

BREVE APUNTE SOBRE LA IMPLEMENTACIÓN DE ESTRATEGIAS CONTRACTUALES COMO ALTERNATIVA A LA COBERTURA FAMILIAR DE LOS CUIDADOS¹

Ascensión Leciñena Ibarra
Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Murcia
ascenl@um.es

1.- La disminución progresiva de la tasa de natalidad junto con el aumento de la esperanza de vida hacen de la población española una de las más longevas y dependientes, con personas cada vez más mayores integradas en núcleos familiares cada vez más reducidos. Esta realidad se enmarca en un contexto mundial donde el envejecimiento es una tendencia definitiva de nuestro tiempo (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la ONU (DESA), 2023) de la que nuestro país no podía resultar ajeno. De acuerdo con los datos publicados por el INE, en España hay ya cerca de 9,5 millones de personas mayores de 65 años, que suponen el 20 % de la población total (1 de cada 5). En 2030 serán ya 11,5 millones, que supondrán el 24% de la población (1 de cada 4), y en 2040 superarán los 14 millones, el 29 % del total. Las proyecciones que maneja el INE prevén que este porcentaje continuará aumentando hasta el año 2050, en el que los mayores de 65 años serán el 31,4 % de la población (1 de cada 3).

Aunque los grandes avances médicos impactan en la salud de los ciudadanos consiguiendo una mayor supervivencia frente a enfermedades que hace pocos años les hubieran causado la muerte, esta vida que la ciencia alarga se proyecta en una vejez más prolongada en el tiempo que no puede eludir la pérdida de capacidad funcional asociada inexorablemente a la edad. El deterioro físico y mental aparece como inevitable en la última etapa de la vida haciéndonos más dependientes y vulnerables lo que incrementa exponencialmente la demanda de cuidados de larga duración con los que poder acometer las necesidades de esta franja etaria. En este contexto, las personas de edad reclaman recursos en el marco de una adecuada oferta pública de servicios asistenciales que permitan el ejercicio del derecho convencionalmente reconocido a llevar una vida independiente en la última fase de la vida. Para ello, es necesario que se les dote de “los medios necesarios para que puedan tomar decisiones y ejercer el control sobre sus vidas, y adoptar todas las decisiones que les afecten con el máximo grado de libre determinación e interdependencia en la sociedad” (Observación General nº 5 (2017), CRPD/C/GC/5), § 25). Autonomía personal y capacidad de elección recogidas en el art. 19 CDPD que quedarían comprometidas con la imposición de una forma de vida no querida derivada de cuidados no deseados y para cuya protección la persona de edad ha de tener a su alcance recursos jurídicos eficaces y asequibles (CRPD/C/GC/5), § 7).

2.- La importancia contrastada que los cuidados tienen en la sociedad actual, con asegurada proyección en el futuro, no se compadece con el escaso reconocimiento y valor social del que han sido merecedores. Como se ha afirmado, “cuidar era algo que hacían las mujeres por la única razón de serlo para lo que se las creía innata y biológicamente inclinadas. Era un

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto PID2022-136264OB-I00, “Socialización del cuidado de las personas mayores: un reto tras la Ley 8/2021”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Agencia Estatal de Investigación y del Proyecto TED2021-129367B-I00 “Plataformas digitales para la economía de cuidados”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea “NextGenerationEU”/PRTR.

sistema de cuidados totalmente familista y feminizado” (ELIZALDE-SAN MIGUEL y MARTÍNEZ VIRTO; “El cuidado a personas mayores; ¿que nos ha enseñado la actual crisis del COVID-19?, Cuadernos Gerontológicos, Respuestas sociosanitarias en tiempos de crisis nº 29, 2021, p. 54). Este planteamiento ha entrado en crisis haciéndose necesario “visibilizar la insostenibilidad de esta organización “tradicional” del cuidado que ha descansado en los últimos siglos sobre los hombros de mujeres que ya no pueden-ni seguramente quieren-continuar siendo las principales cuidadoras (ni que el cuidado sea su principal responsabilidad)” (TOBÍO SOLER, Constanza, “Redes familiares, género y política social en España y Francia”, Política y Sociedad, 2008, vol. 45, nº. 2, p. 101). La sociedad actual se encuentra cada vez menos permeable a la lógica patriarcal de los cuidados en la que solo las mujeres tenían asignadas y asumidas estas funciones y cuyo colapso es patente pues, si la generalizada incorporación de las mujeres al mercado de trabajo ya dificulta bastante la conciliación del cuidado de hijos pequeños con el trabajo, la conciliación profesional con el cuidado de las personas de edad se antoja de imposible consecución. No se puede sostener la gestión de los cuidados en el ámbito de lo privado “a costa de conflictos familiares y renuncias económicas y personales que están siendo principalmente asumidas por las mujeres pero cuyas consecuencias alcanzan al conjunto de la familia” (ELIZALDE-SAN MIGUEL, B., “ La diversidad familiar ante el reto de los cuidados”, Dossieres EsF, ISSN-e 2603-848X, Nº. 36 (Invierno 2020), 2020 (Ejemplar dedicado a: Demografía: cambios en el modelo reproductivo), págs. 34-38, p. 37)

3.- Instalados en una realidad de crisis de los cuidados, puesta en evidencia y agudizada por las dificultades de amplios sectores de la población para cuidarse, cuidar o ser cuidados (EZQUERRA, S., “Crisis de los cuidados y crisis sistémica: la reproducción como pilar de la economía llamada real”, EN *Investigaciones Feministas* 2011, vol. 2 175-194, P. 176. http://dx.doi.org/10.5209/rev_INFE.2011.v2.38610), se revela la necesidad de crear estrategias nacionales e implementar políticas públicas que reconfiguren el tratamiento del cuidado más allá de la cobertura y el apoyo familiar, una vez mostrada su incapacidad para dar respuesta a las necesidades que la sociedad demanda. El compromiso con el cuidado de las personas de edad, en cuanto cuarto pilar del Estado del bienestar junto a la educación, la sanidad y la previsión social, debe ser asumido por todos los poderes públicos promoviendo y dotando de los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales. Proclama que, pese a incorporarse a la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, mayoritariamente razones de carácter presupuestario han dificultado su consecución.

4.- Ante la insatisfacción generada por la falta de efectividad de las políticas sociales destinadas a proveer de cuidados a las personas de edad, un colectivo importante de estas está optando por planificar estrategias privadas para su satisfacción a través de instrumentos contractuales capaces de facilitar, dentro o fuera del ámbito del hogar, la atención que la familia ya no puede ofrecerles.

Se trata de soluciones individuales que mercantilizan la prestación de las actividades de cuidado y se ofrecen como un medio adicional a unos recursos públicos que se revelan insuficientes para atender sus necesidades. Este enfoque individualista se ha constituido como el preponderante en la organización social de los cuidados en España y parece que no ha conseguido modificarse con la actual crisis pandémica y de los cuidados (DÍAZ GORFINKIEL, M; ELIZALDE-SAN MIGUEL, B., “La inevitabilidad de los empleos de cuidado: la crisis de la covid como reflejo de las limitaciones sociales y jurídicas en el sector del empleo del hogar”, MIGRACIONES 53 (2021). ISSN: 2341-0833, DOI: mig.i53y2021.004 87-113, p. 102).

5.- En el marco de estas estrategias privadas frente a la crisis del cuidado adquiere especial protagonismo la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Este constructo normativo ha puesto de manifiesto la necesidad de consolidar un sólido discurso científico que valore el impacto de los principios de autonomía decisoria y el juego de la hegemonía de la voluntad en la dinámica de la contratación de servicios asistenciales de cuidados, dimensionando la intervención de las personas de edad en los negocios celebrados con este fin.

La mencionada norma, cuya aplicación a las personas de edad no se discute, reconoce el derecho de estas a tomar sus propias decisiones en los entornos negociales en los que precisen actuar sin que, en su caso, el deterioro derivado de su discapacidad pueda ser un obstáculo que impida el ejercicio de aquel. Y ello en clara consonancia con lo que dispone el art. 12.5 CDPD según el cual los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero.

Con los nuevos estándares normativos incorporados al sector de los cuidados, en todas las actuaciones que las personas de edad desarrollen en este contexto tendrán la oportunidad de formar y expresar sus deseos y preferencias como ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, potenciando la autonomía de su voluntad en la toma de decisiones que les conciernen en cuanto a la elección y control de su propia vida (CRPD/C/GC/5), § 80). Y ello con independencia de que en el proceso de formación de su voluntad puedan conducirse solas, precisen de la asistencia de una persona que les preste el apoyo para culminar dicho proceso o incluso necesiten la intervención de los apoyos representativos por no poder alcanzar el umbral intelectual suficiente que se precisa. No es posible otro planteamiento que, sin duda, supondría el incumplimiento del art. 12 CDPD y de otros preceptos convencionales entre los que destacaría el art. 14, 1.a CDPD que obliga a los Estados Partes a asegurar el derecho a la libertad y seguridad de la persona, *sin* que la existencia de una discapacidad justifique en ningún caso una privación de la libertad. Y el art. 19 CDPD, que garantiza a todas las personas con discapacidad y, por ende, a las personas de edad, el derecho a decidir dónde, con quién y cómo vivir, en igualdad de condiciones con las demás. Ignorar esta exigencia obligaría a calificar de mera especulación los mandatos normativos de hegemonía de la voluntad y autonomía decisoria, pilares de la ley 8/2021.

6.- Reconocida la intervención de las personas de edad en un contexto contractual, el consentimiento que estas deben prestar debe pasar por unos estándares de calidad sin que, puedan admitirse valoraciones discriminatorias que encuentren su fundamento exclusivamente en la avanzada edad del contratante, que pudieran servir de justificación para la sustitución en la toma de sus decisiones. Asistimos a un tiempo que demanda la abolición de los estereotipos peyorativos agravados y las actitudes negativas en relación con la edad avanzada (Observación general núm. 6 (2018), CRPD/C/GC/§.39.)

Por ello, nada empece que una persona de edad en pleno uso de sus facultades, aun con limitaciones funcionales en el ámbito físico o sensorial, emita una declaración de voluntad libre y consciente por la que busque el cuidado fuera o dentro del hogar. La edad avanzada del contratante, por sí sola, no incide en el comportamiento contractual de las partes si la misma no viene acompañada de una limitación de las habilidades cognitivas y volitivas del sujeto que dificulte el ejercicio de su autonomía, imposibilitando la toma de decisiones que le conciernen. Cualquier otra valoración de la edad cronológica implicaría, como ha declarado la experta independiente Claudia Mahler (Informe sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, 48º período de sesiones, 4 de agosto de 2021, A/HRC/48/53A/HRC/48/53, §23), “la premisa de que las personas mayores

tienen alguna deficiencia a causa de su edad” lo que supondría claramente caer en comportamiento edadistas y discriminatorios carentes de cobertura en la actualidad.

Ahora bien, aunque la realidad biológica no tiene por qué ser una proyección de la capacidad funcional de la persona, es un hecho incuestionable que con los años se producen numerosos cambios fisiológicos fundamentales que aumentan el riesgo de padecer enfermedades crónicas generando limitaciones funcionales, físicas, sensoriales o psíquicas (OMS. Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud, 2015, p. 31) que sin duda pueden afectar a la aptitud para formar su voluntad. Como esta situación varía de una persona a otra pues el envejecimiento es una experiencia personal, la valoración que ha de hacerse de la capacidad mental de la persona de edad, en cuanto aptitud para adoptar decisiones, naturalmente variará según el sujeto que se considere (Observación general nº1 (2014), Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley CRPD/C/11/4, § 13) revelándose una pieza clave para determinar los apoyos que precise en el ejercicio de su capacidad jurídica. Pero, sea cual fuere el menoscabo funcional, la capacidad intelectual, el nivel de autonomía o la necesidad de apoyo que precise, tales circunstancias nunca podrán justificar *per se* la privación de su derecho a participar de manera plena y efectiva en la toma de las decisiones personales acerca de dónde, con quién y cómo vivir (CRPD/C/11/4, § 13.), actividades vinculadas al desarrollo de la identidad y la personalidad de cada individuo (Observación General nº 5 (2017)CRPD/C/GC/5), § 16.a, § 21)..

7.- Si el deterioro es leve o moderado, la persona puede necesitar para realizar la manifestación contractual la intervención de una persona que le preste el apoyo asistencial sin que esta forme parte del contrato de cuidados que se celebra: guardador de hecho, apoyo voluntario o curador. Un imperativo legal centrado en la persona que el proveedor de servicios no puede ignorar (CRPD/C/GC/5, §. 52) manteniendo la obligación de proporcionar los apoyos, aunque esto le supusiera una carga desproporcionada o indebida (CRPD/C/GC/6, §.48).

En estos supuestos de contratación asistencial, la intervención del apoyo no excluye que la misma se realice aplicando ajustes razonables que permitan a la persona de edad la comprensión suficiente del acto y sus consecuencias.

7.- Quiero enfatizar que abordar el tema de cuidados de las personas de edad desde la óptica de libertad y la autonomía no está exento de dificultades ya que el mismo presenta múltiples aristas, algunas de ellas de índole familiar, las más lacerantes, que pueden impedir que la contratación de cuidados sea un acto libre y voluntario, condicionado por la circunstancia que rodea a la persona vulnerable. En este contexto es posible que aparezcan en el proceso de formación de voluntad de la persona de edad influencias indebidas por parte de quien le presta el apoyo que incrementan la situación de vulnerabilidad que su dependencia le genera: miedo, amenazas, engaños o manipulación. Téngase en cuenta que la contratación de los cuidados que se ofrecen a las personas de edad dependientes (en particular la institucionalizada) más que una elección personal llega a ser una decisión condicionada por las circunstancias personales y familiares de su entorno que le llevan a tomar una decisión que no se compadece con lo que sería su voluntad.

De detectarse alguna de estas situaciones anómalas, la voluntad que la persona apoyada habría logrado manifestar fruto de una previa formación de su voluntad no se correspondería con sus deseos y preferencias, impidiendo la prestación del consentimiento contractual válido y, por ende, la ineficacia del que formalmente se hubiera manifestado.

8.- Ha de tenerse en cuenta que, en algunas ocasiones, la contratación de cuidados tiene por objetivo el ingreso de la persona de edad en un centro residencial. En estos supuestos, evaluar la dimensión jurídica de su intervención en el negocio implica tener en cuenta un doble plano: primero, el del proceso de formación del consentimiento contractual del negocio a la luz de los mandatos normativos que recoge la ley 8/2021; segundo, el de las garantías que este ha de contar en la medida en que el consentimiento prestado implica un acto personalísimo que

afecta al derecho fundamental a la libertad, lo que obliga a valorar la capacidad precisa para realizarlo en el mismo momento de la contratación. Hay que tener presente que los estándares normativos que incorpora la ley 8/2021 huyen de valoraciones encapsuladas de la capacidad mental del individuo centrándose en la situación real en el momento concreto de la contratación. Y si se concluye que en ese momento puntual la persona de edad no ha podido alcanzar los umbrales cognitivos y volitivos necesarios que le permitan manifestar una voluntad consciente y libre sobre el ejercicio de su libertad, esta circunstancia desembocará necesariamente en la intervención judicial prevista en el artículo 763 LEC a la que deberá seguir la que para la formación del consentimiento contractual dispone el art. 287.1º CC. Se trata de dos intervenciones judiciales distintas que impiden su acumulación en un mismo cauce procesal. El despliegue de estas garantías podría quedar obviado si la persona de edad hubiera otorgado poderes preventivos donde dispusiera su voluntad favorable al ingreso. El respeto a su voluntad, deseos y preferencias obligaría a ejecutar la misma no precisando el internamiento de previa autorización judicial ni la actuación contractual de más requisitos que la firma del apoderado, salvo causa justificada. De no figurar apoyos inscritos y disponer la persona de edad de guardador de hecho, sería posible que este interviniera como apoyo representativo precisando la autorización judicial para el ingreso ex art. 763 Lec y para la actuación representativa en la prestación del consentimiento contractual ex art. 287.1º CC habida cuenta de que un acto de tal importancia no encuentra cobertura en la legitimación representativa que el art. 264.3 CC le confiere.