

# DIFERENCIA ENTRE EL CUIDADO NO PROFESIONAL DEL DEPENDIENTE PRESTADO POR PERSONAS DEL ENTORNO DEL AFECTADO Y LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR. NUEVO PROBLEMA DE DELIMITACIÓN DE FRONTERAS A RAÍZ DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 39/2006 DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL Y FAMILIAR DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

**ALEJANDRA SELMA PENALVA**

*Profesora Ayudante Doctor. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Secretaria de la Facultad de Derecho. Universidad de Murcia*

## **Extracto:**

LA atención de personas que no pueden valerse por sí mismas va a generar un complejo entramado de relaciones personales, que en ocasiones despliegan determinadas consecuencias jurídicas. Lo que ha hecho el legislador a través de la Ley 39/2006 es, por una parte, definir qué se ha de entender por «cuidado profesional» y por «cuidado no profesional», y por otra, concretar el entramado de derechos y obligaciones que asisten respectivamente a cuidador y dependiente en este tipo de situaciones. Pero estas nuevas formas de colaboración humana van a ocasionar nuevos problemas de delimitación de fronteras sobre los que no será del todo útil recurrir a los criterios identificativos que se venían utilizando hasta ahora, pues estas atípicas prestaciones de servicios son muy diferentes a las situaciones a las que hasta ahora se venía enfrentando el intérprete. Determinar con precisión cuál es la naturaleza jurídica real del vínculo que liga a las partes constituye el paso previo y esencial para poder aplicar correctamente la norma que proceda en cada caso y ofrecer a cada tipo de cuidador el nivel de protección que para cada situación ha previsto nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, es preciso resaltar que la calificación que parece muy sencilla en el plano teórico resulta en la práctica extremadamente compleja. Y es que las diferencias entre los diversos tipos de atención y cuidado a las personas dependientes consisten muchas veces en simples diferencias de matiz que complican el proceso de identificación hasta límites insospechados y permiten que prosperen nuevas formas de simulación, antes desconocidas.

**Palabras clave:** dependencia, cuidado, delimitación de fronteras y simulación.

# Sumario

- I. Origen del problema: el reconocimiento del «cuidador no profesional» por la Ley 39/2006.
- II. Naturaleza jurídica del «cuidado profesional» y del «no profesional».
- III. Tipos de cuidado no profesional de personas dependientes.
- IV. Compatibilidades y exclusiones.
- V. Elementos diferenciadores útiles en la delimitación de figuras afines.
- VI. Las consecuencias jurídicas del cuidado no profesional.
  - a) El vínculo jurídico que media entre el dependiente y el cuidador. Alternativas.
  - b) Cobertura por distintos regímenes de Seguridad Social.
- VII. Recapitulación de aspectos esenciales y situaciones lagunosas.
  - a) Concepto legal de «entorno».
  - b) Verdadero alcance del convenio especial con la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales.
  - c) Régimen sancionador imputable a esta forma de simulación.
- VIII. Conclusiones.

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 el intérprete debe enfrentarse 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 que respectivamente asumen 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 las colaboraciones de becarios, con el voluntariado social en el seno de entidades altruistas, o con el arrendamiento civil de obras o servicios, similitud que se intensifica en este último caso 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 concrete, 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 artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (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. Recientemente, la Ley 39/2006, al aprobar por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Familiar de las Personas Dependientes ha introducido 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 al del trabajador dependiente y por cuenta ajena.

Para poder apreciar la existencia de un vínculo laboral primero se deberá constatar la existencia de una relación cambiaria, en virtud de la cual se pretenda intercambiar una actividad productiva por su equivalente económico. Por tanto, el objeto de esta relación 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 concreta actividad productiva que constituye el objeto del contrato, esta debe realizarse respetando de forma simultánea cinco características: prestación 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.

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 en la práctica cotidiana se siguen 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 los criterios identificativos que se venían utilizando hasta ahora, pues estos eran útiles para analizar supuestos muy diferentes a los problemas interpretativos que plantean las nuevas realidades sociales.

En concreto esto es lo que ocurre cuando se debe interpretar el verdadero alcance del artículo 1.3 d) del ET, que excluye expresamente 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: 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, progresivamente la sociedad ofrece nuevas modalidades de colaboraciones desinteresadas, y con ellas, nuevos problemas de delimitación de los contornos de la laboralidad.

Así, poco a poco se va demostrando que son muchas y variadas las aplicaciones prácticas de la exclusión de laboralidad que contempla el citado artículo 1.3 d) del ET, que abarca muchas más situaciones 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, esta exclusión comprende no solo las funciones que realizan determinados sujetos en favor del partido político o del sindicato en que el 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 ONG, sino también, como es obvio, la atención no profesional que pueda recibir en su domicilio una persona que no puede valerse por sí misma.

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 haciendo uso de un falso *nomen iuris*, 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.

## I. ORIGEN DEL PROBLEMA: EL RECONOCIMIENTO DEL «CUIDADOR NO PROFESIONAL» POR LA LEY 39/2006

Entre las distintas figuras que incorpora a su articulado la citada Ley de Dependencia, se incluyen las del «cuidador no profesional» y del «cuidador profesional», cuyo contenido exacto se ocupan de precisar los artículos 2.5 y 2.6 de la Ley 39/2006, respectivamente.

Es muy importante resaltar esta idea: al incluir el legislador en el propio texto de la Ley 39/2006 definiciones auténticas de lo que constituye un «cuidado profesional» o «no profesional» de las personas que no pueden valerse por sí mismas, no está creando en ninguno de los dos casos una relación nueva sino que simplemente se está recogiendo y concretando una situación social que siempre ha existido. Ahora bien, la labor del legislador no se limita a definir estas situaciones sino que pretende también revestirlas de ciertas connotaciones jurídicas novedosas. En definitiva, puede decirse que el *cuidado no profesional* ha dejado de ser una relación jurídica atípica de causa altruista, pues recientemente el legislador ha optado por tipificar y definir esta figura expresamente en el texto de la norma. En concreto, el conjunto de derechos y obligaciones que genera el cuidado no profesional se encuentra desglosado en el artículo 18 de la Ley 39/2006.

En definitiva, es obvio que en todo momento la persona dependiente se ha visto obligada a valerse bien de un «cuidado profesional», bien de un «cuidado no profesional» para realizar las tareas básicas de la vida cotidiana<sup>1</sup>. En definitiva, lo que hace el legislador es tipificar por fin un tipo de colaboración social que se ha venido desarrollando ininterrumpidamente a lo largo de la historia. Y tal labor de concreción y protección del cuidador de personas dependiente es doble, pues la citada Ley 39/2006 no solo está ofreciendo una denominación jurídica específica a dicha actividad social y elevando al texto de la ley lo que hasta ahora era tan solo un mero nombre coloquial («cuidado profesional» o «no profesional»), sino que también por ministerio de la ley se le están reconociendo a dicho cuidador una serie de derechos mínimos que hasta ahora no existían, con la finalidad no solo de mejorar la calidad de vida de las personas dependientes, sino de recompensar también de alguna manera a los distintos sujetos que han sacrificado oportunidades y expectativas profesionales por atender a un familiar que no puede valerse por sí mismo.

Resulta patente que el legislador actúa en todo momento intentando evitar conceptos jurídicos indeterminados con el fin de respetar al máximo la *seguridad jurídica*. Por eso, la Ley 39/2006 al mismo tiempo que crea esta nueva denominación para hacer referencia a la compleja realidad de la atención de las personas dependientes, completa su identificación con una definición *ad hoc*, destinada, no solo a facilitar la distinción entre el cuidado profesional y el no profesional, sino también a delimitar con precisión el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Así, el «cuidado no profesional» se conceptúa entonces 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 profesionalizada»; y los «cuidados profesionales» como «los prestados por una institución pública o

<sup>1</sup> En términos generales, véase VILLA, J. M., «Sistema para la autonomía personal y atención a la dependencia», en *Sesenta y Más*, IMSERSO, Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, n.º 275, 2008, págs. 48 y ss., y ÁVILA GRANADOS, J., «La construcción de un nuevo derecho Social», en *Sesenta y Más*, IMSERSO, Ministerio de Educación, Política Social y Deporte, n.º 273, 2008, págs. 33 y ss.

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».

Pero a pesar de esta intención del legislador de definir la figura del cuidador profesional, el texto de la norma deja todavía pendientes ciertas cuestiones que resulta imprescindible concretar con el fin de clarificar no solo el tipo de cuidado recibido (profesional o no) sino también si concurren los presupuestos necesarios bajo los que la persona dependiente puede tener derecho a recibir una prestación económica para promover su autonomía personal, o puede recurrir al cuidado no profesional, clarificando por tanto la redacción literal de los artículos 14.4 y 18 de la Ley 39/2006.

Pero aunque aparentemente resulta sencillo diferenciar en abstracto, gracias a la definición legal, el cuidado de las personas dependientes que se realiza de forma no profesional de una actividad que verdaderamente encaje 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.

Analizando detenidamente los artículos 2.5 y 2.6 de la Ley 39/2006 se advierte que es un único criterio el que en principio parece diferenciar el cuidado profesional del no profesional: la cualificación o especialización del tipo de atención prestada. Ahora bien, no se puede negar que esta primera aproximación, en abstracto, no es suficiente ni adecuada para responder con éxito al complejo proceso de delimitación de fronteras que se genera en estas situaciones.

Para diferenciar las relaciones jurídico-laborales de cualquier tipo de colaboración social (ya sea familiar, de amistad, benevolencia o de buena vecindad) en virtud de la que, de forma altruista, se preste atención a una persona que no puede valerse por sí misma, el criterio de la especialización del servicio resulta a todas luces insuficiente. Por tanto, será necesario recurrir a otro parámetro que ayude a definir la naturaleza jurídica de la relación controvertida. Y tal criterio no puede ser otro que el de la *retributividad* de los servicios prestados, pues es precisamente a esta característica a la que debe reconducirse a la noción de «profesionalidad» que utiliza el legislador.

Así, en el proceso de identificación se deberá determinar si el sujeto que lleva a cabo de labor de atención y cuidado de un dependiente obtiene ingresos por esa colaboración social, o si, por el contrario, únicamente actúa 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 confundirse nunca con la actividad productiva y retribuida que constituye el objeto de una relación laboral.

Teniendo esto en cuenta, es útil precisar que cuando el legislador recurre a los conceptos de «cuidado profesional» o «no profesional», no lo hace movido por el interés de diferenciar el vínculo laboral de otro tipo de colaboraciones humanas, sino con la intención de diferenciar los distintos derechos que inciden sobre la persona dependiente y que le garantizan, independientemente de sus circunstancias sociales o familiares, un nivel aceptable de protección y atención. Y es que, como es obvio, puede darse el caso de que el cuidado a una persona dependiente se preste por un sujeto que nunca ha recibido una especialización al respecto, pero que actúa claramente en virtud de la relación

laboral; y a la inversa, determinados servicios especializados pueden perfectamente realizarse por personas del entorno familiar de forma desinteresada.

En definitiva, a pesar de que la Ley 39/2006 diferencia el cuidado «profesional» de aquel que se realiza de modo «no profesional», y aparentemente utiliza como criterio identificativo el factor de la especialización, esta primera clasificación no es útil para delimitar las fronteras entre una relación laboral de otras formas de colaboración social. Al contrario, el intérprete se ve obligado a reinterpretar estas denominaciones con el fin de diferenciar las dos figuras, no necesariamente excluyentes entre sí, a través de las que siempre se puede prestar atención a una persona que no puede valerse por sí misma: el cuidado retribuido o profesional y el cuidado altruista o no profesional. Y es esta matización interpretativa de la literalidad de la definición legal la que realmente ayuda a diferenciar en la práctica la verdadera naturaleza jurídica de la labor del cuidador.

Teniendo en cuenta estas apreciaciones, unas nociones más completas (al menos, en lo que se refiere al proceso de delimitación de fronteras) de *cuidado profesional* y de *cuidado no profesional* que las que ofrece la Ley 39/2006 podrían ser las siguientes:

Por *cuidado profesional* debe entenderse todo cuidado retribuido y habitualmente también especializado (aunque no necesariamente) que pueda recibir el dependiente a cargo de personas ajenas a su entorno familiar. En cambio, el *cuidado no profesional* es aquel que se ha prestado siempre de forma desinteresada, habitualmente en el entorno familiar o en virtud de relaciones de buena vecindad, que no tiene por qué ser especializado.

Por el contrario, utilizando la definición que aparece en los artículos 2.5 y 2.6 de la Ley 39/2006, se deberá hablar de *cuidado profesional* en los casos en que una persona dependiente reciba atención *especializada*, sea en su hogar o en un centro, por una entidad o profesional autónomo con o sin ánimo de lucro. Dada su redacción literal es obvio que considerar una actividad como *profesional* según estos parámetros no permite deducir que la actividad se preste también de forma retribuida, ni mucho menos en virtud de una relación laboral. Y es que la amplia noción legal de *cuidado profesional* permite dar acogida a formas de colaboración humana muy variadas.

En cualquier caso, aunque en ningún momento la redacción literal del citado artículo exige expresamente el dato de la retribución, se debe intuir implícitamente que la retributividad del servicio prestado es el factor determinante en la diferenciación del cuidado profesional y el no profesional del dependiente <sup>2</sup>.

En definitiva, atendiendo exclusivamente a la clasificación legal puede darse el caso de que un servicio especializado de atención y cuidado se preste de forma desinteresada y altruista por un

<sup>2</sup> Por el contrario, la noción que utiliza el artículo 2.5 de la Ley 39/2006 de cuidado no profesional sí que resulta más adecuada para diferenciar prestaciones retribuidas de que las que no lo son. Dicho artículo 2.5 de la Ley 39/2006 define como «cuidado no profesional: la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada». En virtud de esta noción, se intuye que es la falta de retributividad de los servicios lo que les confiere el carácter de «no profesionales», pero no se menciona en ningún momento este presupuesto ni en el citado artículo 2.5 ni en el 2.6 de la Ley 39/2006 en el que se define el «cuidado profesional», al que se podría haber recurrido para obtener una definición *a sensu contrario*.

sujeto ajeno al entorno familiar del dependiente y, pese a todo, esta actividad se pueda seguir considerando como una «actividad profesional», si es que en él se aprecian ciertas dosis de *especialización*, dada la enorme amplitud del concepto que aparece en el artículo 2.6 de la Ley 39/2006. En cambio, si esta noción se adapta por vía interpretativa con el fin de hacerla capaz de resolver los problemas de delimitación de fronteras que puedan surgir en la práctica en torno a estas situaciones, el carácter altruista del servicio (dejando totalmente al margen el grado de especialización con el que se haya podido desempeñar), estaría excluyendo su eventual condición de *servicio profesional*. Y es que si el sujeto que lo lleva a cabo no obtiene de él una fuente de ingresos de ningún tipo, tal actividad no podrá constituir el *medio de vida* del que debería depender en realidad su *profesionalidad*.

Por el contrario, la condición de cuidado no profesional debería reservarse para la atención prestada por las personas que integran el entorno social o familiar del dependiente, de forma desinteresada, independientemente de la cualificación que haya recibido el cuidador. Obviamente, al faltar la causa retributiva, entre tal cuidador y el dependiente no puede existir una relación laboral, sino tan solo un tipo de colaboración desinteresada de naturaleza claramente civil.

Pero a la hora de vincular el cuidado profesional con la nota de la retribución, y el cuidado no profesional con su carácter altruista, la redacción literal del artículo 2.6 de la Ley 39/2006, al definir el cuidado profesional, incluye una referencia que parece obstaculizar esta asimilación. Y es que el citado precepto indica que los cuidados profesionales serán «los prestados por una institución pública o entidad, *con y sin ánimo de lucro*, o profesional autónomo (...)». Ahora bien, una primera aproximación al alcance real de este apartado pretende salvar los aparentes obstáculos y seguir manteniendo la asimilación entre cuidado profesional y cuidado retribuido.

Así, es esencial tener presente que, el hecho de que una entidad no persiga ánimo de lucro no excluye necesariamente que participen en contratos con causa cambiaria, y por lo tanto, no le impide prestar determinados servicios de atención al dependiente a cambio de una contraprestación económica. La ausencia de ánimo de lucro de la institución o entidad indica simplemente que tales contraprestaciones económicas no estarán destinadas a integrar el beneficio empresarial ni a ser repartidas entre sus partícipes, sino al mantenimiento de sus instalaciones, al sostenimiento de sus actividades, a la ampliación de sus funciones, etc.

Al mismo tiempo es fundamental tener en cuenta que el deseo del legislador es el de conseguir que en un período breve de tiempo cualquier forma de atención de las personas dependientes, sea profesional o no (o, utilizando otra terminología, bien se realice de modo altruista o en virtud de causa retributiva) se preste siempre por personas específicamente preparadas para ello <sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Deseo que se plasma unas veces de forma directa en el propio texto de la Ley 39/2006, y otras de forma indirecta al regular otras cuestiones. Así, la Ley 39/2006 incorpora en su artículo 36 distintas medidas genéricas destinadas a la «formación y cualificación de profesionales y cuidadores» con el fin de lograr que los servicios enumerados en el artículo 15 de la Ley 39/2006 se lleven a cabo por personas que obtengan la cualificación profesional idónea para ello. En la misma línea, el artículo 18.4 de la Ley 39/2006 hace referencia a la necesidad de promover acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán programas de formación, información y medidas para atender los períodos de descanso». Por su parte, la disposición final tercera del Real Decreto 615/2007 introduce ciertas modificaciones en el Real Decreto 395/2007, por el que se regula el *subsistema de formación profesional para el empleo*, con el fin de asegurar que los cuidadores no profesionales que atiendan a una persona en situación de dependencia pueden participar en dichos programas formativos.

En conclusión, basta una primera aproximación a los distintos problemas que se pueden plantear en la práctica para advertir la enorme utilidad de lo que a primera vista parecía tan solo una mera labor de reflexión teórica. En concreto, recurrir al criterio que considera la «profesionalidad» como «actividad profesional retribuida» y no como «actividad especializada» permite resolver el problema de delimitación de fronteras que va a generar en concreto una de las modalidades del cuidado no profesional contempladas en la Ley 39/2006: «el cuidado no profesional realizado por personas allegadas al entorno del dependiente», que no mantienen con él vínculos familiares. Y es que estas actividades altruistas, solo por la forma en la que se llevan a cabo, van a presentar grandes puntos de identidad con la prestación laboral de servicios.

En definitiva, hay que tener en cuenta que la «especialización» del cuidado prestado no siempre es sinónimo de «actividad retribuida», aunque no se puede negar que la concurrencia de ambas características será la situación más frecuente. Y es que tal y como reconoce expresamente el legislador (art. 2.6 Ley 39/2006) el cuidado especializado se puede prestar tanto por personas como por entidades que actúen con o sin ánimo de lucro. Completando esta idea, tampoco puede obviarse que nada impide que el cuidado recibido en el entorno familiar pueda ser también un cuidado especializado (aunque esto en la práctica constituirá solo una situación excepcional), entendiéndose por tal, aquel prestado por sujetos que previamente han obtenido la formación oportuna a tal efecto. Y es que puede ocurrir que uno de los miembros de una familia decida recibir cierto tipo de especialización esencial con el fin de atender correctamente a un familiar que necesite cuidados específicos.

## II. NATURALEZA JURÍDICA DEL «CUIDADO PROFESIONAL» Y DEL «NO PROFESIONAL»

Socialmente se asocia el cuidado de las personas dependientes con vínculos de familiaridad o amistad, aunque pueden presentarse otras formas de colaboración social, unas veces retribuidas y otras, altruistas y desinteresadas. En este último caso, sea cual sea el lazo afectivo que vincule a una persona que no puede valerse por sí misma con la persona que, de forma no profesionalizada se encarga de su cuidado, constituye 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].

Por el contrario, cuando el cuidado se realiza de forma profesionalizada, es decir, a modo de actividad productiva y con el fin de obtener una contraprestación económica, dicha relación jurídica podrá presentar la forma de un arrendamiento civil de servicios (en los casos en los que el cuidado se realice bien por un profesional autónomo, bien por una entidad dedicada a este tipo de atención), o bien, podrá prestarse en régimen de laboralidad<sup>4</sup>. Y es precisamente esta última posibilidad la que a su vez, plantea nuevos problemas interpretativos.

Y es que con estas medidas, y con el fin de asegurar en todo momento una óptima calidad de vida de la persona dependiente, el legislador pretende que, en todo caso, la atención de la situación de dependencia (tanto si se opta por el cuidado *profesional* como por el *no profesional*) se realice siempre por personas específicamente preparadas para ello.

<sup>4</sup> Así, CUESTA BENJUMEA, C., DONET MONTAGUT, T. y GALIANA GÓMEZ DE CÁDIZ, M. J., ponen de manifiesto que el cuidado de ancianos dependientes en muchas ocasiones se transfiere y paga a cuidadoras, habitualmente extranjeras, que

Jurídicamente nada impide que el cuidador profesional realice sus funciones de atención al dependiente en régimen de dependencia, ajenidad y a cambio de una retribución salarial. En este caso, la otra parte del contrato de trabajo (el cabeza de familia del hogar en el que resida la persona dependiente o el propio dependiente según los casos) no será técnicamente un «empresario» pues no se trata de un titular de una organización productiva, sino simplemente un «empleador» (tal y como contempla el art. 1.1 ET).

El problema se plantea a la hora de determinar si este vínculo laboral que surge entre cuidador y dependiente puede calificarse como constitutivo de una relación laboral ordinaria, o si por el contrario origina una relación laboral especial. Teniendo en cuenta las modalizaciones de la nota de la dependencia consustanciales al trabajo prestado en el interior de un domicilio ajeno, parece lógico sostener que sea esta última opción la más acertada.

En concreto, son dos las posibles relaciones laborales especiales en las que, en un principio, podría encuadrarse el cuidado profesional del dependiente.

Así, podría pensarse que es el artículo 1.4 del Real Decreto 1424/1985 que regula la Relación Laboral Especial de los Empleados de Hogar el que se ve revalorizado en el siglo XXI gracias al reconocimiento jurídico de la figura del «cuidador profesional» del dependiente por la Ley 39/2006. Y es que dicho precepto expresamente indica que el objeto de la relación laboral especial de los empleados de hogar podrá consistir, entre otras funciones, «en el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio».

Teniendo en cuenta que en el Real Decreto 1424/1985 no se especifica la intensidad, tipo o grado de especialización del cuidado que puede realizar un empleado de hogar, ni se exige tampoco que se compatibilice el cuidado con la realización de tareas domésticas, puede afirmarse que jurídicamente no existe ningún obstáculo para entender que la atención profesionalizada que se realiza en el interior del propio domicilio del dependiente pueda constituir al igual que «cualquiera de las tareas domésticas, el cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes», o «los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas» el objeto de una Relación Laboral Especial del Servicio del Hogar Familiar. Por tanto, si se acepta esta interpretación, se llegaría a la conclusión de que los cuidadores profesionales de las personas dependientes que realizan esta actividad por cuenta ajena, tanto si prestan una atención especializada como si se limitan a ofrecer unos cuidados básicos, van a ser los «nuevos» empleados de hogar del estado del bienestar.

Pero calificar el cuidado profesional del dependiente, en los casos en los que se presta a través de un vínculo laboral como una relación laboral especial de empleados de hogar no es la única alternativa posible a la que se debe enfrentar el intérprete. Existe una segunda opción, quizá menos definida, pero posiblemente más acorde con el particular contenido y obligaciones de esta forma de atención personal. Y es que teniendo en cuenta que la lista de relaciones laborales especiales que contiene el artículo 2 del ET no está cerrada, ni se plasma en dicho artículo una lista taxativa, podría

---

asumen la responsabilidad y realización de dichos cuidados. Cfr. «Cuidadoras inmigrantes: características del cuidado que prestan a la dependencia», *Enfermería clínica*, vol. 18, n.º 5, pág. 269.

incluso afirmarse que la Ley 39/2006, haciendo uso de la posibilidad que en abstracto proclama el artículo 2.1 i) del ET, ha creado una nueva relación laboral especial de los cuidadores profesionales de las personas dependientes en su propio domicilio.

A pesar de todo, esta propuesta de interpretación presenta un obstáculo importante. El artículo 2.1 i) del ET indica que será relación laboral especial «cualquier trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral especial por una Ley», y en concreto la Ley 39/2006 no indica *expresamente* en ninguno de sus artículos que el cuidado profesional constituye una nueva relación laboral especial, pero en cambio, en su articulado sí que incluye suficientes peculiaridades como para justificar que este tipo de atención, cuando se presta de forma dependiente y por cuenta ajena, ni constituye una relación laboral ordinaria, ni se ajusta tampoco estrictamente al objeto de una relación laboral especial de empleados de hogar, sino que presenta suficientes elementos de identidad como para considerarla una nueva relación laboral especial totalmente diferenciada de las existentes hasta ahora <sup>5</sup>.

Si se opta por considerar el cuidado profesional por cuenta ajena como objeto de una novedosa relación laboral especial creada de forma tácita por la Ley 39/2006 el problema de interpretación se limitaría entonces a determinar la frontera en la que termina el «servicio doméstico» y comienza el «cuidado profesional». Y es entonces donde debería entrar en juego el factor de la intensidad y especialización del servicio prestado. Por tanto, esta hipotética relación laboral especial del cuidado profesional se reservaría únicamente para los casos en los que la persona atendida es realmente una persona dependiente administrativamente reconocida como tal (y simplemente un niño, un anciano etc., en el que no concurre esta condición de dependiente, en cuyo caso, su atención quedaría reservada a los empleados de hogar) en la que además estas tareas de atención se prestan de forma exclusiva, y no yuxtaponiéndose a las tareas domésticas, en cuyo caso no podría hablarse de un verdadero «cuidador» sino de «servicio doméstico».

Quizá a favor de la existencia de una nueva relación laboral especial de los cuidadores profesionales podría interpretarse la nueva exclusión del ámbito de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar que el Real Decreto 615/2007 incorpora al artículo 3.1 del Decreto 2346/1969. De tal forma, el nuevo apartado d) del citado artículo declara expresamente excluidos del ámbito de aplicación de este régimen especial de la Seguridad Social a «los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de dicha Ley, aunque en uno y otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquella conviva». Y es que con esta exclusión, más que intentar descuadrar la interrelación que hasta ahora existía entre la Relación Laboral Especial de los Empleados de Hogar y el Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar introduciendo excepciones, puede decirse que el legislador tácitamente está reconociendo que tal tipo de servicios no constituyen propiamente el objeto de una relación laboral especial de los empleados de hogar (aunque se desarrollen también en un domicilio particular) sino de una relación laboral especial sui generis y totalmente autónoma de la anterior.

<sup>5</sup> Se podría decir que se ha dado una respuesta similar a la que ofrece la Ley 23/1992, sobre Seguridad Privada, que no califica como relación laboral especial la de los vigilantes y guardas de seguridad, pero en su articulado sí que establece suficientes peculiaridades que hacen difícil considerarla una mera relación laboral ordinaria con especialidades.

Existen diversos factores que complican la decisión al respecto y parecen sustentar que dichas tareas quedan comprendidas en el objeto de la relación laboral especial de los empleados de hogar: y es que entre las distintas funciones que pueden realizar los empleados de hogar, cabe «el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio» (art. 1.4 RD 1424/1985 que regula la Relación Laboral Especial del Servicio del Hogar Familiar) que, por qué no, pueden ser también personas dependientes. Además dicho precepto no exige que dichas funciones se compatibilicen con la realización de *tareas domésticas* para poder calificar al trabajador que las realiza como «empleado de hogar», a diferencia de lo que ocurre con las labores de jardinería, guardería o conducción de vehículos, por lo que técnicamente un empleado de hogar puede dedicarse exclusivamente a la atención de los miembros de la familia.

Al mismo tiempo hay que tener en cuenta que el Acuerdo de Reforma de 13 de julio de 2006, en el que se adelantaban diversas modificaciones en el sistema de Seguridad Social relacionadas con diversos regímenes <sup>6</sup>, también se ocupó de perfilar, al menos a grandes rasgos, los objetivos que deberá perseguir la futura reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar (en adelante REEH) aunque no perfilaba todos sus entresijos. Con el fin de completar estas propuestas, a finales de septiembre de 2007, el Ministerio de Trabajo presentó a los interlocutores sociales un primer borrador de reforma del régimen jurídico de los empleados de hogar (que abordaba conjuntamente la modificación del RD 1424/1985 como del RD 2346/1969) que, a pesar de que por el momento no ha sido objeto de transposición legislativa de ninguna clase, al menos permite intuir cuál podrá ser la regulación futura del servicio doméstico.

Y es precisamente una de las propuestas incluidas en el citado Acuerdo de 13 de julio de 2006 la que introduce un nuevo factor de ambigüedad a la hora de calificar la naturaleza jurídica de la relación que vincula al cuidador profesional con el dependiente o con el cabeza de familia que lo contrata. Literalmente, el Acuerdo de 13 de julio de 2006 preveía que «se establecerán bonificaciones y cursos de formación que permitan la incorporación al Régimen General del trabajo de cuidados realizados en el hogar» <sup>7</sup>, en cuya expresión se ha querido ver una clara referencia a las situaciones de «dependencia». Así las cosas, parece que en el momento de apuntar las líneas básicas que inspirarán la futura reforma, se estaba pensando en los empleados de hogar como verdaderos sujetos activos en la atención de las personas dependientes.

Teniendo esto en cuenta, podría decirse que tal cláusula de dudoso alcance con que el Acuerdo de 13 de julio de 2006 intentaba adelantar el sentido de las reformas que se proponen sobre el REEH, y que posiblemente ha generado expectativas desmesuradas, estaba destinada en realidad a revitalizar el cuidado de las personas en situación de dependencia (forma sui generis de atención de los miembros de la familia) como una de las vertientes que integran el servicio en el hogar familiar,

<sup>6</sup> Tanto es así, que la propuesta de reforma del Régimen Especial de Empleados de Hogar hacía referencia a la necesidad de implantar mecanismos específicos que preparen a este tipo de empleados para hacer frente a las especiales necesidades de atención que precisan las personas dependientes, con el fin, no solo de asegurar un cuidado cualificado (hacia el que claramente se decanta el art. 36 Ley 39/2006) sino también, de mejorar las oportunidades de colocación de los empleados de hogar.

<sup>7</sup> Aunque, dada su ambigua redacción, se puede afirmar que «no tienen la entidad suficiente, en fin, como para permitir un juicio seguro sobre el devenir en un futuro próximo de este Régimen Especial», GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M. A., y RODRÍGUEZ CARDO, I. A., «La estructura del Sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma», *Foro de Seguridad Social*, mayo 2007, pág. 24.

hasta ahora básicamente orientado tan solo a la realización de «tareas domésticas». Y lo hace sugiriendo unas eventuales e indefinidas «bonificaciones» (se entiende que de la cotización que corresponde pagar a la Seguridad Social al cabeza de familia por el empleado que presta servicios en su hogar) con el fin de potenciar que se recurra a trabajadores por cuenta ajena para llevar a cabo el cuidado de las personas dependientes, y prometiendo además que estos sujetos accederán a «cursos de formación» específicos para que en el futuro puedan desempeñar no solo un «cuidado profesional»<sup>8</sup> sino también «cualificado» del dependiente.

En cualquier caso, al modificar el Real Decreto 615/2007 el artículo 1.3 del Decreto 2346/1969 con el fin de excluir del REEH los cuidados profesionales de las personas dependientes, el alcance que parecían tener las prometidas reformas ha quedado sin duda notablemente restringido. Habrá que esperar a que se lleve a cabo el desarrollo normativo de estas bonificaciones en las cotizaciones para poder apreciar si el objetivo final ha sido el de reducir las cotizaciones al REEH o si tal promesa se ha reorientado (tras la exclusión de los cuidadores profesionales del REEH) hacia las bonificaciones en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) en el que le corresponde estar incluidos a los «cuidadores profesionales» de las personas dependientes cuando prestan sus servicios por cuenta ajena.

Ahora bien, dejando al margen las colaboraciones con causa cambiaria, también hay que tener en cuenta que en la atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas ocupa un lugar esencial el cuidado desinteresado de personas allegadas. Para definir la naturaleza jurídica de este «cuidado no profesional» debe partirse de la siguiente apreciación: que no exista una relación laboral ni un arrendamiento civil de servicios no quiere decir que entre el cuidador de hecho y la persona dependiente no haya surgido una relación jurídica; lo que ocurre es que esta quedará referida únicamente al ámbito civil. Desarrollando esta última idea es importante tener en cuenta que en realidad entre el cuidador y el sujeto atendido se ha iniciado una peculiar relación contractual, de naturaleza civil y causa altruista –y que por lo tanto se realiza sin ánimo de obtener retribución económica de ningún tipo por el trabajo prestado (aunque en algunos casos sí se perciba una simple compensación por molestias)–, y que como tal, también origina derechos y obligaciones entre las partes.

Es preciso resaltar que la atención no profesional y desinteresada del dependiente siempre ha existido. De hecho, a lo largo de la historia, e incluso una vez proclamado constitucionalmente el Estado Social, ha sido el entorno familiar el que ha soportado el peso fundamental de la atención del dependiente. Lo que ha hecho el legislador a través de la Ley 39/2006 es, por una parte, definir qué se ha de entender por cuidado no profesional, y por otra, concretar el entramado de derechos y obligaciones que asisten respectivamente a cuidador y dependiente es este tipo de situaciones.

Pero antes de desentrañar la regulación legal del cuidado no profesional de las personas en situación de dependencia es necesario realizar una primera clasificación de los tipos de cuidado no profesional que pueden presentarse en la práctica:

- a) El cuidado no profesional puede estar realizándose en virtud de una mera situación de hecho. Así, esta función de atención se realizará a través de un vínculo de naturaleza extracontrac-

<sup>8</sup> Cuidado «profesional» entendido como cuidado «retribuido».

tual que, aunque genere una relación jurídica entre el cuidador y el dependiente capaz de generar ciertos derechos y obligaciones entre ambos sujetos, en estas no concurren los requisitos que dan origen a un contrato. En concreto, este cuidado no profesional y altruista normalmente se realizará por personas del entorno familiar del dependiente, o vinculadas a él por una relación de amistad <sup>9</sup>.

- b) En cambio, otras veces el cuidado no profesional genera una relación contractual de causa altruista entre los sujetos implicados, que respectivamente han prestado su consentimiento (de forma tácita o expresa) para asumir un concreto entramado de derechos y obligaciones. Y es precisamente a esta última situación a la que se refiere la Ley 39/2006 y el Real Decreto 615/2007 al mencionar el «cuidado no profesional del dependiente».

Para poder apreciar que ha surgido esta forma de cuidado no profesional es preciso que haya recaído resolución administrativa que reconozca expresamente la condición de cuidador de hecho que se solicitaba. Una vez cumplido este requisito, puede decirse que los sujetos implicados asumen unas obligaciones de naturaleza contractual, perfectamente concurrentes y compatibles con los vínculos familiares, amistosos o de vecindad que a su vez legitiman esta solicitud.

Y es que, al hacer depender de la existencia de un cuidador no profesional la percepción por parte de la persona dependiente de una ayuda específicamente destinada a potenciar la autonomía personal y familiar de las personas que no pueden valerse por sí mismas (art. 18 Ley 39/2006), no parece razonable concluir que tal consecuencia se deba vincular tan solo a una mera situación de hecho, sino que parece más apropiado entender que, en el mismo momento en que se solicitaba el reconocimiento administrativo de esta situación de cuidado no profesional con el fin de poder obtener la prestación económica correspondiente, los sujetos implicados estaban tácitamente prestando su consentimiento para iniciar una relación contractual que, sobrepuesta a la relación de familiaridad, amistad o vecindad subyacente, les hace asumir también un conjunto de derechos y obligaciones, específicamente contemplados en el texto de la Ley 39/2006, y destinados principalmente a que la atención del dependiente, en su domicilio y por personas de su entorno se realice de forma eficaz y sin abusos.

Pero, completando la clasificación anterior que diferenciaba dentro del cuidado no profesional el que proviene de mera situación de hecho, de aquel cuidado no profesional que surge en virtud de una relación contractual, es muy importante resaltar que no todas las modalidades de colaboración desinteresada que en la práctica contribuyen a asegurar al dependiente la atención necesaria pueden calificarse como ejemplos del cuidado «no profesional» que la reciente Ley 39/2006 se ocupa de definir.

Normativamente, para poder calificar a una persona como «cuidador no profesional», es preciso que exista una declaración administrativa que, a raíz de una solicitud previa de las personas interesadas, así lo constate. A través de esta declaración se persigue reconocer una serie de derechos a una situación social que por el momento quedaba desprotegida. Pero aunque el legislador, creando el concepto jurídico de «cuidador no profesional», intenta conceptualizar y regular una realidad que has-

<sup>9</sup> Al respecto es necesario tener en cuenta las obligaciones de alimento y cuidado que el CC impone entre los miembros de la familia.

ta ahora solo constituía una «situación de hecho», hay que resaltar que no todas las modalidades a través de las que se presta el cuidado necesario a una persona que no puede valerse por sí misma pueden quedar encuadradas en el estricto concepto de «cuidador no profesional» que contempla la Ley 39/2006, no solo porque en tal norma el cuidado no profesional se prevea como un recurso excepcional (art. 14.4 Ley 39/2006), sino también porque la Ley precisa que exista un reconocimiento administrativo de esta situación para poder generar derechos y obligaciones para ambas partes, y además porque tan solo se puede calificar como «cuidador no profesional» a efectos legales, a un único sujeto, aunque en la práctica puedan ser diversos sujetos los que en mayor o menor medida puedan colaborar en la atención al dependiente.

Por tanto, con esta nueva Ley se produce el reconocimiento administrativo de una situación de custodia de hecho, pero generadora de distintos derechos y obligaciones para ambos sujetos.

Así, entre los derechos más destacados que pueden surgir tras el reconocimiento administrativo de una situación de cuidado no profesional, como más adelante se desarrollará, destaca la posibilidad de que la persona dependiente obtenga una prestación económica con el fin de potenciar su autonomía personal, y de que el cuidador no profesional, si no realiza otra actividad retributiva, pueda suscribir un convenio especial con la Seguridad Social. De la misma forma, en el momento en que se solicita la declaración de la situación de «cuidado no profesional», y a pesar de que se trate de una colaboración altruista, es esencial tener en cuenta que el cuidador asume el deber de atender a la persona dependiente en los mismos términos en los que se comprometió. En virtud de lo anterior, es importante desterrar cualquier pretendida asimilación entre la causa altruista de la labor de atención al dependiente y el carácter discrecional o arbitrario de la ayuda prestada, pues el cuidador no profesional, desde el momento en que administrativamente se le reconoce como tal, asume verdaderamente un compromiso de atención, concreto y exigible, aunque no lo haga movido por una finalidad retributiva, y posiblemente sea esta una de las diferencias más importantes que permiten diferenciar el cuidado no profesional que se realiza en virtud de una simple situación de hecho (donde al cuidador no se le pueden exigir otras obligaciones distintas de las que deriven de los vínculos paterno-filiales), del cuidado no profesional derivado de una relación contractual, de naturaleza civil y causa altruista, regulado por la Ley 39/2006.

Acerca de esta cuestión es necesario tener en cuenta dos circunstancias:

- Aunque la Ley sea estricta precisando que la situación de cuidado no profesional tiene que reconocerse administrativamente para generar los derechos y obligaciones previstos en la Ley 39/2006, y pese a que configura tal función de cuidado no profesional como una figura residual y excepcional, no exige que el sujeto que aparezca como cuidador no profesional deba ser al mismo tiempo tutor o curador de la persona dependiente. Y es que, para poder calificar a una persona como «dependiente» no es preciso en absoluto que esta esté declarada judicialmente incapaz.
- Al mismo tiempo, es preciso hacer hincapié en que la norma simplemente precisa que el cuidado no profesional se realice *en el domicilio del dependiente*, pero dada la redacción literal del artículo 18 de la Ley 39/2006, se infiere que es indiferente el tipo de vínculo jurí-

dico en virtud del cual se ocupe la vivienda, y que nada impide ni exige que cuidador y dependiente residan en el mismo domicilio y al mismo tiempo. Es por lo tanto la noción de residencia habitual del dependiente la que determinará si el cuidado no profesional se realiza o no en el domicilio de la persona dependiente, siendo irrelevante por tanto quién ostente la titularidad jurídica de dicho domicilio, circunstancia que no exige que sea necesariamente el cuidador el que haya de trasladarse a un domicilio ajeno para realizar tal cuidado sino que perfectamente puede reconocerse (de hecho esta será la situación más frecuente) que concurre tal condición en los casos en los que cuidador y dependiente convivan en la misma residencia habitual (cuya titularidad o derecho de uso puede tenerla atribuida indistintamente el cuidador o el dependiente).

Pese a que la referencia al domicilio puede parecer una cuestión obvia, tal dato puede complicar en muchas ocasiones el proceso de delimitación de fronteras entre vínculos afines. Y es que tanto el cuidado no profesional como la atención a personas realizada por empleados de hogar se va a realizar bien en el domicilio del propio dependiente, bien en el del cabeza de familia con que la persona dependiente reside habitualmente. Circunstancia que, unida al dato de que el cuidado que se presta en virtud de una u otra relación jurídica se desarrolla de forma muy similar, complica al máximo la labor de identificación.

### III. TIPOS DE CUIDADO NO PROFESIONAL DE PERSONAS DEPENDIENTES

La razón de ser que inspira la Ley 39/2006 es la de ofrecer a los ciudadanos en situación de dependencia unos recursos y servicios que les garanticen un nivel mínimo de protección<sup>10</sup>. El legislador toma conciencia de que las cada vez más frecuentes situaciones de dependencia ocasionan que sean las familias –y especialmente las mujeres– las que asuman el peso fundamental de su cuidado. Este «apoyo informal» provoca serios obstáculos a las personas que pretenden compatibilizar la atención a un dependiente con su incorporación al mercado de trabajo. De tal forma, creando una red pública y adecuada de recursos y servicios se consigue no solo garantizar una atención óptima del dependiente, sino también evitar los graves inconvenientes que, de hecho, incidían sobre la vida activa de las personas que se encargaban de su cuidado. Ahora bien, al mismo tiempo que el legislador se ocupa de articular los instrumentos necesarios para alcanzar este objetivo, reconoce también ciertos derechos e impone diversas obligaciones a otros sujetos, distintos a la persona dependiente aunque allegados a él: los cuidadores.

Es el artículo 1 del Real Decreto 615/2007 el que, completando el artículo 2.5 de la Ley 39/2006, se ocupa de determinar qué sujetos y bajo qué presupuestos pueden ser calificados como «cuidadores no profesionales». A través de estos preceptos se infiere que existen dos tipos de cuidado no profesional a efectos de la Ley 39/2006: el cuidado no profesional prestado por personas vinculadas al dependiente por lazos de *parentesco* (afinidad o consanguinidad hasta el cuarto grado inclusive); y el cuidado no profesional que llevan a cabo de forma altruista personas *del entorno* del dependiente.

<sup>10</sup> Tal y como se ocupan de resaltar tanto la exposición de motivos como el artículo 1 de la Ley 39/2006.

Así, el artículo 1.1 del citado Real Decreto 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».

Pero además, tal y como contempla el artículo 1.2 del Real Decreto 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 período previo de un año».

Y es precisamente esta segunda figura la que va a suscitar problemas más serios a la hora de diferenciar el «cuidado no profesional» de una relación laboral, pues tal forma de atención no profesional realizada 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, a pesar de que se preste en realidad 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.

Tal como indica el artículo 1 del Real Decreto 615/2007, cuidadores no profesionales solo pueden serlo:

- a) El cónyuge del dependiente o sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado inclusive.
- b) O bien, una persona del entorno del dependiente.

Este amplio abanico de posibilidades plantea el siguiente problema: el carácter altruista del cuidado es fácilmente comprobable cuando el dependiente es atendido dentro de su ámbito familiar, pero curiosamente, al permitir también la Ley de Dependencia que existan cuidadores «del entorno» del dependiente sin relación familiar, determinar el carácter no profesional de dicha actividad resulta en estos casos más problemático.

El «cuidado no profesional» realizado por el cónyuge o parientes del dependiente (art. 1.1 RD 615/2007) no debe confundirse con las obligaciones inherentes a los vínculos de patria potestad que impone el Código Civil <sup>11</sup>. Tal reconocimiento administrativo de la condición de «cuidador no pro-

<sup>11</sup> Y es que la atención a una persona que no puede valerse por sí misma puede entenderse comprendida dentro de la amplia definición con que el artículo 142 del CC regula el «derecho a alimentos», pues este comprende no solo el *sustento, la habitación, vestido*, sino también la *asistencia médica*, y en algunos casos, los gastos de *educación* (143 *in fine* CC).

fesional» únicamente estaría intensificando las obligaciones civiles respecto a uno solo de los sujetos obligados, haciendo recaer sobre el sujeto que reciba la calificación de «cuidador no profesional» una responsabilidad reforzada, pero en ningún caso tiene fuerza suficiente como para liberar al resto de parientes obligados<sup>12</sup>.

Por su parte, el artículo 2.5 de la Ley 39/2006, al prever que los cuidados no profesionales del dependiente se presten por «personas del entorno» de este, está pensando en situaciones excepcionales en las que no existen familiares dedicados a su cuidado, y el dependiente reside en un entorno geográfico que, por sus especiales condiciones sea muy difícil encontrar un cuidado profesional. Y es precisamente esta excepcionalidad la que, completando a este precepto, exige claramente el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007.

Teniendo esto en cuenta, cualquier circunstancia que demuestre que tal cuidado no es residual o excepcional estaría, no ya deslegitimando, como es obvio, que personas allegadas al dependiente participen en su cuidado (situación que sería claramente inconstitucional limitar) sino los efectos jurídicos que dicha forma de cuidado puede generar en beneficio del cuidador no profesional «del entorno» del dependiente según el artículo 18 de la Ley 39/2006 y el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 que lo desarrolla. Así, puede ocurrir:

- a) Que, existan parientes con los que el dependiente haya concertado ya el «compromiso de cuidado», por lo que resulta innecesario recurrir al cuidado de personas del entorno del dependiente.
- b) O bien, que al tener el dependiente su domicilio en un entorno geográfico en el que exista la posibilidad de obtener un cuidado profesional de cualquier índole, y es que en ambos casos se destruye el requisito de la excepcionalidad para que el cuidador no profesional del entorno del dependiente reciba la protección social que prevé la Ley de Dependencia.

En concreto, los principales problemas de identificación no se plantean a la hora de diferenciar el cuidado no profesional prestado por personas *del entorno* del dependiente de una relación laboral ordinaria, sino a la hora de diferenciar este tipo de cuidado del que se puede desempeñar a través de la relación laboral especial de los empleados de hogar.

<sup>12</sup> Es el artículo 143 del CC el que indica que la obligación de alimentos recaen recíprocamente sobre el cónyuge y en los descendientes y ascendientes. En cambio, los hermanos quedan afectados por una obligación mucho más reducida: únicamente deberán prestar la asistencia necesaria para la vida cuando la causa de tal necesidad no sea imputable al alimentista. Debe destacarse además que tal artículo 143 del CC no extiende las obligaciones paterno-filiales hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, y en cambio, el artículo 1.1 del Real Decreto 615/2007 sí permite a este elenco de parientes, aunque no queden afectados por las obligaciones civiles, ser reconocidos como «cuidadores no profesionales» del dependiente, reconocimiento que en ningún caso sirve para exonerar a los parientes afectados por las obligaciones civiles, aunque posiblemente conseguirá en la mayoría de los casos que no sea necesario recurrir a ellos. En el caso de que sean varios los parientes obligados a prestar la atención a una persona dependiente (por ejemplo, varios hijos respecto a uno de sus progenitores), tal obligación debe repartirse proporcionalmente entre ellos (art. 145 CC). Otra cosa diferente es que uno de esos hijos asuma administrativamente la condición de «cuidador no profesional» en ese caso estará asumiendo unas obligaciones reforzadas de atención y cuidado, que se traducen en una responsabilidad cualificada, pero no exime en este caso al resto de hermanos de asumir (por ejemplo, contribuyendo en los gastos económicos que pueda generar la atención del dependiente) sus propias obligaciones paterno-filiales.

Ahora bien, aunque la norma prevea dos tipos de cuidado no profesional (el realizado por familiares y el que llevan a cabo personas del entorno) tales figuras no son compatibles sino excluyentes. Por tanto, a la hora de concretar el tipo de cuidado no profesional recibido, la opción del dependiente ha de ser única y así, en la solicitud de declaración de cuidado de hecho necesariamente ha de especificarse la identidad del sujeto que se compromete a actuar como cuidador no profesional del dependiente y la relación que lo liga a la persona que se compromete a cuidar <sup>13</sup>.

#### IV. COMPATIBILIDADES Y EXCLUSIONES

La Ley 39/2006 y las normas que la desarrollan crean un entramado complejo de derechos y obligaciones que se desprenden de la puesta en práctica de las distintas medidas contempladas en la norma. Al respecto, pueden realizarse diversas consideraciones sobre al menos tres cuestiones esenciales:

- 1.º En principio, no existe ningún precepto ni en la Ley 39/2006 ni en el Real Decreto 615/2007 que establezca la incompatibilidad entre el cuidado profesional y el no profesional de las personas dependientes. Es obvio que en la mayoría de ocasiones, sobre todo cuando se trata de atender a los dependientes más graves, la utilización aislada de una u otra fórmula de cuidado resulta insuficiente.

Otra cosa distinta es que, habida cuenta de que se trata de distribuir recursos escasos, el legislador permita a las Administraciones Autonómicas competentes establecer criterios de prioridad atendiendo a diversas circunstancias, entre las que se podría llegar a concretar el tipo de incompatibilidad entre diversos servicios (profesionales o no) financiados con recursos públicos (art. 14.6 Ley 39/2006).

Pero esta apreciación general debe interpretarse con las debidas reservas, pues es obvio que en el propio texto de la Ley 39/2006, y sin necesidad de que se tengan que imponer nuevas reglas al respecto, aparecen ya ciertas limitaciones inherentes al reconocimiento simultáneo de diversas prestaciones. Así:

- Es evidente que no se podrá reconocer una situación de cuidado no profesional en los casos en los que la persona dependiente esté siendo atendida en régimen de internamiento, precisamente porque este cuidado no profesional perdería su razón de ser <sup>14</sup>.
- Al mismo tiempo, es obvio que ciertas prestaciones económicas son incompatibles con la prestación directa de determinados servicios profesionales, pues la finalidad de la percepción económica en sí es, precisamente, poder acceder al citado servicio profesional.

<sup>13</sup> En concreto, los modelos existentes en las diversas Comunidades Autónomas en el mismo escrito en el que se solicita el reconocimiento del grado de dependencia que afecta a determinado sujeto, se ha de identificar también el nombre de la persona que va a actuar como guardador de hecho.

<sup>14</sup> En este sentido, el artículo 2.5 de la Ley 39/2006 define expresamente como cuidado no profesional «la atención prestada a la persona en situación de dependencia en su domicilio». Por su parte, el artículo 18.1 de la Ley 39/2006 precisa que «excepcionalmente, y cuando el beneficiario está siendo atendido en el entorno familiar...».

Esto es lo que ocurre claramente con la «prestación económica vinculada al servicio» regulada en el artículo 17 de la Ley 39/2006, que se reconocerá «únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado (...)», y por lo tanto, «quedará en todo caso vinculada a la adquisición de un servicio».

En cambio, no se impide expresamente que una situación de cuidado no profesional que dé lugar al reconocimiento de una «prestación económica para cuidados familiares» en los términos previstos en el artículo 18.1 de la Ley 39/2006, se yuxtaponga con la «prestación económica de asistencia personal» prevista en el artículo 19 de la misma norma, y es que en uno y otro caso, la prestación persigue objetivos distintos –aunque ambos, como es lógico, reconducibles a una genérica «promoción de la autonomía de las personas dependientes»–.

- Hay que tener en cuenta que nada obsta a que una persona dependiente se vea atendida en su domicilio por un «cuidador no profesional» reconocido administrativamente como tal, y al mismo tiempo por un empleado de hogar; ni que disfrute simultáneamente de determinados servicios específicos, como puede ser la atención domiciliaria, la teleasistencia, etc., que completen la atención que le dispensa el cuidador no profesional. Lo que sí es imposible es que cuente con dos cuidadores no profesionales reconocidos administrativamente, pues tal condición debe recaer en un único sujeto –a pesar de que infinidad de personas pueden colaborar desinteresadamente en su cuidado–, solo uno de ellos podrá ser el «cuidador no profesional» a efectos jurídicos; tampoco es factible que se reconozca administrativamente la «prestación económica para cuidados en el entorno familiar» (que presupone la existencia de un «cuidador no profesional») en los casos de internamiento, pues expresamente el artículo 18.1 de la Ley 39/2006 indica que esta prestación corresponderá solo «excepcionalmente, cuando el beneficiario esté siendo atendido por su entorno familiar (...)».

2.º Desde otro punto de vista, tampoco existe ningún precepto en la Ley 39/2006 ni en el Real Decreto 615/2007 que exijan que para que se le reconozca a una persona su condición de «cuidador no profesional» de un dependiente, esta deba prestar atención constante al dependiente de forma estrictamente continua, personal e insustituible. Se trata más bien de una declaración de responsabilidad que de concreción exacta de la exclusividad del cuidado. Y es que aunque la Ley 39/2006 guarda silencio en este punto, el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 se ocupa indirectamente de solventar estas dudas.

Así, al ser declarados los cuidadores no profesionales «guardadores de hecho» se entiende que la persona dependiente estará bajo su responsabilidad (compromiso inherente a la relación jurídica que nace entre cuidador y dependiente tras la declaración administrativa), pero nada impide que se contrate a su vez a otro sujeto para que realice labores de cuidado complementarias.

Otra cosa muy distinta es que el Real Decreto 615/2007 exija, para que el convenio especial con la Seguridad Social despliegue sus máximos efectos, que el cuidador no profesional no se encuentre realizando actividad productiva ni en ninguna situación que legitime su alta en la Seguridad Social, y se encargue de la atención al dependiente en régimen de dedica-

ción completa (art. 4.1). Completando esta afirmación, el artículo 28.2 d) la Orden TAS/2865/2003, tras las modificaciones introducidas por la Orden TAS/2632/2007 estima que existe dedicación completa cuando se empleen en la atención al dependiente al menos 40 horas a la semana. Por lo tanto, se intuye que puede recaer el reconocimiento administrativo de «cuidador no profesional» sobre una persona que realiza una actividad profesional, ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial, solo que en esos casos, este concreto cuidador no necesitará (ni en muchos casos tampoco podrá) acceder a las facilidades que le ofrece el convenio especial con la Seguridad Social que regula el Real Decreto 615/2007 y desarrolla la Orden TAS/2632/2007.

- En concreto, el convenio especial con la Seguridad Social solo deberá suscribirse imperativamente en los casos en los que el cuidador no profesional no realice otra actividad productiva que dé lugar a alta en la Seguridad Social (art. 2.1 RD 615/2007). Por lo que tácitamente el propio legislador está reconociendo la compatibilidad de la atención no profesional (reconocida administrativamente) a una persona en situación de dependencia con el ejercicio de actividades profesionales (totalmente al margen de esta laboral de cuidado) por parte del cuidador. Y es que el artículo 2.5 de la Ley 39/2006 al definir el «cuidado no profesional» no exige dedicación absoluta del cuidador a la atención del dependiente. Lo que ocurrirá es que en esos casos el citado cuidador, cuando su atención no alcance la «dedicación completa» ni podrá ni deberá suscribir el convenio especial con la Seguridad Social, salvo para mantener su base de cotización cuando se haya visto obligado a reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución para atender al cuidado de un familiar que no puede valerse por sí mismo (arts. 2.4 y 4.1 RD 615/2007).

Ya que no existe prohibición legal al respecto, puede darse el caso de que un cuidador no profesional reconocido administrativamente como tal, desempeñe, al margen de su labor de cuidado y atención a un familiar que no puede valerse por sí mismo, una actividad retribuida, incluso a tiempo completo, que le reporte un medio de vida, lo único que ocurre es que el cuidador no cumplirá –como es obvio– los requisitos precisos para suscribir el convenio especial con la Seguridad Social.

- Ahora bien, tanto del artículo 2.5 de la Ley 39/2006 como del artículo 1 del Real Decreto 615/2007 se desprende que únicamente se podrá calificar a una persona como «cuidador no profesional» cuando se ocupe del cuidado de un sujeto administrativamente calificado como «persona dependiente». Pero para ello no es necesario ni que el dependiente se encuentre incapacitado judicialmente, ni tampoco que la persona que se ocupe de ofrecerle un «cuidado no profesional» ostente su representación legal.
- Por otra parte, hay que tener en cuenta que puede suscribirse el convenio especial con el fin de conservar la base de cotización anterior a la reducción de jornada cuando el cuidador no profesional ha hecho uso de la posibilidad que permite el artículo 37 del ET y la ley reguladora de las condiciones de los funcionarios, de reducir su jornada de trabajo con disminución proporcional de su sueldo con el fin de atender a una persona que no puede valerse por sí misma.

- De la misma forma, también se puede suscribir un convenio especial con la Seguridad Social que prevea que el cuidado no se va a realizar en régimen de exclusividad durante al menos ocho horas al día, sino a tiempo parcial.

Ahora bien, aunque la norma no lo indique, y a pesar de que nada impide que el sujeto que actúa como «cuidador no profesional» compatibilice su labor de atención al dependiente con el desarrollo de una actividad productiva por cuenta propia o ajena, y aunque para obtener la declaración administrativa de cuidador no se exija expresamente un tiempo mínimo de atención (que sí se exige en cambio para permitir al cuidador para suscribir el convenio especial con la Seguridad Social) es obvio que la actividad profesional del cuidador, aunque sea a jornada completa, no puede exigirle un nivel de dedicación tan intenso que le impida atender correctamente al compromiso de cuidado que adquirió en el mismo momento en el que administrativamente se le declara cuidador de hecho.

Y es que tal declaración administrativa hace surgir un conjunto de derechos y obligaciones para ambas partes implicadas, y entre las obligaciones del cuidador destaca la necesidad de prestar una atención suficiente a la persona que no puede valerse por sí misma, aunque la norma no vincule esta labor a una duración temporal mínima, debe entenderse que el principio de *buena fe* que impregna el desarrollo de todos los derechos y obligaciones surgidos en el seno de cualquier relación jurídica hace necesario que, si el cuidador no profesional decide desarrollar una actividad productiva en el mercado de bienes y servicios, esta no puede tener tal entidad ni dedicarle un nivel de dedicación tan elevado que pueda llevar al cuidador a desatender el compromiso de atención que ha asumido.

### 3.º En último término es esencial resaltar una peculiaridad de la norma:

Se precisa que se reconozca a un cuidador no profesional para que la persona dependiente pueda tener acceso a las ayudas económicas previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006, pero hay que resaltar que el beneficiario de tal prestación económica será únicamente la persona dependiente (art. 18.1 Ley 39/2006). Por tanto, la norma concatena el derecho a obtener la citada prestación con la existencia de un cuidador no profesional pese a que sigue siendo en todo caso la persona que no puede valerse por sí misma la que normativamente aparece como beneficiaria de dicha prestación económica, y es precisamente esta peculiaridad la que genera diversos problemas conceptuales.

No se discute que el espíritu que inspira la Ley 39/2006, tal y como se deduce no solo de la exposición de motivos sino de su propia denominación, es el de fomentar la «autonomía de la persona dependiente», y la mejor manera de lograrlo es hacer al propio dependiente perceptor directo –salvo en los casos en que esté incapacitado judicialmente– de las distintas ayudas económicas a que su particular situación personal puede dar lugar. Pero, a pesar de estas reflexiones, queda por determinar el papel que representa exactamente la prestación económica vinculada al cuidado no profesional.

Y es que si la retribución del servicio resulta ser radicalmente incompatible con su condición de cuidado no profesional, y además es el propio dependiente y no el sujeto que se ocupa de su cuidado (administrativamente reconocido como tal) el que aparece como bene-

ficiario directo de estas ayudas, únicamente se puede interpretar que la prestación económica está destinada tan solo a potenciar que personas allegadas a un dependiente se ocupen de su cuidado. No se puede negar que cualquier aumento de ingresos del dependiente fomenta en la práctica que ciertos sujetos de su entorno asuman este deber de atención pues, puede decirse que, de alguna forma, el cuidador no profesional encargado de la atención constante del dependiente encuentra en que la persona atendida perciba esta prestación pública ciertas ventajas: por una parte, consigue que el dependiente cuente con una mayor fuente de ingresos con la que contribuir a los gastos del hogar familiar –y es que no se discute que la atención de cuidadores no profesionales en muchos casos se presta, no ya en el domicilio del dependiente, sino en un domicilio común en el que conviven cuidador y persona atendida–<sup>15</sup>, y por otra, que el dependiente se vea beneficiado con tal prestación económica puede potenciar que le ofrezca a su cuidador no profesional cierta compensación por molestias que, sin constituir en ningún caso equivalente económico del trabajo prestado, ni llegar a ser la causa que inspira la atención del dependiente, puede servir para premiar o recompensar los desvelos del cuidador. Y lo que es más importante, en muchos casos, tal aportación económica de la que es beneficiario exclusivamente el dependiente, al estar destinada a hacer frente a los gastos familiares, elevando los ingresos, posibilita que una persona allegada al dependiente sacrifique sus oportunidades laborales para poder dedicarse al cuidado de una persona que no puede valerse por sí misma<sup>16</sup>.

Sobre la razón de ser de esta prestación económica cabe resaltar que el artículo 19 de la Ley 39/2006 se ocupa expresamente de precisar que la finalidad concreta de la «prestación económica de asistencia personal» es la de «contribuir a la contratación de una asistencia personal durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo así como a una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida diaria». Por el contrario, el legislador, al regular la «prestación económica para cuidados en el entorno familiar» (art. 18 Ley 39/2006) no la acompaña de la misma justificación.

Cabe entonces imaginar que la prestación económica que percibe el dependiente se invertirá en mejorar la calidad de vida de la unidad familiar, ya sea colaborando en los gastos comunes, recurriendo a un empleado de hogar, u ofreciendo cualquier tipo de «compensación por molestias» a la persona o personas de su entorno familiar o social (y no solo al sujeto reconocido administrativamente como cuidador) que, en la práctica, se ocupan verdaderamente de su atención.

Esta yuxtaposición de exigencias –que exista un cuidador no profesional para obtener prestación económica– parece en sí mismo ser fuente de confusiones. Y es que el cuidador no profesional, ni percibe él mismo la prestación económica (pues el único beneficiario según la Ley 39/2006 es el dependiente) ni, precisamente por su condición de colaborador altruis-

<sup>15</sup> Dado que no es preciso que el cuidador no profesional y el dependiente convivan en el mismo domicilio –sino tan solo que el cuidado se preste en el *domicilio* en el que reside *habitualmente* el dependiente (art. 2.5 Ley 39/2006)–.

<sup>16</sup> Y es que puede decirse que así «de alguna forma se recompensa la labor de cuidado del familiar que se ocupa del dependiente y se suple la pérdida de ingresos provocada por su permanencia al margen del mercado formal de prestación de servicios». Véase VV.AA. (dir. MONTAÑA MELGAR, A.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pág. 155.

ta, persigue con dicha labor obtener a modo de retribución la cantidad que previamente el dependiente ha percibido (pues en caso contrario, tornaría en cambiaria la naturaleza jurídica de la relación contractual que origina el cuidado no profesional, y daría lugar a una modalidad de cuidado estrictamente «profesional»).

## V. ELEMENTOS DIFERENCIADORES ÚTILES EN LA DELIMITACIÓN DE FIGURAS AFINES

La definición de cuidado no profesional que incluye el artículo 2.5 de la Ley 39/2006 debe completarse necesariamente con el desarrollo que realiza el artículo 1 del Real Decreto 615/2007. Interpretando sistemáticamente ambos artículos, se aprecia que son dos los tipos de «cuidado no profesional» que pueden llevarse a cabo en la práctica y que pueden ser objeto de reconocimiento administrativo: el cuidado no profesional realizado por «familiares del dependiente» (art. 1.1 RD 615/2007) y el cuidado no profesional que llevan a cabo «personas del entorno del dependiente» (art. 1.2 RD 615/2007).

Como es obvio, de entre los posibles sujetos que pueden llevar a cabo este cuidado no profesional, no será ni el cónyuge ni los familiares hasta el tercer grado del dependiente los que susciten problemas a la hora de identificar la naturaleza de la relación jurídica que mantienen con el dependiente, pues en la mayor parte de esos casos, la causa gratuita del servicio se presupone [art. 1.3 e) ET], sino que los mayores problemas se suscitarán a la hora de diferenciar el cuidado no profesional prestado por sujetos que no son parientes del dependiente, de las labores que realiza un empleado de hogar que se haga cargo del «cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio», tal y como permite el artículo 1.4 del Real Decreto 1424/1985.

El artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 implícitamente está indicando que son al menos tres los presupuestos que deben concurrir para identificar al «cuidador no profesional» cuando este no es cónyuge ni familiar hasta el *tercer grado por consanguinidad, afinidad o adopción* del dependiente (art. 1.1 RD 615/2007)<sup>17</sup>:

1. Causa *altruista*.
2. Carácter *excepcional*, reconocido administrativamente.
3. A cargo únicamente de una persona *del entorno* del dependiente.

Procede ahora analizar con detalle el verdadero alcance y significado de estos tres requisitos que permiten identificar este específico subtipo del «cuidado no profesional»:

<sup>17</sup> Cabe destacar que el abanico de parientes que pueden llevar a cabo este cuidado no profesional es notablemente más amplio que aquellos a los que afecta la presunción de no laboralidad que contiene el artículo 1.3 e) del ET que únicamente abarca a los parientes «hasta el segundo grado inclusive» que «convivan con el empresario». El artículo 1.1 del Real Decreto 615/2007 permite reconocer administrativamente como cuidadores no profesionales a parientes hasta el «tercer grado», sin exigir en ningún momento que convivan en el domicilio del dependiente.

1. En primer lugar, entre el cuidador y el dependiente no puede mediar un vínculo cambiario, pues en ese caso, tanto si se genera una relación por cuenta ajena o una prestación de servicios por cuenta propia, dicho cuidado perdería el carácter de «no profesional». A la hora de diferenciar el cuidado no profesional que contempla la reciente Ley de Dependencia de la prestación de servicios realizada por un empleado de hogar, puede decirse con certeza que será la causa (altruista o cambiaria) que en cada caso identifica la relación jurídica el elemento que en la práctica actúe como principal criterio identificativo.

Ahora bien, que el cuidador no profesional no pretenda obtener de la atención de una persona en situación de dependencia un *modus vivendi*, no quiere decir que no pueda recibir cierta compensación por las molestias que dicho cuidado le genera; incluso, tal compensación puede consistir en el abono de cierta cantidad económica. Lo que sí hay que tener en cuenta es que dicha «gratificación» no puede desnaturalizarse, es decir, ni por su entidad ni por su periodicidad puede hacer sospechar que se intenta a través de ella encubrir una causa retributiva, a pesar de que los contratantes hayan calificado expresamente esa relación como de «cuidado no profesional».

Sobre este tema, hay que tener en cuenta que la Ley 39/2006, en sus artículos 14.4 y 18.1 contempla la posibilidad de que, bajo determinados presupuestos, las propias personas dependientes, y con la principal finalidad de fomentar su autonomía, perciban una prestación económica de forma periódica «para ser atendidos por cuidadores no profesionales»<sup>18</sup>. Pero, a pesar de lo que a primera vista parece, interpretando conjuntamente tal precepto de la Ley 39/2006 con el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007, se puede advertir que tal prestación económica en favor del dependiente no está destinada a «retribuir» al sujeto que va a realizar el «cuidado no profesional» (que solo pueden ser familiares o personas de su entorno), sino que tan solo pretende fomentar el cuidado no profesional, consiguiendo que el dependiente participe de alguna manera, bien en los gastos comunes del hogar en el que convive, bien simplemente compense la dedicación que le presta una persona de su entorno con la que no existe convivencia, gracias a la prestación que percibe del Estado.

En definitiva, el cuidado no profesional exige en sí mismo y por definición, causa altruista. De tal forma, los supuestos en los que este tipo de atención se pueda prestar por personas no vinculadas al dependiente por vínculos familiares de ninguna clase, son sin duda excepcionales. Posiblemente, en la práctica se trate de una figura que (correctamente interpretada y aplicada) solo ampararía a los cuidadores que mantengan o hayan mantenido alguna clase de relación sentimental o amistosa con el dependiente, o estén ligados a él por claros vínculos de vecindad, pues prácticamente solo en estos casos se podría demostrar la finalidad altruista del cuidador no profesional. En caso contrario, la hipotética causa altruista alegada resultaría sospechosa. Confirma esta apreciación el hecho de que la cantidad la puede percibir el dependiente con el fin de ser atendido por personas de su entorno (arts. 14.4 y 18.1 Ley 39/2006) –tal y como demuestra su escasa entidad– está destinada tan solo a elevar los ingresos del núcleo familiar del que forma parte, y en su caso, a hacer frente a la mera

<sup>18</sup> En concreto, «interesa insistir en que el titular/ beneficiario de dicha prestación es la persona dependiente: el legislador no contempla prestaciones para los cuidadores familiares, ni ha instaurado una nueva modalidad de prestación familiar por dependiente a cargo», VV.AA. (dir. MONTROYA MELGAR, A.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pág. 155.

compensación por molestias que pueda recibir el cuidador, pero nunca podrá retribuir tal cuidado ni por tanto, actuar como equivalente económico de los servicios prestados.

2. En segundo lugar, es fundamental advertir que, si el cuidado no profesional ya en sí es excepcional, y procede solo en los casos en los que no sea adecuado o posible atender al dependiente en un centro especializado, en el cuidado no profesional realizado por personas del entorno, dicha excepcionalidad se intensifica al máximo. Y es que a efectos de la Ley 39/2006 el cuidado no profesional, en principio se ha de realizar por personas ligadas al dependiente por vínculos familiares; y solo en casos excepcionales, podrá prestarse por otros sujetos vinculados al entorno geográfico del dependiente. Por lo tanto, resulta esencial concretar tal excepcionalidad.

Al respecto, el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 requiere implícitamente la concurrencia simultánea de dos factores de los que hace depender tal excepcionalidad <sup>19</sup>:

- 1.º La inexistencia de parientes o al menos, la ausencia de cónyuge o familiares hasta el tercer grado dispuestos a dedicarse al cuidado de la persona dependiente.
- 2.º Y que el ámbito geográfico en el que resida el dependiente haga muy difícil o imposible recibir otras modalidades de atención. Por lo tanto, el cuidado no profesional realizado por personas del entorno del dependiente se convierte en el último recurso al que acudir para lograr la correcta atención de un sujeto que no puede valerse por sí mismo.

Otra cosa muy diferente es que ciertas personas puedan contribuir ocasionalmente al cuidado de una persona dependiente a través de colaboraciones amistosas, benévolas o de buena vecindad [en los términos que señala el art. 1.3 d) ET]. Y es que las colaboraciones excepcionales o esporádicas no podrán dar lugar al reconocimiento administrativo de la condición de «cuidador no profesional» susceptible de generar derechos y obligaciones sobre el cuidador y sobre la persona dependiente en virtud de la Ley 39/2006, ni mucho menos a una relación laboral común ni especial entre ambos sujetos (al no existir ni causa cambiaria, ni una prestación de servicios que se pueda calificar como dependiente ni por cuenta ajena). Por ese motivo, pese a que ciertos parientes se ofrezcan a realizar ciertas tareas ocasionales, tal colaboración no parece tener la entidad suficiente como para entender que no concurre la inexistencia de parientes dispuestos a hacerse cargo de la persona dependiente que exige el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 para justificar la figura del «cuidador no profesional del entorno del dependiente».

Desde otro punto de vista, tampoco basta que una persona allegada del dependiente que no cuenta con parientes dispuestos a atenderlo, preste una colaboración ocasional en su cuidado para poder considerarlo efectivamente un «cuidador no profesional». Y es que, aunque ni el artículo 2.5 de la Ley 39/2006 ni el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 le exijan exclusividad al cuidador, se intuye

<sup>19</sup> Literalmente, el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 dice así: «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 período previo de un año».

que dicha atención debe tener la suficiente intensidad como para entender que el cuidador asume la responsabilidad del cuidado de la persona dependiente. En definitiva, puede decirse que desde el momento en que administrativamente se le reconoce a una persona del entorno del dependiente la condición de cuidador, se habrá iniciado una relación jurídica contractual, tipificada en la Ley 39/2006 y en el Real Decreto 615/2007 y susceptible de generar para ambos sujetos derechos y obligaciones para ambas partes. Y es que, como más adelante se expondrá, la necesidad de un cuidado no profesional puede determinar, por ejemplo, que el dependiente se convierta en perceptor de una prestación del estado con esta finalidad (arts. 14.4 y 18 Ley 39/2006); o bien, puede legitimar que dicho cuidador no profesional suscriba el convenio especial con la Seguridad Social que lo coloque en una situación asimilada al alta en el RGSS. Por el contrario, cualquier otra forma de cuidado realizada de forma esporádica por personas del entorno del dependiente constituye únicamente una modalidad sui generis de trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad excluida expresamente el ámbito del Derecho Laboral [art. 1.3 d) ET]. Por tanto, es cierto que en esos casos se iniciará una relación jurídica entre cuidador y dependiente, posiblemente extracontractual y de carácter civil, pero dicha relación no tendrá la entidad suficiente para generar las repercusiones jurídicas que prevén tanto la Ley 39/2006 como el Real Decreto 615/2007.

Intensificando este requisito de la excepcionalidad, el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007, al perfilar la posibilidad de que el cuidado no profesional de personas dependientes se lleve a cabo por personas del entorno de este no ligadas a él por vínculos familiares, exige que se cuente con el permiso previo de la Administración competente que previamente haya corroborado la excepcionalidad que se alega. Tal reconocimiento administrativo de la excepcionalidad del cuidado prestado por personas del entorno del dependiente se convierte entonces en presupuesto para que tal relación pueda dar lugar primero, a la prestación económica a favor del dependiente con el fin de que pueda ser atendido por cuidadores no profesionales (arts. 14.4 y 18 Ley 39/2006) y en segundo lugar, para que el cuidador no profesional pueda suscribir un convenio especial con la Seguridad Social (art. 1.2 RD 615/2007). Precisamente con el fin de comprobar tal excepcionalidad, en los distintos formularios de solicitud de «declaración de guardador de hecho» creados en cada caso por el organismo autonómico correspondiente, el sujeto que quiera solicitar el reconocimiento de su situación de «cuidador no profesional de una persona dependiente», necesariamente deberá indicar por escrito que dicha persona que encuentra bajo su guarda y cuidado debido a la concurrencia de determinadas razones que ha de argumentar. Y, en el caso de que el cuidado no profesional se pretenda realizar por una persona «del entorno» del dependiente, el solicitante, en esta justificación, también deberá necesariamente mencionar la inexistencia de parientes, o bien, que pese a existir no tienen intención de hacerse cargo del cuidado de un familiar que no puede valerse por sí mismo que justifiquen tal carácter excepcional.

Por medio de este reconocimiento administrativo de la excepcionalidad (y aunque aparezca formulado en el art. 1.2 RD 615/2007 de una manera excesivamente ambigua y poco perfilada) se está intentando introducir un requisito formal objetivo que, por motivos de seguridad jurídica, garantice con la suficiente antelación la identificación concreta del cuidador y permita comprobar la naturaleza excepcional de este tipo peculiar de cuidado no profesional y no familiar de las personas dependientes. Y a falta de otra precisión al respecto, parece que la administración competente habrá de ser la misma que se ocupa con carácter general de actuar en la identificación de situaciones de dependencia: la Administración Autonómica a través de los respectivos Institutos de Acción Social <sup>20</sup>.

<sup>20</sup> En la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por ejemplo, el organismo competente para ello sería el IMAS.

3. El tercer requisito que exige el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 consiste en que el cuidador que, sin ser familiar, se ocupe de la atención de una persona dependiente de manera no profesional debe ser también necesariamente una persona de «su entorno». Y es precisamente la ambigüedad de este concepto la que va a generar en el futuro problemas de interpretación.

Curiosamente, la norma vincula el concepto «entorno» con el «entorno geográfico» del dependiente y no con el «entorno personal» aunque esto último hubiese sido más lógico. Y es que es difícil imaginar, dado que la causa de tal relación jurídica nunca puede ser retributiva, que se pueda recibir un cuidado de esta índole por sujetos con los que el dependiente no mantiene más que una cercanía geográfica. En cambio, en declaración del solicitante, no se exige prueba de ninguna clase que justifique la relación personal que implícitamente se presupone que media entre cuidador no profesional *del entorno* y la persona dependiente, sino que únicamente se ha de demostrar la excepcionalidad de la medida, y la residencia geográfica.

Tampoco es necesario que cuidador y dependiente convivan en el mismo domicilio (como tampoco se exige para justificar que el cuidado no profesional se lleve a cabo por familiares del dependiente); sino que únicamente se precisa que el cuidador resida en el mismo municipio o en un municipio cercano al del dependiente que se ocupa de atender y además, lo haya hecho durante el período previo de un año, y que la labor de atención y cuidado se realice en el propio domicilio del dependiente (art. 2.5 Ley 39/2006).

Teniendo esto en cuenta se puede afirmar que la norma utiliza un concepto de «entorno» (a efectos de delimitar el cuidado no profesional de otras prestaciones de servicios que nacen en virtud de vínculos jurídicos de diversa naturaleza) demasiado estricto, pues lo restringe al de un «entorno» meramente geográfico, con lo que está excluyendo cualquier posibilidad de recurrir a un concepto de «entorno» personal al configurar este tipo excepcional de cuidado no profesional. Al mismo tiempo, al excluir el elemento subjetivo del concepto *entorno* impide descartar a priori las solicitudes de reconocimiento de las labores de cuidado no profesional en las que se sospecha de la gratuidad real de la causa alegada, pues la única exigencia que impone el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 es geográfica.

## VI. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL CUIDADO NO PROFESIONAL

En muchos casos, el peso principal del cuidado de un dependiente recae básicamente sobre una misma persona de su entorno familiar, que se ve obligada a renunciar al desarrollo de sus oportunidades laborales con el fin de atender serias responsabilidades familiares. Si se tiene en cuenta que básicamente son las mujeres las que con mayor frecuencia asumen este tipo de carga familiar, se puede concluir que se produce una situación en la que coexisten diversos inconvenientes, claramente vinculados entre sí: el mayor problema no radica solamente en que el cuidador no haya podido desarrollar una actividad profesional retribuida durante los años de su vida activa en los que se ha encargado de la atención de una persona dependiente, sino que esta situación, además, provocará en el futuro la notable reducción del nivel de protección social que el cuidador de hecho va a percibir a cargo de la Seguridad Social dada la ausencia o insuficiencia de cotizaciones que le permitan optar

a ciertas pensiones contributivas (especialmente, la de jubilación). Y es que el sacrificio de oportunidades laborales y la consecuente desprotección social constituyen situaciones que hasta ahora se presentaban unidas de forma inescindible, como si se tratara de las dos caras de una misma moneda, que el legislador hoy intenta evitar por medio de la Ley 39/2006<sup>21</sup>.

- El cuidado no profesional reconocido por la administración competente genera distintas consecuencias tanto para el cuidador como para el dependiente. Entre las consecuencias más importantes de este reconocimiento administrativo, deben destacarse las siguientes:

Por una parte, permite al dependiente solicitar la prestación económica creada por la citada Ley 39/2006 con el fin de favorecer su autonomía personal y familiar; y por otra, y solo en los casos en los que el cuidador no profesional no realice una actividad retribuida, tal tipo de colaboración altruista le habilita para suscribir el convenio especial con la Seguridad Social.

- A tales efectos, la Orden TAS/2632/2007 modifica la Orden TAS/2865/2003 que regula las distintas situaciones que permiten suscribir un convenio especial con la Seguridad Social. Por medio de esta reforma se pretende responder a los postulados de un Estado Social y evitar que los sujetos que han sacrificado sus oportunidades laborales por atender a una persona que no puede valerse por sí misma, vean también perjudicado con ello su bienestar social.
- Es esencial tener en cuenta que, tal y como indica el artículo 2.1 del Real Decreto 615/2007, suscribir el convenio especial no es una opción para el cuidador sino una *obligación* (aunque quede restringida para situaciones también excepcionales y residuales en las que el sujeto no haya podido obtener cobertura en el sistema de Seguridad Social por ninguna otra vía), que únicamente afectará a *cuidadores no profesionales* (y que por tanto, no obtienen retribución por los cuidados prestados) que además no compatibilicen su labor de atención al dependiente con una actividad productiva relevante ni con su condición de pensionistas.

### a) El vínculo jurídico que media entre el dependiente y el cuidador. Alternativas.

Tal y como se ha expuesto, son diversas las modalidades de colaboración social a través de las cuales se puede prestar la atención de una persona dependiente. Ahora bien, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 39/2006, y en concreto, de la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social que articula el Real Decreto 615/2007, la diferencia de la naturaleza jurídica de la relación en virtud de la cual se realizan los cuidados correspondientes, no tiene por qué traducirse en

<sup>21</sup> En concreto se intenta evitar la falta de cobertura social de los cuidadores de hecho a través de una doble vía de actuación:

- a) Por una parte, ofertando 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.
- b) Al mismo tiempo, se 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). De tal forma, esta posibilidad de cobertura contemplada en la disposición adicional cuarta de la Ley 39/2006 se desarrolla por el Real Decreto 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.

un distinto nivel de protección de las personas que se encargan de la atención del dependiente. Y es que, a partir de ahora, tanto si la labor de cuidado se realiza como «actividad profesional» en virtud de una relación contractual de causa cambiaria (civil o laboral), como por medio de una «colaboración altruista» (derivada de relaciones de familiaridad, amistad o buena vecindad), encontrará acogida en el sistema de Seguridad Social.

## b) Cobertura por distintos regímenes de Seguridad Social.

Son en realidad tres las alternativas de encuadramiento del cuidador del dependiente en el sistema de Seguridad Social, a las que tácitamente está haciendo referencia la disposición adicional tercera del Real Decreto 615/2007 <sup>22</sup>:

- a) El alta en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos (RETA), si se realiza una actividad profesional, por cuenta propia, y con finalidad retributiva.
- b) El alta en el RGSS, si la atención se presta en virtud de una relación laboral común.
- c) O bien, en casos excepcionales, procederá el alta en el RGSS pero a través la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, cuando el cuidador no profesional no se encuentre en una situación profesional que pueda dar lugar a su integración en el sistema de ninguna otra forma, bien por realizar una actividad profesional por cuenta propia o ajena, bien por ser pensionista del sistema o encontrarse en una situación asimilada al alta.
- d) Curiosamente, la disposición final primera del Real Decreto 615/2007 introduce un nuevo apartado d) en el artículo 1.3 del Decreto 2346/1969 que enumera las exclusiones del Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar. En dicho apartado expresamente se excluye del ámbito de aplicación del citado régimen a los cuidados profesionales realizados en el domicilio del dependiente <sup>23</sup>.

Se trata esta de una exclusión curiosa, pues no es fácil a primera vista desentrañar si tiene un carácter constitutivo o meramente ejemplificativo. Es decir, no resulta sencillo valorar si con esta exclusión del REEH el legislador:

<sup>22</sup> Disposición adicional tercera del Real Decreto 615/2007: «Encuadramiento en la Seguridad Social de las personas que prestan cuidados profesionales y servicios de asistencia personal. El encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, los contratados mediante la prestación económica vinculada al servicio regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, así como de los trabajadores dedicados a la asistencia personal a grandes dependientes, en los términos previstos en el artículo 19 de la misma, se registrará por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación».

<sup>23</sup> En concreto, el precepto incluye esta nueva exclusión del REEH con la siguiente redacción: «los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de dicha Ley, aunque en uno y otro caso los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquella conviva».

- a) O bien únicamente está reiterando que no procede el encuadramiento en este régimen especial de la Seguridad Social precisamente porque tampoco cumple dicha relación los requisitos para poder calificarla de relación laboral especial de empleados de hogar (véase *supra*).
- b) O si por el contrario, pese a seguir reconociéndole el carácter de relación laboral especial, se ha optado por diversificar su protección social, posiblemente buscando una cobertura más elevada de la que por el momento reciben los empleados de hogar que cotizan al REEH. Se produciría entonces la paradoja de que un sujeto, que forma parte de una relación laboral especial de empleados de hogar, no queda incluido en el REEH de la Seguridad Social sino en el RGSS por deseo expreso del legislador. La explicación a esta peculiar respuesta podría consistir en que se está buscando unificar la protección de todos los trabajadores por cuenta ajena en el RGSS y, habida cuenta de que se pretende hacer desaparecer progresivamente el REEH (así como el resto de regímenes especiales de Seguridad Social salvo el RETA) con la exclusión expresa de los cuidadores profesionales del REEH se ha dado un primer paso hacia la tan ansiada unificación.

Ahora bien, aunque expresamente el artículo 1.3 del Decreto 2346/1969 indique que no proceda el encuadramiento en el Régimen Especial de Empleados de Hogar del cuidador profesional del dependiente, no se puede discutir tampoco que seguirá siendo un empleado doméstico (precisamente porque tampoco podrá calificársele de «cuidador») aquel que únicamente «participe» en la atención de una persona dependiente que conviva en el domicilio familiar de manera accesoria o complementaria a la realización de las tareas domésticas, cuando estas constituyen el objeto principal de su actividad (situación particularmente frecuente en la práctica).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, resulta obvio que los problemas de identificación de la naturaleza jurídica del vínculo van a repercutir sobre el tipo de régimen de Seguridad Social en el que corresponde encuadrar al cuidador del dependiente. En concreto, las dudas más serias van a surgir a la hora de determinar si se está prestando una forma de cuidado profesional o no, y por tanto, si procede bien suscribir el convenio especial con la Seguridad Social, o dar de alta al cuidador en el RGSS. Basta una primera lectura contrastada de la Ley 39/2006 y del Real Decreto 1424/1985 para poder adelantar que, a raíz de la entrada en vigor de la reciente Ley de Dependencia y de las demás medidas destinadas a asegurar su efectividad se van a suscitar nuevos y serios problemas de delimitación de fronteras entre las relaciones jurídicas antes desconocidas, que define y regula la citada Ley 39/2006 y la Relación Laboral Especial del Servicio en el Hogar Familiar. Al mismo tiempo este problema de identificación va inexorablemente vinculado a la falta de certeza respecto al régimen en el que procede dar alta en la Seguridad Social al concreto cuidador.

Teniendo esto en cuenta, no se puede dejar de señalar que, en el futuro, sería oportuno que el legislador, por motivos de claridad y seguridad jurídica, cuando emprenda las prometidas reformas tanto de la regulación de la Relación Laboral Especial como del Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar, aprovechara también esa oportunidad para dejar profundamente asentados los criterios básicos que permitan diferenciar sin ningún género de ambigüedad al «cuidador no profesional» del «empleado de hogar» cuando entre las funciones de este se encuentra la de prestar cuidado a alguna de las personas que conviven en el hogar familiar.

En concreto serán los cuidadores no profesionales «del entorno» del dependiente los que presenten más puntos de identidad con los empleados de hogar, y los que obligarán al intérprete a realizar un análisis de la relación más cuidadoso con el fin de evitar confusiones, y por tanto, altas indebidas en uno u otro régimen de la Seguridad Social. Por tanto, desde la entrada en vigor de la Ley de Dependencia se va a plantear un nuevo problema de identificación: realizar una diferenciación clara entre el sujeto que desempeña una relación laboral especial de prestación de servicios en el hogar familiar y el cuidador no profesional del entorno de la persona dependiente. Pero resolver esta cuestión puede resultar más sencillo si se tiene en cuenta la siguiente consideración:

Contrastando la definición de *empleado de hogar* que ofrece el artículo 1 del Real Decreto 1424/1985 al regular la Relación Laboral Especial del Servicio en el Hogar Familiar con la noción de *cuidador no profesional* que se puede extraer del artículo 2.5 de la Ley 39/2006 de Dependencia y del artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, se puede apreciar que en el trabajo del cuidador no profesional falta el elemento retributivo que en cambio es imprescindible para que nazca una relación laboral.

Pero además, entre una y otra figura puede destacarse una diferencia muy importante: el cuidador no profesional asume un deber de cuidado y atención del dependiente que, por el contrario, aparece muchísimo más atenuado ante las relaciones laborales especiales de los empleados de hogar. Y es que, por mucho que se le quiera exigir a una persona contratada para atender al dependiente un cumplimiento diligente de sus obligaciones laborales, tal compromiso de cuidado y atención nunca puede ser tan estricto como el que asume el cuidador no profesional reconocido administrativamente como tal.

Así, resulta claro que el cuidado de un dependiente puede dar lugar al encuadramiento del sujeto que presta el servicio en el RGSS (ya que tales funciones han quedado expresamente excluidas del REEH), si tal actividad se realiza de forma «profesional» (o lo que es lo mismo, en virtud de un contrato de causa cambiaria, y por tanto, dando lugar a un trabajo retribuido), o bien, a la suscripción de un convenio especial con la Seguridad Social, si se lleva a cabo un cuidado «no profesional» de la persona en situación de dependencia (y se cumplen los demás requisitos exigidos por la ley para poder concertar este convenio especial).

De tal forma, «el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que convivan en el domicilio» (art. 1.4 RD 1424/1985) será objeto de una prestación laboral cuando dichos servicios prestados en el hogar familiar sean retribuidos, incluso cuando el sujeto a quien se deba cuidar reúna las condiciones para ser considerado una persona dependiente. Por el contrario, cuando no es la causa retributiva la que inspira la prestación de servicios podrá apreciarse que el sujeto que lo presta (pese a no mantener con el dependiente vínculos de familiaridad, y pertenecer simplemente a «su entorno») cumple los requisitos para poder ser considerado un *cuidador no profesional*.

Es por tanto el carácter altruista o retributivo de los cuidados prestados y no el tipo de actividad (que puede ser idéntica) el que determina la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las partes y, aunque genera en ambos casos la obligación de encuadramiento en el RGSS, se hace por caminos diferentes: bien a través del encuadramiento directo del cuidado profesional en el RGSS,

bien por medio de la asimilación al RGSS que se consigue gracias a la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social que desarrolla el Real Decreto 615/2007. Y es que, aunque no se duda que entre el cuidador no profesional y la persona dependiente que se ha de atender existe una relación jurídica susceptible de generar derechos y obligaciones para ambas partes (por ejemplo el encuadramiento en la Seguridad Social del cuidador, art. 2 RD 615/2007), no reúne simultáneamente todos los elementos constitutivos que se precisan para dar lugar a una relación laboral que exige el artículo 1.1 del ET en general y el artículo 1.2 del Real Decreto 1424/1985 sobre el servicio en el hogar familiar, en particular. Por este motivo, dicho cuidado no profesional no podrá nunca encuadrarse dentro del ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, por muy intensa que haya podido ser en los últimos años la vis atractiva con que jueces y tribunales interpretaban las fronteras de la laboralidad. En cambio, esta relación jurídica que surge entre cuidador y cuidado, bien se adecua mejor a los caracteres del trabajo benévolo [excluido del ámbito de aplicación de la legislación laboral por el art. 1.3 d) ET], o bien –desde el momento en que existe un reconocimiento administrativo de la condición de cuidador– generar un nuevo tipo de relación contractual de causa altruista, situaciones que, en ambos casos, quedarán excluidas del orden social y comprendidas dentro del amplísimo ámbito civil <sup>24</sup>.

Ahora bien, no se hace referencia en el citado Acuerdo de reforma a la facilidad de la simulación que subyace en este tipo de actividad. Y es que desde el momento en que la Ley de Dependencia permite el cuidado no profesional de «personas del entorno del dependiente», con las que no existe relación familiar de ninguna clase, se han dejado abiertas las puertas a un fraude de muy difícil o imposible control. El motivo de sospecha radica en que, en la práctica, la motivación altruista por sí sola o la posibilidad de acceder a la protección del RGSS por medio de la suscripción del convenio especial, sin coste ninguno, no parecen motivaciones suficientes para que un sujeto que no mantiene con el dependiente una relación de familiaridad decida hacerse cargo de su cuidado ni puede exigir contraprestación económica por el servicio <sup>25</sup>.

De tal forma, se puede adelantar que a partir de ahora proliferarán los supuestos en los que una relación que verdaderamente es laboral (voluntaria, personal, dependiente, por cuenta ajena y, lo que es más importante, retribuida) se intente hacer pasar desapercibida bajo la forma de «cuidado no profesional», encubriendo tal retribución bajo la forma de simple «compensación por molestias». El objetivo de esta forma de simulación relativa es el de beneficiarse de la amplitud y ambigüedad de la formulación del artículo 18 de la Ley 39/2006 y del artículo 1.2 del Real del Decreto 615/2007 para evitar el alta en el RGSS del sujeto que en realidad está actuando como «cuidador profesional» (y por tanto también del deber de cotización que esto conlleva tanto para el trabajador como para el cabeza de familia) y suscribir en cambio el citado Acuerdo Especial con la Seguridad Social, cuya cotización corre a cargo del Estado.

<sup>24</sup> Relación civil que sirve como detonante de determinados vínculos administrativos, que se inician cuando la persona dependiente se convierte en perceptora de una prestación o ayuda destinada a su cuidado que actúa como requisito imprescindible para que el cuidador no profesional pueda suscribir el convenio especial con la Seguridad Social (art. 2.6 RD 615/2007).

<sup>25</sup> Aunque nada impide que el cuidador no profesional reciba al menos una compensación económica por las molestias que le ha suscitado el cuidado del dependiente, sin dejar de ser un «cuidado no profesional». Posiblemente deba de ser la jurisprudencia la que perfila los límites entre una compensación por molestias que no desvirtúa el carácter de benévolo del trabajo prestado de la verdadera equivalencia económica que determinaría la laboralidad de los servicios prestados.

Para determinar el tipo de cobertura que le corresponde al sujeto dentro del sistema de Seguridad Social es fundamental tener en cuenta dos cuestiones:

- Primero: si se demuestra el carácter no profesional de dicha asistencia, hay que tener en cuenta si al margen de los cuidados a una persona en situación de dependencia, el cuidador realiza alguna actividad profesional retribuida, en virtud de la cual proceda su encuadramiento en alguno de los regímenes de la Seguridad Social. Y es que en ese caso, será en dicho régimen en el que deba encuadrarse al cuidador (art. 2.2 RD 615/2007). Solo si el cuidador no profesional no realiza ninguna actividad que le permita encuadrarse en el sistema de Seguridad Social, deberá suscribir el acuerdo especial con la Seguridad Social.
- Segundo: hay que advertir que el convenio especial con la Seguridad Social solo pueden suscribirlo los «cuidadores no profesionales» por lo tanto es 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).
- Por último, debe resaltarse la posibilidad que existe de suscribir el convenio especial con la Seguridad Social únicamente para elevar la base de cotización cuando el cuidador no profesional se ha visto obligado a reducir su jornada de trabajo, y con ella su retribución, tal y como permite el artículo 37.5 del ET, con el fin de poder atender a la persona dependiente (art. 4.1 RD 615/2007).

## VII. RECAPITULACIÓN DE ASPECTOS ESENCIALES Y SITUACIONES LAGUNOSAS

### a) Concepto legal de «entorno».

Tal y como se ha apuntado, es fácil que una actividad inicialmente calificada como de *cuidado no profesional* y que se realice por personas *del entorno* geográfico del dependiente en realidad esté encubriendo una verdadera relación laboral –normalmente incluso una relación laboral especial de servicio en el hogar familiar–.

En definitiva, y tal y como se ha expuesto en estas líneas, sobre este tipo residual de colaboración no profesional realizada por personas allegadas al dependiente pero que no mantienen con él vínculos de consanguinidad ni afinidad, es imprescindible realizar diversas consideraciones previas:

- El cuidado no profesional solo podrá prestarse de forma excepcional, cuando no sea posible recurrir a otra forma de atención, pues no existen parientes dispuestos a hacerse cargo del cuidado del dependiente, y además se presenta una imposibilidad o gran dificultad de atender al dependiente en centros especializados. Es importante tener en cuenta que no se con-

templa por tanto esta forma de atención como una opción del dependiente sino como una solución residual.

Dicha excepcionalidad tiene que determinarla la administración competente (por el momento la Administración Autonómica encargada de prestar los servicios sociales) e implica la constatación de la concurrencia de dos circunstancias:

1. La ausencia de parientes hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad, o al menos, la ausencia de parientes dispuestos a hacerse cargo del cuidado de la persona dependiente.
2. Tener ubicada la residencia habitual en un entorno geográfico que impida o haga muy difícil el cuidado profesional. Se entiende que, en situaciones en las que por su aislamiento o lejanía dificultan la atención especializada diaria, se entiende que cuando la atención en régimen de internamiento continuado no resulta la opción deseable (pues en esos casos no son relevantes las condiciones de aislamiento o lejanía del domicilio del dependiente pues, una vez internado el dependiente desaparece la necesidad de desplazamiento).

Al mismo, también el sujeto que pretende actuar como cuidador no profesional, sin mantener con el dependiente una relación familiar, debe reunir ciertos requisitos:

El Real Decreto 615/2007 al definir qué sujetos pueden desempeñar este cuidado no profesional y no familiar, se limita a hacer referencia a las personas que, sin mantener con el dependiente vínculos familiares, residen en sus cercanías. Como ya se ha señalado, no se ha optado por recurrir a un concepto de entorno personal o subjetivo (en el que podrían tener acogida amigos del dependiente o personas que mantengan con él lazos afectivos de alguna clase), sino que expresamente se ha incorporado al texto de la norma la referencia geográfica del entorno. Así pues, el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 exige que el cuidador no profesional que no tenga el grado de parentesco señalado «resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el período previo de un año».

De esta exigencia legal pueden extraerse diversas consideraciones:

1. Únicamente se exige que el cuidador no profesional resida «en el municipio del dependiente o en uno vecino», pero aunque resulta obvio que semánticamente *vecino* no quiere decir colindante, tampoco se ha incluido ninguna clase de criterio normativo que permita concretar cuando deja de existir tal vecindad. Y es que ¿debe entenderse que el legislador ha utilizado el término «vecino» como sinónimo de «límitrofe»? Si no es el caso, para entender qué amplitud tiene dicha referencia a la vecindad ¿sirve la misma regla que se utiliza en el artículo 40 del ET para determinar cuándo se ha producido un traslado? Es decir, ¿puede considerarse vecino un municipio simplemente porque atender a las obligaciones asumidas no implica cambio de residencia habitual por parte del cuidador?
2. Cuidador y cuidado deben residir por tanto en lugares cercanos entre sí, como requisito a través del cual, el legislador indirectamente intenta asegurar que este cuidador no profesional vaya a cumplir correctamente las funciones de atención que ha asumido. Pero

este deber de cercanía no llega al extremo de exigir que el cuidador y la persona dependiente que se ocupa de atender deban residir en el mismo domicilio.

3. Aunque no se especifique en el texto del artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 debe entenderse que la residencia deberá demostrarse aportando el correspondiente certificado de empadronamiento tanto de la persona dependiente como del sujeto de su entorno que quiere ocuparse de su cuidado no profesional.
4. La norma precisa que este tipo de cuidador no profesional debe haber residido en el municipio del dependiente o en uno cercano durante el período previo de un año (se entiende que durante el año anterior a la solicitud de reconocimiento de la condición de cuidador no profesional). Pero esta exigencia no es gratuita ni arbitraria, sino un requisito añadido que intenta filtrar las solicitudes de reconocimiento de la condición de cuidador de hecho en las que pueda existir ciertos indicios de fraude. Y es que en muchos de los casos en los que se intente hacer pasar desapercibida una verdadera relación laboral especial de empleados de hogar, encubriéndola bajo la apariencia de un falso cuidado no profesional, no se cumplirá el requisito señalado, pues cuidador y cuidado aunque en el momento de la solicitud puedan residir en el mismo municipio o en uno cercano, posiblemente no lo hayan hecho también durante el período previo de un año.
5. Que se requiera a personas del entorno geográfico del dependiente para que actúen como cuidadores no profesionales, no impide que entre el cuidador y el dependiente exista también una relación personal subyacente a la cercanía de residencia. Y es que es difícil imaginar situaciones en las que una persona pueda llegar a asumir de forma desinteresada el cuidado de otra cuando no existen vínculos familiares, si previamente no existían antes vínculos sentimentales o afectivos.
6. Por último, hay que tener en cuenta que si la excepcionalidad que caracteriza al cuidado no profesional realizado por personas del entorno del dependiente presupone que en el ámbito geográfico en el que reside el dependiente, por diversos motivos, recurrir a otro tipo de cuidados resulte muy difícil o imposible. El municipio en el que resida el dependiente, además de ser el mismo o cercano al de su cuidador, debe estar caracterizado por la insuficiencia de recursos públicos o privados, la despoblación, aislamiento, lejanía, o en definitiva, cualquier circunstancia geográfica que permita concluir que recurrir a un cuidado no profesional realizado por una persona del entorno del dependiente resulta la opción más adecuada.

## **b) Verdadero alcance del convenio especial con la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales.**

Es habitual que el cuidado de una persona dependiente –sobre todo en los casos en los que por su situación particular, precisa atención constante– exija la colaboración de diversos sujetos que, bien de forma simultánea o sucesiva en el tiempo, unas veces a cambio de una retribución económica expresa y otras, movidos simplemente por vínculos de familiaridad o amistad, se ocupen de prestar la atención que precisa una persona que no puede valerse por sí misma. Pero no todas estas participaciones humanas

generan vínculos jurídicos de la misma intensidad. Y desde luego, no todas ellas quedan contempladas por la Ley 39/2006. Ahora bien, tal «excepcionalidad» no impide en modo alguno que otros sujetos allegados al dependiente, decidan libre y desinteresadamente realizar ciertas actividades de atención y cuidado del dependiente, en concurrencia o no con sus familiares, e independientemente de las características del entorno geográfico en el que resida el dependiente. Lo que ocurrirá es que en esos casos, la figura del cuidador no profesional no recibirá el tratamiento legal previsto en el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 ni generará las consecuencias previstas en el artículo 18 de la Ley 39/2006.

Pero es importante tener en cuenta que, en la práctica, la intimidad que proporciona el domicilio familiar y las dificultades de protección y control que ello implica, posiblemente haga que prosperen las situaciones de simulación relacionadas con el cuidado no familiar. Se habrá producido así un supuesto complejo de huida ilícita del Derecho del Trabajo, calificando como cuidado no profesional (con el fin permitir a un sujeto percibir cantidades retributivas que no se declaran) una prestación de servicios que en realidad tiene una contundente causa cambiaria. Además, paradójicamente, este tipo de simulación será el único de entre las variadas situaciones en las que en la práctica se encubre una verdadera relación laboral bajo la fórmula de una colaboración altruista, en el que el sujeto quedará siempre integrado en el Régimen General de la Seguridad Social (en unos casos por alta directa al RGSS como trabajador, y en otros, tras suscribir el convenio especial con la Seguridad Social, cuando actúa como «cuidador no profesional»).

Pero aunque la simulación a través de la que se pretenda encubrir una verdadera relación laboral será la situación más frecuente, también hay que advertir que existen otras situaciones, en las que pese a que concurra sin duda una causa altruista, la actividad del cuidador no reúne tampoco requisitos suficientes como para poder calificarla de «cuidado no profesional» a efectos del Real Decreto 615/2007, y por ese motivo, tampoco habilitaría al sujeto a suscribir un convenio especial con la Seguridad Social.

Hasta ahora, si el sujeto que prestaba el servicio de atención a un dependiente no realizaba ninguna otra actividad productiva, quedaba fuera de ámbito protector de la Seguridad Social, pues no resultaba posible encuadrarlo ni asimilarlo ni dentro del RGSS ni en cualquiera de los regímenes especiales. En cambio, desde la entrada en vigor del Real Decreto 615/2007 el cuidador no profesional quedará comprendido dentro del ámbito de cobertura del sistema de Seguridad Social al concertar el convenio especial con la Seguridad Social que consigue la asimilación al RGSS<sup>26</sup>. Pese a todo, y a modo de conclusión, es preciso advertir que existen diversas situaciones en las que se lleva a cabo una labor de atención a una persona dependiente en las que no cabe suscribir el convenio especial con la Seguridad Social al que se ha hecho referencia:

- a) Puede haberse prestado una colaboración amistosa, benévola o de buena vecindad, y por lo tanto, aunque se genere una relación jurídica entre ambos sujetos, esta tiene causa altruista. No se discute en este caso que dicha colaboración no permite suscribir el convenio especial con la Seguridad Social, porque aunque se mantenga la causa altruista, no siempre se cumple el presupuesto de la excepcionalidad que el artículo 1.2 del Real Decreto 615/2007 (completando así el art. 2.5 Ley 39/2006) califica como necesario para considerar este tipo

<sup>26</sup> En concreto, este convenio especial que desarrolla el Real Decreto 615/2007 colocaría al cuidador en una situación asimilada al alta a través de la que quedaría incluido obligatoriamente en el RGSS (Orden TAS/2632/2007).

de colaboración graciable como un verdadero «cuidado no profesional». Al mismo tiempo, para que un cuidador no profesional pueda suscribir el convenio especial con la Seguridad Social necesita que administrativamente se le reconozca tal situación, y por tanto, no basta con alegar que se viene ocupando del cuidado y atención de una persona dependiente para poder beneficiarse de esta nuevo nivel de protección. Y es que es fundamental tener en cuenta que no todos los cuidadores de personas dependientes que prestan un servicio de forma altruista reúnen las condiciones necesarias para poder suscribir el convenio especial con la Seguridad Social. Pese a todo, tampoco se puede olvidar que, en dicho trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad, al faltar la nota de la retribución, faltaría también uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo [art. 1.3 d) ET] que permitiría al sujeto encuadrarse bien en el RGSS, bien en el REEH.

- b) Para descubrir formas atípicas de simulación, deben analizarse todos los datos del caso para determinar si la colaboración que presta el cuidador es realmente «no profesional»; o si por el contrario, por medio de una aparente colaboración altruista se encubre un contrato cambiario, en el cual, bajo la forma de una mera «compensación por molestias» se está abonando realmente una auténtica contraprestación monetaria, que convierte la atención del dependiente en un servicio profesionalizado. En tal caso, el cuidador debe encontrarse necesariamente encuadrado en uno de los regímenes de la Seguridad Social (RGSS, RETA, y excepcionalmente incluso REEH, si tal cuidado es simplemente complementario a las tareas domésticas), pero no en virtud de la suscripción del citado convenio especial (al que únicamente se puede acudir ante situaciones excepcionales para evitar la total desprotección del cuidador).

### c) Régimen sancionador imputable a esta forma de simulación.

Es cierto que la propia Ley 39/2006 prevé su propio régimen sancionador con el fin de disuadir cualquier forma de fraude que pretenda desnaturalizar estas garantías, y para ello tipifica como infracciones (leves, graves o muy graves) ciertos comportamientos de los sujetos destinados a obtener abusivamente los derechos que reconoce dicha norma a favor de las personas dependientes<sup>27</sup>.

Ahora bien, y a pesar de que el artículo 43 d) de la citada Ley 39/2006 considera infracción «aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan, y recibir ayudas, en especie o económicas, incompatibles con las quitaciones establecidas en la presente ley», puede afirmarse que, en los casos en que la ayuda económica que tiene reconocida la persona dependiente se utilice para retribuir una labor de atención y cuidado de causa cambiaria, fingiendo un cuidado no profesional realizado por personas del entorno del dependiente que en realidad no existe, tal conducta estaría sobrepasando la estricta tipificación del artículo 43 de la Ley 39/2006, y podría considerarse ya una auténtica *infracción laboral grave* en materia de relaciones laborales tal y como dispone el artículo 7.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS):

<sup>27</sup> Sobre las infracciones tipificadas en la Ley 39/2009, *in extenso*, véase VV.AA. (dir. MONTROYA MELGAR, A.), *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pág. 191. También SANCHEZ TRIGUEROS, C. y GONZÁLEZ DÍAZ, F., realizan un análisis minucioso de esta cuestión en «Sobre las infracciones y sanciones (estatales o autonómicas) en materia de dependencia», *Aranzadi Social*, n.º 1, 2008 (bib 2008/499).

«La transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales, contratos de duración determinada y temporales, mediante su utilización en fraude de ley o respecto a personas, finalidades, supuestos y límites temporales distintos de los previstos legal, reglamentariamente, o mediante convenio colectivo cuando dichos extremos puedan ser determinados por la negociación colectiva».

Tal y como se aprecia, el artículo 7.2 de la LISOS sanciona incumplimientos empresariales variados, pero todos ellos relacionados con la vulneración de la modalidad de contrato de trabajo. Por tanto, quedarían comprendidos en su amplio supuesto de hecho comportamientos muy diferentes, entre los que sin duda, debe encuadrarse cualquier forma de «simulación».

Al respecto, debe destacarse que, como en cualquier otra forma de simulación, también cuando se haya encubierto una prestación laboral bajo la forma de atención no profesional realizada por personas del entorno del dependiente, y a pesar de que para llevar a cabo dicha simulación, de alguna manera hayan tenido que participar simultáneamente cuidador y dependiente, únicamente será sancionable la conducta del dependiente (que en este caso estaría actuando como empleador), pues, a efectos de la LISOS, se le considera el sujeto desencadenante de la utilización abusiva de la modalidad contractual.

Resulta necesario resaltar no solo que, ante un caso de laboralidad encubierta, en virtud del principio *ne bis in idem*, las sanciones que prevé la Ley 39/2006 y las enumeradas en la LISOS son radicalmente incompatibles entre sí, sino también que el tipo de sanción que procede es tremendamente diferente dependiendo de si se ha cometido una de las infracciones tipificada en la Ley de Dependencia o en la LISOS.

Así, las sanciones previstas con carácter general en el artículo 40.1 de la LISOS para las *infracciones graves* son de «multa, en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros».

En cambio, las sanciones previstas en el artículo 45 de la Ley 39/2006 tienen una entidad infinitamente mayor, pues junto a la pérdida de la subvención o prestación (art. 45.1 Ley 39/2006), dan lugar a la imposición de una multa:

De tal forma, según dispone el artículo 45.3 de la Ley 39/2006 se impondrá «Por infracción leve, multa hasta de 300 euros para los cuidadores y hasta 30.000 euros a los proveedores de servicios; por infracción grave, multa de 300 a 3.000 euros a los cuidadores y de 30.001 a 90.000 a los proveedores de servicios; y por infracción muy grave, multa de 3.001 a 6.000 euros a los cuidadores y de 90.001 hasta un máximo de un millón de euros a los proveedores de servicios».

Al mismo tiempo, es importante hacer hincapié sobre la distinta consideración de sujeto responsable a efectos de la Ley de Dependencia y a efectos de la LISOS.

Según la Ley de Dependencia tendrán también la consideración de autores «quienes cooperen en su ejecución mediante una acción u omisión sin la cual la infracción no hubiese podido llevarse a cabo» (art. 42.3 Ley 39/2006) y sin duda, para perfeccionar un supuesto de falso *cuidado no profesional* han intervenido tanto el dependiente como la persona que formalmente aparece como su cuidador.

Por tanto, si se considerara una infracción exclusivamente en materia de dependencia encubrir una relación laboral bajo la apariencia jurídica de falso cuidado no profesional (pues sin duda para lograr este resultado se han tenido que «aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan»), tanto cuidador como dependiente estarían incurriendo en una infracción administrativa y ambas conductas serían sancionables de forma independiente. En cambio, como parece más razonable, si se estima que tal conducta ha trascendido del ámbito de la Ley 39/2006 y ha pasado a integrar el supuesto de hecho del artículo 7.2 de la LISOS; solo sería sancionable la conducta del sujeto que en el caso concreto actúa como «empleador», y no la conducta del aparente cuidador, que como verdadero trabajador dependiente y por cuenta ajena, se ha visto obligado a aceptar las condiciones contractuales que le compelia a aceptar el contratante más fuerte.

En definitiva, también en el ámbito de los aparentes trabajos altruistas o familiares, la utilización abusiva de la modalidad contractual en fraude de ley, además de generar las consecuencias generales previstas con carácter general en los artículos 6.4 del Código Civil (fraude de ley) y 1.274 del Código Civil (simulación), y en particular en el ámbito laboral, en los artículos 9.2 del ET (nulidad parcial del contrato de trabajo) y 15.3 del ET (presunción de contrato indefinido), dará lugar a la imposición de una sanción administrativa <sup>28</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

En definitiva, la labor de atención y cuidado a personas que no pueden valerse por sí mismas va a generar un complejo entramado de relaciones personales, que en ocasiones despliegan determinadas consecuencias jurídicas. La labor del intérprete consiste en determinar con precisión cuál es la naturaleza jurídica real del vínculo que liga a las partes, con el fin de poder aplicar correctamente la norma que proceda en cada caso y ofrecer a cada tipo de cuidador el nivel de protección que para cada situación ha previsto nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, es preciso resaltar que la calificación que parece muy sencilla en el plano teórico, resulta en la práctica extremadamente compleja. Y es que las diferencias entre diversos tipos de cuidado en virtud de la que se debe proceder a determinar su naturaleza jurídica, son muchas veces simples diferencias de matiz que complican el proceso de identificación hasta límites insospechados y permiten que prosperen nuevas formas de simulación, antes desconocidas.

<sup>28</sup> Sanción que en concreto consistirá en una multa, cuya cuantía oscilará, para las sanciones graves, «en su grado mínimo, de 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros» (art. 40.1 LISOS).