

Capítulo VI

La inclusión de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia y de las que no pueden valerse por sí mismas en el ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

I. El ámbito de aplicación personal del Reglamento 883/2004

Desde la promulgación del Reglamento 3/58, pasando por el Reglamento 1408/71 hasta llegar al actual Reglamento 883/2004, las numerosas reformas efectuadas respecto al ámbito de aplicación personal de estos Reglamentos sobre coordinación de regímenes de Seguridad Social han culminado con la inclusión “de todas las personas aseguradas, activas o no”.

Dispone el artículo 2.1 del Reglamento 883/2004 que el mismo “se aplicará a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites”.

¹ Carlos García de Cortázar y Nebreda; “El Campo de Aplicación del Reglamento 883/2004”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 64/2006; p.55.

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

Por su parte, el artículo 2.2 del citado Reglamento prevé que “asimismo, el presente Reglamento se aplicará a los supérstites de las personas que hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros.”

Si se confronta este precepto con el artículo 2.1 del Reglamento 1408/71² lo primero que puede resaltarse es que los términos trabajador por cuenta ajena, por cuenta propia y estudiante han sido sustituidos por la expresión “persona”.

Al igual que ocurría en el Reglamento 1408/71, ostentar la nacionalidad de un Estado miembro no es requisito sine qua non para ser incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004.

El elemento clave para que una persona sea sujeto protegido por el Reglamento 883/2004 sigue siendo el hecho de que esté o haya estado sometida a un régimen coordinado de Seguridad Social, igual que sucedía con el Reglamento 1408/71.

En efecto, por lo que se refiere a los “trabajadores” incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 el Tribunal de Justicia había defendido que el concepto comunitario de trabajador a los efectos del Reglamento 1408/71 comprendía a “cuantos, sea bajo la apelación que sea, se hallan inmersos en los diferentes sistemas nacionales de Seguridad Social” incluso si no ostentan en el presente un empleo pero son susceptibles de ocupar un nuevo puesto laboral³.

Como tempranamente resaltó la sentencia Pierik⁴, aunque no ejerzan actividad profesional alguna, por el simple hecho de encon-

2 “El presente Reglamento se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia y a los estudiantes, que estén o hayan estado sujetos a la legislación de uno o de varios Estados miembros y que sean nacionales de uno de los Estados miembros, o apátridas o refugiados que residan en el territorio de uno de los Estados miembros, así como a los miembros de su familia y a sus supervivientes”.

3 STJCE de 19.3.1964, -75/63, (Unger) Rec.1964, p.347.

4 STJCE de 31.5.1979, -182/78, (Pierik) Rec., p.1977.

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

trarse afiliados a un régimen de Seguridad Social, los beneficiarios de una pensión o de una renta que deba abonarse al amparo de la legislación de uno o varios Estados miembros entran dentro del ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

Por lo que al requisito de la afiliación se refiere, para el Derecho de la Unión no resulta imprescindible que el sujeto se encuentre formalmente afiliado o no al régimen correspondiente, siempre que satisfaga las condiciones materiales exigidas por el régimen de Seguridad Social que le resulte aplicable⁵.

Asimismo, era indiferente a los efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71, el motivo que impulsó los desplazamientos del “trabajador”⁶.

Por tanto, vigente el Reglamento 1408/71 ya se afirmaba con toda rotundidad que a los efectos de la delimitación de su ámbito de aplicación personal prevalecía el concepto de Seguridad Social de sujeto protegido frente al concepto estrictamente laboral de trabajador.

A la vista de las consideraciones anteriormente expuestas, respecto del artículo 2 del Reglamento 883/2004 si bien ha de ser bien recibida la simplificación que introduce en cuanto a su redacción, lo cierto y verdad es que la pretendida reforma efectuada por el Reglamento 883/2004 en cuanto a la delimitación de su ámbito de aplicación personal ha tenido un carácter más formal que sustancial, puesto que en la práctica no hay cambios por lo que respecta a los sujetos protegidos por los Reglamentos de coordinación.

E, incluso, en algunos casos, dicha simplificación es puramente nominativa puesto que, como señala TREJO CHACÓN cuando se aborda el tema de las contingencias profesionales más que de personas “sólo podemos hablar de trabajadores”⁷.

5 STJCE de 15.12.1976, -39/76, (Monthaan) Rec., p.1901.

6 STJCE de 9.12.1965, -44/65, (Singer) Rec., p.1191.

7 M^a Fernanda Trejo Chacón; “Las Prestaciones de Invalidez en el Reglamento 883/2004” en: VV.AA.; La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Laborum. Murcia. 2010; p.185.

II. La dependencia como “riesgo social” excluido del Sistema de Seguridad Social español

Es innegable que unos de los mayores retos a los que se enfrenta el Estado del Bienestar es dar respuesta a las necesidades que demandan las personas en situación de dependencia⁸. Y es que, como señala MERCADER UGUINA, “el Estado que se ha hecho cargo de la procura existencia (Daseinvorsorge) es decir, de llevar a cabo las medias que aseguran al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tiene ahora la necesidad de facilitar la autonomía vital de sus ciudadanos”.

En este contexto, una pluralidad de Estados de nuestro entorno tempranamente procedieron a regular prestaciones para hacer frente a las situaciones de dependencia. Es el caso de Alemania, Luxemburgo, Bélgica, Austria y Francia⁹.

Con la ley 39/2006 de 14 de diciembre, España se dotó de una normativa específica para “regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a

8 Julio Alberto Torres Pérez; “Libro Blanco para las Personas en Situación de Dependencia en España”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 60/2006; p.49: “el Consejo de Europa define por persona en situación de dependencia aquel estado en el que se encuentran personas que, por razones ligadas a la falta o pérdida de la autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes para realizar las actividades de la vida diaria”.

9 Fue Alemania la pionera, con la introducción en 1995 del seguro de cuidados a las personas dependientes. En 1998 Luxemburgo creó su seguro de dependencia; en 2001 se creó el seguro de dependencia flamenco en Bélgica; en 2002 Francia estableció una prestación especial de autonomía. Cfr. Vicente Pérez Menado; “Prestaciones de Dependencia:

situación comparada en la Unión Europea”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 47; pp. 295-311.

Pero que la situación de “dependencia” no es un riesgo europeo sino universal lo demuestra el hecho de que Japón en el año 2000 introdujera en su legislación un seguro de dependencia, inspirado en el modelo austriaco.

Un estudio de la experiencia alemana y francesa es objeto de análisis por Juan Antonio Maldonado Molina; El Seguro de Dependencia. Presente y Proyecciones de Futuro. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003; pp.70-78

la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”¹⁰.

Por lo que respecta a las prestaciones instauradas por la ley 39/2006, a la vista de la redacción dada a su artículo 1, se infiere que el ejercicio del derecho a la promoción de la autonomía personal se concibe como un derecho subjetivo. Según CAVAS MARTÍNEZ, “debe valorarse positivamente que la norma haya caracterizado como derecho subjetivo el acceso a las prestaciones de dependencia, el cual queda garantizado sin entrar en consideración de disponibilidades presupuestarias ni otros parámetros propios de la caridad o beneficencia”¹¹.

Respecto a la naturaleza jurídica de la situación de dependencia, SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTÍNEZ¹² destacaron que la misma había sido calificada en numerosos estudios como un “nuevo riesgo social, propio de las sociedades maduras –o si, se prefiere, post-modernas-, que desde hace tiempo viene demandando un espacio de protección pública típico y diferenciado”.

PÉREZ MENAYO¹³, sin embargo, matiza “que la dependencia en cuanto a capacidad reducida de autocuidado no es un riesgo típico como la incapacidad laboral, la enfermedad profesional, la maternidad, el desempleo o incluso la vejez. Se puede decir que es un riesgo derivado y concomitante que surge en el contexto de un riesgo principal”.

En todo caso, interesa destacar ahora el hecho puesto de relieve por la doctrina de que la ley 39/2006 pretende excluir a las prestaciones de dependencia del sistema de Seguridad Social.

¹⁰ Artículo 1 de la Ley 39/2006.

¹¹ Faustino Cavas Martínez, “Aspectos Fundamentales de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia”. *Aranzadi Social* n° 13/2006, p.27.

¹² Antonio V. Sempere Navarro y Faustino Cavas Martínez; *Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*. Thomson-Aranzadi. Plampona; 2007; p.21

¹³ Vicente Pérez Menayo; “Políticas Públicas en materia de Dependencia: Situación Comparada en la Unión Europea” en: Santiago González Ortega y M^a Gema Quintero Lima (Coord.); *Protección Social de las Personas Dependientes*. La Ley. Madrid. 2004; p.69.

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

Innegable prueba de ello es que el título competencial invocado por la ley 39/2006 no es el artículo 149.1.17, sino el artículo 149.1.1 de la Constitución.

De lo que se deduce, siguiendo a SEMPERE NAVARRO y CAVAS MARTÍNEZ¹⁴ que “ni la dependencia es una contingencia protegida por la Seguridad Social (no se modifica por ello el artículo 38 de la LGSS para ampliar la acción protectora) ni son de Seguridad Social las prestaciones de dependencia que en la ley se contemplan”.

III. El cuidador no profesional en la Ley 39/2006

El término “cuidador no profesional” se infiere del artículo 2.5 de la Ley 39/2006 que define los cuidados no profesionales en los siguientes términos: “la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada”.

A. Delimitación del cuidador no profesional frente a otras figuras de la Ley 39/2006

La figura del cuidador no profesional se yuxtapone, en primer lugar, al concepto de cuidador profesional (artículo 2.6)¹⁵ que, como afirma GONZÁLEZ ORTEGA¹⁶ presta los servicios de atención en el marco de una institución de la red de servicios, o concertada o acreditada para esta tarea y a las que es necesario acudir para recibir el servicio que financia la prestación económica vinculada (art. 14.3)”.

14 Antonio V. Sempere Navarro y Faustino Cavas Martínez; Ley de Dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Op. cit.; p.73.

15 “Cuidados profesionales: los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro”.

16 Santiago González Ortega; “El Cuidador No Profesional de las Personas en Situación de Dependencia en la Ley 39/2006”. Temas Laborales nº 89/2007; p.305 y 299.

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

El cuidador no profesional también se ha de diferenciar del “asistente personal”

quien, como se infiere del artículo 2.7 de la Ley 39/2006, se caracteriza porque presta servicios consistentes en realizar o colaborar “en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal”.

Pero el elemento más relevante en cuanto al diferente régimen legal aplicable al cuidador no profesional y al “asistente” es que conforme al artículo 19 de la Ley 39/2006¹⁷ ha de existir un vínculo contractual entre la persona en situación de dependencia y su “asistente”.

B. La inexistente relación contractual entre el cuidador no profesional y la persona en situación de dependencia

A diferencia de lo que ocurre con respecto al “asistente personal” la ley 39/2006 al regular la figura del cuidador no profesional no menciona, ni aun menos exige, que exista vinculación contractual con el familiar en situación de dependencia.

Que el legislador descarta como regla general que en el caso de cuidados en el entorno familiar exista relación contractual entre la persona en situación de dependencia y su cuidador se deduce de la propia terminología escogida para designarlo, pues el término cuidador “no profesional” evoca que quien desempeña esta tarea lo hace de manera altruista por razón del vínculo de parentesco y afectivo con la persona en situación de dependencia y que, además, quien presta estos servicios lo hace con carácter no profesional, esto es, no laboral.

¹⁷ “La prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un 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. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación”.

A mayor abundamiento, de la obligación contenida en el artículo 18.3 de la Ley 39/2006 que prevé la inclusión en el sistema español de Seguridad Social del cuidador no profesional GONZÁLEZ ORTEGA concluye la inexistencia de vinculación contractual, pues la previsión del citado artículo 18.3 sería “innecesaria si tal cuidador fuera contratado, supuesto en que la afiliación sería obligatoria por exigencias de la LGSS”¹⁸.

1. El carácter no retribuido de la prestación de cuidados

Todos los argumentos expuestos anteriormente, por sí mismos, no serían suficientes para excluir a estos cuidadores de la esfera laboral en caso de que se cumplieran los requisitos exigidos en el Estatuto de los Trabajadores para calificar la prestación de asistencia a la persona en situación de dependencia como relación laboral común o especial.

Sin que, por otro lado, el mero hecho de la existencia de parentesco entre quien presta cuidados y quien los recibe sea causa automática de exclusión de la esfera laboral por cuanto que la exclusión del trabajo familiar contenida en el artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores admite prueba en contrario de la laboralidad del vínculo.

Para determinar si existe, o no, relación laboral el elemento que va a resultar decisivo va a ser la verificación de si la Ley 39/2006 prevé o no el carácter retribuido de la prestación de cuidados por parte del cuidador no profesional.

a) La prestación económica para el cuidado en el entorno familiar

El artículo 14.4 de la Ley 39/2006¹⁹ prevé que, “el beneficiario, podrá excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser

¹⁸ Santiago González Ortega; “El Cuidador No Profesional de las Personas en Situación de Dependencia en la Ley 39/2006”. Op. cit.; p. 299.

¹⁹ Por su parte el artículo 18 establece que “excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención²⁰.

Los autores insistentemente han resaltado el carácter excepcional de esta prestación económica frente a otras alternativas contenidas en la propia Ley 39/2006.

Como se infiere del artículo 14.4 transcrito, el beneficiario de esta prestación económica es la persona en situación de dependencia y no el cuidador no profesional.

Al margen de cómo se quiera calificar a esta prestación económica –que en todo caso no puede reputarse de prestación de Seguridad

acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica. 3. El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. 4. El Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los periodos de descanso.

- 20 El artículo 20 de la Ley 29/2006 “señala que la cuantía de las mencionadas prestaciones económicas se acordará por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para su aprobación posterior por el Gobierno mediante real decreto.

El Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, determina en el artículo 13.1 que la cuantía de las prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia se establecerá anualmente por el Gobierno mediante real decreto, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), para los grados y niveles con derecho a prestaciones, actualizándose en función del incremento del Índice de Precios de Consumo (IPC). El artículo 13.1 del citado real decreto ha sido modificado por el Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia”.

Socia puesto que la dependencia no es un riesgo protegido por el sistema español de Seguridad Social- una primera lectura superficial del precepto induciría erróneamente a considerar que la finalidad de esta prestación es compensar económicamente al cuidador no profesional por la labor que presta.

Sin embargo, una interpretación sistemática de la Ley 39/2006 obliga a concluir que no existe base legal alguna para interpretar que el cuidador no profesional tenga un derecho subjetivo a reclamar el importe de esta prestación económica que a la persona en situación de dependencia se le puede reconocer cuando recibe asistencia de su entorno familiar.

Tampoco ninguna previsión legal obliga a la persona en situación de dependencia a destinar esta prestación económica a una finalidad concreta (a diferencia de lo que el artículo 19 previene respecto al “asistente personal”²¹), por lo que el beneficiario puede disponer de la misma con entera libertad.

Todo lo cual lleva a concluir, siguiendo a GONZÁLEZ ORTEGA, que “la prestación económica no sirve para recompensar al cuidado no profesional; al menos no necesariamente, dependiendo que así sea de la voluntad del dependiente”²².

21 Artículo 19. Prestación económica de asistencia personal: “...su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un 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.

22 Santiago González Ortega; “El Cuidador No Profesional de las Personas en Situación de Dependencia en la Ley 39/2006”. Op. cit.; p. 308.

“la prestación personal del cuidador es el pretexto de la prestación económica que se atribuye al dependiente, quedando a su arbitrio hacer de la misma lo que estime oportuno: ahorrarla, destinarla a otros consumos o gastos, compensar (total o parcialmente, simbólica o efectivamente) al cuidador familiar, dedicarla a contratar laboralmente a personas, no profesionalizadas en la asistencia a la dependencia (en los términos ya vistos de la LD), que incorpora a su entorno. Como sucede con la gran invalidez del sistema de Seguridad Social (regulada por el art. 139.4 de la LGSS) no hay ningún instrumento o previsión legal orientada a controlar la eficacia tuteladora de la prestación, su destino efectivo a la finalidad para la que fue creada”.

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

En conclusión: faltando la nota de la retribución, no es posible calificar la prestación de cuidados como laboral, por lo que huelga plantearse la concurrencia de los restantes elementos que configurarían legalmente una relación laboral por cuenta ajena.

C. La protección social del cuidador no profesional

Se encuentra regulada por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo.

El Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, dio nueva redacción al artículo 1 del Real Decreto 615/2007²³.

De conformidad con el artículo 2.1 del RD 615/2007, los cuidadores no profesionales quedarán incluidos obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción del convenio especial regulado en este Real Decreto²⁴. La suscripción del convenio especial no precisará de la acreditación de periodo de cotización previo.

Dispone el artículo 3 del RD 615/2007 que la situación de asimilación al alta “será a efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de ac-

23 “A los efectos de lo previsto en los artículos 2.5, 14.4 y 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, tendrán la consideración de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, aquellos que sean designados como tales en el Programa Individual de Atención y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 12 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia”.

24 Art. 2.3 RD 615/2007: no existirá la obligación de suscripción del convenio especial regulado en este real decreto por los periodos en que el cuidador no profesional esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de cotización efectiva, de acuerdo con lo previsto en el artículo 180 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

cidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza”.

Por su parte, el artículo 4.5 del mismo cuerpo legal establece que “la cotización a la Seguridad Social, así como la correspondiente a las acciones formativas a que se refiere el apartado anterior, será asumida directamente por convenio con la Tesorería General de la seguridad social por la administración general del Estado”.

En relación con esta última cuestión destacar que el Real Decreto 570/2011, de 20 de abril²⁵, en su artículo primero, apartado segundo, ha establecido que “las cuotas a la Seguridad Social y por Formación Profesional establecidas cada año en función de lo previsto en el artículo 4 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, serán abonadas conjunta y directamente por el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) a la Tesorería General de la Seguridad Social”.

D. El cuidador no profesional regulado por la Ley 39/2006 es sujeto protegido por el Reglamento 883/2004

Desde el momento en que el cuidador no profesional es sujeto protegido por el régimen general de Seguridad Social español, aunque sólo lo sea en relación con ciertas contingencias, ha de calificarse como sujeto incluido en el ámbito personal del Reglamento 883/2004. Todo ello independientemente de que no pueda ser considerado como trabajador a efectos de la legislación española.

²⁵ Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y se establecen las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia para el ejercicio 2011.

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

Al faltar la nota de la retribución, no podrá sin embargo invocar el derecho a la libre circulación de trabajadores que es un pilar del derecho de la Unión y que actualmente está desarrollado por el Reglamento 492/2011 (que ha sustituido al célebre Reglamento 1612/68)²⁶.

IV. El cuidador no profesional de familiares que no pueden valerse por sí mismos (art. 46.3 ET)

El Estatuto de los Trabajadores dispone en su artículo 46.3, segundo párrafo, que los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida²⁷.

A. La excedencia como requisito para el reconocimiento de la prestación familiar contributiva

Bajo la equívoca rúbrica de prestaciones familiares de modalidad contributiva, el artículo 180.2 TRLGSS establece que se considerará efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad “el primer año del período de excedencia que los trabajadores disfruten de acuerdo con el artículo 46.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en razón del cuidado de otros familiares...”.

²⁶ José María Miranda Boto; “El Reglamento (UE) N° 492/2011: Un Arreglo Cosmético del Reglamento (CEE) N° 1612/68”. Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Iustel. N° 26/2011.

²⁷ Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; La Excedencia por Cuidado de Familiares. El Régimen Jurídico de los Cuidadores No Profesionales. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. En la citada obra se aborda igualmente el derecho a la excedencia por cuidado de familiares de los empleados públicos.

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

No cabe duda de que obstaculiza el estudio de esta prestación familiar “contributiva” el hecho de que la determinación de los posibles beneficiarios no venga dada directamente por las normas de Seguridad Social, sino por las normas laborales reguladoras de esta modalidad de excedencia. Es por eso que aunque no puede concebirse esta situación sin que el trabajador esté afiliado y en situación de alta²⁸, habrá quienes cumplan estos requisitos y, sin embargo, no puedan invocar el artículo 18o TRLGSS. Tal sería el caso de los trabajadores autónomos, de los sujetos incluidos en el Régimen Especial de Estudiantes, o de los sujetos asimilados a efectos de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena (artículo 7.1.a) TRLGSS).

En resumen, el derecho a la prestación no económica de Seguridad Social se encuentra subordinado al ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos, por lo que los trabajadores excedentes serán también los beneficiarios de esta prestación de Seguridad Social. Paralelamente, los familiares que no pueden valerse por sí mismos para cuyo cuidado se solicita la excedencia son los sujetos causantes de esta prestación no económica.

B. Contenido de la prestación familiar “contributiva”

Las prestaciones familiares contributivas de Seguridad Social reguladas en el artículo 18o TRLGSS han sido desarrolladas por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre.

Conforme al artículo 6.1 del citado Real Decreto 1335/2005, el período considerado como de cotización efectiva surtirá efectos tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, y para el cálculo de la cuantía de determinadas prestaciones de Seguridad Social²⁹.

²⁸ Guillermo Barrios Baudor; “Prestaciones Familiares por Hijo a Cargo” en: Antonio V. Sempere Navarro (Dir.); Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Laborum. Murcia. 2003; p. 950.

²⁹ Pese a la dicción literal del artículo 6.1 hay que insistir en que no estamos ante una situación de alta sino asimilada al alta.

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

Asimismo, durante el período computable como de cotización efectiva los beneficiarios mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social (artículo 6.2 del Real Decreto 1335/2005).

En el supuesto de que el período de excedencia lo fuera por un plazo inferior al legalmente previsto como de cotización efectiva, sólo se computará como cotizado el período efectivamente disfrutado (artículo 5.3 del Real Decreto 1335/2005).

Por lo que respecta a la base de cotización, el artículo 7 del citado Real Decreto establece que la base de cotización estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia laboral. Y, caso de que no acreditara el citado período de seis meses de cotización, se computará el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia, que resulten acreditadas.

En relación con este último punto, sin embargo, hay que tener en cuenta que conforme al artículo 180.4 TRLGSS si la situación de excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos hubiera estado precedida por una reducción de jornada en los términos previstos por el artículo 37.5 del Estatuto de los Trabajadores “a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100% de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo”.

En todo caso, corresponde a la Tesorería General de la Seguridad Social el reconocimiento de las “cotizaciones ficticias”. Y, aunque tales períodos se consideren como cotizados, el empresario habrá “de cursar el parte de baja en el régimen que corresponda, al no existir trabajo ni salario y por tanto tampoco obligación de cotizar³⁰”.

En otro orden de ideas, la Disposición Final Cuarta Dos del cita-

³⁰ M^a Antonia Pérez Alonso; La Excedencia Laboral. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995; p.69.

do Real Decreto 1335/2005 también ha dado una nueva redacción al apartado primero de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1251/2001: “tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social, salvo en lo que respecta a incapacidad temporal y maternidad, el período de tiempo que el trabajador permanezca en situación de excedencia por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares, de acuerdo con la legislación que resulte de aplicación, que exceda del período considerado como de cotización efectiva en el artículo 180 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio”.

Por tanto, la conclusión que se alcanza es que:

- 1) Por lo que se refiere a las prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, la situación asimilada al alta se extiende a todo el período de excedencia laboral y no únicamente al período considerado como de cotización efectiva.
- 2) A efectos de la prestación por maternidad y paternidad sólo se considera situación asimilada al alta el período considerado como de cotización efectiva.
- 3) La excedencia por cuidado de familiares que no pueden valer por sí mismos en ningún caso es situación asimilada al alta para acceder a la prestación de incapacidad temporal.
- 4) Por lo que respecta a las prestaciones por desempleo, el apartado 2º de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, se remite al artículo 4³¹ de la Ley 4/1995, de 23 de marzo³².

³¹ Dicho artículo prevé que la situación de excedencia para atender a cada hijo tendrá la consideración de situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo. Dicho período no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener las prestaciones por desempleo, pero a efectos de ese cómputo se podrá retrotraer el período de los seis años anteriores a la situación legal de desempleo, o al momento en que cesó la obligación de cotizar.

³² STSJ de 30.3.2000 (AS. 3113): “el artículo 4 de la Ley 4/1995, de 23 de marzo consi-

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

Sobre la posibilidad de aplicar las previsiones contenidas en dicho precepto a la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos³³ se pronunció la STSJ de Cataluña de 31.5.2002 (AS.1994) en los siguientes términos: “en cuanto a la consideración del período de excedencia a los efectos del desempleo, es la Ley 4/1995 la que los regula refiriéndose tan sólo a la excedencia para cuidado de un hijo, sin embargo la voluntad del legislador de equiparar ambas situaciones también en este extremo de la prestación por desempleo acaba evidenciándose con el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”. La Sala, concluye reconociendo la procedencia de “retrotraer el cómputo del período de los seis años para la determinación de la carencia y período de la prestación por desempleo solicitada a la fecha en que cesó la obligación de cotizar”.

En resumen, que respecto al reconocimiento de las prestaciones por desempleo, “todo el período de excedencia tendrá la consideración de situación asimilada al alta pero no podrá computarse como de ocupación cotizada para obtener dichas prestaciones. Para el cómputo del período de cotización exigible se podrá retrotraer el período de los 6 años anteriores a la situación legal de desempleo o al momento

dera la situación de excedencia por período no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo como situación asimilada al alta para obtener las prestaciones por desempleo, al igual que lo hace el artículo 36.1 del RD 84/1996, de 26 de enero.”

Respecto a un supuesto de reingreso antes de concluir el plazo de 3 años de la excedencia por cuidado de hijos, la STSJ de 2.4.2001 (AS.2091) señaló que el período posterior de situación de expectativa de reingreso “debe quedar igualmente protegido y considerarse situación asimilada al alta”.

33 José Fernando Lousada Arochena; “Permiso Parental y Seguridad Social”. Revista Española de Derecho del Trabajo nº 83/1997; p.386: hay “que entender ese período como tiempo muerto, para verificar las carencias a contar desde la fecha del hecho causante”.

En el mismo sentido, Jesús R. Mercader Uguina; “Prestaciones Económicas por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo. Comentario al Real Decreto 1251/2001, de 16 de Noviembre, por el que se Regulan las Prestaciones Económicas del Sistema de la Seguridad Social por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”. Relaciones Laborales 2002-I; p.1304.

en que cesó la obligación de cotizar por el tiempo en el que el trabajador hubiera permanecido en la situación de excedencia forzosa”.

Como señala FERNÁNDEZ PROL, “un efecto derivado de la asimilación al alta es la consideración del período asimilado como tiempo no computable para verificar las carencias exigidas”³⁴.

1. *¿Prestación de Seguridad Social?*

Respecto a la prestación familiar contributiva se ha destacado que se trata de una prestación “cuyo contenido únicamente se actualiza cuando hay necesidad de justificar su existencia”³⁵, ya sea porque quién disfrutó de la excedencia con reserva de puesto de trabajo reclama una prestación por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad o paternidad.

Es del todo evidente que no se trata de una prestación en especie.

Tampoco puede ser calificada de prestación en metálico.

En opinión de GARCÍA ROMERO³⁶, “aunque aparece configurada como una prestación no económica no deja de estarse ante una más de las situaciones asimiladas a la de alta, sujeta a reglas propias y con igual finalidad de hacer posible la subsistencia o nacimiento de la protección frente a determinadas contingencia”.

Profundizando un poco más podríamos interrogarnos sobre si estaríamos ante lo que ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA³⁷ denominan prestación indirecta, entendiendo por tal el supuesto que se produce durante la percepción del subsidio de des-

34 Francisca Fernández Prol; “Excedencia por cuidado de Familiares y Seguridad Social”. Revista de Derecho Social nº 21/2003; p.107.

35 Guillermo Barrios Baudor; Prestaciones Familiares por Hijo a Cargo. Aranzadi. Pamplona. 2001; p.951.

36 Belén García Romero; “La Protección Familiar en el Sistema Español de Seguridad Social”. Aranzadi Social 2000-V, p.816. Para dicha autora, “semillante construcción deviene inevitable en orden a explicar el mantenimiento de una cotización, aunque sea ficticia, pues no hay tal si no preexiste un alta o situación asimilada”.

37 Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Santiago González Ortega; Compendio de Seguridad Social. 3ª ed. Tecnos. Madrid.1989; p.108.

empleo y en el que la Seguridad Social “se abona a sí misma las cotizaciones correspondientes a ese desempleado”.

Pero, en el supuesto contemplado en el artículo 18o TRLGSS ni tan siquiera existe obligación legal de “autocotizar” por parte de la Seguridad Social durante el período de duración de la excedencia con reserva de puesto de trabajo.

A la vista de las consideraciones expuestas habrá que concluir –salvo mejor opinión– que se trata de períodos de cotización ficticios que sólo desplegarán eficacia respecto de algunas concretas prestaciones de Seguridad Social que tienen como denominador común el que su reconocimiento está subordinado al cumplimiento de un período mínimo de carencia y/o su importe depende de la carrera de seguro del trabajador/a.

Por tanto, en virtud de lo prevenido en el artículo 18o TRLGSS, al solicitante de prestaciones de Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia y maternidad (y paternidad), se le habrán de computar, además de las cotizaciones reales que acredite, el período o períodos de excedencia con reserva del puesto de trabajo de que hubiera disfrutado dentro de los límites legalmente establecidos.

2. ¿Los períodos de cotización ficticia como períodos de seguro a efectos del Reglamento 883/2004?

La obligación legal de computar cotizaciones ficticias a los efectos del cálculo de una prestación de Seguridad Social no es novedosa en nuestro ordenamiento jurídico. Caso emblemático son los denominados años de bonificación, que designan “el tiempo de cotización anterior a 1960 que, según la edad cumplida el 1.1.1967, otorga la ley para las pensiones de jubilación de los trabajadores que efectuaron cotizaciones al SOVI o Mutualismo Laboral antes de 1967, para superar las dificultades de prueba de las cotizaciones anteriores a 1960”³⁸.

³⁸ Manuel Rojas Castro; Años de Bonificación que se Deniegan Injustamente a los Trabajadores Emigrantes Jubilados. AMER. Málaga. 2000; p.15.

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

Tales años de bonificación son períodos de seguro a efectos del artículo 1, letras r) y s) del Reglamento 1408/71, tal y como el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo (TJ) tuvo ocasión de confirmar en su sentencia Barreira Pérez³⁹. Conclusión que debe mantenerse inalterada tras la entrada en vigor del Reglamento 83/2004.

3. Suscripción del convenio especial

Dado que la duración de la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos prevista en el artículo 46.3, segundo párrafo, del Estatuto de los Trabajadores no coincidirá necesariamente con el período computable como de cotización efectiva de un año regulado en el artículo 18o TRLGSS, habrá que plantearse si una vez finalizado este último y continuando en situación de excedencia podría el trabajador/a cotizar para evitar futuros perjuicios en su carrera de seguro.

Si bien la respuesta a esta cuestión ha de ser positiva, hay que distinguir dos situaciones diferentes:

- 1) Si la persona que no puede valerse por sí mismo se encuentra en situación de dependencia a los efectos de la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal, el cuidador no profesional que esté disfrutando de los períodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares está obligado a suscribir el convenio especial regulado en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, que regula la Seguridad Social de los Cuidadores de las Personas en Situación de Dependencia, tal y como se infiere del artículo 2.3 del citado Real Decreto.
- 2) En el supuesto de que la persona que no pueda valerse por sí misma no pueda jurídicamente calificarse en situación de dependencia a los efectos de la ley 39/2006, una vez que trans-

³⁹ Sobre la calificación de tales períodos como períodos de cotización a efectos del Reglamento 1408/71 se pronunció en sentido positivo la STJCE de 3.10.2002, -347/00 (Barreira Pérez) Rec.; p.I-8191; así como las SSTs de 26.6.2001 (RJ.6384); y 15.11.2001 (RJ.9760).

Capítulo VI. La inclusión de los cuidadores no profesionales...

curra el período considerado de cotización efectiva a los efectos del artículo 18o TRLGSS el trabajador/a en situación de excedencia por cuidado de familiares que no puedan valerse por sí mismos podría suscribir el convenio especial regulado en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre.

Tal y como dispone el artículo 1.2 de la citada Orden “el convenio especial con la Seguridad Social tendrá como objeto la cotización al Régimen de la misma en cuyo ámbito se suscriba el convenio y la cobertura de las situaciones derivadas de contingencias comunes...”. Para poder suscribir este convenio se requiere, entre otros requisitos, acreditar un período de cotización previo (artículo 3.2). Y la obligación de cotizar recae sobre quien suscriba el convenio especial (artículo 8).

C. El cuidador no profesional de familiares que no pueden valerse por sí mismo es sujeto protegido por el Reglamento 883/2004

Desde el momento en que el trabajador que disfruta de un período de excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos es sujeto protegido por el régimen general de Seguridad Social español, aunque sólo lo sea en relación con ciertas contingencias, ha de calificarse como sujeto incluido en el ámbito personal del Reglamento 883/2004. Todo ello independientemente de que no pueda ser considerado como trabajador a efectos de la legislación española.

Al faltar la nota de la retribución, no podrá sin embargo invocar el derecho a la libre circulación de trabajadores que es un pilar del derecho de la Unión y que actualmente está desarrollado por el Reglamento 492/2011⁴⁰.

⁴⁰ José María Miranda Boto; “El Reglamento (UE) N° 492/2011: Un Arreglo Cosmético del Reglamento (CEE) N° 1612/68”. Op. cit.