

LA (DES)PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES NO PROFESIONALES

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 4/12/2018

Fecha de aceptación: 28/12/2018

SUMARIO: I. EL PROBLEMA SOCIAL DE LOS CUIDADOS NO RETRIBUIDOS. II. CONCEPTO Y TIPOS DE CUIDADOS NO PROFESIONALES. III. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES. 3.1. La causa cambiaria o altruista como elemento identificador esencial. 3.2. La simulación parcial o absoluta y los problemas prácticos que esta conlleva. 3.3. Los trabajos colaborativos: un nuevo reto en el proceso de delimitación de fronteras de la relación laboral no declarada. IV. LA (INCOMPLETA) SOLUCIÓN LEGAL ACTUAL. V. PROPUESTAS DE REGULACIÓN. VENTAJAS E INCONVENIENTES. VI. CONSIDERACIONES FINALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Las estadísticas se ocupan cada año de confirmar que el cuidado de personas que no pueden valerse por sí mismas es una tarea realizada principalmente por mujeres, tanto si se trata de trabajos realizados de forma profesional como no profesional por parientes y allegados. En el presente trabajo se analizan las diferentes formas de desprotección social que, todavía en el siglo XXI, sufren los cuidadores de personas dependientes. Y es que a pesar de que esta resulta una tarea esencial para la consecución del Estado de bienestar, muchas veces, y por distintos motivos, las personas que lo realizan quedan alejadas del sistema de protección que actualmente dispensa nuestro sistema de Seguridad Social.

ABSTRACT: The statistics confirm that the care of people who can't fend for themselves is a task performed mainly by women, whether it is work done professionally or not by relatives or neighbors. In the present paper, the different forms of social deprivation that, even in the XXI century, suffer the caregivers of dependent people are analyzed. And is that although this is an essential task for the achievement of the welfare state, many times, and for different reasons, the people who do it are far from the protection system currently dispensed by our Social Security system.

PALABRAS CLAVE: Cuidado no profesional, servicio doméstico, cobertura de la Seguridad Social, fraude, simulación, desprotección.

KEYWORDS: Non-professional care, domestic service, Social Security coverage, fraud, simulation, lack of protection.

I. EL PROBLEMA SOCIAL DE LOS CUIDADOS NO RETRIBUIDOS

Nadie discute que ancianos, niños y personas con discapacidad necesitan una atención especial. Tampoco resulta un hecho controvertido el que el internamiento del sujeto no siempre es una opción viable. Lo que sí en cambio suscita serias controversias es el tipo de protección jurídica que se ha de ofrecer al sujeto que se encarga de realizar estas tareas de cuidado.

La escasa visibilidad y cobertura social que nuestro ordenamiento jurídico venía ofreciendo a los empleados de hogar se intentó corregir modificando tanto el elenco de derechos incluidos en la relación laboral especial que este colectivo mantiene con el cabeza de familia, como sustituyendo el tradicional régimen especial por el sistema especial de Seguridad Social con el fin de equiparar la protección que reciben este tipo de empleados al resto de trabajadores por cuenta ajena cuando atraviesan una situación de necesidad.

Ahora bien, no se puede olvidar que esta no es la única forma en la que se pueden realizar las labores de atención y cuidado de las familias. De hecho, gran parte de los problemas prácticos relacionados con las tareas de cuidado provienen del cuidado no profesional. Son muchos los motivos que pueden llegar a obligar a uno de los miembros de la familia a sacrificar sus oportunidades profesionales con el fin de hacerse cargo de personas dependientes que se encuentren a su cargo. Precisamente es esta forma de trabajo humano no retribuido la que, en la práctica, alcanza las cotas más altas de desprotección social. Y es que no solo implica renunciar a realizar una actividad retribuida fuera del hogar familiar, sino que también, muchas veces, como consecuencia directa de ello, se pierde toda expectativa de acceder a cualquiera de las prestaciones que nuestro ordenamiento jurídico confiere a sus afiliados.

Aunque en abstracto, el deber de atención y cuidado de las cargas familiares recaen por igual sobre hombres y mujeres, en la práctica, y pese a los nuevos movimientos sociales en favor de la corresponsabilidad en la atención de hijos y familiares, es un hecho notorio que todavía sigue recayendo principalmente sobre personas de sexo femenino. De esta manera, lo que podría ser un problema general, se convierte, de hecho, en un problema femenino. Como los datos estadísticos permiten comprobar, son las mujeres quienes, unas veces por motivos biológicos y otras por condicionamientos sociales, se ocupan de forma principal de las labores de atención y cuidado de la familia. Así pues, la prevalencia abru-

madora del sexo femenino se registra tanto en lo que respecta al cuidado que se realiza de forma profesional como el que se presta de forma informal en el entorno familiar¹. Precisamente por lo que respecta a los cuidados no profesionales, son estos condicionamientos sociales los que, a su vez, explican que sean las mujeres las que disfruten, con mayor frecuencia que los hombres, de las distintas medidas de suspensión y flexibilización de jornada previstas en nuestro ordenamiento jurídico para salvaguardar la conciliación de la vida laboral y familiar².

A pesar de que, en los últimos años se han ido poniendo en práctica cierto tipo de iniciativas destinadas a compensar la brecha de género que, en estas situaciones, provocaban en las pensiones de jubilación e Incapacidad Permanente, se ha de advertir que las medidas hasta ahora vigentes, están ideadas para ofrecer soluciones puntuales ante situaciones de abandono meramente ocasional o circunstancial del puesto de trabajo por razones familiares (sea este por cuenta ajena o por cuenta propia³), pero en cambio, las vías que existen para garantizar protección social a una persona que se ha visto obligada a renunciar o a abandonar su una vida profesional para hacer frente a la atención de sus cargas familiares, son todavía insuficientes⁴.

Así, quien no haya realizado un trabajo retribuido o no alcance el periodo mínimo de cotización exigido para tener derecho a pensión de jubilación, deberá conformarse con la

1 MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, *Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 297, 2007, págs. 33-78. También destaca la importante presencia femenina en el sector de los cuidados domiciliarios, tanto familiares como profesionales, RAMÍREZ GARCÍA, J.M., “El cuidado de personas dependientes: perfil y costes personales”, *TS nova: trabajo social y servicios sociales*, nº. 14, 2017, pág. 9.

2 De forma rotunda, la SAN (Sala de lo Social) de 13 de noviembre de 2013 (AS/2013/3023), reconoce expresamente que se parte “de una premisa que no está cuestionada por constituir un hecho notorio. Se trata de la afirmación relativa a que los derechos de conciliación de la vida familiar y la protección de la maternidad y el derecho de lactancia están mayoritariamente ejercitados por mujeres”. Aunque los hechos notorios no necesitan ser probados, existen hoy en día múltiples datos estadísticos que permitirían confirmar dicha circunstancia. Así, al respecto, véase MEIL LANDWERLIN, G., “El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa”, *Revista latina de sociología*, nº. 1, 2011, pág. 8 del soporte informático.

3 Aunque tradicionalmente las medidas legales previstas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral por motivos familiares estaban ideadas únicamente para trabajadores por cuenta ajena, en los últimos años, se empiezan a poner en práctica iniciativas destinadas a facilitar la atención de las cargas familiares en el trabajo autónomo. En concreto, se trata de iniciativas destinadas, de forma prioritaria a evitar que la necesidad de prestar laborales de atención y cuidado a familiares que, por distintos motivos, no puedan valerse por sí mismo, provoque el abandono, temporal o permanente, de la actividad profesional que se venía realizando. A estos efectos, véase el Capítulo IX, dedicado a analizar los “Incentivos al inicio y a la conservación del trabajo autónomo desde la perspectiva de la Seguridad Social. Especial referencia a los supuestos de conciliación de la vida familiar y laboral, págs. 279-302 en AAVV, *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades* (coord. Luján Alcaraz y Ferrando García), Bomarzo, Albacete, 2016.

4 Así, por ejemplo, la prestación familiar contributiva de naturaleza no económica ideada para compensar la cotización que el sujeto deja de ingresar durante los periodos de excedencia por cuidado de hijos o familiares y durante el tiempo no trabajado en los casos de acceder a una reducción de jornada por causas familiares, implica, por propia esencia, que el beneficiario se reincorpore al trabajo y que, en virtud de la carrera de cotización que acredite, acceda a una pensión de jubilación o de IP. También, en el reciente complemento a las pensiones de jubilación, en el que, para que este pueda entrar en juego, se requiere, que el beneficiario, atendiendo a su propia carrera profesional, tenga derecho a acceder a esta prestación, presupuesto sin el cual este complemento económico no podrá aplicarse.

protección no contributiva prevista por el sistema para hacer frente a las situaciones de necesidad (por esencia, ligada a los ingresos del hogar familiar), o bien, hacer frente a las obligaciones económicas mensuales que implica la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, generando así una obligación económica a largo plazo, insostenible para muchos cuidadores.

II. CONCEPTO Y TIPOS DE CUIDADOS NO PROFESIONALES

En la práctica, el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas puede realizarse bien de forma profesional, por personas o instituciones, bien de forma no profesional por allegados al sujeto necesitado de cuidados. Unas y otras formas de prestación del servicio poseen diferente naturaleza jurídica, quedan regulados por normas distintas, poseen su propio régimen de derechos y obligaciones, generan distinto nivel de cobertura social, y por supuesto, quedan afectados por problemas y necesidades de variada índole y tipología. Así, si la economía sumergida, la falsa temporalidad, la inmigración irregular y el incumplimiento del SMI resultan los problemas más habituales en el ámbito de las relaciones profesionales de cuidado, la falta de visibilidad social y económica de este tipo de actividades y su consiguiente desprotección social, constituyen los principales obstáculos a los que, todavía en el siglo XXI, se han de enfrentar los cuidadores no profesionales.

Aunque socialmente se asocia el cuidado no profesional de las personas dependientes con vínculos de familiaridad, resulta imprescindible advertir que también pueden presentarse otras formas de colaboración social, también altruistas y desinteresadas. En este último caso, se habrá dado lugar a un supuesto excluido del ámbito laboral: bien por tratarse de un cuidado familiar (art. 1.3.e ET), bien por constituir una colaboración amistosa, benévola o de buena vecindad (art. 1.3.d ET). Pese a todo, no se puede negar que la diferencia entre cuidado profesional y cuidado no profesional en ocasiones resulta difícil de apreciar, presentándose multitud de situaciones fronterizas, en las que la delimitación de la verdadera naturaleza del vínculo jurídico que une a las partes resulta particularmente compleja.

En cualquier caso, debe advertirse que el concepto de cuidado no profesional radica en la causa altruista que inspira la actuación del cuidador, no pudiéndose en modo alguno vincular la profesionalidad o no profesionalidad del servicio prestado al coste económico que estas labores representan para la persona dependiente o los familiares. Piénsese por

ejemplo en los servicios de asistencia social que pudiera llevar a cabo el personal laboral contratado por una entidad local, una ONG, una asociación de familiares, etc. con el fin de hacer frente, como si de un nuevo servicio social se tratara, de las necesidades que experimentan sus ciudadanos, vecinos, afiliados o asociados. Y es que, en este tipo de casos, los sujetos que realicen las tareas de cuidado sin duda perciben una retribución por las labores realizadas (y las llevarán a cabo por haber suscrito un contrato de trabajo, o incluso un contrato de arrendamiento civil de servicios con la entidad o institución que se ha comprometido a prestar el servicio), aunque no sean las familias afectadas las que se tengan que hacer cargo de dicho importe.

Resulta muy importante diferenciar la noción coloquial y la noción jurídica de la figura del “cuidador no profesional”. Y es que mientras nadie discute el carácter no profesional de aquella persona que, de forma altruista, se ocupe de la atención y cuidado de un miembro de su entorno que no pueda valerse por sí mismo completamente, el concepto legal es mucho más restringido.

La única norma que hoy en día define el concepto de “*cuidado no profesional*” es la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Familiar de las Personas Dependientes (en adelante Ley 39/2006), que en su art. 2.5 los define como “*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 profesionalizado*”. Como se puede apreciar, se trata de una previsión que, aunque en principio solo estría haciendo referencia a las personas reconocidas administrativamente como dependientes, realmente resume muy bien el concepto social del “cuidado no profesional” que desempeñará toda aquella persona que se ocupe de la atención, compañía y cuidado de otro que, por razón de edad, enfermedad o discapacidad, no tenga autonomía plena. Ahora bien, aunque cualquier tipo de cuidado familiar puede implicar las mismas dificultades de acceso al mercado de trabajo o de conservación del empleo, resulta fundamental destacar que solo los cuidadores no profesionales de personas declaradas en situación de dependencia (en cualquiera de los grados previstos en el art. 26 Ley 39/2006) podrán acceder a los derechos y prestaciones reconocidos en el texto de la citada ley (cfr. art. 18 Ley 39/2006)⁵. Adviértase que, entre otros factores, para poder considerar a una persona dependiente resulta preciso que la merma en las facultades psíquicas, físicas o sensoriales que experimente sea previsiblemente definitiva, lo que excluye muchas situaciones en la que, en la práctica, también se necesita un apoyo familiar, difícilmente compatible con la actividad profesional durante el periodo de tiempo en el que se presenta, con clara repercusión sobre la carrera de cotización del cuidador.

.....

5 Adviértase además que, a efectos de acceder al elenco de derechos previstos en la Ley 39/2006, para poder calificar a una persona como “cuidador no profesional” a efectos jurídicos, es preciso que exista una declaración administrativa que, a raíz de una solicitud previa de las personas interesadas, así lo constate.

El “cuidado no profesional” se conceptúa entonces como el antónimo a los “cuidados profesionales”, definidos como “los prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro” (2.6 Ley 39/2006). Pese a la ambigüedad de la definición legal, y aunque no se trate de un servicio especializado, también deberá considerarse como un “cuidado profesional” el realizado en virtud de una relación laboral que, en ocasiones, podrá revestir la forma de relación laboral especial de empleados de hogar. Y es que, a diferencia del cuidador no profesional, la atención profesional implica que el sujeto que la realiza, vive de su trabajo, obteniendo una retribución por realizar las citadas labores de cuidado.

A su vez, a efectos de la atención de personas dependientes, la Ley 39/2006, dentro del concepto genérico de cuidado no profesional (esto es, altruista y desinteresado), distingue dos tipos: el cuidado prestado por familiares y el que realizan personas del entorno del dependiente (art. 2.5 Ley 39/2006). Esto es: el cuidado no profesional prestado por personas vinculadas al dependiente por lazos de *parentesco* (afinidad o consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive)⁶; y el cuidado no profesional que llevan a cabo de forma altruista personas *del entorno* del dependiente.

Adviértase que el cuidado no profesional prestado por personas del entorno del dependiente con las que no mantiene un vínculo familiar (posiblemente por las serias dificultades que en la práctica plantea diferenciarlo de una relación laboral encubierta y el alto riesgo de fraude que implica), se configura en la propia norma como excepcional y residual⁷. Tanto es así que, en la práctica, vienen siendo escasísimas –aunque no imposi-

6 Así, el art. 1.1 del citado RD 615/2007 precisa que “a los efectos de lo previsto en los artículos 2.5, 14.4 y 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, 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 parentesco”. Esta enumeración de situaciones familiares, se completa por el Real Decreto 1051/2013 incluyendo expresamente las situaciones asimiladas a la relación familiar (parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento), por el que se regulan las prestaciones del Servicio de Atención y Ayuda Domiciliaria establecidas en la Ley de Dependencia.

7 Tal y como contempla el art. 1.2 RD 615/2007, hay que tener en cuenta que “cuando la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, la administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el apartado anterior, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año”. Se entiende que, para que entre en juego esta excepción, no tienen que existir parientes, o los que existan, no estén dispuestos a hacerse cargo de la atención de la persona dependiente. Como pone de manifiesto FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B., esta figura, “queda pendiente de una mayor concreción jurídica, al estar delimitada a través de conceptos muy indeterminados: «insuficiencia de recursos»; «despoblación»; «circunstancias geográficas»; «circunstancias de otra naturaleza»; «municipio vecino»; o el propio significado del concepto «entorno rural». Lo que sin lugar a dudas contribuye a la tantas veces criticada desigualdad territorial en la aplicación de la Ley de Dependencia, dado que cada Comunidad Autónoma puede definir dichos términos” en “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después. Los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, n.º 210, 2018, pág. 8 del soporte informático.

bles- las situaciones en las que sean otros allegados, con los que no se mantiene vínculo familiar alguno, los que realicen este tipo de tareas (como podrían ser, por ejemplo, ahijados, vecinos o amigos⁸).

III. DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

Como es sabido, existen determinadas colaboraciones productivas, unas con causa altruista y otras con causa cambiaria, que pueden presentar una apariencia muy similar al contrato de trabajo. Tal y como la práctica viene demostrando, la diferenciación de figuras afines constituye una controversia con la que constantemente deberá enfrentarse el intérprete a la hora de aplicar el Derecho del Trabajo. Son muy diversos los ejemplos de relaciones jurídicas civiles, mercantiles e incluso administrativas en las que los derechos y obligaciones a los que respectivamente se han obligado las partes implicadas son muy similares a los que integran el contenido de una relación laboral: así, esto es lo que ocurre por ejemplo, con el arrendamiento civil de obras o servicios, con las colaboraciones de becarios, con el voluntariado social en el seno de entidades altruistas o con el margen de dependencia inherente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Ahora bien, por mucho que la jurisprudencia progresivamente vaya respondiendo a las demandas sociales de clarificación de situaciones confusas, y haya sentado, a golpe de sentencia los criterios determinantes de la calificación de vínculos controvertidos, la constante evolución de las formas humanas de colaboración productiva provoca que constantemente se sigan planteando nuevos problemas de delimitación de fronteras. Y es que existen múltiples situaciones en las que se realizan prestaciones de servicios de forma personal y en interés de otro sujeto, aunque no todas ellas puedan encuadrarse en el concepto de relación laboral que perfila el art. 1.1 ET. Como es obvio, no son las situaciones enumeradas las únicas figuras que pueden inducir a confusión a la hora de delimitar las fronteras del contrato de trabajo. Sin duda, la Ley 39/2006, al aprobar por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una Ley de dependencia, introdujo también en nuestro ordenamiento jurídico una figura nueva: la del “cuidador no profesional” del dependiente que, bajo determinados presupuestos va a presentar un perfil extremadamente parecido con el trabajador dependiente y por cuenta ajena.

.....

8 Salvo que estos, en defecto de parientes dispuestos a hacerse cargo de la atención de una persona dependiente, puedan considerarse, además, personas del entorno geográfico del dependiente en los términos exigidos por el art. 1.2 RD 615/2007, anteriormente citado.

Nadie discute que, para poder apreciar la existencia de un vínculo laboral primero se deberá constar la existencia de un vínculo cambiario⁹, en virtud del cual se pretenda intercambia una actividad productiva por su equivalente económico. Por tanto, el objeto de esta relación sinalagmática, será dual, y estará compuesto tanto por la prestación de servicios como por la retribución del trabajo prestado. A su vez, para poder calificar como “laboral” la actividad productiva que constituye el objeto del contrato, esta debe realizarse respetando de forma simultánea cinco características: voluntaria, personal, retribuida, dependiente y por cuenta ajena (art. 1.1 ET). Tales presupuestos se erigen en elementos constitutivos de la relación laboral, y actúan como rasgos diferenciadores que permiten distinguir el contrato de trabajo de otras colaboraciones productivas con las que la relación laboral puede presentar, al menos en apariencia, ciertos puntos de identidad.

3.1. La causa cambiaria o altruista como elemento identificador esencial

Ahora bien, a pesar de que la doctrina constantemente se ha ocupado de precisar el verdadero alcance y significado de cada uno de estos cinco presupuestos de laboralidad, y de que en el último siglo han recaído infinidad de sentencias a través de las cuales el juzgador se ocupa de ofrecer una respuesta clara a situaciones controvertidas, todavía, la práctica cotidiana sigue presentando problemas de difícil solución. Y es que progresivamente surgen nuevas formas de colaboración humana o atípicas prestaciones de servicios sobre los que no será del todo útil recurrir a criterios identificativos anteriores, recaídos a la hora de analizar supuestos muy diferentes al que en ese momento se ha de calificar.

En concreto, esto es lo que ocurre a la hora de interpretar el verdadero alcance del art. 1.3.d) ET, que proclama expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la legislación laboral “las prestaciones realizadas a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”. Se trata de un precepto, con finalidad meramente ejemplificativa, que tiene como principal objetivo facilitar la labor del intérprete reiterando la exclusión del ámbito laboral de aquellas relaciones en las que falta uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo enumerados en el art. 1.1 ET: y es que, como es obvio, al faltar la causa retributiva en este tipo de colaboraciones altruistas, no podrá estar presente la nota de la “retribución” que identifica a los contratos cambiarios en general, y al contrato de trabajo en particular. Ahora bien, por clara y lógica que parezca dicha exclusión, y por mucho que doctrina y jurisprudencia a lo largo de los años se hayan ocupado de concretar su alcance, progresi-

.....

9 O, al menos, potencialmente cambiario, dado que el deber de retribuir no siempre coincide con el efectivo abono de la retribución debida. Sobre este tema, véase SELMA PENALVA, A., “*Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

vamente la sociedad ofrece nuevas modalidades de colaboraciones desinteresadas, y con ellas, nuevos problemas de delimitación de los contornos de la laboralidad.

Poco a poco se va demostrando que son muchas más las aplicaciones prácticas de la exclusión de laboralidad que contempla el citado art. 1.3.d) ET de las que en un principio podría parecer. Y es que no solo quedarían encuadradas en su tenor literal aquellas colaboraciones altruistas esporádicas, sino también otro tipo de actividades de interés social realizadas de forma organizada y continuada. Así, quedarían comprendidas en esta exclusión no solo las funciones que determinados sujetos realizan en favor del partido político o del sindicato en el que se encuentran afiliados, la colaboración de uno de los miembros de una pareja sentimental (sin vínculo conyugal) en el negocio que regenta el otro, las actividades de los voluntarios en el seno de ONGS, y también, como es obvio, respecto al tema que nos ocupa, la atención no profesional que pueda recibir en su domicilio una persona que no puede valerse por sí misma por personas de su entorno social, vecinal o sentimental con los que no se mantienen vínculos familiares.

3.2. La simulación parcial o absoluta y los problemas prácticos que esta conlleva

No se puede negar que las controversias suscitadas en torno al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo muchas veces se plantean cuando se ha hecho uso de un falso *nomen iuris*. En definitiva, unas veces por la intención de los contratantes (o al menos de uno de ellos) de hacer pasar desapercibida la relación laboral encubriéndola bajo una apariencia jurídica que no le corresponde, y otras por desconocimiento de los perfiles concretos que identifican nuevas figuras, se puede estar excluyendo injustificadamente la aplicación del Derecho del Trabajo. Así, el intérprete deberá enfrentarse constantemente al problema de delimitación de fronteras de figuras afines, hasta tal punto, que esta labor de identificación de la verdadera naturaleza de la relación jurídica se convierte en un presupuesto previo y esencial para garantizar la correcta aplicación del Derecho del Trabajo. Así pues, es precisamente el cuidado no profesional realizado por personas del entorno del dependiente con las que no mantiene un vínculo familiar, el que, en la práctica, va a suscitar problemas más serios de identificación, pues el cuidado no profesional realizado por personas que, sin ser familiares, se encuentran en “el entorno” del dependiente se va a materializar en la práctica de una forma extremadamente parecida al desarrollo de una prestación laboral de servicios, aunque lo haga realmente en virtud de un vínculo jurídico (de amistad, benevolencia o buena vecindad) que no comparte en ese caso ni el objeto ni la causa que identifican al contrato de trabajo. En concreto, las tareas de un cuidador no profesional, en muchos aspectos, pueden resultar muy cercanas a las que realiza un empleado de hogar.

Aunque aparentemente resulta sencillo diferenciar en abstracto, apoyándose la definición legal, el cuidado de las personas dependientes que se realiza de forma no profesional de una actividad que verdaderamente encaja en el perfil de una prestación laboral, en la práctica, el proceso de delimitación de fronteras es mucho más difícil de lo que en principio parece. Para diferenciar las relaciones jurídico laborales de cualquier otro tipo de colaboración social (ya sea familiar, de amistad, benevolencia o de buena vecindad) en virtud de la que se preste atención a una persona que no puede valerse por sí misma, será necesario recurrir al criterio de la *retributividad* de los servicios prestados, pues es precisamente a esta característica a la que debe reconducirse, al menos en lo que al problema de delimitación de fronteras se refiere, la noción de “profesionalidad” que utiliza el legislador. Y es que, si el sujeto que lo lleva a cabo no obtiene de él fuente de ingresos de ningún tipo, tal actividad no podrá constituir el *medio de vida* del que debería depender en realidad su *profesionalidad*.

Así, será determinante que el sujeto que lleva a cabo de labor de atención y cuidado de un dependiente obtenga ingresos por esa colaboración social o, por el contrario, únicamente actúe impelido por una motivación altruista y desinteresada, sin intención de obtener por ello contraprestación económica alguna. En definitiva, será el *modus vivendi* del cuidador el punto de referencia del que se debe partir a la hora de proceder a la delimitación de fronteras. Y es que es obvio que una actuación altruista no podrá constituir nunca la actividad productiva y retribuida que constituye el objeto de una relación laboral.

Ahora bien, los fenómenos de fraude y simulación sin duda, complican el proceso de identificación pues ¿qué ocurre cuando se sospecha que media una contraprestación económica no declarada? ¿Y si se abona una compensación económica pero muy inferior a lo que debería ser un salario normal de mercado en atención a las horas de trabajo? ¿Y si el cuidador se conforma con una prestación económica materializada de forma prácticamente exclusiva en forma de salario en especie? Todavía puede resultar más complejo, si cabe, abordar los problemas prácticos que, precisamente en este ámbito material, en los últimos años están suscitando los denominados trabajos colaborativos.

3.3. Los trabajos colaborativos: un nuevo reto en el proceso de delimitación de fronteras de la relación laboral no declarada

A raíz de la crisis económica que ha sufrido España han surgido nuevas formas de colaboración social destinadas a satisfacer intereses recíprocos que, pese a poder incluirse dentro del grupo de los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad y, por tanto, quedar excluidas del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, en ciertos casos, pueden pre-

sentar una apariencia muy similar a lo que podría ser una relación laboral encubierta¹⁰. El concepto tradicional de trabajo colaborativo define a esta figura como una forma particular de *producción entre pares*¹¹. Ahora bien, gracias a la facilidad de las comunicaciones interpersonales que permiten los avances informáticos, con el paso de los años, este concepto empieza a sobrepasar el ámbito meramente vecinal y agrícola en el que inicialmente se gestó¹², para extenderse a sectores muy variados de la sociedad, llegando incluso, en los casos más extremos, a manifestarse bajo la forma de *colaboración de masas*¹³. Y es que a través de trabajos colaborativos se pueden llegar a satisfacer numerosas necesidades sociales, sin coste o a un coste muy reducido. Aunque los trasportes compartidos son los trabajos colaborativos que tienen mayor aceptación social¹⁴, existen múltiples actividades que se pueden prestar a través de estas formas de actividad: lavado de ropa, cuidado de niños y ancianos, cocina casera, atención del hogar, paseos de perro, montaje de muebles, o en definitiva, cualquier tipo de actividad que pudiera considerarse incluida en lo que se viene denominado “bancos de tiempo”¹⁵.

.....

10 Estas y otras cuestiones, se analizan, *in extenso*, en SELMA PENALVA, A., “La amistad en un contexto virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Información laboral*, nº.2, 2018, págs. 17-39.

11 Por el momento, ninguna norma jurídica utiliza el término “trabajo colaborativo”, Por ese motivo, para poder concretar su verdadera naturaleza, se hace necesario recurrir a consideraciones sociológicas. El término fue acuñado por Yochai Benkler, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Está basado en los principios filosóficos del bien común y del altruismo y en unos cuantos principios operativos, con enfoque por resultados, que guían al proyecto, y que comparten quienes toman parte en él, generalmente voluntarios. https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo_colaborativo.

12 Yochai Benkler describe al trabajo colaborativo como *el sistema de producción, distribución y consumo de bienes de información que se caracteriza por acciones individuales descentralizadas, ejecutadas a través de medios ampliamente distribuidos y ajenos al mercado y a sus estrategias*.

La base del trabajo colaborativo es la de compartir el conocimiento a través de Internet. Es un trabajo masivo, en el sentido de los medios de comunicación de masas, como la prensa, la radio y la televisión, que son vistos simultáneamente por muchas personas ubicadas en distintos lados y sin contacto entre sí, pero unidos por ese medio de comunicación.

13 Modalidad de prestación de servicio que se lleva a cabo gracias a la existencia de un sistema socio-técnico que permite a miles de personas cooperar eficazmente para crear un resultado que es de todos, que no reconoce a un autor exclusivo y que puede usarse, independientemente de que se haya o no colaborado en su creación, https://es.wikipedia.org/wiki/Trabajo_colaborativo. Una modalidad de esta forma de colaboración de masas podría ser el «crowdfunding», en la que los particulares no realizan un trabajo concreto sino una aportación económica que contribuirá a financiar un objetivo común. Sobre este tema DE LA VEGA GARCÍA, F., “La gestión de pagos en el «crowdfunding»”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 37, 2018, págs. 255-276.

14 GONZÁLEZ ORDEN, D., VALLEJO ANDRADA, A., SARASOLA, J.L., “Nuevos movimientos sociales: el transporte: El caso Bla-BlaCar y Uber”, *IJERI: International journal of Educational Research and Innovation*, nº. 3, 2015, págs. 143-155; VELASCO SAN PEDRO, L.A., “El consumo colaborativo en el transporte de personas”, *Diario La Ley*, nº 8601, 2015.

15 A través de los “bancos de tiempo” se intenta obtener un intercambio recíproco de servicios entre dos o más sujetos o, en el caso de que no exista un servicio intercambiable, a cambio de una compensación económica por las molestias generadas (cuyo importe, por su propia naturaleza) ha de ser muy inferior al precio de mercado. Al respecto, se ha afirmado que los bancos de tiempo, correctamente utilizados, constituyen una herramienta muy útil para ayudar a alcanzar la igualdad entre hombres y mujeres, facilitando la conciliación de la vida laboral y familiar. En este sentido, sobre los bancos de tiempo se ha dicho (https://es.wikipedia.org/wiki/Banco_de_tiempo) que se intercambian servicios por favores o favores por favores, dando lugar a una especie de mercado alternativo, muchas veces potenciado por las tecnologías de la información. Su finalidad es mejorar el bienestar social y localidad de vida sin consumir recursos económicos (ni públicos ni privados). Sobre este tema, véase LEGARRETA IZA, M., “Cuidados y sostenibilidad de la vida: una reflexión a partir de las políticas del tiempo”, *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, nº. 1, 2014, págs. 1 y ss. del soporte informático.

En concreto, pueden suscitar serios problemas de interpretación algunos trabajos colaborativos que se materializan en forma de intercambio de diferentes servicios entre particulares (cando lugar a una moderna forma de trueque) sin que formalmente ninguno de ellos presente (al menos a efectos de la concreta prestación realizada) la condición ni de empresario ni de trabajador, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Precisamente en torno al intercambio de diversas prestaciones de hacer entre particulares, como se acaba de mencionar, conviene recordar que con ocasión de la crisis económica han proliferado ciertas formas de acción ciudadana, inspiradas por el ahorro y facilitadas por las redes sociales, en virtud de las cuales, los particulares evitan contratar la prestación de cierto tipo de servicios, recurriendo a una suerte de intercambio de servicios personales, la mayor parte de ellos relativos al ámbito estrictamente doméstico. En este sentido, las necesidades de los núcleos familiares pueden ser muy diferentes y la capacidad imaginativa prácticamente infinita (planchar a cambio de pasear al perro, hacer la compra por recoger a los niños del colegio, alojamiento a cambio de compañía, etc.). En este tipo de ocasiones, aunque se hayan puesto en contacto a través de internet, son los particulares los que suscriben el acuerdo entre sí, sin que a estos efectos exista empresa intermediadora alguna que se ocupe de gestionar la oferta y demanda de servicios a cambio de comisión.

Basta una primera aproximación a cualquier portal digital de anuncios para comprobar que se trata este de un tipo de acuerdo de ayuda recíproca que ha proliferado con sorprendente rapidez en épocas de desempleo y cuya naturaleza jurídica no siempre encaja con facilidad en ninguna de las categorías contractuales típicas. En muchas de las situaciones expuestas, habida cuenta de la naturaleza de las prestaciones intercambiables, se podrá apreciar con facilidad que no se está ante un contrato de trabajo encubierto pues no concurren todas las notas que han de identificar este tipo de relación jurídica (art. 1.1 ET), aunque esto no siempre es así.

Por lo que respecta a la constatación de una relación laboral encubierta debe resaltarse que hoy en día las dificultades más serias de diferenciación se plantean ante los intercambios de atención o limpieza por alojamiento y manutención que han proliferado de forma abrumadora a raíz de la crisis económica. Aunque se realicen en beneficio de ambas partes implicadas, que voluntaria y conscientemente asumen todas y cada una de las condiciones pactadas, presentan contornos especialmente cercanos a la prestación laboral de servicios no declarada. Y es que a pesar de que el propio art. 2.2 del RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar contempla como “*relación de colaboración a la par*” y por tanto, excluida del ámbito del Derecho del trabajo aquella que da lugar a la *acogida temporal en régimen de convivencia familiar* de un sujeto con el que no se mantienen vínculos ni de consanguinidad ni de afinidad para realizar trabajos que tengan un *carácter marginal* siempre que esté ausente el carácter retribuido de los

servicios prestados, es también un hecho notorio que muchas veces, el servicio doméstico, la atención de personas dependientes o las labores de mantenimiento y cuidado de fincas o animales domésticos, pese a presentar una clara naturaleza laboral, se mantienen desde sus inicios, valiéndose de la intimidad que reporta el hogar familiar, dentro de la economía sumergida¹⁶.

Pues ¿qué respuesta hay que ofrecer a las colaboraciones cambiarias entre particulares en las que unos y otros pretenden intercambiar entre sí servicios de distinta naturaleza jurídica sin que medie una contraprestación monetaria? ¿Deben considerarse colaboraciones de buena voluntad situadas al margen del derecho del trabajo? O por el contrario, ¿pueden considerarse que dan lugar a una relación laboral encubierta en la que la totalidad del salario, contraviniendo las especificaciones de la relación laboral especial de empleados de hogar, se ha abonado en especie? Sin duda, se trata de cuestiones complejas, sobre la que todavía no se han pronunciado nuestros jueces y tribunales, y que por tanto, permanecen por el momento al margen del derecho. Ahora bien, a pesar de que no se trate de fenómenos ilícitos (hasta ahora), no se discute que colocan al sujeto que presta esta forma de servicios, al margen de cualquier tipo de protección jurídica: mientras se llevan a cabo estas tareas (salvo, por supuesto, que se compatibilicen con otra actividad productiva distinta), no se percibirá el salario mínimo, ni se cotizará a la Seguridad Social, ni se tendrá cobertura ante ninguna de las situaciones de necesidad que pueda contemplar nuestro sistema (a excepción de la asistencia sanitaria respecto a la que rige el principio de universalidad de las prestaciones¹⁷).

IV. LA (INCOMPLETA) SOLUCIÓN LEGAL ACTUAL

Son muchas las formas jurídicas a través de las cuales se pueden desarrollar las tareas de cuidado y atención de una persona que no puede valerse por sí misma. Desde el trabajo autónomo especializado, el trabajo doméstico, las colaboraciones vecinales o los cuidados familiares, todas ellas, se caracterizan en mayor o menor medida por la desprotección en la que se encuentran. Desde el elevado índice de trabajos no declarados que se

.....

16 Y es que no siempre se intercambia un servicio a cambio de otro, sino el derecho a uso y disfrute de una vivienda a cambio de un servicio, y es entonces cuando se genera una situación que guarda una estrecha cercanía con una relación laboral no declarada en la que se ha acordado fijar única o principalmente una retribución en especie (superando así los porcentajes máximos que, según el art. 26 ET, puede alcanzar la retribución en especie sobre el salario global del trabajador en cuestión).

17 Al respecto, véase el reciente Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

realizan, bien por cuenta ajena, bien por cuenta propia, amparados por la intimidad que representa el domicilio familiar, hasta la dificultad inherente de compatibilizar este tipo de cuidado con el desarrollo de una actividad profesional a tiempo completo que este tipo de atenciones implica para las personas de su entorno, pasando por la escasa cobertura social que, aun tras su reforma, sigue reportando el sistema Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar, el resultado es igualmente un alejamiento de los sujetos implicados del nivel de cobertura social medio que reciben los trabajadores en España.

Pero no se trata únicamente de un problema económico, sino que este debe interpretarse desde una perspectiva de género. Y es que, en la práctica, el trabajo de cuidados en la sociedad actual, tanto cuando se realiza de forma profesional como no profesional, recae de forma principal sobre personas de sexo femenino, provocando, por un motivo u otro, el consiguiente detrimento en sus carreras de cotización. Combatir esta práctica resulta muy complejo. Son distintos los factores los que intervienen de forma conjunta para producir este resultado: la mayor implicación afectiva y emocional de las mujeres, costumbres sociales muy arraigadas, la especial responsabilidad que inculca a las mujeres el sistema educativo, atavismos del modelo patriarcal clásico, etc. En síntesis, una confluencia de causas, psicológicas, sociales, culturales, económicas o educativas, muy difíciles de erradicar. Sin duda, el legislador, consciente de este problema intenta compensar los defectos del mercado de trabajo, pero las medidas que por el momento utiliza no son suficientes para remediar la situación, sino solo para atenuar ligeramente sus efectos.

En concreto, la Ley 39/2006 supuso un gran avance en la protección jurídica de las labores de cuidado. Sin duda, con esta norma, el legislador intentaba evitar que el sacrificio de oportunidades laborales que implica la atención constante de una persona dependiente, conllevara, como consecuencia directa e inescindible, la desprotección social del sujeto que realiza estas tareas. En su texto, se intenta evitar la falta de cobertura social de los cuidadores de hecho a través de una doble vía de actuación: por una parte, oferta un catálogo amplio de diversos servicios sociales con el fin de descargar a la familia de sus responsabilidades constantes, lo que en definitiva se traduce en una mayor posibilidad de compatibilizar la atención de un dependiente con el desarrollo de una actividad profesional; Al mismo tiempo, articula la posibilidad de incorporar a los cuidadores no profesionales al sistema de Seguridad Social (pese a que estrictamente no realicen una actividad productiva en virtud de la cual poder realizar este encuadramiento) mediante la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social. En concreto, esta posibilidad de cobertura contemplada, de forma muy ambigua, en la Disposición Adicional cuarta de la Ley 39/2006 se desarrolla por el RD 615/2007, en el que se opta por permitir a los cuidadores no profesionales que reúnan determinadas circunstancias, suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

Ahora bien, pese a estos ambiciosos propósitos, la práctica ha demostrado que estas iniciativas finalmente no han cumplido el fin de protección social que perseguían. La crisis económica que atravesó España ha provocado, por una parte, que la cartera de servicios públicos especialmente implantados para lograr la atención de personas dependientes no fuera realmente tan completa y eficaz como inicialmente se preveía¹⁸. De la misma forma, el convenio especial con la Seguridad Social, que en un primer momento se configuró como obligatorio y totalmente gratuito, ha derivado en un modelo muy diferente¹⁹.

Sin duda, este convenio especial con la Seguridad Social, persigue un objetivo loable: ya que estas personas realizan un trabajo muy importante para la sociedad, ahorrando gastos al Erario público (que en otro caso, quedaría obligado a prestar la atención necesaria que garantizara su subsistencia a personas dependientes sin recursos), coadyuvando con ello a la consecución del Estado social, se les recompensa facilitándoles su inclusión en el RGSS, por ese motivo podrán suscribirlo tanto los sujetos que no realicen ningún tipo de actividad productiva puesto que las labores de atención y cuidado les requieran una jornada completa, como aquellos sujetos que solo requieran una dedicación parcial (4.1 RD 615/2007). Ahora bien, tan restrictivo es el ámbito subjetivo y objetivo de este convenio, que, en realidad, su eficacia es bastante reducida, por lo que se aleja bastante de la finalidad que inicialmente pretendía. Entre otras limitaciones, cabe poner de manifiesto las siguientes:

Solo pueden suscribirlo los cuidadores no profesionales de personas dependientes, no aquellos sujetos que se encarguen de la atención y cuidado de otros sujetos (como pueden ser, niños o familiares más allá del segundo grado, personas convalecientes de una larga enfermedad, pero con perspectivas de recuperación a medio plazo, o sujetos con merma de sus capacidades pero que no hayan obtenido la calificación ni siquiera de dependientes moderados). Si esto ocurre, y a pesar de que dichas tareas también implican un importantísimo sacrificio personal y laboral, no procederá aplicar entonces la Ley 39/2006, y por lo tanto, tampoco podrá calificarse administrativamente al cuidador como no profesional, ni por tanto, tendrá derecho a acceder a los derechos que dicha norma le reconoce, entre ellos la posibilidad de suscribir este convenio especial con la Seguridad Social.

Se trata de un convenio voluntario, lo que hace que, en la práctica, sean pocos los hogares familiares que quieran asumir un gasto añadido, bajo la expectativa de una hipotética

.....

18 Haciendo así recaer el peso de la atención y cuidado de las personas que no pueden valerse por sí mismas sobre las familias, que se convierten entonces en un pilar esencial para las personas dependientes, en detrimento de sus expectativas laborales. AAVV, *“El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del Estado de bienestar”* (Coord. Muñoz Fernández y Álvarez Aguado), Tirant lo Blanch, 2013.

19 Adviértase que la DT 13ª introduce una importantísima modificación sobre el régimen jurídico del convenio con la Seguridad Social que pueden suscribir los cuidadores de personas dependientes, quedando a partir de 1 de enero de 2013 las cuotas de cotización a cargo exclusivo de los suscriptores y pasando a partir de ese momento a ser voluntario y no obligatorio.

cobertura económica en situaciones de jubilación. Ahora bien, se trata de una situación sin duda difícil de remediar pues, si es el propio particular el que corre a cargo de la cotización a la Seguridad Social, ¿cómo obligarle a asumir un gasto más en la que ya muchas veces es una economía familiar mermada? Esta es sin duda la explicación de que, según las estadísticas oficiales, el 94% de los cuidadores no profesionales de personas dependientes, no cotiza a la Seguridad Social, lo que demuestra que en la práctica, se trata de un convenio prácticamente inoperante²⁰.

La base de cotización prevista es muy reducida (salvo en los casos excepcionales en los que se pretenda mantener una base de cotización anterior según el art. 4.2 RD 615/2007), pues será únicamente la correspondiente al tope mínimo de la base de cotización al RGSS (art. 4.1 RD 615/2007) por lo tanto, ofrecerá una cobertura social muy pequeña, lo que quizá tendría sentido cuando se trataba de un convenio de suscripción obligatoria y gratuito para el beneficiario, pero que hoy en día resulta paradójico dado que la cotización corre a cargo del beneficiario. En cualquier caso, esta particularidad de su régimen jurídico provocará que, incluso los sujetos que lo suscriban, accedan finalmente a una pensión inferior a la media del país. Parece que la finalidad del convenio no debería ser solo ofrecer un mínimo vital básico a sus suscriptores, sino evitar en su conjunto la brecha de género en las pensiones, combatiendo simultáneamente todas las causas que la provocan.

Los arts. 14.4 y 18 de la Ley 39/2006 contemplan la posibilidad de que, en situaciones excepcionales, la persona dependiente pueda percibir una prestación económica con el fin de ser atendido por un el cuidador no profesional. Se trata de una ayuda que únicamente se podrá percibir cuando el cuidador haya cursado alta y cotización en el RGSS. Como a simple vista se puede apreciar, se trata de una previsión legal muy ambigua pues suscita diversas preguntas: por ejemplo ¿por qué la percepción económica la recibe la persona dependiente y no el cuidador no profesional? ¿Por qué se valora la capacidad económica de la persona dependiente y no la del cuidador no profesional, a pesar de que es este, al fin y al cabo, el que sacrifica sus oportunidades laborales para realizar esta tarea de atención social? ¿Por qué se trata de una ayuda económica destinada a sufragar un apoyo *no profesional* cuando este, por esencia, no persigue retribución? ¿No sería más razonable vincularla al cuidado profesional de personas dependientes sin recursos para evitar su internamiento hospitalario?

Y es que, aunque esta particular prestación está claramente condicionada al grado de dependencia de la persona y a la carencia de rentas del hogar familiar, en realidad, su puesta en práctica no depende del cumplimiento de unos presupuestos objetivos y claramente predeterminados a nivel nacional, sino de las posibilidades económicas que en cada

.....
20 *El País*, 1 de marzo de 2017.

momento pueda acreditar cada CCAA, lo que en la práctica la convierte en una medida simbólica, con una aplicación real muy reducida²¹.

Pero la desprotección social que actualmente sufre, en su conjunto, el ámbito de las tareas de cuidado, no radica solo en este hecho. Sin duda, un problema muy importante difícil de solventar normativamente es el hecho de que la intimidad del domicilio familiar en el que se prestan los servicios, facilita la economía sumergida. Y es que la Inspección de Trabajo solo podrá realizar las comprobaciones oportunas previa autorización de entrada por parte del titular de la vivienda o por orden judicial, lo que en la práctica provocará que un elevado porcentaje de los trabajos profesionales (tanto por cuenta propia como por cuenta ajena) que consistan en el cuidado de personas que no pueden valerse por sí mismas se realicen al margen del sistema de Seguridad Social. Pero no solo eso: la particularmente difusa frontera que existe entre la prestación de servicios profesionales de cuidado y el trabajo amistoso contribuye a acentuar este problema, provocando que pasen desapercibidas relaciones laborales encubiertas, contribuyendo así a incrementar la economía sumergida.

Otro factor que contribuye a acrecentar las dificultades de delimitación entre figuras jurídicas de perfiles cercanos es sin duda el hecho de que, por el momento, no se ha perfilado con claridad el régimen jurídico de las labores de atención del hogar familiar y las personas que en él conviven cuándo estas se realizan por cuenta propia. Así pues, ni doctrinal ni jurisprudencialmente se ha clarificado si existe una presunción inherente de laboralidad consustancial a los servicios domésticos, o si por el contrario, rasgos tales como la libre sustitución, por su propia voluntad de la persona que habitualmente realiza el trabajo, la pluralidad de clientes, el importe total de hora trabajada, o la realización del trabajo en festivos, podrían ser indicios indicativos de que este tipo de servicios, como cualquier otro de nuestro mercado, también puede prestarse por cuenta propia, dependiendo por tanto de la voluntad de los contratantes optar por una u otra posibilidad. Y es que mientras en el trabajo por cuenta ajena de cuidados domésticos, le corresponde al empleador (en este caso al cabeza de familia) cursar el alta y asumir los costes vinculados a la cotización periódica de su empleado, si se trata de un supuesto de trabajo autónomo, estas obligaciones desaparecen, quedando el propio trabajador autónomo obligado a afiliarse en el RETA y a hacerse cargo del importe de su cotización mensual. En cualquier caso, esta confusión entre figuras, en la práctica, suele acentuar todavía más la economía sumergida,

.....

21 Tema que analizan con detenimiento KAHALE CARRILLO, D.T., “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, en AAVV, *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, vol. 1, Laborum, Murcia, 2018, págs. 213-225; y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 74, págs. 80 -104.

confiando cada una de las partes implicadas el correcto cumplimiento por parte del otro de sus respectivos deberes.

V. PROPUESTAS DE REGULACIÓN. VENTAJAS E INCONVENIENTES

Dada la escasísima utilización de este tipo de convenio especial de Seguridad Social, la ministra de sanidad, Carmen Montón, durante su comparecencia en el Congreso de los Diputados el pasado mes de julio de 2018, anunció que, durante el último trimestre de 2018 se recuperaría el sistema de cotización obligatorio y totalmente gratuito de los cuidadores no profesionales, inicialmente previsto por el RD 615/2007, pero desarticulado con ocasión de la crisis económica, aunque en la fecha de cierre de este trabajo (14 de noviembre de 2018), todavía no se había puesto en práctica la medida prometida²².

Sobre este tema, no se puede negar que la cobertura social que han de recibir los cuidadores no profesionales constituye un tema no exento de polémica. Y es que, los escasos recursos de los que dispone la Seguridad Social hacen siempre discutible cualquier decisión que implique un aumento de gasto. Posiblemente no se trate en esta ocasión de diferencias de opinión sustentadas en la utilidad social de esta medida (cuya finalidad loable es sin duda admitida de forma generalizada) sino que lo que se plantean son dudas y discrepancias relacionadas con el incierto número de beneficiarios potenciales, lo que hace muy difícil de cuantificar el coste final de esta iniciativa (pues es de imaginar que, de ser gratuita su cotización, se eleven sustancialmente las solicitudes de reconocimiento de la condición de cuidador no profesional de persona dependiente a tiempo completo o parcial y, en consecuencia, el número de suscriptores de este convenio especial con la Seguridad Social), problema que se agravará debido al elevado riesgo de fraude consustancial a las labores que se realizan amparadas por la intimidad de un domicilio familiar.

Hay que advertir que, independientemente de si se configura como voluntario o como obligatorio, el convenio especial con la Seguridad Social solo podrán suscribirlo los “cuidadores no profesionales”, pero sin duda, de llegar a aplicarse esta reforma, saldrá a la luz un problema que por el momento permanece solo latente: la ambigüedad con que normativamente se perfila la posibilidad de que los cuidados no profesionales de la persona dependiente los realice alguien de su entorno con quien no se mantienen vínculos de familiaridad. Por lo tanto, lo que actualmente (al ser el convenio a cargo económico

.....
22 Iberley.es, 16 de julio de 2018.

del suscriptor) no deja de ser un problema de delimitación simbólico, podrá adoptar una importancia fundamental, pues es de prever que los intentos de fraude se elevarán al ofrecerse una cobertura gratuita²³.

Así pues, será esencial determinar si el cuidado de la persona dependiente se realiza verdaderamente de forma “no profesional” (es decir, tal actividad no puede desarrollarse en virtud de un contrato cambiario a través del cual el cuidador pretenda lograr un medio de vida). Y es que las especiales condiciones económicas que este implica podría favorecer el fraude, haciendo pasar por labores de cuidado altruista lo que no deja de ser una relación productiva encubierta (normalmente por cuenta ajena, aunque también podría ser por cuenta propia) en la que no se declara la retribución realmente percibida o esta se recibe íntegra o sustancialmente, en especie.

En cualquier caso, no está de más acompañar estas reflexiones de otras relacionadas con la desprotección que hoy en día también sufren las personas necesitadas de cuidados, en las que muchas veces, el hecho de tener que sufragar los costes salariales y sociales que genera la contratación de un cuidador resultan totalmente insostenibles, ámbito propicio para que prosperen fenómenos de trabajo no declarado, con los que en realidad, más que un fraude a la Seguridad Social, se pretende únicamente poder obtener, habida cuenta de los medios disponibles, la atención de una situación de extrema necesidad. Se trata de una situación que sin duda se ha de tener en cuenta a la hora de abordar cualquier medida de reforma normativa que se quiera emprender pues, toda modificación que intente endurecer las obligaciones de cotización y reforzar el control del fraude en ámbito del sector de cuidados domésticos con el fin de evitar que pasen desapercibidas muchas relaciones laborales encubiertas bajo la falsa apariencia de un trabajo amistoso o de buena vecindad, aunque esté destinada a mejorar la protección social del cuidador profesional (o pseudoprofesional), conllevará en muchos casos una minoración paralela e igualmente intensa del nivel de renta de la persona dependiente, en detrimento de su calidad de vida.

Habida cuenta de que esta situación hace muy difícil emprender una reforma del régimen jurídico de los cuidadores no profesionales, quizá a estos efectos, podría plantearse como medida razonable, la reestructuración de la prestación económica que pueden percibir las personas dependientes para garantizar su atención por parte de un cuidador no profesional (arts. 14.4 y 18 Ley 39/2006). Y es que quizá habría que hacerla depender de la situación de carencia de rentas del propio cuidador, y no de la persona dependiente. Adviértase que al no exigirse convivencia para reconocer la labor de cuidado en el entorno

.....

23 Y es que, ha de admitirse, que el concepto de “personas del entorno del dependiente”, aunque configurado como residual (art. 1.2 RD 615/2017), resulta excesivamente ambiguo, lo que, sin duda, contribuirá a acentuar el problema de delimitación con las relaciones laborales falsamente calificadas como tareas de cuidado no profesional realizadas por parte de personas allegadas.

familiar, la situación económica de cuidador y dependiente pueden llegar a ser muy diferentes. A estos efectos, conviene llamar la atención sobre el hecho de que, en la práctica, muchas personas dependientes son beneficiarias de prestaciones a cargo de la Seguridad Social, por IP, viudedad o jubilación, que les aseguran unas rentas mensuales que, aunque claramente escasas para hacer frente a la multitud de gastos que implica la atención de la dependencia -y por tanto, difícilmente compaginables con la figura del cuidador profesional, cuando es el propio dependiente el que deba hacer frente a este gasto- no van a permitir acreditar la carencia del mínimo vital necesario al que, en la práctica, se está vinculando la percepción de esta prestación excepcional.

Así, aunque todos los cuidadores no profesionales pueden si lo desean suscribir el convenio especial con la Seguridad Social que les garantizaría una protección social mínima ante situaciones de necesidad, asumiendo ellos mismos su coste, podría proponerse desde estas líneas una medida que, sin resultar extremadamente costosa sí contribuiría a mejorar notablemente la situación de ciertos colectivos en situación de especial necesidad: así pues, sería conveniente estudiar la posibilidad de que aquellos cuidadores que se encuentren en una situación económica más extrema, puedan percibir una ayuda económica, suficiente al menos para sufragar los gastos de cotización que la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social implicaría. Se modificarían así los elementos subjetivos de la tradicional prestación económica de personas dependientes para atender el cuidado no profesional, de poquísima utilización práctica.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Resulta imprescindible destacar que, aunque en muchas ocasiones se asocian las labores de cuidado a las de atención de personas dependientes, no se puede olvidar que son muchas y variadas las formas de atención de la familia que dificultan el acceso o conservación de un puesto de trabajo a jornada completa, que también socialmente siguen recayendo sobre personas de sexo femenino.

Desde estas líneas procede poner de manifiesto lo que, en realidad, por su importancia, debería ser la conclusión única a la que conduce este estudio: únicamente garantizando una red pública y adecuada de servicios destinados a la óptima atención de la familia, se podrán evitar los graves inconvenientes que, de hecho, inciden sobre la vida activa de las personas que se encargan de su cuidado. El resto de iniciativas, por muchos recursos económicos que se invierta en ellas, no serán nunca ni lo suficientemente útiles ni perfectas.

Y es que siempre existirá el problema de la economía sumergida y el fraude de ley, quizá consustancial al mercado de trabajo español que, sin duda, lastrará su eficacia, elevando exponencialmente sus costes.

En cambio, una atención pública materializada en forma de servicios directos al ciudadano, no solo conseguirá mejorar la calidad de vida de las personas dependientes y de sus familiares, sino que también logrará crear puestos de trabajo de calidad (pues en ese caso, las personas que se encarguen de realizar la atención y cuidado en las instituciones públicas pasarán a ser empleados públicos, sin que la intimidad del trabajo en el domicilio familiar eleve el riesgo de simulación). Al mismo tiempo, permitirá que el cuidador no sacrifique sus expectativas profesionales, garantizando con ello que la atención de un dependiente no genere una merma en los ingresos periódicos del hogar familiar. Por mucho que se quiera volver a instaurar la gratuidad del convenio especial con la Seguridad Social que pueden suscribir los cuidadores no profesionales, no se ha de olvidar que este solo ofrecerá protección a los cuidadores de personas dependientes y no de otros colectivos también necesitados de cuidado (como pueden, los menores de edad, entre otros) y además, como mucho, podrá procurar acceso a pensión de jubilación, IP o asistencia sanitaria, pero no podrá en modo alguno reportar a la persona que lo suscribe una fuente de ingresos periódica que facilite su calidad de vida.

Pese a todo, basta con realizar un breve recorrido a los servicios públicos de cualquier Comunidad Autónoma para comprobar la escasez de plazas en guarderías públicas o centros de día para personas de más edad, la imposibilidad absoluta de compaginar una jornada laboral completa con el horario lectivo de colegios y escuelas infantiles. Y es que esto en la práctica no se traduce en la adaptación del horario de trabajo al que, o modo de mera posibilidad, hace referencia el legislador, sino en la reducción de jornada o incluso, en la solicitud de una excedencia por motivos familiares, con la consiguiente merma de ingresos y cotizaciones del sujeto que la disfruta.

En síntesis, si se quiere acabar con la brecha de género en los salarios y en las pensiones, la única medida definitiva sería incrementar el número de centros públicos en los que, con eficiencia y calidad, se presten labores de atención y cuidado a las personas que, por cualquier motivo, no puedan valerse por sí mismas, con una amplitud de horario suficiente para abarcar el transcurso de una jornada completa de trabajo. Sin listas de espera ni masificación. Todo lo demás son parches, brindis al sol, declaraciones de intenciones no operativas, que solo servirán para cronificar el problema²⁴ y, en definitiva, para acentuar

.....

24 Si no se toman medidas eficaces, esta desigualdad de género en los próximos años se intensificará todavía más. Y es que el envejecimiento de la población hace prever un inminente repunte de las labores de cuidado domiciliario, sean estas profesionales o familiares, con la desprotección social que, por un motivo u otro, ambas alternativas implican. Situación que pone de manifiesto, RAMÍREZ GARCÍA, J.M., “El cuidado de personas dependientes: perfil y costes personales”, *TS nova: trabajo social y servicios sociales*, nº. 14, 2017, pág. 9.

la diferencia de oportunidades laborales que actualmente existe entre mujeres y hombres, en detrimento del Estado de bienestar que proclama la CE.

Por último, y sin olvidar la insuficiente protección que, en general reciben en España todas las formas de cuidado, desde estas líneas no se quiere dejar de destacar la escasísima ayuda pública que actualmente tiene la maternidad en España. Las cifras no mienten: la baja tasa de natalidad que registra hoy en día nuestro país obedece principalmente a las serias dificultades que encuentran nuestras mujeres a la hora de compatibilizar familia y trabajo. Ante la escasísima duración de los permisos parentales²⁵, y excluidas de la Ley de dependencia (pues el recién nacido, aunque necesite atención constante, no es, a los efectos de la Ley 39/2006, una persona dependiente), solo pueden acceder a las mínimas ayudas fiscales previstas para los contribuyentes con cargas familiares actualmente previstas²⁶, o a una de las escasas guarderías públicas que ofertan algunos Ayuntamientos.

Combatir la desigualdad de género en el mercado de trabajo español requiere necesariamente eliminar las barreras que dificultan a las personas de sexo femenino acceder o conservar un empleo. Como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, se trata de un reto difícil, cuya consecución implicará la remoción de parámetros sociales muy asentados. Ahora bien, un análisis exhaustivo de la situación, permite concluir que existe una vía de actuación que contribuiría a atenuar notablemente el problema: el alcance del sistema educativo público. Y es que si este incluyera las escuelas infantiles (entre 0 y 3 años) y ampliará su horario, hasta las 19.00 h., elevando al mismo tiempo la duración de los permisos por maternidad con el fin de que estos alcancen, como mínimo, las 24 semanas que la OMS recomienda como periodo de lactancia mínimo para salvaguardar la salud del neonato, desaparecerían la mayor parte de los problemas de conciliación que en la práctica, lastran el empleo femenino. Hasta que esto no ocurra, cualquier expectativa de conciliación (y con ella, de igualdad efectiva y real entre mujeres y hombres) será solo una utopía. Aunque sin duda se trataría de una reforma costosa, sería tremendamente efectiva a la hora de alcanzar una verdadera igualdad de género en el mercado de trabajo. Cualquier otra medida que se quiera implantar, no será capaz de combatir el importantísimo coste económico que hoy en día supone la conciliación para los hogares familiares ni conseguirá superar los recelos que, todavía hoy, las empresas manifiestan frente a la contratación femenina (precisamente porque siguen presuponiendo que estas asumirán con mayor implicación que los hombres la atención de la familia)²⁷, situaciones que sin duda, contribuyen todavía

.....
25 Pues, sumadas, maternidad y paternidad, no alcanzan a los seis meses de deberían ser de lactancia mínima.

26 Sobre este tema, véase MIRAS MARÍN, N., “Los incentivos fiscales a la maternidad”, en AAVV, *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI* (coord. Selma Penalva), Dykinson, Madrid, 2018.

27 Situación que la Ley de Igualdad, pese a los esfuerzos realizados, no ha logrado remediar. Sobre este y otros temas, véase AAVV, “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.

más a lastrar la carrera de cotización de las mujeres con cargas familiares, acentuando la brecha de género.

VII. BIBLIOGRAFÍA

AAVV, “*El cuidado de las personas dependientes ante la crisis del Estado de bienestar*” (Coord. Muñoz Fernández y Álvarez Aguado), Tirant lo Blanch, 2013.

AAVV, “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2016.

AAVV, *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades* (coord. Luján Alcaraz y Ferrando García), Bomarzo, Albacete, 2016.

DE LA VEGA GARCÍA, F., “*La gestión de pagos en el «crowdfunding»*”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, nº 37, 2018, págs. 255-276.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., “*Los cuidados en el entorno familiar más de una década después. Los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad*”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº. 210, 2018, págs. 49-78.

FERNÁNDEZ ORRICO, F. J., “*La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales*”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 74, págs. 80 -104.

GONZÁLEZ ORDEN, D., VALLEJO ANDRADA, A., SARASOLA, J. L., “*Nuevos movimientos sociales: el transporte: El caso Bla-BlaCar y Uber*”, *IJERI: International journal of Educational Research and Innovation*, nº. 3, 2015, págs. 143-155.

KAHALE CARRILLO, D.T., “*La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la Seguridad Social de cuidadores no profesionales*”, AAVV, *Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de Protección Sociolaboral: II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, Laborum, Murcia, 2018, págs. 213-225.

LEGARRETA IZA, M., “*Cuidados y sostenibilidad de la vida: una reflexión a partir de las políticas del tiempo*”, *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, nº. 1, 2014, soporte informático.

MEIL LANDWERLIN, G., “*El uso de los permisos parentales por los hombres y su implicación en el cuidado de los niños en Europa*”, *Revista latina de sociología*, nº. 1, 2011, soporte informático.

- MIRAS MARÍN, N., “Los incentivos fiscales a la maternidad”, en AAVV, *Retos en materia de igualdad de género en el siglo XXI* (coord. Selma Penalva), Dykinson, Madrid, 2018.
- MOLINA NAVARRETE, C., “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, *Centro de Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 297, 2007, págs. 33-78.
- RAMÍREZ GARCÍA, J.M., “El cuidado de personas dependientes: perfil y costes personales”, *TS nova: trabajo social y servicios sociales*, nº. 14, 2017, págs. 9-22.
- SELMA PENALVA, A., “Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- “La amistad en un contexto virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Información laboral*, nº.2, 2018, págs. 17-39.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A., “El consumo colaborativo en el transporte de personas”, *Diario La Ley*, nº 8601, 2015, soporte informático.

ALEJANDRA SELMA PENALVA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia