

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2024-07-22

Deposited version:

Accepted Version

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Silveiro de Barros, M. (2020). La protección frente a los riesgos profesionales de los cuidadores de dependientes en Portugal. In José Luis Monereo Pérez (Ed.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. (pp. 409-418). Murcia: Ediciones Laborum.

Further information on publisher's website:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=778835>

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Silveiro de Barros, M. (2020). La protección frente a los riesgos profesionales de los cuidadores de dependientes en Portugal. In José Luis Monereo Pérez (Ed.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. (pp. 409-418). Murcia: Ediciones Laborum.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

LA PROTECCIÓN FRENTE A LOS RIESGOS PROFESIONALES DE LOS CUIDADORES DE DEPENDIENTES EN PORTUGAL

MÁRIO SILVEIRO DE BARROS
Profesor Auxiliar Invitado
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Sumario: **1. LAS FUENTES REGULADORAS.- 2. LA PROTECCIÓN DE LOS CUIDADORES INFORMALES.- 3. LA PROTECCIÓN DE LOS CUIDADORES PROFESIONALES.**

* * *

1. LAS FUENTES REGULADORAS

La vigente Constitución de la República de 1976 se refiere al tema de los riesgos profesionales en dos preceptos. La primera referencia es expresa, constando en el artículo 59, bajo el epígrafe «derecho de los trabajadores», que otorga protección constitucional al derecho de todos los trabajadores a la «asistencia y justa reparación, en cuanto que víctimas de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional [*assistência e justa reparação, quando vítimas de acidentes de trabalho ou de doença profissional*]¹. La segunda referencia a la referida protección de riesgos profesionales es implícita y resulta del artículo 63 del mismo texto constitucional, titulado «seguridad social y solidaridad», según el cual «el sistema de seguridad social protege a los ciudadanos en la enfermedad, vejez, invalidez, viudedad y orfandad, así como en el desempleo y en todas las demás situaciones de falta o disminución de medios de subsistencia o de capacidad para el trabajo [*o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade de trabalho*]², siendo implícita, puesto que los riesgos profesionales podrán causar las referidas necesidades de protección en la «invalidez, viudedad y orfandad». Desarrollando estas previsiones constitucionales, la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, que aprueba «las bases generales en que se asienta el sistema de seguridad social» (que podemos considerar una norma relativamente parecida a la vigente Ley General española de la Seguridad Social, aprobada por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 octubre), define la estructura del sistema de seguridad social portugués compuesto por tres «sistemas» o pilares de protección, o sea, el «sistema de protección social de

¹ Artículo 59, apartado 1, letra f), de la Constitución de la República Portuguesa, aprobada por el Decreto de 10 abril 1976, que puede consultarse, al igual que el resto de la legislación portuguesa, en el sitio de Internet www.dre.pt.

² Artículo 63, apartado 3. Sobre las citadas normas constitucionales, véase MIRANDA, J. Y MEDEIROS, R., *Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I*, Coimbra Editora (Coimbra, 2005), pp. 593 y ss., 631 y ss.; GOMES CANOTILHO, J.J. Y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4ª ed., Coimbra Editora (Coimbra, 2007), pp. 767 y ss., y 811 y ss.

ciudadanía, el sistema de previsión y el sistema complementario [*sistema de proteção social de cidadania, o sistema previdencial e o sistema complementar*]³, que se corresponden, con terminología española, con la seguridad social no contributiva o asistencial, con la seguridad social contributiva y con la seguridad social complementaria. Respecto del sistema de previsión o contributivo —que es el que nos interesa, a efectos de este trabajo—, se establece en la norma que define el «ámbito material» de protección, que en dicho sistema de previsión «la protección social ... integra las siguientes contingencias: d) accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [*a proteção social ... integra as seguintes eventualidades: d) acidentes de trabalho e doenças profissionais*]⁴. Esta Ley núm. 4/2007, que siendo una Ley de bases tiene un valor reforzado y tendrá que ser desarrollada por otras Leyes, establece en el Capítulo de las disposiciones finales, en su artículo 107, que «la Ley establece el régimen jurídico de la protección obligatoria en caso de accidentes de trabajo, definiendo los términos de la correspondiente responsabilidad [*a lei estabelece o regime jurídico da proteção obrigatória em caso de acidentes de trabalho, definindo os termos da respetiva responsabilidade*]», reenviándonos a dos normas formalmente laborales a que haremos alusión enseguida.

Constituye una especificidad importante del ordenamiento jurídico de seguridad social portugués, desde el punto de vista jurídico-comparativo, la constatación de que el régimen jurídico de la protección de riesgos profesionales es materia laboral privada y no de seguridad social en sentido estricto. La primera de las normas que confirma el carácter laboral de la protección de riesgos profesionales se contiene en los artículos 281 a 284 del Código del Trabajo, aprobado por la Ley núm. 7/2009, de 12 febrero, que componen el Capítulo IV bajo el rótulo «prevención y reparación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales [*prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais*]», que regula los principios generales de dicha protección y reenvía su reglamentación a legislación específica. La segunda norma es la Ley núm. 98/2009, de 4 septiembre, que establece, desarrollando dichas normas del Código del Trabajo, la regulación del régimen de reparación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales. Al amparo de estas dos normas laborales, se establece, con carácter general, que «el trabajador y sus familiares tienen derecho a la reparación de los daños derivados de accidentes de trabajo o enfermedad profesional [*o trabalhador e os seus familiares têm direito à reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho ou doença profissional*]⁵, basando dicha reparación en la responsabilidad civil del empleador por los daños causados por tales

³ Artículo 23 de la Ley núm. 4/2007. Con anotaciones a la Ley de Bases del Sistema de Seguridad Social y a la mencionada composición del sistema de seguridad social, véase CONCEIÇÃO, A., *Legislação da Segurança Social*, 7ª ed., Almedina (Coimbra, 2019), p. 45; y también, incluso con naturaleza de Manual Práctico, CONCEIÇÃO, A., *Segurança Social*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2014), p. 80.

⁴ Artículo 52, apartado 1, letra d).

⁵ Artículo 283, apartado 1, del Código del Trabajo, y artículo 2 de la Ley núm. 98/2009, de 4 septiembre. Sobre el tema de la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en la doctrina laboralista portuguesa, véase GOMES, J., *Acidente de Trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora (Coimbra, 2013); MENEZES LEITÃO, L., *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Almedina (Coimbra, 2016), pp. 401 y ss.; PALMA RAMALHO, R., *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, 6ª ed., Almedina (Coimbra, 2016), pp. 709 y ss.; ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Almedina (Coimbra, 2017), pp. 839 y ss.; ROMANO MARTINEZ, P., «Anotação ao artigo 283.º», en ROMANO MARTINEZ, P., MONTEIRO, L., VASCONCELOS, J., MADEIRA DE BRITO, P. Y GONÇALVES DA SILVA, L., *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Almedina (Coimbra, 2012), pp. 620 y ss.

riesgos profesionales. La naturaleza privada de esta protección la evidencia el hecho de que dichas dos normas exijan la obligación de que el empleador transfiera la responsabilidad por la reparación de daños derivados de accidentes de trabajo a entidades legalmente autorizadas para realizar este seguro, o sea, a aseguradoras privadas, que serán responsables de las prestaciones económicas y en especie debidas para la reparación de tales siniestros⁶. De esta forma, por causa del carácter privado del sistema de protección de accidentes de trabajo, Portugal se encuentra en una situación relativamente parecida a la existente en España antes de 1967, en que el aseguramiento de dicha protección de riesgos profesionales era privado. En Portugal, no se integró la protección de accidentes de trabajo en el sistema público de seguridad social, a pesar de haberse establecido, históricamente, en la primera Ley de bases del sistema de seguridad social aprobada tras la Constitución de 1976 —en la norma equivalente al citado artículo 107 de la Ley núm. 4/2007, a que antes hicimos referencia— que «la integración de la protección de los accidentes de trabajo en el régimen general de la seguridad social se realizará en los términos que establezca la ley [*a integração da proteção nos acidentes de trabalho no regime geral da segurança social far-se-á nos termos a estabelecer na lei*]»⁷, lo que nunca ocurrió. En fin, la naturaleza laboral y privada de dicha protección social de los riesgos profesionales se evidencia igualmente en materia del contencioso de dichos riesgos profesionales. En efecto, en Portugal, la regla general es que el contencioso de seguridad social sea contencioso-administrativo, juzgado por los Tribunales Administrativos⁸, como se prevé en el artículo 77 de la Ley núm. 4/2007, que establece que las «acciones y omisiones de la Administración en el ámbito del sistema de seguridad social son susceptibles de reacción contenciosa en los términos del Código de Proceso de los Tribunales Administrativos [*ações e omissões da administração no âmbito do sistema de segurança social são suscetíveis de reação contenciosa nos termos do Código de Processo nos Tribunais Administrativos*]», aprobado por la Ley núm. 15/2002, de 22 febrero. A diferencia de ello, el contencioso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es contencioso de los Tribunales de Trabajo⁹, a tramitarse por el procedimiento previsto en un proceso especial regulado en el Código de Proceso del Trabajo, aprobado por el Decreto-Ley núm. 480/99, de 9 noviembre, en que la parte pasiva será, necesariamente, una aseguradora o un empleador.

⁶ Cfr. artículo 283, apartado 5, del Código del Trabajo, y artículos 79 y 81 de la Ley núm. 98/2009.

⁷ Artículo 72, apartado 1, de la Ley núm. 28/84, de 14 agosto, que aprobó las Bases del Sistema de Seguridad Social, resultando que el núm. 2 de dicha norma establecía que tal integración, nunca concretada, sería realizada de acuerdo con «un plan a elaborar conjuntamente por los Ministerios de Finanzas y de Planificación, de Trabajo y de Seguridad Social y de la Salud ... cuya definición será precedida de consulta a las organizaciones representativas de los trabajadores, entidades patronales y entidades que ejerzan la actividad aseguradora, teniendo en cuenta una adecuada asistencia a los siniestrados y la situación económico-financiera de la actividad aseguradora [*um plano a elaborar conjuntamente pelos Ministérios da Finanças e do Plano, do Trabalho e Segurança Social e da Saúde ... cuja definição será precedida de consulta às organizações representativas dos trabalhadores, entidades patronais e entidades que exerçam a atividade seguradora, tendo em conta uma adequada assistência aos sinistrados e a situação económico-financeira da atividade seguradora*]».

⁸ La competencia en los procesos de seguridad social, de los Juicios Administrativos Sociales que integran los Tribunales Administrativos, se deriva del artículo 44-A núm. 1, letra b), del Estatuto de los Tribunales Administrativos y Fiscales, aprobado por la Ley núm. 13/2002, de 19 febrero.

⁹ Desde el punto de vista de la organización judicial, la competencia de los Juicios de Trabajo de los Tribunales Judiciales se deriva del artículo 126, núm. 1, letra c), de la Ley de Organización del Sistema Judicial, aprobada por la Ley núm. 62/2013, de 26 agosto.

La protección de la contingencia de dependencia, en Portugal, es una protección no contributiva y totalmente asistencial. En efecto, la arriba mencionada Ley núm. 4/2007 inserta la denominada protección de la dependencia en el ámbito del subsistema de protección familiar, que está integrado en el pilar o sistema de protección de ciudadanía, estableciéndose que dicho subsistema comprende los «encargos en el terreno de la dependencia [*encargos no domínio da dependência*]»¹⁰. La protección social de las situaciones de dependencia se encuentra regulada en el Decreto-Ley núm. 265/99, de 14 julio, que regula dicha protección y que procede a la creación de una prestación pecuniaria o económica llamada «complemento por dependencia [*complemento por dependência*]», otorgada a los «individuos que no puedan realizar con autonomía los actos indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la vida cotidiana, careciendo de la asistencia de otro [*indivíduos que não possam praticar com autonomia os atos indispensáveis a satisfação das necessidades básicas da vida quotidiana, carecendo da assistência de outrem*]», definido en dos grados de dependencia¹¹. Este Decreto-Ley que creó la prestación «complemento de dependencia», confirmando la naturaleza asistencial de dicha protección, establece que las cuantías de las prestaciones están «indexadas a la cifra legalmente fijada para la pensión social de invalidez y vejez del régimen no contributivo y varían, escalonadas, de acuerdo con el grado de dependencia [*indexados ao valor legalmente fixado para a pensão social de invalidez e velhice do regime não contributivo e variam, escalonados de acordo com o grau de dependência*]», siendo el 50 por ciento de la cuantía de la pensión social en la situación de dependencia del primer grado (o sea, en la actualidad, la cifra de 105,90 euros mensuales) y el 90 por ciento de la pensión social en la situación de dependencia del segundo grado (o sea, la cifra de 190,61 euros mensuales)¹². De la misma forma, confirmando su naturaleza no contributiva, el mencionado Decreto-Ley núm. 265/99 reconoce en sus disposiciones finales y transitorias, que dicha prestación denominada «complemento por dependencia» no constituye una verdadera y propia protección de la dependencia, sino una prestación por gran invalidez, o por asistencia de tercera persona, pues se afirma que «se consideran convertidos en complemento por dependencia, a partir de la fecha de vigencia de la presente norma, los subsidios por asistencia de tercera persona otorgados a pensionistas, al amparo de la legislación anterior [*consideram-se convertidos em complemento por dependência, a partir da data do início da vigência do presente diploma, os subsídios por assistência de terceira pessoa atribuídos a pensionistas, ao abrigo da anterior*

¹⁰ Artículo 46, letra c), de la Ley núm. 4/2007. Sobre la protección de la contingencia de la dependencia, en Portugal, véase SILVEIRO DE BARROS, M., «La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 12 (2017), pp. 203 y ss.; SILVEIRO DE BARROS, M., «La protección social de las personas dependientes en Portugal», *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 8, (2017), pp. 142 y ss.; y RIBEIRO, M.A., «Cuidados informais a pessoas mais velhas em situação de dependência: expansão de um novo território do direito», *Revista do Ministério Público*, núm. 156 (2018), pp. 209-237.

¹¹ En efecto, el artículo 4 define dos grados de dependencia, encontrándose en el primer grado de dependencia los «individuos que no puedan realizar, con autonomía, los actos indispensables para la satisfacción de necesidades básicas de la vida cotidiana, señaladamente, actos relativos a la alimentación o locomoción o cuidados de higiene personal [*indivíduos que não possam praticar, com autonomia, os atos indispensáveis à satisfação de necessidades básicas da vida quotidiana, designadamente, atos relativos à alimentação ou locomoção ou cuidados de higiene pessoal*]», y en el segundo grado, los que acumulen a las situaciones de dependencia del primer grado el hecho de encontrarse «encamados o que presenten cuadros de demencia grave [*acamados ou apresentem quadros de demência grave*]».

¹² Sobre la cuantía de las prestaciones, véase artículo 7 del Decreto-Ley núm. 265/99.

*legislação]*¹³. Considerando que la asistencia a las personas dependientes, como regla, tiene por objeto la prestación de servicios para la realización de necesidades básicas de la vida cotidiana, tales servicios pueden ser realizados por familiares del dependiente, lo que condujo a la reciente publicación de la Ley núm. 110/2019, de 6 septiembre, que aprobó el «Estatuto del Cuidador Informal», o por cuidadores profesionales, cabiendo analizar cuál es el respectivo régimen de protección frente a los riesgos profesionales de cada uno de estos grupos de prestadores de servicios a los dependientes.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS CUIDADORES INFORMALES

La mencionada protección social de la dependencia se basa en el presupuesto de que las personas dependientes no pueden realizar los actos indispensables para la satisfacción de las necesidades básicas de la vida cotidiana, careciendo de la asistencia de otro para la prestación de servicios domésticos, auxilio en la locomoción y cuidados de higiene¹⁴. Estos servicios, en gran parte de los casos, se prestan por un familiar del dependiente, que la reciente Ley núm. 100/2019 denomina «Cuidador Informal». Esta ley aprobó el «Estatuto del Cuidador Informal» y reguló los «derechos y deberes del cuidador y de la persona cuidada [*direitos e deveres do cuidador e da pessoa cuidada*]», siendo una norma esencial para definir dicho Cuidador Informal y los derechos que se le otorgan por el sistema de seguridad social, caracterizándose este prestador de servicios benévolo de la siguiente forma: 1) este prestador de cuidados habrá de ser siempre un familiar o persona del entorno familiar del dependiente, estableciéndose que se reconoce dicha cualidad a los familiares del dependiente que sean «cónyuge, o pareja de hecho, pariente o afín hasta el cuarto grado en línea recta o en línea colateral de la persona cuidada [*cônjuge, ou unido de facto, parente ou afim até ao 4.º grau da linha reta ou da linha colateral da pessoa cuidada*]¹⁵, excluyendo de este Estatuto a los amigos y conocidos del dependiente; 2) este Cuidador Familiar asumirá la obligación de acompañar y cuidar al dependiente, y de prestarle cuidados; 3) se presume en la legislación que este familiar no es un profesional de la prestación de tales cuidados al dependiente, razón por la cual se establece que es un derecho de tal cuidador «ser acompañado y recibir formación para el desarrollo de sus capacidades y adquisición de competencias para la prestación adecuada de los cuidados de salud a la persona cuidada [*ser acompanhado e receber formação para o desenvolvimento das suas capacidades e aquisição de competências para a prestação adequada dos cuidados de saúde à pessoa cuidada*]¹⁶; y 4) el familiar tendrá que ser formalmente reconocido como Cuidador Informal, debiendo requerir el reconocimiento de dicho Estatuto y obtener una decisión administrativa de reconocimiento, emitida por el Instituto de Seguridad Social,

¹³ Artículo 32 del Decreto-Ley núm. 265/99, resultando incluso relevante indicar que este Decreto-Ley revocó Decretos-Ley de 1980, 1990 y 1993, que regulaban dichas prestaciones o complementos para la asistencia de tercera persona.

¹⁴ Cfr. artículo 3 del Decreto-Ley núm. 265/99.

¹⁵ Sobre la definición de cuidador informal, véase artículo 2, apartados 2 y 3, del Estatuto del Cuidador Informal, en anexo a la Ley núm. 100/2019, y definición obrante en el artículo 2, letra a), de la Orden Ministerial núm. 2/2020, de 10 enero, que «reglamenta los términos del reconocimiento y manutención del estatuto de cuidador informal [*regulamenta os termos do reconhecimento e manutenção do estatuto de cuidador informal*]». Sobre el cuidador informal, véase CARDOSO ROCHA, L., «A criação do estatuto do cuidador informal», *Revista da Ordem dos Advogados*, núm. 3-4 (2019), pp. 459-470.

¹⁶ Artículo 5, letra b), del Estatuto del Cuidador Informal.

reconociéndose dicha cualidad a sólo un cuidador por domicilio¹⁷. No obstante, el citado Estatuto del Cuidador Informal establece que pueden existir dos tipos de familiares cuidadores informales, que se diferencian, esencialmente, por la intensidad o permanencia en la prestación de cuidados. Por un lado, el «Cuidador Informal Principal [*Cuidador Informal Principal*]», que será el familiar que asumirá la obligación de acompañar y cuidar al dependiente de forma permanente, de vivir con él en la misma vivienda y que no percibe ninguna remuneración de actividad profesional o por los cuidados que presta a la persona cuidada, de donde que, por esa razón, se le podrá reconocer el derecho a una prestación económica mensual, no contributiva y asistencial, denominada «subsídio de apoio al cuidador informal principal [*subsídio de apoio ao cuidador informal principal*]»¹⁸, que depende de las condiciones de recursos de dicho cuidador. Por el contrario, el «Cuidador Informal no Principal [*Cuidador Informal não Principal*]» será aquel familiar que asumirá la obligación de acompañar y cuidar al dependiente de forma regular, pero no permanente, pudiendo o no recibir remuneración de actividad profesional o por los cuidados que presta a la persona cuidada¹⁹, siendo, por tanto, un cuidador que sin vivir o residir con el dependiente, presta sólo un apoyo regular, pudiendo ser remunerado por tales servicios o, como sucederá la mayoría de las veces, acumulando dicha responsabilidad con su actividad profesional²⁰.

El cuidador informal principal, como se desprende de la definición legal, en la mayoría de los casos será un hijo o hija del dependiente, que cesará o suspenderá su actividad profesional para asumir la obligación de residir con la persona cuidada y prestarle cuidados permanentes, de forma totalmente benévola. El régimen de protección ante los riesgos profesionales de este cuidador informal principal, en el sistema de seguridad social portugués, es totalmente inexistente, dejándolo totalmente desprotegido en las situaciones de riesgos de reducción de capacidad para el trabajo derivado de la prestación de dichos cuidados. Esta desprotección de los riesgos profesionales se deriva del régimen de protección social otorgado a dicho cuidador informal, previsto en el Capítulo V del Estatuto del Cuidador Informal, titulado «protección social del cuidador informal [*proteção social do cuidador informal*]», previéndose en el artículo 20, insertado en dicho Capítulo, y con el rótulo «régimen de seguro social voluntario [*regime de seguro social voluntário*]», de manera meramente telegráfica, que «el cuidador informal principal puede beneficiarse del régimen de seguro social voluntario, en los términos y condiciones previstas en el Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social [*o cuidador informal principal pode beneficiar do regime de seguro social voluntário, nos termos e condições previstas no Código dos Regimes Contributivos do Sistema Previdencial de*

¹⁷ Sobre el reconocimiento del cuidador informal, véase artículo 4, apartado 1, del Estatuto del Cuidador Informal, y artículos 3 y 10 de la Orden Ministerial núm. 2/2020.

¹⁸ La mencionada prestación económica sólo puede otorgarse al Cuidador Informal Principal, encontrándose prevista en el artículo 5, letra h), artículo 7, apartado 4, letra a), y artículo 10 del Estatuto del Cuidador Informal, siendo dicha prestación económica no contributiva, financiada con transferencia específica del Presupuesto del Estado, como prevé el artículo 12 de la Ley núm. 100/2019.

¹⁹ Pudiendo, incluso, encontrarse en situación de desempleo y percibir prestaciones de desempleo, en los términos del artículo 2, apartado 4, del Estatuto del Cuidador Informal.

²⁰ Sobre los conceptos legales de Cuidador Informal Principal y de Cuidador Informal no Principal, véase artículo 2, apartados 2 y 3, del Estatuto do Cuidador Informal, y artículo 2, letras a) y b), de la Orden Ministerial núm. 2/2020.

Segurança Social]]»²¹. El citado Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social, aprobado por la Ley núm. 110/2009, de 16 septiembre, es un código que en el ámbito del sistema de previsión o pilar contributivo regula quiénes son beneficiarios, las prestaciones otorgadas, la afiliación, la relación jurídica de seguridad social y la relación jurídica contributiva de dicho sistema de previsión²². El citado régimen de seguro social voluntario está previsto en el sistema de previsión como un sistema de afiliación o adhesión facultativo para las personas que no ejerzan actividad profesional o que, ejerciéndola, no están comprendidas obligatoriamente en el sistema de protección social, previéndose en dicho Código de los Regímenes Contributivos del Sistema de Previsión de Seguridad Social que «pueden encuadrarse en el régimen del seguro social voluntario los ciudadanos nacionales, mayores de edad, considerados aptos para el trabajo y que no están comprendidos en el régimen obligatorio de protección social ... [*podem enquadrar-se no regime do seguro social voluntário os cidadãos nacionais, maiores, considerados aptos para o trabalho e que não estejam abrangidos por regime obrigatório de proteção social...*]]»²³. La mencionada desprotección del cuidador informal principal se deriva de tres previsiones expresas del sistema legal de protección de riesgos profesionales: 1) en primer lugar, el ámbito de la acción protectora otorgada por el régimen de seguro social voluntario sólo incluye la protección de la «invalidez, vejez y muerte [*invalidez, velhice e morte*]]»²⁴, siendo la invalidez o la muerte allí previstas sólo las de origen común; 2) en segundo lugar, el hecho de que los cuidadores informales principales hayan sido incluidos en el seguro social voluntario en el elenco de personas que no son trabajadores, como es el caso de los voluntarios sociales, becarios, deportistas de alto rendimiento, habiendo sido dichos cuidadores informales principales excluidos, entre otras, de la protección ante enfermedades profesionales, que puede ser otorgada a ese grupo de no trabajadores²⁵; y 3) por último, porque la protección otorgada por el régimen legal de la reparación de accidentes de trabajo, de naturaleza privada, como se vio, tiene como beneficiarios a los trabajadores por cuenta ajena²⁶, lo que no es el caso de este familiar benévolo prestador de cuidados.

²¹ Artículo 20, apartado 1, del Estatuto del Cuidador Informal, previéndose incluso, de forma repetida, en el artículo 7, núm. 4, letra c), que enumera las medidas de apoyo al cuidador informal, que «el cuidador informal principal puede, incluso, beneficiarse de las siguientes medidas: ... c) acceso al régimen de seguro social voluntario [*o cuidador informal principal pode, ainda, beneficiar das seguintes medidas: ... c) acesso ao regime de seguro social voluntário*]]».

²² Cfr. artículo 2 del referido Código de los Regímenes Contributivos, según el cual «el presente Código define el ámbito personal, el ámbito material, la relación jurídica de vinculación y la relación jurídica contributiva a que se refiere el artículo anterior ... [*o presente Código define o âmbito pessoal, o âmbito material, a relação jurídica de vinculação e a relação jurídica contributiva a que se refere o artigo anterior...*]]», previéndose el artículo 1 de dicho Código que el mismo «regula los regímenes incluidos en el sistema de previsión aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o en situación legalmente equiparada a los efectos de seguridad social, a los trabajadores independientes, así como el régimen de afiliación facultativa [*regula os regimes abrangidos pelo sistema previdencial aplicável aos trabalhadores por conta de outrem ou em situação legalmente equiparada para efeitos de segurança social, aos trabalhadores independentes, bem com o regime de inscrição facultativa*]]».

²³ Artículo 169 del Código de los Regímenes Contributivos. Véase también el artículo 51, apartado 2, y artículo 53 de la Ley núm. 4/2007, que califica dicho «seguro social voluntario» como un régimen de afiliación facultativa, insertado en el sistema de previsión.

²⁴ Artículo 172, apartado 1, del Código de los Regímenes Contributivos.

²⁵ *Ibidem*, apartado 3, que excluye a los cuidadores informales principales de la protección de las «contingencias de enfermedad, enfermedades profesionales, parentalidad».

²⁶ Cfr. artículo 3, apartado 1, de la Ley núm. 98/2009.

A diferencia del cuidador informal principal a que arriba hicimos referencia, el cuidador informal no principal que presta los cuidados de forma no permanente, como regla, será un familiar que acumulará a su actividad profesional la prestación de apoyo al dependiente, pudiendo tener en muchos casos la necesidad de reducir esa actividad laboral suya para permitir una efectiva prestación de cuidados. Reconociendo que este familiar, como regla un hijo, aunque casi siempre una hija del dependiente, tendrá que conciliar la actividad profesional con la prestación de cuidados, el Estatuto del Cuidador Informal establece de forma genérica que «el cuidador informal no principal puede, incluso, beneficiarse de medidas que promuevan la conciliación entre la actividad profesional y la prestación de cuidados, en los términos que determine la ley [*o cuidador informal não principal pode, ainda, beneficiar de medidas que promovam a conciliação entre a atividade profissional e a prestação de cuidados, nos termos a definir na lei*]²⁷, lo que tendría que ser efectuado por el Gobierno en el plazo de 120 días, a través de las medidas necesarias para el refuerzo de la protección laboral de los cuidadores informales no principales²⁸. Esta definición de las medidas legislativas específicas de refuerzo de la protección laboral de dichos cuidadores, no se ha hecho efectiva de momento, habiendo optado el Gobierno por aplicar a estos prestadores el régimen de protección laboral de la parentalidad, pues el artículo 13 de la Reglamentación del Estatuto del Cuidador Informal, bajo el rótulo «conciliación entre la actividad profesional y la prestación de cuidados [*conciliação entre a atividade profissional e a prestação de cuidados*]», vino a establecer que «mientras se procede a la identificación de las medidas legislativas necesarias para el refuerzo de la protección laboral de los cuidadores informales no principales y la correspondiente aprobación de legislación específica, se aplica el régimen de la parentalidad previsto en el Código del Trabajo para los titulares de los derechos de parentalidad, a quien se le reconozca el estatuto de cuidador informal no principal [*enquanto se procede à identificação das medidas legislativas necessárias ao reforço da proteção laboral dos cuidadores informais não principais e à correspondente aprovação de legislação específica, aplica-se o regime da parentalidade previsto no Código do Trabalho aos titulares dos direitos de parentalidade a quem seja reconhecido o estatuto de cuidador informal não principal*]²⁹. De esta forma, un cuidador informal no principal que reduzca su actividad profesional pasando a trabajador a tiempo parcial, durante el tiempo de prestación de cuidados al dependiente, pasará a una situación de desprotección parcial frente los riesgos profesionales, teniendo en cuenta que sólo durante el tiempo de su actividad profesional para el empleador estará protegido por el mencionado sistema privado de seguro de accidentes de trabajo contratado por el empleador. En efecto, en materia de protección social de estos prestadores, el legislador portugués sólo se preocupó y reguló el derecho a una protección jurídica de seguridad social, señaladamente el «registro adicional de remuneraciones equivalente a la entrada de cotizaciones [*registo adicional*]

²⁷ Artículo 7, apartado 5, del Estatuto del Cuidador Informal.

²⁸ Artículo 14 de la Ley núm. 100/2019, teniendo en cuenta que las «disposiciones finales y transitorias», bajo el rótulo «refuerzo de la protección laboral [*reforço da proteção laboral*]», establecen que «el Gobierno procede, en el plazo de 120 días, a identificar las medidas legislativas, administrativas u otras que se revelen necesarias para reforzar la protección laboral de los cuidadores informales no principales, señaladamente la adecuación de normas ya existentes relativas al régimen laboral que les resulta aplicable [*o Governo procede, no prazo de 120 dias, à identificação das medidas legislativas, administrativas ou outras que se revelem necessárias ao reforço da proteção laboral dos cuidadores informais não principais, designadamente à adequação de normas já existentes relativas ao regime laboral que lhes é aplicável*]

²⁹ Artículo 13, apartado 1, de la Orden Ministerial núm. 2/2020.

de remunerações por equivalência à entrada de contribuições]»³⁰, no previendo nada sobre los riesgos profesionales o las incapacidades causadas durante la prestación de tales cuidados. Esta situación, considerando que el sistema portugués de protección de riesgos profesionales derivados de accidentes de trabajo no está integrado en el sistema público de seguridad social, tendrá que merecer una atención especial del legislador portugués, por lo menos hasta la transposición de la reciente Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 junio 2019, «relativa a la conciliación entre la vida profesional y la vida familiar de los progenitores y cuidadores», según la cual «a fin de incentivar a los trabajadores que son ... cuidadores para que permanezcan en activo, es importante que puedan adaptar los horarios de trabajo a sus necesidades y preferencias personales [*a fim de incentivar os trabalhadores que são ... cuidadores a permanecerem no ativo é importante que possam adaptar os horários de trabalho às suas necessidades e preferências pessoais]*», teniendo derecho a «solicitar regímenes de trabajo flexibles ..., especialmente, si es posible, mediante la utilización de regímenes de teletrabajo, horarios de trabajo flexibles o una reducción de las horas de trabajo para poder prestar cuidados [*solicitar regimes de trabalho flexíveis ..., nomeadamente, se possível, pela utilização de regimes de teletrabalho, horários de trabalho flexíveis ou uma redução das horas de trabalho para poderem prestar cuidados]*»³¹. Este régimen de horarios flexibles, de teletrabajo o de reducción de horas de trabajo representará una desprotección social evidente de estos prestadores frente a los riesgos profesionales, puesto que en ese período de prestación de cuidados no estarán incluidos en la protección privada de su empleador, concedida por la aseguradora, ni en cualquier otra protección frente a la reducción de la capacidad de trabajo derivada de la prestación de cuidados a los dependientes³².

3. LA PROTECCIÓN DE LOS CUIDADORES PROFESIONALES

Ante la ausencia o imposibilidad de los cuidadores familiares, la alternativa en la prestación de servicios a los dependientes tendrá que encontrarse en los cuidadores profesionales. En Portugal, la protección social, en la vertiente de servicios a los dependientes, se presta por el propio Estado a través de la denominada «Red Nacional de Cuidados Continuados Integrados», creada por el Decreto-Ley núm. 101/2006, de 6 junio, incluida en el Servicio Nacional de Salud y en el sistema de seguridad social, teniendo por objetivo general la prestación de cuidados continuados integrados a

³⁰ Cfr. artículo 7, apartado 6, del Estatuto del Cuidador Informal, según el cual «durante los períodos de trabajo a tiempo parcial del cuidador informal no principal tiene lugar el registro adicional de remuneraciones equivalente a la entrada de cotizaciones en cifra igual a la de las remuneraciones registradas a título de trabajo a tiempo parcial efectivamente prestado, con el límite de la cifra de remuneración media registrada a título de trabajo a tiempo completo [*durante os períodos de trabalho a tempo parcial do cuidador informal não principal há lugar a registo adicional de remunerações por equivalência à entrada de contribuições por valor igual ao das remunerações registadas a título de trabalho a tempo parcial efetivamente prestado, com o limite do valor da remuneração média registada a título de trabalho a tempo completo]*».

³¹ Considerando 34 de la Directiva. Véanse, además, artículos 9 y 11 de la propia Directiva.

³² Situación que contrasta, comparativamente, con otros ordenamientos jurídicos, como el alemán, en que se reconoce esa protección al trabajador que reduce el tiempo de trabajo y que cuida de personas dependientes, por lo menos, 10 horas semanales, como describe ARUFE VARELA, A., *El seguro social de dependencia en Alemania, Un comentario del Libro XI del Código alemán de Seguridad Social, con su traducción íntegra al español*, Atelier (Barcelona, 2019), p. 73.

personas que, cualquiera que sea su edad, se encuentren en situación de dependencia³³. La Red puede prestar diversos servicios a los dependientes, teniendo en cuenta que, excluidos los servicios de internamiento prestados por unidades hospitalarias o de salud, los servicios más relevantes a prestar a los dependientes en el domicilio, se prestarán por los «equipos de cuidados continuados integrados [*equipas de cuidados continuados integrados*]». Es éste un «equipo multidisciplinar bajo la responsabilidad de los cuidados de salud primarios y de las entidades de apoyo social para la prestación de servicios domiciliarios [*equipa multidisciplinar da responsabilidade dos cuidados de saúde primários e das entidades de apoio social para a prestação de serviços domiciliários*]»³⁴, que prestará, entre otros servicios, cuidados domiciliarios de enfermería y médicos, cuidados de fisioterapia, apoyo psicosocial y ocupacional, educación para la salud a los enfermos, familiares y cuidadores, apoyo en la satisfacción de las necesidades básicas y actividades de la vida diaria. No obstante, en los servicios prestados por la Red a los dependientes no se establece ninguna relación jurídica entre los prestadores de servicios y los dependientes o familiares de estos, pues este equipo presta servicios a través de los profesionales que integran los centros de salud y de los entes locales³⁵. A pesar de la creación de esta Red, la misma no constituye una alternativa efectiva en la prestación de servicios a los dependientes, pues la admisión de un dependiente en esta Red se decide de acuerdo con los recursos y las vacantes existentes en dicha Red. De esta forma, los dependientes o familiares de dependientes tendrán que recurrir siempre a la contratación de cuidadores profesionales que les presten servicios de asistencia, al amparo de trabajo subordinado, o como trabajadores independientes o autónomos.

La prestación de cuidados a dependientes, en la gran mayoría de casos, se realiza a través de trabajadores por cuenta ajena, contratados con contrato de trabajo, sin que exista una profesión individualizada denominada de prestadores de cuidados a dependientes. En verdad, con excepción de algunas profesiones certificadas, como es el caso de enfermeros o fisioterapeutas que pueden prestar servicios a mayores o dependientes, los servicios de asistencia y cuidados se prestan por los denominados «trabajadores de servicio doméstico [*trabalhadores de serviço doméstico*]», que como regla serán trabajadores no especializados, colocando a Portugal en lo que podemos calificar como la prehistoria de la protección social a la dependencia. En efecto, en la legislación laboral portuguesa comprobamos que este contrato de trabajo especial de servicio doméstico, previsto en una legislación de los años noventa del siglo pasado, señaladamente, en el Decreto-Ley núm. 235/92, de 24 octubre, es el «contrato por el cual una persona se obliga, mediante retribución, a prestar a otra, con carácter regular,

³³ Sobre la creación de la Red, objetivos y gestión de la misma, véanse artículos 1, 4, 5, apartado 1, y artículos 8 a 11 del Decreto-Ley núm. 101/2006. Analizando dicha Red, como forma de protección social a dependientes, en la vertiente de servicios, véase SILVEIRO DE BARROS, M., «La protección social por dependencia en Portugal. Un estudio de derecho comparado, comunitario europeo e internacional», cit., p. 213; y SILVEIRO DE BARROS, M., «La protección social de las personas dependientes en Portugal», cit., pp. 145-146.

³⁴ Sobre la caracterización del equipo de cuidados continuados integrados, véase artículo 27 del Decreto-Ley núm. 101/2006.

³⁵ Cfr. artículo 27, apartado 3, del Decreto-Ley núm. 101/2006, que establece que «el equipo de cuidados continuados integrados se apoya en los recursos locales disponibles, en el ámbito de cada centro de salud, conjugados con los servicios comunitarios, señaladamente los entes locales [*a equipa de cuidados continuados integrados apoia-se nos recursos locais disponíveis, no âmbito de cada centro de saúde, conjugados com os serviços comunitários, nomeadamente as autarquias locais*]». Sobre la lista de servicios, véase el artículo 28 del mismo Decreto-Ley.

bajo su dirección y autoridad, actividades destinadas a la satisfacción de las necesidades propias o específicas de un agregado familiar o equiparado, y de sus respectivos miembros [*contrato pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a outrem, com carácter regular, sob a sua direção e autoridade, atividades destinadas à satisfação das necessidades próprias ou específicas de um agregado familiar, ou equiparado, e dos respetivos membros*]», teniendo por objeto, entre otras actividades, la «vigilancia y asistencia a ... personas mayores y enfermas [*vigilância e assistência a ... pessoas idosas e doentes*]»³⁶. No obstante, cabe señalar que los tribunales superiores³⁷ no han tenido dificultad en reconocer, como trabajo subordinado, los servicios de cuidado de mayores prestados en la vivienda de éstos, con características de subordinación jurídica, a quien se ha reconocido legalmente la protección contra los riesgos de accidentes de trabajo. En efecto, tanto los trabajadores por cuenta ajena, como los trabajadores de servicio doméstico, tendrán, frente a los riesgos profesionales derivados de accidentes de trabajo, su protección asegurada por el empleador, de forma privada, a través de la transferencia de la responsabilidad de la entidad empleadora a una aseguradora privada. En verdad, la Ley núm. 98/2009, que regula el régimen de la reparación de accidentes de trabajo, a que antes hicimos referencia, define como beneficiarios de dicha protección frente a los riesgos profesionales «el trabajador por cuenta ajena de cualquier actividad, sea o no explotada con fines lucrativos [*o trabalhador por conta de outrem de qualquer atividade, seja ou não explorada com fins lucrativos*]»³⁸. De la misma forma, el régimen jurídico del contrato de servicio doméstico establece que la entidad empleadora «debe tomar las medidas necesarias para que los lugares de trabajo, los utensilios, los productos y los procesos de trabajo no representen riesgos para la seguridad y salud del trabajador [*deve tomar as medidas necessárias para que os locais de trabalho, os utensílios, os produtos e os processos de trabalho não apresentem riscos para a segurança e saúde do trabalhador*]», debiendo «transferir la responsabilidad por la reparación de los daños derivados de accidente de trabajo a entidades legalmente autorizadas para realizar este seguro [*transferir a responsabilidade pela reparação dos danos emergentes de acidente de trabalho para entidades legalmente autorizadas a fazer esse seguro*]»³⁹.

Los servicios de cuidado a dependientes también pueden ser prestados por trabajadores independientes, que se corresponden con los denominados en España trabajadores autónomos. También en esta alternativa de contratación es urgente una revisión del modelo de protección de la dependencia y de la protección social de los riesgos profesionales de dichos trabajadores autónomos. En primer lugar, es importante tener en cuenta que, en Portugal, el régimen de protección de los riesgos profesionales de accidentes de trabajo de los trabajadores autónomos es dualista. Por un lado, a los prestadores autónomos económicamente dependientes, que son aquéllos que prestan su actividad sin subordinación jurídica, aunque el trabajador se encuentre económicamente

³⁶ Artículo 2, apartado 1, letra d), del Decreto-Ley núm. 235/92. Sobre el régimen de protección social del trabajador de servicio doméstico, véase LOUREIRO, J.C., «Servindo a vários(as) senhores(as): Domus, exclusão e discriminação - nótula sobre a segurança social dos trabalhadores do serviço doméstico», *Estudos em homenagem ao Prof. Sérvulo Correia*, vol. 4, Coimbra Editora (Coimbra, 2010), pp. 229-252.

³⁷ Destacando la Sentencia del Tribunal de la Relación de Lisboa de 7 noviembre 2018 (Ponente José Eduardo Sapateiro), en el proceso núm. 388/18.7T8PDL.L1-4, sobre una prestadora de cuidados domiciliarios a mayores.

³⁸ Cfr. artículos 2 y 3 de la Ley núm. 98/2009.

³⁹ Artículo 26, apartados 1 y 3, del Decreto-Ley núm. 235/92.

dependiente de aquél que recibe el producto de su actividad, se les extiende la aplicación del régimen laboral de la reparación de accidentes de trabajo previsto en la Ley núm. 98/2009, que tiene como beneficiarios a los trabajadores por cuenta ajena⁴⁰. La posición del Supremo Tribunal de Justicia sobre la extensión o equiparación del régimen laboral de protección de accidentes de trabajo a estos trabajadores sin subordinación jurídica, pero económicamente dependientes, es la de exigir que dicho prestador esté inserto en una estructura u organización del beneficiario de la actividad, y una prestación exclusiva de la misma a dicho beneficiario⁴¹. De esta forma, un trabajador autónomo, económicamente dependiente por prestar servicios a personas singulares y no estar integrado en una estructura empresarial, o por prestar servicios de corta duración, difícilmente podrá beneficiarse de la referida extensión del régimen de protección social previsto para los trabajadores por cuenta ajena. Por contraste, a los trabajadores autónomos no económicamente dependientes, la protección social contra los riesgos derivados de accidentes de trabajo tiene que asegurarla el propio trabajador o prestador autónomo, que deberá obligatoriamente contratar un seguro de accidentes de trabajo, como el impuesto por el Decreto-Ley núm. 159/99, de 11 mayo, que «regula el seguro de accidentes de trabajo para los trabajadores independientes [*regulamenta o seguro de acidentes de trabalho para os trabalhadores independentes*]», y que establece la obligatoriedad de que dichos trabajadores independientes o autónomos contraten un seguro de accidentes de trabajo que garantice las prestaciones previstas en el régimen de protección otorgado a los trabajadores por cuenta ajena⁴².

⁴⁰ Cfr. artículo 4, apartado 1, letra c), de la Ley núm. 7/2009, de 12 febrero, que aprobó el Código del Trabajo, según el cual «el régimen relativo a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, previsto en los artículos 283 y 284 del Código del Trabajo, con las adaptaciones necesarias, se aplica igualmente ... al prestador de trabajo, sin subordinación jurídica, que desarrolla su actividad con dependencia económica [*o regime relativo a acidentes de Trabalho e doenças profissionais, previsto nos artigos 283.º e 284.º do Código do Trabalho, com as necessárias adaptações, aplica-se igualmente ... a prestador de trabalho, sem subordinação jurídica, que desenvolve a sua atividade na dependência económica*]» del beneficiario de la actividad.

⁴¹ Cfr. Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 22 enero 2015 (Ponente António Leones Dantas), proceso núm. 481/11.7TTGMR.P1.S1, apoyándose en jurisprudencia y doctrina, y en la norma contenida en el artículo 16 de la Ley núm. 98/2009, que excluye la obligación de reparación del accidente de trabajo «ocurrido en la prestación de servicios eventuales u ocasionales, de corta duración, a personas singulares en actividad que no tenga por objeto explotación lucrativa [*ocorrido na prestação de serviços eventuais ou ocasionais, de curta duração, a pessoas singulares em atividade que não tenham por objeto exploração lucrativa*]».

⁴² Cfr. artículo 1, apartado 1, del Decreto-Ley 159/99.