

Capítulo VII

La protección por dependencia en España y en la Unión Europea: los cuidadores no profesionales

DRA. ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ
*Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
de la Universidad de Sevilla*

I. Introducción

En las últimas décadas hemos experimentado en España, como en el resto de los países de la Unión Europea, unas profundas transformaciones sociales que generan la emergencia de nuevos riesgos sociales o estados de necesidad de la ciudadanía¹. Cambios sociales como el envejecimiento de la población o la incorporación de la mujer al mercado laboral constituyen un factor determinante del au-

¹ Cruz Villalón, Jesús, «La protección social de la dependencia», *Temas Laborales*, núm. 89/2007, p. 9; González Ortega, Santiago, «La protección Social de las Situaciones de Dependencia» en González Ortega, Santiago; Quintero Lima, M^a Gema (coord.), *Protección Social de las Personas Dependientes*, La ley, Madrid, 2004, p.10; Sempere Navarro, Antonio V.; Cavas Martínez, Faustino, *Ley de dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la Autonomía personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Aranzadi, Pamplona, 2007, p. 21; Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», en Sánchez Rodas-Navarro, Cristina (coord.), *Vicisitudes de la aplicación del derecho comunitario en España*, Laborum, Murcia, 2007, p 22. Cfr. C. Sánchez-Rodas Navarro; *La Excedencia por Cuidado de Familiares*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008.

mento de la población demandante de atención y cuidados por razón de la edad, enfermedad o discapacidad². Estas necesidades son cubiertas en su mayor parte por personas no profesionales allegadas al entorno de la persona dependiente, tradicionalmente un miembro femenino de la familia con una edad aproximada a los 50 años³. El entorno familiar y privado cubre las necesidades de cuidado de las personas necesitadas de atención⁴. No obstante, los importantes cambios sociales en el modelo de familia y la incorporación de la mujer al mercado de trabajo hacen necesario un mayor protagonismo de las instituciones sociales y políticas, para que la nueva realidad social sea asumida por el Estado, si bien este protagonismo -en la práctica- es más formal que real⁵.

En este sentido, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de

-
- 2 El 67,2% de estas personas presenta limitaciones para moverse o trasladar objetos, el 55,3% tiene problemas relacionados con las tareas domésticas y el 48,4% con las tareas de cuidado e higiene personal, vid. Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia. 2008, INE.
 - 3 Aproximadamente unas 600.000 mujeres entre 45 y 64 años. El 63,7% de los cuidadores residentes en el hogar que no están empleados en él ha reducido su tiempo de ocio para atender a la persona con discapacidad; y para un 54,4% ha tenido consecuencias en su vida laboral o situación económica, en Boletín informativo del Instituto Nacional de Estadística, 10/2009, p. 4. Según la Encuesta mayores 2010 del Ministerio de Sanidad y Política Social, los hijos proporcionan a los padres la mitad de los cuidados, de los cuales el 40% vienen a cargo de las hijas. El mayor nivel formativo influye en las preferencias por cuidados profesionales. La preferencia por los cuidados familiares tiende a bajar excepto en el medio rural (83% frente al 48% en el entorno urbano).
 - 4 El 88% de los cuidadores principales está constituido por un miembro del hogar, vid. Martínez Buján, R., «La reorganización de los cuidados familiares en un contexto de migración internacional», Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 29, núm. 1, 2011, pp. 94.
 - 5 Vid. Molina Navarrete, Cristóbal, «El régimen “cuasi-profesional” de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer», Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, núm. 69, 2007, p. 42; Rodríguez Cabrero, Gregorio, «Políticas de atención a la dependencia en los Regímenes de Bienestar de la Unión Europea», Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 29, núm. 1, 2001, p. 15; p. 20

los principales retos de la política social de los países desarrollados. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (en adelante LD)⁶, trata de configurar un “nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema, potenciando el avance del modelo de Estado social que consagra la Constitución Española, potenciando el compromiso de todos los poderes públicos en promover y dotar los recursos necesarios para hacer efectivo un sistema de servicios sociales de calidad, garantistas y plenamente universales”. La ley crea un Sistema de Atención de la Dependencia como uno de los instrumentos fundamentales para la mejora de los servicios sociales, que responda a la necesidad de la atención a las situaciones de dependencia y a la promoción de la autonomía personal, la calidad de vida y la igualdad de oportunidades⁷. En concreto, y ciñéndonos al objeto de nuestro estudio, contempla excepcionalmente la posibilidad de que el beneficiario de la prestación pueda recibir una prestación económica para ser 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 Atención (arts. 14.4, 18 y DA 4ª LD). La ley entiende por cuidados no profesionales “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” (art. 2.5 LD).

En España la protección por dependencia no se incluye en el ámbito del Sistema de Seguridad Social, ni se vincula directamente a una prestación del Sistema⁸, por lo que habrá que estudiar si el Regla-

6 BOE núm. 299, 15 de diciembre.

7 Exposición de motivos 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

8 Vid. “Regímenes especiales de la Seguridad Social. Seguridad social de trabajadores migrantes en la Unión Europea”, DOC/2008/587, base de datos Westlaw, p. 26. En Cruz Villalón, Jesús, Compendio de Derecho del Trabajo, Tecnos, Madrid, 2010, p. 584, “la intervención pública de atención a las situaciones de dependencia integra también el reconocimiento de las prestaciones económicas,

mento 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social⁹ se aplica a las prestaciones españolas de dependencia¹⁰. Por ejemplo, habrá que plantearse si cabe la negativa por parte de los organismos responsables de un Estado de la Unión Europea a cubrir los gastos causados por la necesidad de asistencia del asegurado cubierto por la prestación de dependencia en el caso de que el asegurado o el cuidador residan en otro país miembro. Antes de responder a este interrogante, vamos a detenernos en el estudio de la prestación de dependencia en la Unión Europea y en el Derecho comparado, para finalizar con la figura de los cuidadores no profesionales y su inclusión o no en el Reglamento Comunitario sobre la coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social.

que se mantienen en la esfera de la asistencia social no calificada como Seguridad Social"; Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, «La distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas en materia de dependencia» en Roqueta Buj, Remedios (coord.), *La protección de la dependencia. Comentarios a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p.41; Monereo Pérez, José Luis; Molina Navarrete, Cristóbal; Moreno Vida, M^a Nieves; Maldonado Molina, Juan Antonio; González de Patto, Rosa M^a, «La dependencia y sus modelos de protección social» en AAVV; *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, Granada, 2007, p.68; Cava Martínez; Faustino, «Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia», BIB 2006\1354, base de datos Westlaw, p.6. Cfr. C.Sánchez-Rodas Navarro; "Libre Circulación de Personas y Prestaciones en Metálico no Contributivas" en: C.Sánchez-Rodas Navarro (Dir.); *La Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*. Laborum. Murcia. 2010; pp. 349-360.

⁹ DOUE de 30 de abril 2004, L 166.

¹⁰ Vid. Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, "Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social", en Sánchez-Rodas Navarro (Dir.), *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los Reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Laborum, Murcia, 2010, p. 34; y también de la misma autora, *La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia*, en Sánchez-Rodas Navarro, Cristina, *Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España*, obra cit., pp. 17 a 51.

II. La protección por dependencia en los países de la Unión Europea y en el derecho de la Unión

En líneas generales, el modelo social europeo de atención a la dependencia responde a distintas políticas sociales integradas por formas mixtas de socialización, familiarización e individualización del riesgo. Sin embargo, en ningún modelo de dependencia sustituye el Estado los cuidados familiares. Las nuevas políticas de cuidado de larga duración “refuerzan, reconstruyéndolo, el modelo tradicional de cuidados tanto por la vía de las prestaciones monetarias (modelo anglosajón), como mediante servicios y programas de conciliación de la vida familiar y personal con el empleo (modelo nórdico) o mediante la integración de los cuidadores informales en el sistema de Seguridad Social (modelo continental, caso español) o, como suele suceder con una combinación de todos ellos cuya estructura depende del tipo concreto de régimen y Estado de Bienestar”¹¹. El papel de la familia en la atención de la dependencia no deja de ser relevante, aun cuando los distintos sistemas de protección social asuman una postura neutral, incentivadora o desincentivadora de la intervención de la familia y del cuidador informal¹². En general, la protección de la dependencia en Europa no responde a un sistema único y rígido, sino a la inclusión en los modelos Bismarck (financiados por trabajadores y empresarios creando ramas propias separadas de la Seguridad Social y completadas por la asistencia social para los no asegurados) y Beveridge (protección en el ámbito de la asistencia social), o en las distintas variedades surgidas de las combinaciones de estos modelos (con características de Seguridad Social y asistencia social)¹³. Se trata

11 Rodríguez Cabrero, Gregorio, «Políticas sociales de atención a la dependencia en los Regímenes de Bienestar de la Unión Europea», obra cit., p. 19.

12 Sobre el nivel de intervención de la familia en los eventuales modelos de protección de las situaciones de dependencia, vid. Quintero Lima, María Gema, «Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia», *Temas Laborales*, núm. 89/2007, pp. 95 y 96.

13 En este sentido, García de Cortázar y Nebreda, Carlos, «El seguro de depen-

de tres grandes modelos vigentes en los países nórdicos y Holanda (modelo universal financiado mediante impuestos y cotizaciones, orientado por norma a los servicios sociales); en Alemania, Austria y Luxemburgo (modelo bismarkiano de países centroeuropeos); y en los países del sur de Europa (modelo de protección asistencial). Y así, en el ámbito de la Unión Europea se puede distinguir entre cinco modelos: Continental (reconocen sistemas protectores fundamentados en la Seguridad Social); Anglosajón (del tipo *beveridgeano* sujeto a la condición de la ausencia de recursos); Nórdico (modelo universal no asistencial con una red sólida de servicios sociales comunitarios); Mediterráneo (basado en la asistencia social y en la asistencia familiar o vecinal no institucionalizada); y Soviético o del eje de Varsovia (sistemas de protección inespecíficos apoyados en las estructuras sanitarias y de servicios sociales, altamente centralizados)¹⁴. El modelo español es un modelo mixto entre el modelo nórdico y el continental, “a los que en cierto modo ha seguido, partiendo de la existencia de un conglomerado o rama de atención histórica en el que confluían el sistema sanitario, los servicios sociales y las prestaciones de la

dencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho Comunitario en el seguro español», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 77, pp. 44 a 47.

14 En Quintero Lima, María Gema, «Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia», obra cit., pp. 97 y ss. Igualmente, existen otros estudios comparados como Pérez Menayo, Vicente, «Prestaciones de dependencia: situación comparada en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 47, 2003, pp. 295 a 323; también del mismo autor, «Políticas públicas en materia de dependencia: situación comparada en la Unión Europea», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2004, tomo 2, 2004, pp. 271 y ss; Hellsten, Katri; Kallioma-Puha, Laura; Komu, Merja; Sakslin, Maija, «Las diversas formas de la protección de la dependencia en Finlandia», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2004, tomo 2, pp. 363 y ss.; Köbl, Ursula, «El seguro de dependencia alemán: principales rasgos y problemas actuales», *Relaciones Laborales*, núm. 17, 2004, tomo 2, pp. 293 y ss; Kerschen, Nicole, «La Dependencia como nuevo riesgo de la Seguridad Social: el ejemplo de la creación del seguro de dependencia en Luxemburgo», *Relaciones Laborales*, núm. 17, tomo 2, pps. 317 y ss; Kessler, Francis, «El cuidado de las personas dependientes en Francia: la reforma permanente sin solución», *Relaciones Laborales*, núm. 17, tomo 2, pp. 341 y ss.

Seguridad Social”¹⁵. En lo referente al régimen jurídico del cuidador no profesional, nuestro modelo contempla la prestación económica para el cuidado del entorno familiar (art. 18 LD), y otra prestación de asistencia personal (art. 19) independiente de los cuidadores profesionales y de los no profesionales, pero prestando la asistencia mediante contrato. La existencia de contrato va a excluir a los asistentes del modelo del cuidador no profesional, “pero, igualmente, la flexibilidad con que se plantea esa contratación lo acerca al cuidador no profesional”¹⁶.

Por otro lado, en la Unión Europea la armonización de los regímenes nacionales del seguro de dependencia, salvo las Directivas de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, es casi inexistente. Esto es debido a la heterogeneidad y multiplicidad conceptual del seguro de dependencia en los distintos países de la Unión Europea, si atendemos al diferente tratamiento jurídico dispensado por los países comunitarios, como hemos señalado más arriba¹⁷. El art. 3 del Reglamento 883/2004 no incluye dentro del campo de aplicación material la prestación por dependencia, por lo que el Reglamento y, por lo tanto, los principios de exportabilidad y totalización de períodos, no serían de aplicación¹⁸. Es decir, no sería posible que opera-

15 Rodríguez Cabrero, Gregorio, “Políticas sociales de atención a la dependencia en los Regímenes de Bienestar de la Unión Europea”, obra cit., p. 35.

16 González Ortega, Santiago, “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, 89/2007, p. 300.

17 García de Cortázar y Nebreda, Carlos, «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 48. Sobre la ampliación del método abierto de coordinación al sector de la asistencia sanitaria y la asistencia de larga duración, vid. Comunicación de la Comisión, de 20 de abril de 2004 –Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del «método abierto de coordinación» [COM (2004) 304 final- no publicada en Diario Oficial].

18 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «Sinopsis de las reformas en el ámbito de aplicación personal y material de los Reglamentos de coordinación de regímenes de Seguridad Social», obra cit., p. 34.

ra la coordinación de regímenes de Seguridad Social, o lo que es lo mismo que “una persona pueda recibir prestaciones, en especie o en metálico, aunque no se encuentre o resida en el Estado competente o de aseguramiento o en el territorio de la institución deudora de la pensión” y, por lo tanto, se impediría la movilidad de las personas que sufren las minusvalías o deficiencias (art. 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ex. art. 42). No se garantizará que un ciudadano comunitario “pueda continuar con los beneficios y derechos a los que podría tener derecho si no se hubiese producido desplazamiento alguno (temporal o permanente)”¹⁹.

En este sentido, podemos decir que la dependencia no es una prestación incluida expresamente en el ámbito de aplicación material del Reglamento 883/2004, máxime cuando la Ley 39/2006 ha incluido la cobertura de la dependencia en un sistema autónomo, el Sistema Nacional de Dependencia, fuera de la cobertura de la Seguridad Social²⁰. La calificación que se otorgase a la prestación de dependencia como de Seguridad Social o como asistencia social, sería determinante para incluir la aplicación o no del régimen de coordinación comunitario²¹. Incluso cabría incluirse dentro del art. 34, en relación a la acumulación de prestaciones asistenciales en metálico de duración indeterminada²².

19 García de Cortázar y Nebreda, Carlos, «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 49.

20 Monereo Pérez, José Luis, Molina Navarrete, Cristóbal, Moreno Vida, María Nieves, Maldonado Molina, Juan Antonio; González de Patto, Rosa M^a, La protección jurídica de las situaciones de dependencia, obra cit., p. 170.

21 Cardenal Carro, Miguel; Hierro Hierro, Javier, «Implicaciones de la doctrina del TJCE sobre las prestaciones del SAAD en el Estado Autonomo», BIB 2008\3093, base de datos Westlaw, p. 10.

22 En “Regímenes especiales de la Seguridad Social. Seguridad Social de trabajadores migrantes en la Unión Europea”, DOC\2008\587, base de datos Westlaw, p. 26. El art. 34.1 establece que “en caso de que un titular de prestaciones asistenciales en metálico de duración indeterminada que deban ser consideradas prestaciones de enfermedad y, por lo tanto, hayan de ser facilitadas por el Estado miembro que sea competente para las prestaciones en metálico en virtud del artículo 21 o del artículo 29 tenga, simultáneamente y con arreglo al presente capítulo, derecho a solicitar a la institución del lugar de residencia o estancia de

Capítulo VII. La protección por dependencia en España y en la Unión...

Esta controvertida cuestión ha sido tratada por el Tribunal de Justicia con sede en Luxemburgo, que en varios pronunciamientos ha venido a rechazar la no aplicación de esta prestación en el ámbito de las normas de coordinación en materia de Seguridad Social. Existe una jurisprudencia reiterada del Tribunal de la Unión Europea que considera como prestación de la Seguridad Social toda aquella que se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a algunos de los riesgos expresamente enumerados en el Reglamento comunitario²³. En concreto, considera que el riesgo de dependencia se incluye en el seguro de enfermedad²⁴ y, por lo tanto, pueden aplicarse las normas y reglas previstas en el Reglamento 883/2004 [SSTJUE 5 de marzo de 1998, C-160/96 (Molenaar); 8 de marzo 2001, C-215/99 (Jauch); 21 de febrero, C-286/2003 (Hosse)]²⁵. En la primera sentencia se consideró que la prestación era coordinable por el Reglamento

otro estado miembro prestaciones en especie con idénticos fines, y una institución del primer Estado miembro deba reembolsar asimismo el coste de estas prestaciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 35, será de aplicación la disposición general de no acumulación de prestaciones establecida en el artículo 10, únicamente con la siguiente restricción: si el interesado solicita y recibe la prestación en metálico el importe de la prestación en especie exigido o exigible a la institución del primer Estado miembro que deba reembolsar el coste”.

- 23 Monereo Pérez, José Luis; Molina Navarrete, Cristóbal; Moreno Vida, María Nieves; Maldonado Molina, Juan Antonio; La protección por dependencia de las situaciones de dependencia, obra cit., p. 170, con cita de las SSTJCE 27 de marzo de 1985, Hoeckx, 249/83, Rec. pág. 973, apartado 12 a 14; Scrivner, 122/84, Rec. pág. 1027, apartados 19 a 21; de 20 de junio de 1991, Newton, C-356/89, Rec. pág. I-3017, y Hughes, apartado 15.
- 24 El art. 3.1 del Reglamento contempla dentro del campo de aplicación material las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimilada, invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedad profesional, defunción, desempleo, prejubilación y las prestaciones familiares.
- 25 In extenso Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., pp. 25 a 33, incluyendo la STJCE 8 de julio de 2004, C-502/01 y 31/02 (Gaumain y Barth); Mercader Uguina, Jesús R., “La prestación de dependencia en la jurisprudencia del tribunal de justicia de las comunidades: los asuntos Molenaar, Jauch, Gaumain-Cerri y Hosse, Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 11, 2006, www.iustel.com, pp. 1 a 23.

1408/1971, sustituido por el actual 883/2004, declarando que “una prestación puede considerarse como una prestación de Seguridad Social comprendida dentro del ámbito de aplicación del Reglamento 1408/71 en la medida en que, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, la prestación se conceda a sus beneficiarios en función de una situación legalmente definida, y en la medida en que la prestación se refiera a alguno de los riesgos expresamente enumerados en el artículo 4.1 del Reglamento 1408/71”. Y, por lo tanto, “las prestaciones del seguro de asistencia están destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad, al que, por otra parte, están vinculadas desde el punto de vista de la organización, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida de las personas necesitadas de cuidados especiales. Aun cuando presenten características propias, tales prestaciones deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad»”. En definitiva, se trata de pronunciamientos judiciales que, a efectos del Derecho comunitario, vienen a calificar como prestación coordinada de la Seguridad Social las asignaciones de asistencia pertenecientes al seguro de dependencia en Alemania y Austria²⁶. Según la doctrina²⁷, las razones que justifican que a los efectos del Reglamento 883/2004 las prestaciones contempladas en la LD han de calificarse como prestaciones coordinadas son: a) la aplicación uniforme del principio del Derecho comunitario; b) las prestaciones de dependencia de la Ley 39/2006 como derechos subjetivos para sus beneficiarios; c) el carácter neutro de las vías de financiación de una prestación a efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación material del Reglamento comunitario aplicable a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos²⁸; y d) la incardinación

26 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., p. 25.

27 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina, «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., pp. 35 a 43.

28 Vid. Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «Las prestaciones no contributivas y el

de las prestaciones por dependencia entre los riesgos protegidos por el Reglamento comunitario.

En definitiva, una vez que hemos justificado que la prestación contemplada en la LD se puede calificar como prestación coordinada, nos queda por tratar si los cuidadores no profesionales pueden estar protegidos por el Reglamento 883/2004²⁹ para causar prestaciones reconocidas por la legislación de un Estado miembro. Para ello estudiaremos las cuestiones relacionadas con la regulación de los cuidadores no profesionales en la LD y sus normas de desarrollo.

III. La prestación de atención a la dependencia: los cuidadores no profesionales

A. La insuficiencia del régimen jurídico de los cuidadores no profesionales en la Ley 39/2006

La LD contempla que las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas que irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal, y por otra a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria (art. 14.1). Esto no impide que, excepcionalmente, el beneficiario de la prestación económica la reciba para ser atendido por cuidadores no profesionales, «familiares o personas de su entorno», siempre que se den los siguientes requisitos: que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda, y que así lo establezca su Programa Individual de Atención³⁰ (art. 14. 4).

Reglamento 883/2004», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 64, 2006, pp. 115 a 133.

29 Vid. en esta misma obra Sánchez Rodas-Navarro, Cristina “¿Los cuidadores no profesionales como sujetos protegidos por el Reglamento 883/2004?”

30 Se trata de un programa individualizado en el que se determinan las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades del beneficiario de entre los servicios y prestaciones económicas que prevea la resolución para su grado y

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

Se trata de una excepción en los casos en que el beneficiario está siendo atendido por su entorno familiar, siempre que se reúnan los requisitos anteriormente señalados³¹. Igualmente, la LD contempla la incorporación de los cuidadores no profesionales en el Régimen de Seguridad Social, dado que debe ajustarse a las normas sobre afiliación y cotización que se determinan reglamentariamente (art. 18.3 y DA 4^a) en el Régimen General, y en situación de asimilada al alta mediante suscripción del convenio especial establecido en el RD que lo regula³². En este sentido, observamos que la LD dedica una escasa atención al régimen jurídico de los cuidadores familiares³³, si bien es cierto que la regulación reglamentaria posterior intenta cubrir esa carencia tratando de evitar los problemas delimitadores con otras figuras como, por ejemplo, el colectivo de las empleadas de hogar o la realización de una actividad contractual, y para ello concreta quiénes son las personas de la familia o del entorno del beneficiario

nivel, con la participación previa consulta y, en su caso, elección entre las alternativas propuestas del beneficiario, familia o entidades tutelares.

- 31 La norma contempla que, previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica (art. 18.2).
- 32 RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (BOE 12 de mayo de 2007, núm. 114), modificado por RD 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 (BOE 18 de febrero de 2011, núm. 42). En la Comunidad de Madrid, Orden 626/2010, de 21 de abril, por la que se regula la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales para personas en situación de dependencia de la Comunidad de Madrid (BOCM 21 de abril 2010, núm. 102).
- 33 Fernández Orrico, Francisco Javier «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales», Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 74, 2008, p. 82.

de la prestación económica³⁴. En esta nueva regulación se establece que podrán asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco³⁵. En este caso habrá que añadir las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento³⁶. Con respecto a las personas cuidadoras del entorno familiar que no tengan el grado de parentesco señalado, la administración competente podrá excepcionalmente permitir estos cuidados por parte de una persona del entorno del beneficiario que, aun no teniendo el grado de parentesco anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de la presentación de la solicitud. Esta persona realizará este tipo de cuidados cuando la persona en situación de dependencia reconocida en grado III y grado II tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, por la despoblación o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención³⁷.

La normativa reglamentaria contempla expresamente que este

34 Vid. 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 (BOE 18 de febrero 2011, núm. 42).

35 Nueva redacción del art. 12 del RD 727/2007, de 8 de junio dada por el Real Decreto de 11 de febrero (BOE 18 de febrero 2011, núm. 42).

36 Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 12 de marzo 2010, núm. 62).

37 Nueva redacción del art. 12 del RD 727/2007, de 8 de junio dada por el Real Decreto de 11 de febrero (BOE 18 de febrero 2011, núm. 42).

tipo de cuidadores no podrán tener la consideración de empleada o empleado de hogar en el domicilio de la persona beneficiaria, ni la atención y cuidados podrán desarrollarse en el marco de cualquier otra relación contractual, ya sea laboral o de otra índole³⁸. El legislador es plenamente consciente de los problemas delimitadores con la relación laboral especial de los empleados de hogar, y con la actividad del trabajo doméstico, e intenta evitarlos declarando expresamente lo que los cuidadores no pueden ser, sin entrar a valorar o justificar cuál es el verdadero carácter o naturaleza de esta prestación³⁹. Concretamente, nos podemos detener en el interés del legislador por el carácter excepcional y reducido de la realización de la prestación por persona no familiar⁴⁰. El art. 1.3 e) del ET que excluye los trabajos familiares del ámbito de aplicación del ET presume el carácter familiar de la prestación si el familiar hasta el segundo grado convive con el beneficiario. Esto nos plantea diversos interrogantes, como ¿qué consideración tendría el cuidado por el familiar del tercer grado?, ¿qué naturaleza tiene la contraprestación recibida por el cuidador: salarial o una mera compensación de tipo civil?⁴¹, o ¿en qué se dife-

38 Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de política Social y Consumo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (BOE 12 de marzo de 2010, núm. 62).

39 Molina Navarrete, Cristóbal «El régimen “cuasi-profesional” de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer», obra cit., p. 76, considera que estamos ante “una relación triangular de utilidad y solidaridad socio-familiar jurídicamente relevante, que organiza un modo de intercambio, no mercantil sino “desmercantilizado”, de prestaciones y contraprestaciones entre tres sujetos.

40 Vid. Martín Palomo, M^a Teresa «Domesticar el trabajo: una reflexión a partir de los cuidados», Cuadernos de Relaciones Laborales, 2008, 26, núm. 2, pp. 13 a 44.

41 Sobre la posibilidad del carácter retribuido González Ortega, Santiago «El cuidador no profesional en situación de dependencia en la Ley 39/2006», obra cit.; pp.10 y 11. A favor de una compensación que otorga el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia por la labor del cuidado gratuito, Molero Maraño, M^a Luisa «El incipiente reconocimiento legal de los cuidadores informales», obra cit.; p. 16; comparándola con el derecho civil de alimentos, Quin-

rencia de la relación laboral de carácter especial en el caso de que la empleada se dedique al cuidado de una persona del hogar?. Hay que tener en cuenta que entre las tareas propias de esta relación laboral especial se incluyen la de acompañar a una persona mayor y atender su casa y comida⁴². La organización de los cuidados sigue estando en manos de la familia, y más concretamente de las mujeres. En este sentido, “la única reestructuración que se advierte en la provisión de la asistencia es la que aparece cuando se decide mercantilizar esta tarea y de entre todas las opciones existentes (residencias, empresas privadas...) la preferida es el servicio doméstico”⁴³. En todo caso, si la casuística permite presumir, de acuerdo con las notas del art. 1.1 del ET, que existe una relación laboral ¿este concepto sería trasladable a la noción de trabajador a efectos comunitarios?⁴⁴.

B. La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales

Como hemos señalado más arriba, la LD establece dos tipos de prestaciones de atención a la dependencia del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: prestaciones de servicios y prestaciones económicas (art. 14). Las primeras tienen carácter prioritario y son prestadas a través de la oferta pública de la Red de Servicios Sociales por las respectivas Comunidades Autónomas; y las segundas tienen carácter excepcional y se conceden a la persona dependiente con objeto de que pueda “retribuir presumiblemente a su cuidador”, en el caso de no ser atendida adecuadamente por los

tero Lima, María Gema, «Modelos comparados en Europa de protección de las situaciones de dependencia», obra cit., p. 96.

42 Sempere Navarro, Antonio V.; Cardenal Carro, Miguel (direc.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 139.

43 Martínez Buján, Raquel «La reorganización de los cuidados familiares en un contexto de migración internacional», obra cit., p. 102.

44 Vid. Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., pp. 30 y 31.

servicios sociales⁴⁵. Al respecto, en el ámbito comunitario los servicios sociales deberían ser considerados prestaciones en especie (art. 15 y 17 LD)⁴⁶, no exportables, y las prestaciones económicas como prestaciones en metálico (arts. 18 y 19)⁴⁷ que, “según las normas de coordinación, no están sujetas, en principio, a cláusulas de residencia y que, por tanto, deben ser abonadas en su caso, fuera del territorio nacional”⁴⁸. Pese al silencio del legislador, estas prestaciones son exportables, y “los beneficiarios conservarían el derecho a las mismas en caso de trasladar su residencia a otro Estado en que el Derecho comunitario resultare aplicable”. Esto significa que si la dependencia es un riesgo coordinado por el Reglamento 883/2004, y a efectos del Derecho comunitario se integra como una prestación de la Seguridad Social (Asunto Moleenar), la prestación contemplada en el art. 18 LD es exportable y, por lo tanto, se le aplica el principio

45 Fernández Orrico, Francisco Javier «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales», obra cit., p. 83.

46 Vid. Decisión nº 175 de 23 de junio de 1999 para la interpretación del concepto «prestaciones en especie» en caso de enfermedad o de maternidad (...) de la Comisión Administrativa de las Comunidades Europeas para la seguridad social de los trabajadores migrantes (DOCE 19 de febrero de 2000, L 47/32).

47 En la STJCE de 8 de marzo de 2001, C-215/99 (Asunto Jauch) relativa a la exportación de las prestaciones en metálico de Austria del seguro de dependencia declaró que “es irrelevante que la asignación de asistencia haya tenido por objeto completar desde el punto de vista económico, habida cuenta de la necesidad de asistencia de una persona, una pensión que se concedió por una razón distinta de la enfermedad. Así, ya sea de carácter contributivo o no contributivo, esta asignación debe considerarse, como señala por otra parte el Gobierno alemán, una «prestación de enfermedad» en metálico en el sentido del artículo 4, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71 y, en consecuencia, no está incluida en el apartado 2 bis del mismo artículo”.

48 García de Cortázar y Nebreda, Carlos «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 57. Art. 7 del Reglamento “Salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”.

de supresión de las cláusulas de residencia por impedir la libre circulación⁴⁹.

Al respecto, la STJUE de 30 de junio de 2011, C-388/2009 (Felipe da Silva Martins) declaró que la normativa comunitaria no se opone a que una persona que percibe una pensión de jubilación tanto de su Estado miembro de origen como del Estado miembro en el que ha transcurrido la mayor parte de su vida profesional, y que se ha trasladado de este último Estado miembro a su Estado miembro de origen, pueda seguir disfrutando, en virtud de una afiliación continuada a un régimen específico de seguro de dependencia en el primero de los Estados, una prestación en metálico correspondiente a dicha afiliación, en particular en el supuesto de que no existan en el Estado miembro de residencia prestaciones correspondientes al riesgo específico de dependencia. En el caso de que la normativa del Estado miembro de residencia prevea prestaciones en metálico correspondientes al riesgo de dependencia, pero sólo por un importe inferior al de las prestaciones por ese mismo riesgo en el otro Estado miembro deudor de una pensión, del art. 27 Reglamento 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 118/97, según su versión modificada por el Reglamento 1386/2001, debe interpretarse que dicha persona tiene derecho, a cargo de la institución competente de ese último Estado, a un complemento de prestaciones igual a la diferencia entre los dos importes. Así, en el asunto *S. Hosse v. Land Salzburg*⁵⁰ el Tribunal reitera que “las prestaciones, concedidas de modo objetivo, en función de una situación legalmente definida, con el fin de mejorar el estado de salud y las condiciones de vida y de las personas dependientes, están fundamentalmente destinadas a completar las prestaciones del seguro de enfermedad y deben ser consideradas «prestaciones de enfermedad» en el sentido del art. 4, apartado 1, letra a), del Reglamento núm. 1408/71⁵¹”.

49 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina “La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia”, obra cit., p. 47.

50 STJCE de 21 de febrero de 2006 (asunto C-286/03).

51 Con cita de los asuntos *Molenaar* y *Jauch*.

Teniendo en cuenta que la prestación económica por dependencia (art. 18 LD) se considera una prestación que complementa el seguro de enfermedad, en el caso que el beneficiario decida trasladarse a otro país miembro habrá que estar a las reglas establecidas en el Reglamento y en la doctrina del Tribunal de la Unión Europea. Conforme a la doctrina del caso *Molenaar*, que menciona cuales son los rasgos propios de prestaciones en metálico (que el pago sea periódico; que no esté supeditado ni a la realización previa de determinados gastos de cuidados, ni a la presentación de documentos acreditativos de los gastos ocasionados; que la cuantía sea fijada con independencia de los gastos realmente realizados por el beneficiario para subvenir a las necesidades esenciales de la vida; que el beneficiario disponga de una amplia libertad en la utilización de las cantidades abonadas), la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales (art. 18 LD) debe considerarse como prestación en metálico⁵², a la que “no cabe aplicar cláusulas de residencia y probablemente tampoco requisitos de nacionalidad, por lo que no hay que descartar que los cuidados en otro país comunitario prestados por un nacional de un tercer Estado queden cubiertos por la interrelación del Derecho comunitario-Derecho nacional)⁵³.

Como ha afirmado la doctrina, esta cuestión es de gran interés para el Derecho español, porque somos un país receptor de una considerable población europea que puede estar necesitada de estos cuidados no profesionales, estando protegida por un seguro de dependencia, de acuerdo con su legislación nacional⁵⁴. En esta materia es muy interesante la STJCE de 8 de julio 2004, asuntos 502/01 y 31/02 (*Gaumain-Cerri y Barth*), que obliga al Estado Alemán “a acep-

52 Maldonado Medina, Juan Antonio «Los ciudadanos comunitarios en España y en la Ley de dependencia», Sánchez Rodas-Navarro (coord.), *Vicisitudes de la aplicación del Derecho Comunitario en España*, Laborum, Murcia, 2007, p. 77.

53 García de Cortázar y Nebreda, Carlos «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 65.

54 Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., p. 29.

tar el aseguramiento de un cuidador a cargo de la propia Seguridad Social”, con una dedicación de al menos 14 horas a la semana, aun cuando ni el dependiente ni el cuidador residen en Alemania⁵⁵. En este caso, el Tribunal declaró que “negarse a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un tercero que presta asistencia a una persona dependiente basándose únicamente en que no reside en el territorio del Estado competente, cuya legislación se aplica, supone otorgar un trato diferente a personas que se hallan en la misma situación, a saber, que ofrecen sus cuidados de forma no profesional, en el sentido de la legislación del Estado competente, a beneficiarios del seguro de dependencia regulado por esa misma legislación. En dicho contexto, a la vista del objetivo de la actividad ejercida por los terceros que prestan asistencia a personas dependientes, el criterio de residencia de estos terceros no establece, en efecto, una diferencia objetiva de situaciones que justifique un trato distinto, sino que supone una diferencia de trato de situaciones comparables que constituye una discriminación prohibida por el Derecho comunitario”⁵⁶. Igualmente, manifestó que en el caso de prestaciones, como las del

55 García de Cortázar y Nebreda, Carlos «El seguro de dependencia en la Unión Europea. Incidencia del Derecho comunitario en el seguro español», obra cit., p. 64; Sánchez Rodas-Navarro, Cristina «La coordinación comunitaria del riesgo de dependencia», obra cit., p. 29.

56 STJCE de 8 de julio de 2004: la Sra. Gaumain-Cerri, de nacionalidad alemana, y su marido, nacional francés, residen en Francia y ejercen su profesión a tiempo parcial, como trabajadores fronterizos, en una empresa establecida en Alemania. Como tales, están afiliados al seguro de dependencia alemán. Su hijo, que reside con ellos, sufre una discapacidad y, como beneficiario del seguro de sus padres, percibe prestaciones del seguro de dependencia (asignación de asistencia que es prestada por sus padres). La entidad del seguro de dependencia se niega a asumir las cotizaciones del seguro de vejez de la Sra. Gaumain-Cerri y de su marido por dedicación a actividades de asistencia a persona dependiente, debido a que no residen en Alemania. La aseguradora entiende que el carácter no profesional de la actividad de cuidado y el hecho de no residir en territorio nacional no les da ni derecho ni obligación al seguro de vejez. Por otro lado, la Sra. Barth, de nacionalidad alemana, reside en Bélgica, en la proximidad de la frontera alemana, y se ocupa en este último país del cuidado de un funcionario jubilado, del que percibe una retribución anual de 400 euros.

Las prestaciones españolas por dependencia y el derecho de la Unión

seguro de dependencia alemán, otorgadas a un asegurado residente en el territorio del Estado competente o a una persona que reside en el territorio del otro Estado miembro, tanto el Tratado como el Reglamento comunitario se oponen a que la entidad competente se niegue a asumir el pago de las cotizaciones del seguro de vejez de un nacional de un Estado miembro que actúa como tercero que presta asistencia al beneficiario de las referidas prestaciones, basándose en que dicho tercero o tal beneficiario residen en un Estado miembro distinto del Estado competente.

En definitiva, este tipo de prestaciones económicas es exportable de un estado miembro a otro, y tanto los cuidadores no profesionales como los propios dependientes deben estar cubiertos por el ámbito de aplicación del Reglamento 883/2004. Con ello queda salvaguardado el principio de libre circulación de los ciudadanos europeos dentro de la Unión, y garantizada la supresión de las cláusulas de residencia en los términos del art. 7 del propio Reglamento.

IV. Consideraciones finales

En la Carta de los Derechos Fundamentales, la Unión Europea reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la dependencia o la vejez, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales. Este reconocimiento implica que toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de Seguridad Social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales (art. 34)

La jurisprudencia del Tribunal de la Unión Europea considera que el riesgo de dependencia se incluye en el seguro de enfermedad y, por lo tanto, la aplicación de las normas contempladas en el Reglamento 883/2004 en la medida en que esa prestación se refiere a uno de los

Capítulo VII. La protección por dependencia en España y en la Unión...

riesgos enumerados expresamente en el mencionado Reglamento (ex. Art. 4 R, 1408/71). En concreto, estableció como prestación coordinada de la Seguridad Social las asignaciones de asistencia pertenecientes al seguro de dependencia en Alemania y Austria. Conforme a esta doctrina, hemos visto que el Estado Alemán está obligado a aceptar el aseguramiento de un cuidador a cargo de la propia Seguridad Social, aun cuando ni el dependiente ni el cuidador residen en Alemania.

Igualmente, en el caso de que una persona se traslade del Estado miembro en que ha transcurrido la mayor parte de su vida profesional a su Estado miembro de origen, se ha declarado que puede seguir disfrutando, en virtud de una afiliación continuada a un régimen específico de seguro de dependencia en el primero de los Estados, de una prestación en metálico correspondiente a dicha afiliación, en particular en el supuesto de que no existan en el Estado miembro de residencia prestaciones correspondientes al riesgo de dependencia y, en su caso, a un complemento de prestaciones a cargo del Estado miembro deudor de la prestación, cuando la prestación económica del Estado miembro de residencia sea inferior.

En definitiva, nos encontramos con pronunciamientos suficientes para entender que los cuidadores no profesionales deben estar protegidos por el Reglamento 883/2004.