

CARLOS VILLAGRASA ALCAIDE

Profesor Titular de Universidad de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

VV.AA., *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia (Aspectos legales de la gestión, coordinación y acreditación en el SAAD de los servicios residenciales. Relevancia de los centros estatales de referencia y de la responsabilidad corporativa en la política social)*, LASARTE ÁLVAREZ y MORETÓN SANZ (Dir.), LÓPEZ PELÁEZ y POUS DE LA FLOR (Coords.), Colex, Madrid, 2010, 415 págs.

Faltaba en el panorama editorial español una obra de estas características, que como su título indica tiene por objeto el análisis, desde una perspectiva multidisciplinar, de las Residencias y Alojamientos Alternativos para personas mayores en situación de dependencia. En particular, aborda desde distintos puntos de vista este servicio social, si bien se hace, con detalle, estudiando detenidamente las cuestiones más relevantes sobre la materia, tal y como se evidencia en cada una de sus cinco partes y catorce capítulos.

El rigor de este volumen colectivo se ratifica, a mayor abundamiento, con el Proyecto Proyecto I+D+I IMSERSO, 15/2008, del que trae causa directa, siendo el Investigador Principal el Profesor Dr. D. Carlos LASARTE ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Civil de la UNED y la Coordinadora la Profesora M.^a Fernanda MORETÓN SANZ, Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED. En la obra ambos codirigen este trabajo cuya coordinación recae en otros dos miembros del equipo investigador, las Profesoras Titulares de Universidad Patricia LÓPEZ PELÁEZ y M.^a Paz POUS DE LA FLOR.

En la primera parte: *Servicios y prestaciones: planteamiento y cuestiones económicas*, se recogen tres capítulos distintos. El primero de

ellos lleva por título: *Servicios sociales y política social ante la atención a la dependencia: retos de futuro y pluralidad normativa en las comunidades autónomas en materia de residencias y alojamientos alternativos*. Firmado por la Dra. D.^a Rosa Adela LEONSEGUI GUILLOT, Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Civil de la UNED, que se ocupa de uno de los principales retos de la política social en nuestro país: el de atender a las necesidades de aquellas personas que por encontrarse en situación de dependencia personal requieren apoyos para realizar las actividades de la vida diaria y alcanzar una mayor autonomía. En este sentido, la autora destaca que «nuestro ordenamiento caracterizado por la pluralidad legislativa [ha exigido] analizar la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de dependencia. Y dado que el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se configura como un “cuarto pilar del sistema de protección del estado del bienestar”, situado fuera del Sistema de Seguridad Social y financiado con cargo a los presupuestos generales del Estado, se puede afirmar que en la Ley 39/2006 la protección por dependencia forma parte de la Asistencia Social asumida con carácter general como competencia “exclusiva” por los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas». No escatima esfuerzos LEONSEGUI GUILLOT, quien también recoge y analiza el tratamiento autonómico en materia de atención residencial tanto de carácter público como privado, como también analiza los alojamientos alternativos, en concreto, las viviendas compartidas entre jóvenes y personas mayores, acogida heterofamiliar, apartamentos-viviendas individuales o bipersonales con servicios de apoyo, las viviendas de grupo o tuteladas y las pequeñas unidades de convivencia.

En cuanto al segundo capítulo, *Financiación pública y privada de las prestaciones sociales: incidencia de la capacidad económica del usuario*, de la Profesora María CRESPO GARRIDO, Titular de Universidad del Departamento de Economía Aplicada de la Universidad de Alcalá de Henares, estudia la triple vía de financiación de los servicios incluidos en el catálogo de prestaciones de la Ley de Autonomía Personal. En particular y en cuanto a la *participación del usuario en el coste* de la prestación del servicio según la prestación recibida y su capacidad de pago, es necesario reflexionar sobre la forma de medición de la capacidad de pago del usuario, con la intención de que esta fórmula sea capaz de garantizar los principios de universalidad y equidad.

El tercer capítulo tiene por objeto la aplicación de las innovadoras perspectivas de la Responsabilidad social corporativa en la materia.

Así, lleva por título *Nuevas perspectivas socio-económicas en la gestión de las entidades prestadoras de servicios de atención a las personas mayores y en situación de dependencia. Especial referencia a la gestión basada en la calidad y en la responsabilidad social corporativa (RSC)*. Su autor, Jesús GÓMEZ GARZÁS, Profesor Colaborador Doctor de Derecho Romano, experto en RSC, no duda en afirmar que «la gestión de las entidades prestadoras de servicios de atención a las personas mayores y en situación de dependencia no debería basarse en el mero cumplimiento de los preceptos legales dispuestos al efecto —perspectiva socio-normativa—, así como tampoco en la maximización de los beneficios —perspectiva socio-económica—. El sentido social en la gestión de las organizaciones, ignorado hasta hace apenas unas décadas, se está convirtiendo de forma paulatina e inexorable en uno de los activos intangibles más importante con los que cuentan las empresas, y en supuestos específicos como son el de las residencias para personas mayores, así como en centros de día, esto se percibe de una forma mucho más nítida por la propia sociedad en la que deben legitimarse dichas organizaciones».

Las cuestiones sobre RESIDENCIAS Y RESPONSABILIDAD, es el objeto de la segunda parte, que a su vez recoge seis capítulos.

En particular, el primer capítulo de esta segunda parte y cuarto del libro es el titulado *Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión de sistema para la autonomía y atención a la dependencia*. Su autora, M.^a Fernanda MORETÓN SANZ, Coordinadora del Proyecto y Codirectora de este volumen, es Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho civil UNED, con una acreditada trayectoria investigadora en la materia.

En él se analiza este SAAD configurado como «red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados» e instrumento para la participación de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias. «De modo que en esta Red se integrarán los servicios de las Comunidades Autónomas y los de las Entidades Locales, añadiéndose los Centros de referencia estatal de ámbito estatal. Estos últimos, bajo la dependencia orgánica y funcional del Instituto de Mayores y Servicios Sociales, se ofertan entre otras posibilidades, en régimen de concierto. Adicionalmente, en este escenario prestacional ha de tenerse en cuenta la confluencia de distintas competencias: las de gestión que recaen sobre las Comunidades Autónomas, frente a las de coordinación que pesan sobre la Administración general del Estado». Por otra par-

te, la autora destaca que nos encontramos ante servicios sanitarios en sentido técnico, prestados por centros no sanitarios, por lo que «la particularidad del servicio residencial suministrado en régimen público en favor de las personas reconocidas como titulares del derecho subjetivo de ciudadanía, es que se sustrae de las relaciones obligatorias, en tanto en cuanto se trata de un servicio gestionado de forma directa o indirecta por las Administraciones».

Pese a ello, hay que afirmar con la autora que «es cierto que alguno de los elementos críticos del Cuarto Pilar y de los derechos subjetivos de ciudadanía, como la participación del usuario en el servicio mediante el denominado «copago» o la asunción del precio público correspondiente, empañan su visión como técnica prestacional y lo aproximan al del contrato, cuando menos por lo que al acto de constitución se refiere», aunque el «negocio de fondo será, desde la perspectiva jurídico-privada, un contrato complejo a la vista de la multiplicidad de prestaciones ya que, en definitiva y al margen de la naturaleza de la entidad, se suministra alojamiento, alimentación, atención médica y sanitaria, actividades recreativas y culturales y el derecho a usar las instalaciones y servicios comunes, entre otros servicios posibles».

Patricia LÓPEZ PELÁEZ, Profesora Titular de Universidad del Departamento de Derecho Civil de la UNED y coordinadora de este volumen es autora del quinto capítulo. En él y como autorizada experta en materia de responsabilidad, aborda *La relación existente entre las residencias asistenciales de personas mayores y los usuarios de las mismas: configuración jurídica*. En este punto y a propósito de la configuración concreta de esta relación contractual sostiene que «hay que tener en cuenta que habrá supuestos en que personas con plena autonomía decidan ir a vivir a una residencia de mayores, en busca de alojamiento y servicios complementarios pero no de asistencia personal individualizada, o no al menos de momento, y en este caso su contrato sí podrá configurarse inicialmente como un contrato de hospedaje. Sin embargo, tratándose de personas que sí buscan una atención especializada, estaríamos ante un contrato distinto, autónomo, pues tiene una causa diferente».

Destaca, por tanto, que existe diversa regulación, tanto en la normativa autonómica en materia de servicios sociales anterior a la Ley 39/2006, como en la normativa posterior referida a las personas en esta especial situación de dependencia, donde era habitual detallar el régimen de derechos y deberes de los usuarios. Con todo, la autora afirma que «resultaría muy conveniente regular esta relación jurídica,

atribuyéndole un *nomen iuris* que la identifique claramente, y estableciendo legalmente un régimen de derechos y deberes dimanantes de la misma común para todo el territorio español, que evite la dispersión y fragmentación que supone la existencia de regulación independiente, y además no siempre completa, en cada Comunidad Autónoma. En este sentido, proponemos como más expresivo el nombre de *contrato de ingreso en una residencia asistencia*», o *contrato de prestación de servicios en residencia asistencial*».

En cuanto al capítulo titulado *Notas críticas a las divergencias entre las normas civiles y administrativas entorno a la figura del guardador de hecho de las personas mayores: sus funciones en el reconocimiento de dependencia y la dirección de un servicio residencial como titular de la guarda*, la Profesora Titular de Universidad de Derecho Civil de la UNED, Lourdes Tejedor Muñoz, no duda en abordar algunas cuestiones más controvertidas sobre la figura del guardador de hecho, en particular, sobre los procedimientos autonómicos destinados a regular el reconocimiento de la situación de dependencia y el derecho a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia.

Advierte que «en la actualidad, se producen en la clásica figura del guardador de hecho, que pasa de ser un mecanismo protector por el cual una persona asume voluntariamente la totalidad de asuntos personales y patrimoniales de otra, a ostentar tal condición la persona que por cualquier circunstancia atiende a una persona dependiente». Por ello también hace algunas propuestas de futuro, como por ejemplo la necesaria «aclaración terminológica así como una unificación de criterios: ya que junto a los instituciones tradicionales, como la incapacidad judicial, aparecen nuevos términos como presunto incapaz, autogobierno, discernimiento, incapaces, capacidad de obrar suficiente, capacidad residual», justificando esta cuestión en hay que esclarecer las dudas sobre «quiénes son los sujetos destinatarios de las normas y a quiénes se dirigen los derechos en ellas reconocidos».

La aportación que lleva por título *La responsabilidad por hecho ajeno de centros sanitarios y residenciales*, es otra de las difíciles cuestiones jurídicas que hay que resolver en este marco. Así, Fátima YÁÑEZ VIVERO, Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED, aborda distintos aspectos de este fenómeno, en particular, tanto la responsabilidad civil del tutor por actos lesivos del incapacitado judicialmente como la responsabilidad civil de otros guardadores por actos lesivos de la persona incapaz no incapacitada judicialmente. En este ámbito analiza las cuestiones rela-

tivas a los familiares del incapaz; la responsabilidad del psiquiatra y de los centros sanitarios que tratan al enfermo; la responsabilidad del empresario o del titular de un establecimiento mercantil; la responsabilidad de las administraciones públicas; la responsabilidad de los aseguradores y mecanismos colectivos de indemnización; así como los daños causados por las cosas que el incapaz arrojase desde una casa.

En concreto, la autora afirma que «la responsabilidad civil de tutores y guardadores debe servir para reforzar la responsabilidad principal del incapaz, pero no para sustituirla. Si el incapaz responde por culpa se convierte en el responsable principal de su daño. Y para asegurar la protección de la víctima es lógico que se establezca, también, una responsabilidad del sujeto encargado de su vigilancia. Esta responsabilidad se basa, en la mayor parte de los ordenamientos europeos y también en los *Principles of European Tort Law*, en una culpa presunta que se puede desvirtuar probando que se ha actuado de forma cuidadosa en la vigilancia». Por ello, considera que «la responsabilidad de los sujetos encargados de la guarda, existiendo un responsable principal por conducta culpable —aun siendo éste una persona que padece una discapacidad psíquica— no debería sustentarse en una culpa presunta sino que debería ser probada por el demandante, de acuerdo con las reglas generales de la carga de la prueba.

Otra cuestión no resuelta en la literatura jurídica era la relativa a la responsabilidad por medicamentos. De este modo, Araceli DONADO VARA, Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED firma el capítulo que lleva por título *Medicamentos, parafarmacia y productos para personas mayores en situación de dependencia: cuestiones sobre responsabilidad civil*. La autora llega a la certera conclusión «de que a estos casos también se les debe aplicar el Derecho de consumo, porque esta persona ingresada en una residencia debe ser considerada consumidora. Como consecuencia de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva europea sobre esta materia, se promulgó en España una ley especial, la LPD, que ha regido esta materia hasta la publicación del TRLCU. En la actualidad, habrá que acudir al mencionado TRLCU, y en concreto, a su Libro III Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (artículos 128 a 149), para ver la normativa aplicable a este ámbito. Además, como los medicamentos y productos sanitarios son considerados producto» a los efectos de la anterior LPD y también del actual TRLCU, entran dentro del ámbito de aplicación de la norma». Por tanto, «en el caso de producción de un daño por un defecto en el medicamento o producto sanitario dispensado o usado en una

residencia, habrá que aplicar lo recogido sobre esta materia en el TRLCU, y cuando esta regulación sea insuficiente y no se logre la completa reparación del daño, será a las disposiciones de responsabilidad contractual o extracontractual (según el caso) del Código Civil a las que deba acudir la parte demandante».

Esta segunda parte se cierra con el capítulo noveno que desde la perspectiva psicológica completa la visión de los centros Residenciales. En este sentido, el título del capítulo *Deterioro cognitivo, edad y situación de dependencia en centros residenciales*, de M.^a del Carmen DÍAZ MARDOMINGO, Profesora Contratada Doctora de Psicología Básica I, es claramente indicativo de su contenido. Así y sobre la incidencia de la enfermedad de Alzheimer, primera causa de demencia, «cuando el enfermo está en las primeras etapas de la enfermedad, el nivel de ayuda que requiere es bajo y las tareas de cuidado son desempeñadas generalmente por la familia o cuidadores informales, sin embargo, cuando el nivel de dependencia aumenta por el avance de la enfermedad, los centros residenciales juegan un papel crucial y el ingreso en un centro residencial pasa a convertirse en la primera opción para el cuidado del mayor. Los centros residenciales, bien sean centros de día o residencias, ofrecen y tienen la oportunidad de realizar programas de intervención en los que la evaluación neuropsicológica de los residentes constituye un primer paso. Una evaluación completa de las diversas capacidades cognitivas —lenguaje, memoria, atención, praxias y funciones ejecutivas—, desenvolvimiento conductual y funcional de la persona mayor permite, entre otros aspectos, determinar el nivel de dependencia, las necesidades que deben satisfacerse y marcar un plan de actuación».

En buena lógica, «el profesional de la psicología cuenta con una gran cantidad de instrumentos de evaluación para la valoración de la autonomía funcional, principalmente escalas y cuestionarios, que permiten especificar el nivel de dependencia de una persona en las actividades básicas, instrumentales y avanzadas de la vida diaria». Por ello concluye que «la concepción actual de las residencias y los centros de día es que son recursos comunitarios en los que se pretende que la persona mayor no sólo esté cuidada sino que tenga la oportunidad de participar e integrarse en el medio en el que se encuentra».

La tercera parte tiene por objeto el análisis de los denominados Centros de referencia estatal y ello se hace desde una doble perspectiva, como ahora veremos. Así el capítulo titulado *Políticas públicas nacionales y autonómicas en materia de residencias: especial atención*

a los centros de Castilla-León, la Dra. Teresa MARCOS MARTÍN, Profesora Ayudante Doctora del Departamento de Derecho Internacional Público de la UNED analiza y compara el Centro de atención a personas con enfermedad de Alzheimer y otras demencias de Salamanca, el Centro de Referencia Estatal de San Andrés del Rabanedo y el Centro de la Afa (Asociación De Familiares de Enfermos de Alzheimer) de Salamanca, o el Centro de Referencia Estatal de Atención a Personas con Enfermedades Raras y sus Familias de Burgos; y plantea las cuestiones más relevantes relativas a otros Centros en proyecto.

Señala que «estas instituciones suponen un elemento clave para la promoción, intercambio de conocimientos, formación de profesionales y prestación de servicios de una alta cualificación. Son, por otro lado, los precursores del que será Centro Nacional de Atención que oferte una red integral de servicios, que será financiado y gestionado directamente por el Imserso».

La Dra. Nuria Mendoza Laiz, Directora Gerente del Centro de Referencia de San Andrés del Rabanedo, participa también en este volumen con su aportación titulada CENTROS DE REFERENCIA ESTATAL: EL CRE DE DISCAPACIDAD Y DEPENDENCIA DE SAN ANDRÉS DEL RABANEDO-LEÓN, donde recoge exhaustivamente la totalidad de notas características de este nuevo centro.

En particular destaca que los Centros de Referencia Estatal (CRE) nacen a raíz de la entrada en vigor e la «Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», para poder ofrecer la calidad necesaria en la prestación de los Servicios Sociales de atención a las personas dependientes y a sus familias, y para el desarrollo de metodologías y prácticas innovadoras a través de la unión de la investigación basada en la evidencia y el área asistencial. Unos están en funcionamiento y otros en proyecto o en construcción (Madrid, Salamanca, Burgos, León, Valencia, etc.).

La cuarta parte: aborda un doble fenómeno como son *Alojamientos alternativos y los vacacionales* que reclamaban de mayor atención privatista para resolver las cuestiones que entorno a sus perfiles jurídicos se planteaban.

De una parte, *Los alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia: una nueva política social y su régimen jurídico*, de M.^a Carmen NÚÑEZ MUÑIZ, Profesora Contratada Doctora del Departamento de Derecho Civil de la UNED, donde destaca que «de las distintas opciones existentes, nos hemos ocupado del estudio

del acogimiento familiar y del contrato de alimentos, entre otras razones, por considerar que son los que mejor pueden solucionar el problema de los mayores dependientes. El primero de ellos —acogimiento familiar—, regulado de distinta manera por las diversas CCAA, por lo que se echa de menos una Ley de carácter estatal que lo regule de forma unitaria y garantice al mayor, al menos, la permanencia en su medio social habitual, —aparte de otras atenciones, por supuesto—, pues si bien todas las Comunidades tienden a esto, en ciertas circunstancias, como la falta de ofrecimiento de acogedores o solicitud por parte de los posibles beneficiarios, no todas lo garantizan, con lo que no se cumplen los objetivos que se pretende con los alojamientos alternativos que es evitar el desarraigo del anciano de su entorno, porque tal como aparece regulado en Galicia y Asturias, podría encontrarse en la tesitura de tener que trasladarse a vivir a otra provincia. Evidentemente, mantener al anciano en situación de dependencia en su medio social habitual no es el único objetivo que se persigue, sino también la obtención de una serie de cuidados que le son necesarios debido a su dependencia y una convivencia familiar, todo lo cual ha sido convenientemente analizado en el trabajo».

De otro lado, en esta cuarta parte, se aborda, como decimos, el fenómeno de los *Alojamientos alternativos vacacionales para personas mayores*, por M.^a Paz POUS DE LA FLOR, Profesora Titular de Universidad del Departamento de Derecho Civil de la UNED. En su trabajo concluye que «el turismo debe convertirse no sólo en una fuente de ingresos en la actividad económica de un país, sino también en un factor importante de cambio y desarrollo social que reclama más políticas públicas específicas destinadas a las personas mayores». Con todo, también destaca «la dispersión legislativa autonómica que existe a la hora de establecer el régimen jurídico aplicable a este tipo de contratación, que no siempre ha sido coincidente con la propuesta por el legislador central, sino que, por el contrario, ha venido a dificultar las relaciones contractuales que pueden surgir de la utilización de estos servicios prestados. Y, es que a nuestro modo de ver, los legisladores autonómicos, amparándose en un mal entendido título competencial del artículo 149.1.8^a de la CE, han provocado una imprecisión legislativa importante sobre la materia».

Finalmente, la quinta y última parte recoge el capítulo de Virginia Zambrano, Catedrática de Derecho Privado Comparado de la Universidad de Salerno (Italia), titulado *¿Hacia un derecho privado regional italiano? la tutela de la persona anciana en el conflicto entre crisis del Estado social, ciudadanía y democracia participativa*. Se estructura en los siguientes puntos de debate: 1. Asimetrías genera-

cionales y nuevas divisiones sociales. 2. Entre *Amministrazione di sostegno* y autonomía contractual: los caminos del Código civil italiano: 2.1. *Trust* y artículo 2.645 del Código civil italiano: 2.2. El *vitalizio alimentare*. 3. El regionalismo asimétrico español y la reforma del Título V de la Constitución italiana. 4. LEA y política de las Regiones para proteger a la persona. 5. El derecho a la vivienda entre Constitución italiana, Código civil y nuevos modelos de intervención. 6. El modelo del *housing social*. 7. ¿Exención de derechos o derecho de ciudadanía? En su virtud, advierte que «en materia de política de vivienda, en el ámbito *regional* asistimos a una interesante relación entre políticas públicas e instrumentos civiles que se mueve hacia la satisfacción de este derecho inalienable de la persona. El marco institucional de referencia ofrece indicios de sumo interés. En los Estatutos el legislador *regional*».

Declara con fórmulas más o menos solemnes el compromiso a la activación de una política social que haga efectiva la participación de los ciudadanos. En algunos casos la referencia a la política de la vivienda, aun definiéndose en términos de un objetivo que compromete al legislador *regional* en esta dirección, no sale de lo vago de la fórmula meramente declarativa. En otros, la referencia es más específica y deja entender un compromiso más responsable del legislador *regional* con la política social en beneficio de algunas categorías».

De modo que en estos catorce capítulos el profesorado de la UNED de Derecho Civil, de Derecho Romano y de Psicología, junto con la participación de otras dos Universidades, la de Alcalá desde la perspectiva Económica y una italiana, desde el Derecho Comparado, dan una visión seria y rigurosa de un fenómeno jurídico que requería de un estudio como éste. Damos la más calurosa bienvenida a esta obra en el panorama editorial así como la felicitación a este grupo de profesores y profesoras por sus brillantes y oportunas aportaciones que, adicionalmente, confieren mayor seguridad jurídica en lo que es el cuarto pilar del estado social, como es la atención a las personas en situación de dependencia.