; sabe que precisa del sector privado para su gestión; y, finalmente, sabe también que debe <u>promocionar</u> esta prestación. Y, hoy, el medio más eficaz y justo de

promover viene dado por el régimen fiscal que se otorgue a la figura jurídico-contractual con que pretenda cubrirse la dependencia.

Sin embargo, la singularidad de estos reconocimientos –que se desprenden inequívocamente de la lectura literal de la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 55/1999– no agotan la problemática de esta cuestión. Por el contrario, vienen a confirmar la tesis sostenida en este Dictamen de que se está en presencia de un tratamiento que podría ser discriminatorio para el colectivo social de los mayores de 65 años, que el legislador pretende corregir –sólo en parte- con una figura incentivada fiscalmente de contrato privado de seguro de dependencia.

Y, en segundo término, la apelación a la gestión privada viene asimismo a reconocer que si, en un futuro, se incorporara la dependencia a las contingencias cubiertas por la Seguridad Social, las prestaciones que ello comportara podrían ser gestionadas privadamente, atendida la naturaleza heterogénea de las mismas y por razón del distinto origen y fundamento de los derechos que amparan tal prestación.

Por ello, puede concluirse que el legislador, al elaborar la mencionada Disposición Adicional Decimocuarta ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico un tratamiento novedoso, propio de una situación nueva que se encuentra a caballo de prestaciones de naturaleza bien diversa. Un régimen excepcional para un problema excepcional.

No obstante, ello conlleva la necesidad de examinar la suficiencia de las bases propuestas, para valorar en qué medida pueden atender eficazmente las necesidades propias de la situación de dependencia.

III.- LA INCENTIVACIÓN FISCAL DEL SEGURO DE DEPENDENCIA.

Como se ha dicho, la Disposición Adicional Decimocuarta de la Ley 55/1999, al referirse al seguro de dependencia, incorpora a la previsión de su estudio la necesidad de su incentivación fiscal. Como también se ha señalado esto no es sino una mera aplicación de la promoción de las políticas de bienestar que la Constitución, en su art. 50, impone a los poderes públicos.

No se pretende en este capítulo entrar en el detalle de cuales deban ser las características de esta incentivación. Pero, no obstante, querrán hacerse algunas observaciones básicas del por qué de la misma. Estamos en presencia de la cobertura de una necesidad social, tan básica o más que la propia necesidad de contar con pensiones adecuadas. Y por ello no podrá negarse al seguro de dependencia un trato, como mínimo, similar al que reciben los Planes de Pensiones. Pero, desde un principio, debe de quedar claro que sería desviarse de la voluntad del legislador y de los principios constitucionales que la incentivación fiscal del seguro de dependencia limitara o sustituyera, ni siquiera fuera parcialmente, el régimen de los Planes de Pensiones.

Se trata de establecer una nueva incentivación fiscal, compatible y acumulable a las que estén hoy reconocidas a los Planes de Pensiones. Y, ciertamente, éstos constituyen una referencia del mayor valor. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley que los regula, se configura a estos como:

- Instituciones de previsión voluntaria y libre, cuyas prestaciones de carácter privado, pueden o no ser complemento del preceptivo sistema de la Seguridad Social obligatoria, al que en ningún caso sustituyen.
- Tiene una finalidad social prioritaria, consistente en facilitar el bienestar futuro de la población retirada.

No obstante, a pesar de la similitud, debe destacarse que a diferencia de los Planes de Pensiones, el seguro de dependencia no complementa otras prestaciones de la Seguridad Social, puesto que en este campo éstas no existen. Por tanto, el seguro de dependencia viene, en la práctica a sustituir las insuficiencias del régimen público de la Seguridad Social. En este caso, la incentivación debe tener un carácter más amplio y beneficioso, en la medida en que el producto o prestación incentivada no viene a complementar una pública atendida por el sistema de la Seguridad Social, sino a sustituir una prestación que, a pesar de ser reconocida como necesaria, no es atendida desde aquel sistema público.

Por ello, sin necesidad de introducir modificaciones sustanciales en nuestro ordenamiento jurídico-tributario, podrán contemplarse un paquete de medidas fiscales que vendrían a incentivar la cobertura de la dependencia por parte de los particulares. Esta incentivación debería afectar tanto a: A) el coste de las primas; B) las prestaciones del seguro; y C) como, finalmente, otros aspectos fiscales colaterales, pero de significativa trascendencia.

A.- Pago de las primas.

La actual estructura del IRPF establece que, sobre la base imponible general –expresión de la capacidad económica del contribuyente- puedan deducirse, entre otras cantidades y conceptos, las aportaciones a los Planes de Pensiones. Como se ha dicho, nada puede impedir que las primas que el contribuyente decida satisfacer para atender a cubrir su seguro de dependencia, puedan recibir un similar tratamiento; es decir, puedan también deducirse de la base imponible de su declaración de renta.

Para ello, bastaría con introducir un apartado nº 3 al artículo 46 de la Ley reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En la forma que se propone, las aportaciones –en concepto de prima del seguro- serían susceptibles de generar una reducción directa en la base imponible de los contribuyentes. Ciertamente, esta fórmula conlleva la necesidad de establecer unos límites a la deducción que guarden cierta relación con la determinada para las aportaciones a los Planes de Pensiones. Para éstos, en el ejercicio 2001, dicho límite ha quedado fijado en el menor entre: o la suma de 1.200.000 ptas o el 25% de los rendimientos netos del trabajo y de las actividades económicas del contribuyente.

Pero no corresponde al objeto del presente Dictamen la concreción y alcance de la determinación cuantitativa de la dedicación fiscal. Basta con señalar que éste es compatible con la otorgada a los Planes de Pensiones y que ningún fundamento jurídico podría apoyar un trato básicamente distinto. Las primas del seguro de dependencia, deben ser

deducibles como lo son las aportaciones que se realizan a los Planes de Pensiones.

B.- Prestaciones del seguro.

El tipo de prestaciones que se pueden percibir, cuando un asegurado pase a ser cualificado como dependiente, son las siguientes:

a.- Prestación directa del servicio.- La prestación del servicio, que tiene únicamente como objetivo el posibilitar el desarrollo normal de las actividades a personas afectadas por disfunciones –en nuestro caso dependencia- no genera ninguna renta que pueda someterse al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En este sentido, la Dirección General de Tributos, resolviendo una Consulta vinculante sobre tributación de los diferentes contratos de seguros, estableció con fecha 5 de Abril de 2000, que el seguro de asistencia sanitaria, en méritos del que el asegurado reciba la asistencia precisa para su curación y el seguro de asistencia en el que el asegurado cubre el riesgo de asistencia en caso de dificultades fuera de su residencia habitual, como la finalidad de los mismos es el restablecimiento de la salud "no generan renta alguna en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas".

Difícilmente podría sostenerse, en base a esta Resolución, que la prestación directa de los servicios asegurados para el impuesto de una situación de dependencia puedan recibir un tratamiento distinto. Y, por ello, se defiende que no generan renta alguna que pueda tener una traducción impositiva para el asegurado-contribuyente.

b.- Reembolso de los gastos originados por la situación de dependencia.

En este supuesto, las cantidades percibidas estarían igualmente exentas, hasta el límite máximo del coste del servicio. Por las mismas razones expuestas en el apartado anterior, el reembolso de dichos gastos no genera renta alguna y, en su consecuencia, no sería necesario introducir ninguna modificación en la regulación actual del Impuesto, en la medida en que las Resoluciones de la Dirección General de Tributos resultan suficientemente claras y precisas.

c.- Prestación de una renta vitalicia.

La entrega de una cantidad –renta vitalicia- para que con ella el asegurado satisfaga los gastos incurridos como consecuencia de su situación de dependencia, puede generar diversas consecuencias tributarias.

1. Cuando la renta/cantidad percibida no alcance o simplemente cubra los gastos incurridos, se entiende que aquella está exenta por las mismas razones anteriormente expuestas.

2. Cuando la cantidad supere dichos gastos, por el referido exceso se propone que le alcance igualmente un régimen de exención. Si bien, en este caso, ello precisa de la modificación pertinente de nuestro ordenamiento jurídico.

C.- Otros aspectos fiscales.

La incentivación fiscal del seguro de dependencia debería alcanzar, asimismo, a los servicios de los cuidadores, sean éstos informales o

entidades especializadas. No tendría sentido que la asistencia de una necesidad social fuera entendida fiscalmente como una actividad económica o empresarial. Se está en presencia de una prestación socio-sanitaria, a las que debe trasladarse la exención (IVA) establecida para las sanitarias.

IV.- CONCLUSIONES.

Atendido todo cuanto queda expuesto, puede concluirse:

Primero.- La dependencia, como situación de necesidad, obliga a los poderes públicos a definir políticas de cobertura social que aseguren a las personas a quienes afecte un régimen de asistencia que les ayude a realizar las actividades de la vida diaria.

Segundo.- Esta obligación ha sido asumida por la Seguridad Social para determinados colectivos, pero sin que las prestaciones previstas alcancen a los mayores de 65 años, cuando esta situación se origine a partir de su jubilación.

Tercero.- Para evitar una situación de discriminación y, especialmente, para atender a los principios constitucionalmente reconocidos, corresponde a los poderes públicos definir políticas sociales que vengan a asegurar una eficaz cobertura de aquella situación de

dependencia, bien sea directamente bien promoviendo e incentivando el concurso de los particulares, a través, singularmente, de medidas fiscales.

Cuarto.- Dicha incentivación –que no sustituye la obligación de los poderes públicos de atender a los colectivos que no puedan acogerse a la mecánica del autoseguro- debe formularse en términos que respondan al carácter no complementario de las prestaciones necesarias para atender la situación de dependencia, puesto que no existe una prestación pública universal.

Esta es mi opinión, que someto a cualquier otra mejor fundada y que formulo en Barcelona, a dos de mayo de dos mil uno.

Firmado: Miquel Roca Junyent