

# EN LAS FRONTERAS DEL CONTRATO DE TRABAJO: EL CUIDADOR NO PROFESIONAL DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

**JUAN MANUEL SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ**

*Consejero Técnico de la Dirección General de la Inspección de  
Trabajo y Seguridad Social*

Este trabajo ha obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2008** en la modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: don Luis Enrique DE LA VILLA GIL, doña Teresa Díez MERIEL, don Ignacio GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA, doña Lourdes LÓPEZ CUMBRE y doña Rosa María VIROLÉS PIÑOL.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

## **Extracto:**

**EL** cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia aparece en la Ley 39/2006 y sus normas complementarias como una figura marginal frente al conjunto de servicios realizados por el personal profesionalizado. Sin embargo, en el presente estudio se destaca su importante función social, se describen las prestaciones que recibe del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y se analizan los elementos que configuran su labor que, situada al margen de la relación laboral, se puede calificar como «paralaboral», clasificada en unos casos dentro del ámbito propio del Derecho de Familia y en otros como una relación civil contractual atípica o innominada.

**Palabras clave:** dependencia, cuidadores no profesionales, sistema para la autonomía y atención a la dependencia (SAAD), trabajos familiares y trabajos amistosos.

# Sumario

- I. Introducción.
  
- II. Análisis de la Ley 39/2006.
  - A. Motivaciones de la Ley.
  - B. Principales características legales.
  - C. El cuidador en el Sistema de la Seguridad Social.
  
- III. El cuidador no profesional.
  - A. Importancia y perfil social.
  - B. Delimitación jurídica.
  - C. Distinción con otras figuras afines.
  - D. La pretendida excepcionalidad del cuidador no profesional.
  - E. La Seguridad Social del cuidador no profesional.
  
- IV. Naturaleza jurídica de la relación del cuidador no profesional.
  - A. Determinación de las partes de la relación.
  - B. Exclusión de la laboralidad.
  - C. Naturaleza jurídica de la relación.
  
- V. Conclusiones.

*«El Derecho del Trabajo permite  
percibir de manera privilegiada la  
unidad fundamental del Derecho»  
LYON-CAEN*

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los estudios más frecuentes entre las materias propias del Derecho del Trabajo es el relativo a la determinación del ámbito subjetivo de la relación laboral. Según MARTÍN VALVERDE <sup>1</sup> «la delimitación y fijación de las fronteras del contrato de trabajo es una ardua y muy importante labor, que aparece y desaparece una y otra vez en la agenda de los laboristas».

Aunque ha evolucionado a través de las diversas modificaciones legislativas o la consolidación de criterios jurisprudenciales, no ha dejado nunca de existir una zona gris, fronteriza principalmente con las materias propias del Derecho Civil y del Mercantil, pero también con el Administrativo. «En todo caso no existe una regla cerrada capaz de realizar la difícil delimitación. Solo una pormenorización caso por caso, con disección de las circunstancias en él concurrentes, podrá mostrar si allí se dan las notas de la laboralidad, es decir, libertad, ajenidad, remunerabilidad y que el trabajo se pres- te bajo el ámbito organizativo y rector del empresario y sometido a su poder de dirección» (GARCÍA PIQUERAS <sup>2</sup>).

Por otro lado, la extensión tuitiva del Derecho del Trabajo se ha aplicado a nuevas realidades que inicialmente eran ajenas a su ámbito, y sobre las cuales la mentalidad social contemporánea ha exigido una regulación específica dentro de la cual podríamos incluir, por ejemplo, los Estatutos del Voluntariado (Ley 6/1996), del Cooperante (Ley 23/1998) o del Personal Investigador en formación (RD 63/2006). A ello hay que añadir, como señala TOLOSA TRIVIÑO <sup>3</sup>, que «frente a la clásica dualidad trabajo por cuenta ajena trabajo autónomo o por cuenta propia se ha venido produciendo un acortamiento de distancias entre ambas figuras en determinadas prestaciones marcadas por los nuevos modos de prestar el trabajo, por lo que algún sector doctrinal venía defendiendo la posibilidad de crear una nueva relación laboral de carácter especial que, sin asimilar estos trabajadores a los dependientes, contemple sus particularidades. Nos encontramos así con la figura de los "cuasi-asalariados", "falsos autónomos", "semiautónomos" o "empresarios subordinados", entre otras califica-

<sup>1</sup> Antonio MARTÍN VALVERDE. Ponencia: «Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia actual (1980-2001)». Congreso de Magistrados de lo Social sobre «El futuro de la jurisdicción social». Murcia, octubre 2006, pág. 2 (Hay separata editada por el Consejo General del Poder Judicial, 2007).

<sup>2</sup> Manuel GARCÍA PIQUERAS. *En las fronteras del Derecho del Trabajo*. Ed. Comares. Granada 1999, pág. 25.

<sup>3</sup> César TOLOSA TRIVIÑO. «Comentarios a la Ley 20/2007, del Estatuto del Trabajo Autónomo». *Información Laboral Jurisprudencia* n.º 8/2007. Ed. Lex Nova, pág. 4.

ciones, a los que, pese a limitárseles la aplicación del Derecho del Trabajo, era necesario garantizarles una protección equivalente a la que disfrutaban los trabajadores por cuenta ajena, tanto en los aspectos propios de la contratación como en los relativos a la protección social».

Para englobar estas zonas fronterizas con los límites clásicos del Derecho del Trabajo, se ha acuñado el término de la «paralaboralidad<sup>4</sup>», que de un modo muy amplio abarca las relaciones de trabajo con título distinto al contrato de trabajo pero a las que la legislación otorga algún tipo de protección social (por ejemplo, en materia de Seguridad Social o de prevención de riesgos laborales).

En este panorama de la paralaboralidad, de zonas grises, fronterizas, ambiguas y afines, aparece la nueva figura del cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre (BOE del 15) de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia, en adelante LD, norma que «supone un paso fundamental para responder al reto de las personas en situación de dependencia y es un reflejo de los nuevos desafíos con que se enfrentan los sistemas maduros de protección social» (RODRÍGUEZ-PIÑERO<sup>5</sup>). Durante el siglo XX, el desarrollo y perfeccionamiento del Sistema de la Seguridad Social ha sido uno de los principales aspectos, si no el más importante, de la política social del Estado de Bienestar; el siglo XXI está llamado a contemplar, en el ámbito de los países de nuestro entorno cultural muy globalizado, el gran desafío social de la implantación y el perfeccionamiento de la atención a las personas dependientes.

## II. ANÁLISIS DE LA LEY 39/2006

No es propósito de este estudio profundizar en todos los aspectos de la LD, sino solamente en los relacionados con los cuidadores no profesionales; sin embargo, para encuadrarlos debidamente, es preciso destacar algunas líneas básicas de la Ley, dejando al margen otros temas importantes.

### A. Motivaciones de la Ley.

#### 1. La evolución demográfica y social.

«Un Estado avanzado no puede tratar como objetos a quienes, por sus propias limitaciones, se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, sino que ha de respetar tanto su condición de personas cuanto los derechos inherentes a ella; no se trata solo de la dignidad de la persona, sino también del ejercicio de los derechos inviolables que le son inherentes» (SEMPERE NAVARRO<sup>6</sup>). La LD ha esta-

<sup>4</sup> El término «paralaboralidad», aunque muy escasamente utilizado por la doctrina, y todavía nunca por la jurisprudencia, ha tenido acogida en el BOE a través de una vía tan peculiar como es el programa de acceso a la categoría de Magistrado especialista en el orden jurisdiccional social (Acuerdo de 23 de noviembre de 2005 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, BOE 9 de diciembre de 2005).

<sup>5</sup> Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO: «La protección social de la dependencia». *Relaciones Laborales* n.º 23-24/2006, pág. 109.

<sup>6</sup> Antonio V. SEMPERE NAVARRO. «Antecedentes y estructura de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre "de dependencia"». *Aranzadi Social* n.º 17/2006. BIB 2006/1829.

do precedida por importantes estudios a nivel nacional e internacional, informes parlamentarios y acuerdos con los agentes sociales, por lo que MONTOYA MELGAR <sup>7</sup> manifiesta que es «una muestra más de la llamada legislación negociada, cuyo fundamento se encuentra en el diálogo social».

El Estudio Económico y Social Mundial 2007 de las Naciones Unidas <sup>8</sup> destaca que «la distribución por edades de la población mundial está pasando por una profunda transformación. A medida que la mortalidad y la fertilidad han ido descendiendo, la distribución por edades se ha ido modificando gradualmente en favor de las más avanzadas. Todas las regiones del mundo están experimentando ese cambio». Por lo que respecta a España, según la exposición de motivos de la LD, «los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. Por una parte, es necesario considerar el importante crecimiento de la población de más de 65 años, que se ha duplicado en los últimos 30 años, para pasar de 3,3 millones de personas en 1970 (un 9,7% de la población total) a más de 6,6 millones en 2000 (16,6%). A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado "envejecimiento del envejecimiento", es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años, que se ha duplicado en solo veinte años». Según la misma exposición de motivos, el 32% de los mayores de 65 años tienen algún tipo de discapacidad, siendo el 5% para el resto de la población; es de señalar que la dependencia no motivada por razones de edad está también en incremento por la tasa de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas, y por las consecuencias de la siniestralidad vial y laboral.

Pero junto a los cambios demográficos hay que considerar los cambios sociológicos en las estructuras familiares y en el papel de la mujer en la sociedad. Tradicionalmente han sido las familias, y en especial las mujeres, las que han asumido el cuidado de los dependientes, pero los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo hacen imprescindible una revisión para asegurar la adecuada atención a las personas necesitadas de apoyo. Según el Libro Blanco de la Dependencia <sup>9</sup>, la transformación del modelo de familia se caracteriza por las siguientes notas: a) Desaparición de la familia extensa; España cuenta con una de las tasas de fecundidad más bajas del mundo (1,2 hijos por mujer). b) Pérdida de estabilidad de la institución familiar. c) Retraso en la edad del matrimonio. d) Movilidad y consiguiente separación geográfica. e) Incremento de las familias monoparentales. f) Aumento con tendencia al alza de hogares unipersonales. g) Uniones de hecho. h) Democratización de las relaciones entre los miembros del hogar. i) Retraso en la independencia de los hijos. j) Incorporación de emigrantes y formación de familias mestizas. k) Tamaño reducido de las viviendas.

## 2. El nuevo riesgo social de la dependencia.

Las situaciones de dependencia han existido en todos los momentos de la historia, siendo atendidas con la sensibilidad social y con los medios materiales e institucionales disponibles en cada momen-

<sup>7</sup> Alfredo MONTOYA MELGAR: «Las situaciones de dependencia personal: políticas y normas». En *La protección de las personas dependientes. Comentarios a la Ley 39/2006*. VV.AA. (Coord. Alfredo MONTOYA MELGAR), pág. 22. En este estudio, y en el anteriormente indicado de SEMPERE NAVARRO se mencionan los antecedentes de la LD.

<sup>8</sup> Naciones Unidas. Consejo Económico y Social. «Estudio Económico y Social Mundial 2007: el desarrollo en un mundo que envejece». Ginebra. Documento E/2007/50 del período de sesiones 2-27 julio 2007, pág. 3.

<sup>9</sup> Libro Blanco de la Dependencia. Su título completo es *Atención a las personas en situación de dependencia en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. IMSERSO, Madrid 2005, pág. 175 y ss.

to; ante todo, por la familia tradicional y por su entorno, completándose o supliéndose en su defecto, por las instituciones de beneficencia, y posteriormente por el aseguramiento privado o mutualista, culminando con la protección de la Seguridad Social, si bien con un enfoque meramente económico.

Pero, «a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de las situaciones de incapacidad protegidas por la Seguridad Social, que se definen en orden a su incidencia sobre la capacidad laboral del que las padece, la situación de dependencia regulada en la LD atiende a otros parámetros: hay dependencia cuando la persona afectada por la incapacidad deja de ser autónoma y necesita ser atendida por terceros para poder subsistir» (MONTAYA MELGAR <sup>10</sup>). A ello se une el hecho de que en las sociedades económicamente avanzadas existen unas mayores expectativas de bienestar. Según expone CRUZ VILLALÓN <sup>11</sup>, «lo que en el pasado no se percibía como un riesgo social o como un estado de necesidad, cuando menos de una situación que reclamaba de atención por parte de los poderes públicos, hoy en día las mayores expectativas y posibilidades de autonomía personal conducen a colocar en primer plano necesidades que en el pasado pasaban más inadvertidas socialmente. En definitiva, es el propio desarrollo económico el que provoca una mayor sensibilidad por la atención a riesgos sociales que en el pasado se percibían como individuales o privados». Nos encontramos, por lo tanto, ante el denominado «riesgo de la dependencia».

Poco antes de aprobarse la LD, BARCELÓN COBEDO y QUINTERO LIMA <sup>12</sup> pusieron de manifiesto que, además del «riesgo de ser dependiente», existe en paralelo el «riesgo de tener un dependiente a cargo», puesto que ha llegado a ser socialmente relevante la situación de algunos cuidadores informales que no han accedido a un puesto de trabajo, o han tenido que abandonarlo, precisamente por cumplir un servicio indispensable para el dependiente. La LD no ha obviado estos aspectos, en parte regulándolos directamente y en parte derivándolos al desarrollo reglamentario.

En nuestro ámbito europeo existen tres sistemas de protección del riesgo de la dependencia, que de alguna forma se corresponden con los distintos modelos del Estado de Bienestar:

- De protección universal para todos los ciudadanos y financiación mediante impuestos. Es el modelo de los países nórdicos y de Holanda.
- De protección a través del Sistema de la Seguridad Social, mediante prestaciones que tienen su origen en cotizaciones. Es el modelo bismarckiano de los países centroeuropeos, vigente en Alemania; Austria y Luxemburgo.
- Asistencial, dirigido sobre todo a los carentes de recursos. Es el modelo de los países del sur de Europa.

«El modelo asistencial está en retroceso a favor de la universalización del derecho social, lo que supone que el acceso a las prestaciones no depende de los recursos de la persona dependiente,

<sup>10</sup> Alfredo MONTAYA MELGAR: *id.*, pág. 30.

<sup>11</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN: «La protección social de la dependencia». *Temas Laborales* n.º 89/2007, pág. 14.

<sup>12</sup> Susana BARCELÓN COBEDO y M.ª Gema QUINTERO LIMA: «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 60. Enero 2006, pág. 29.

sino de la necesidad sociosanitaria evaluada. El criterio para ser beneficiario de la prestación social pública es la necesidad de cuidados. La prestación... cubre una parte sustantiva del coste, siendo el beneficiario quien asume el resto» (Libro Blanco) <sup>13</sup>. Y esta tendencia hacia la protección universal y el «copago» es a la que se ha sumado España con la LD.

Desde un punto de vista constitucional y de técnica jurídica, el nuevo riesgo de la dependencia, así como su anejo, el riesgo de tener un dependiente a cargo, podrían haber sido asumidos por el Sistema de la Seguridad Social, mediante algunas mejoras, incluso un nuevo enfoque, en las prestaciones por invalidez, jubilación y en las de protección a la familia. Sin embargo el legislador, según la exposición de motivos de la LD, ha querido configurar el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (en adelante SAAD), «como cuarto pilar del sistema del bienestar» (siendo los otros pilares el Sistema Educativo, el Sistema Sanitario y el Sistema de la Seguridad Social) y «como una nueva modalidad de protección social que amplía y complementa la acción protectora del Estado y del Sistema de la Seguridad Social». El SAAD, según MONTROYA MELGAR <sup>14</sup>, es «un sistema de nuevo cuño, que ni se adscribe a la Seguridad Social ni al Sistema Nacional de la Salud ni a las acciones asistenciales de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) y Corporaciones Locales, sino que, sin rehusar la importante colaboración de estas instituciones, se estructura a través de un deliberado marco general o estatal, fundado constitucionalmente, por ello, en el artículo 149.1.1.º de nuestra Ley Fundamental».

## B. Principales características legales.

### 1. Principios básicos de la Ley.

«En 2002, bajo la presidencia española, la Unión Europea decidió tres criterios que debían regir las políticas de dependencia en los Estados miembros: universalidad, alta calidad y sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten» (exposición de motivos de LD). El artículo 3 de la LD enumera los 18 principios en que se inspira la Ley. Para CRUZ VILLALÓN <sup>15</sup>, «dicha lista es enormemente extensa» y «se mezclan factores de mayor y menor relevancia», más bien «convendría centrarse sobre todo en los caracteres basilares para la comprensión del nuevo Sistema», y que son los siguientes: «1) Sistema público, 2) universalidad subjetiva, 3) preferencia por los servicios sociales, 4) promoción de la permanencia en el entorno vital, 5) calidad y profesionalidad del Sistema y 6) relevante protagonismo de las CCAA».

- **Sistema público de prestaciones.** En el sector español de los seguros privados existen propuestas de cobertura de la dependencia dentro de los ramos de vida y enfermedad, y en los seguros que instrumenten compromisos de pensiones se puede incluir esta contingencia, financiándose mediante primas anuales variables en función de la edad, de modo que a

<sup>13</sup> Libro Blanco de la Dependencia, *id.*, págs. 674 y 675.

<sup>14</sup> Alfredo MONTROYA MELGAR. Prólogo. En «La protección...» pág. 20.

<sup>15</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN, *id.*, pág. 15.

mayor edad es mayor la cuantía de la prima. Pero este seguro privado ha tenido escaso éxito, salvo en los Estados Unidos, «porque la mayoría de las personas, sobre todo los jóvenes, tiende a percibir el riesgo de dependencia como algo muy lejano, y solo cuando se percibe como riesgo cercano, con edades avanzadas, entonces la prima es demasiado elevada y el mercado asegurador únicamente alcanza a resolver una pequeña parte de toda la demanda de cuidados existente» (BLASCO LAHOZ <sup>16</sup>).

Para evitar notables desigualdades en los ciudadanos se impone, por lo tanto, un sistema público a fin de que pueda tener eficacia real lo dispuesto en los artículos 9.2, 49 y 50 de la CE. Este carácter público conlleva la organización y gestión de los servicios por los poderes públicos, lo que no impide «la participación de la iniciativa privada» [art. 3 m) LD] mediante los oportunos conciertos. Igualmente, implica una financiación por las Administraciones Públicas con cargo a sus correspondientes presupuestos anuales, lo que no impide fórmulas de «copago», ya que en el artículo 33 de la LD se establece que los beneficiarios de las prestaciones participarán en la financiación de acuerdo con su capacidad económica personal, y que esta se tendrá en cuenta también para la determinación de la cuantía de las prestaciones económicas, si bien «ningún ciudadano quedará fuera de la cobertura del Sistema por no disponer de recursos económicos»

- **La universalidad subjetiva** comporta «el acceso de todas las personas en situación de dependencia, en condiciones de igualdad efectiva y no discriminación, en los términos establecidos en esta Ley» [art. 3 b) LD]. «La conjunción del carácter público del Sistema y del principio de universalidad desemboca en la configuración legal de un auténtico y estricto derecho subjetivo de aquellos que se encuentren en la situación de dependencia definida legalmente» (CRUZ VILLALÓN <sup>17</sup>). Sin embargo, de acuerdo con la disposición adicional decimotercera LD, la protección para los menores de 3 años queda aplazada hasta que el Consejo Territorial del SAAD contemple las medidas a adoptar por las Administraciones Públicas.
- **Centralidad de los servicios sociales.** En principio, la preferencia de la LD se decanta claramente a favor de los servicios, prestándose directamente por las Administraciones Públicas o indirectamente mediante centros privados concertados debidamente acreditados. Las prestaciones económicas no son complementarias de los servicios, sino más bien sustitutivas, bien de un modo transitorio hasta que la red de servicios esté totalmente implantada, bien de un modo excepcional, por permanencia del dependiente en el hogar con la atención del cuidador no profesional o del asistente personal. En definitiva, como dice GONZÁLEZ ORTEGA <sup>18</sup>, «la preferencia tan neta de la LD es, quizás, exagerada (hasta ser más un propósito político que una hipótesis realmente aplicable) en cuanto al énfasis que pone en la prioridad de los servicios asistenciales».

<sup>16</sup> Juan Francisco BLASCO LAHOZ. «La protección de la dependencia: un seguro en construcción». *Aranzadi Social* n.º 11/2003. BIB 2003/1105.

<sup>17</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN, *id.*, pág. 18.

<sup>18</sup> Santiago GONZÁLEZ ORTEGA: «El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006». *Temas Laborales* n.º 89/2007, pág. 302.

- **Promoción de la permanencia en el entorno vital.** Según PANIZO ROBLES <sup>19</sup>, «como recomiendan las distintas organizaciones internacionales, la atención a las personas en situación de dependencia debe orientarse a que las mismas lleven una existencia autónoma en su medio habitual todo el tiempo que deseen y sea posible, reciban un trato digno en todos los ámbitos de su vida personal, familiar y social y, en la medida en que resulte factible, participen en la formulación y aplicación de las políticas que afecten a su bienestar, principios que condicionan el conjunto de servicios y prestaciones que hayan de establecerse y la financiación de los mismos».
- **Calidad y profesionalidad del Sistema.** La alta calidad, junto con la universalidad y la sostenibilidad en el tiempo de los sistemas que se implanten, es uno de los criterios que debe regir las políticas de dependencia en los Estados miembros de la Unión Europea. Los artículos 34 y 35 de la LD desarrollan este principio de modo que por un lado el Consejo Territorial del SAAD establecerá los criterios de calidad y seguridad de los centros y servicios, los indicadores de calidad para la evaluación y mejora continua y las guías de buenas prácticas; por otro lado se atenderá a la profesionalidad del personal que atiende los servicios, y la potenciación de la formación del personal. Este último aspecto abarca también a los cuidadores no profesionales.
- **Relevante protagonismo de las CCAA.** Según el artículo 7 y ss. de la LD, la protección del Sistema se prestará de acuerdo con los siguientes niveles:
  - 1.º Nivel de protección mínimo, establecido por la Administración General del Estado (en adelante AGE), financiado a través de los Presupuestos Generales del Estado.
  - 2.º Nivel de protección que se acuerde entre la AGE y la Administración de cada una de las CCAA (y Ceuta y Melilla, disp. adic. undécima LD), que se pondrán de acuerdo en los objetivos y recursos para su aplicación. El Consejo de Estado <sup>20</sup> critica esta franja intermedia «cuyo posible alcance no queda suficientemente delimitado, ni en cuanto a las prestaciones ni en cuanto a su financiación».
  - 3.º Nivel adicional de protección que pueda establecer cada CA (se entiende que también Ceuta y Melilla aunque no hay referencia expresa para ello).

En todos los niveles, la planificación, coordinación y gestión de los servicios, así como su inspección y evaluación periódica, corresponde, dentro de cada ámbito territorial a cada CA, y a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. Las Entidades Locales participarán en la gestión de los servicios de acuerdo con la normativa de sus respectivas CCAA. Es cierto que a nivel práctico las CCAA están más próximas al ciudadano beneficiario. Pero como señala

<sup>19</sup> José Antonio PANIZO ROBLES: «La cobertura social de la Dependencia (con ocasión de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de Dependencia». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 286/2007, pág. 91.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Aprobado el 23 de marzo de 2006. Página web del BOE, en <http://www.boe.es>, pág. 7.

CRUZ VILLALÓN<sup>21</sup>, «el resultado de todo ello es una fórmula de elevada complejidad técnica en lo jurídico y en lo organizativo, que da lugar a la conformación de instancias como el Consejo Territorial del Sistema que se convierte en clave para el eficaz funcionamiento de todo el modelo».

## 2. Las prestaciones del Sistema.

Son dos tipos de prestaciones: los servicios y las económicas, o como dice CAVAS MARTÍNEZ<sup>22</sup> prestaciones en especie y prestaciones en metálico. Según el artículo 14.1 de la LD, «las prestaciones de atención a la dependencia podrán tener la naturaleza de servicios y de prestaciones económicas e irán destinadas, por una parte, a la promoción de la autonomía personal y, por otra, a atender las necesidades de las personas con dificultades para la realización de las actividades básicas de la vida diaria» (en adelante ABVD).

- **El catálogo de los servicios** es el siguiente:

- a) Los servicios de prevención de las situaciones de dependencia y los de promoción de la autonomía personal.
- b) Servicio de teleasistencia.
- c) Servicio de ayuda a domicilio, que comprende la atención a las necesidades del hogar y los cuidados personales. Posteriormente analizaremos las diferencias con los servicios de los cuidadores no profesionales.
- d) Servicio de Centro de Día y de Noche, con las modalidades de Centros de Día para mayores, Centros de Día para menores de 65 años, Centros de Día de atención especializada y Centros de Noche. CAVAS MARTÍNEZ<sup>23</sup> observa que esta cuádruple tipología «puede resultar adecuada para entornos con gran densidad de población, o acaso para afecciones con un colectivo de sujetos pasivos amplio, pero no para zonas de poca densidad poblacional y/o para cuadros singulares de discapacidad, respecto de los cuales lo más aconsejable será la existencia de centros mixtos, bien que con la especialización interna que resulte necesaria, al menos si pretende respetar el principio de proximidad del servicio al usuario y la permanencia de este en su entorno geográfico y humano habitual».
- e) Servicio de Atención Residencial, con las modalidades de Residencias de personas mayores en situación de dependencia y de Centros de atención a personas en situación de dependencia, en razón de los distintos tipos de discapacidad. El artículo 25 de la LD, titulado «Servicio de atención residencial», establece en su apartado 3: «La prestación

<sup>21</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN, *id.*, pág. 25.

<sup>22</sup> Faustino CAVAS MARTÍNEZ. «Prestaciones del Sistema». En *La protección de las personas dependientes. Comentarios a la Ley 39/2006*. VV.AA. (Coord. Alfredo MONTOYA MELGAR). Thomson-Civitas 2007, pág. 136.

<sup>23</sup> Faustino CAVAS MARTÍNEZ, *id.*, pág. 145.

de este servicio puede tener carácter permanente, cuando el centro residencial se convierta en la residencia habitual de la persona, o temporal, cuando se atiendan estancias temporales de convalecencia o durante las vacaciones, fines de semana y enfermedades o períodos de descanso de los cuidadores no profesionales».

Como destaca CAVAS MARTÍNEZ<sup>24</sup>, «la norma no se ocupa de un tipo de prestaciones en especie, las sanitarias, tan importantes para las personas dependientes, y no lo hace seguramente por considerar que el marco adecuado para su tratamiento es la legislación sanitaria. No obstante, asumiendo una concepción integradora de los diversos tipos de cuidados y atenciones que precisan las personas dependientes, el artículo 15.2 de la LD incluye una referencia expresa al artículo 14 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud, donde se definen las prestaciones de atención sociosanitaria», de especial importancia para las personas dependientes, ya que comprenden, entre otros, los cuidados sanitarios de larga duración, la atención sanitaria a la convalecencia y la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable. RODRÍGUEZ-PIÑERO<sup>25</sup> señala que «desde la perspectiva de la atención sanitaria se reconoce la necesidad de una adecuada coordinación entre unos y otros y de una actuación "simultánea y sinérgica" de los servicios sanitarios y sociales en el tratamiento de los enfermos en situación de dependencia».

- **Las prestaciones económicas** son las siguientes:

- a) La prestación económica vinculada al servicio. Se trata de una prestación periódica que se reconocerá únicamente cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado, y por lo tanto es un prestación de carácter personal vinculada a ese fin. Por eso el artículo 43 d) tipifica como infracción «aplicar las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan». Según PANIZO ROBLES<sup>26</sup>, «la prioridad en el acceso a los servicios vendrá determinada en función del grado y nivel de dependencia, por la capacidad económica del solicitante, aunque, en tanto no esté configurada la totalidad de la red de servicios, las personas dependientes que no puedan acceder a los servicios, por aplicación del régimen de prioridad, tienen derecho a la prestación económica vinculada al servicio».
- b) La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, que es la que analizamos en este estudio. Según el artículo 14.4 de la LD «el beneficiario podrá, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales, siempre que se den las condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención» (en adelante PIA).

<sup>24</sup> Faustino CAVAS MARTÍNEZ, *id.*, pág. 137.

<sup>25</sup> Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO. «Los objetivos generales de la protección de las personas en situación de dependencia». *Temas Laborales*, n.º 89/2007, pág. 41.

<sup>26</sup> José Antonio PANIZO ROBLES, *id.*, pág. 93.

En el artículo 18 de la LD se establece lo siguiente:

«1. Excepcionalmente, cuando el beneficiario esté atendido en su entorno familiar, y se reúnan las condiciones establecidas en el artículo 14.4, se reconocerá una prestación económica para cuidados familiares. 2. Previo acuerdo del Consejo Territorial del SAAD, se establecerán las condiciones de acceso a esta prestación, en función del grado y del nivel reconocido a la persona en situación de dependencia y de su capacidad económica».

- c) La prestación económica de asistencia personal que analizaremos posteriormente, distinguiéndola de la anterior ya que sus perfiles a veces se confunden.
- d) Ayudas económicas para facilitar la autonomía personal. La disposición adicional tercera de la LD establece: «La AGE y las Administraciones de las CCAA podrán, de conformidad con sus disponibilidades presupuestarias, establecer acuerdos específicos para la concesión de ayudas económicas con el fin de facilitar la autonomía personal. Estas ayudas tendrán la condición de subvención e irán destinadas: a) A apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria. b) A facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyan a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda». Se trata, en opinión de CAVAS MARTÍNEZ <sup>27</sup> «de un tratamiento secundario y de bajo perfil, sin la condición de derecho subjetivo exigible en vía administrativa o judicial». Por este medio podrían introducirse ayudas para determinados servicios que, aunque mencionadas en las deliberaciones parlamentarias, no se han reflejado directamente en la LD, como son los traductores de sordomudos, el transporte no específicamente sanitario, o las casas de acogida.

No obstante, sin necesidad de que existan acuerdos específicos, las CCAA pueden establecer, como ya se ha dicho, un nivel adicional de protección con cargo a sus propios presupuestos. Así, en Cataluña, la disposición adicional primera de la Orden de 23 de noviembre de 2007 introduce un complemento de la prestación económica vinculada al servicio residencial «hasta el límite máximo del precio público de referencia», pero sin el carácter de derecho subjetivo. En la Comunidad Valenciana, según el artículo 23 de la Orden de 5 de diciembre de 2007, el importe de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar de personas dependientes en Grado III, nivel 2, se incrementará en el 15%. En Galicia, según la disposición adicional tercera de la Orden de 17 de diciembre de 2007, se declaran incompatibles con las prestaciones económicas previstas en la LD las derivadas del programa del «cheque asistencial» establecido por Decreto 176/2000, de 22 de junio; pero esta norma no se deroga, por lo que pueden seguir beneficiándose, como nivel adicional, los que vinieran percibiéndolo y no accedieran a las prestaciones del nivel mínimo de la LD.

### 3. Procedimiento de concesión.

Según PANIZO ROBLES <sup>28</sup>, «el proceso administrativo conducente al reconocimiento del derecho tiene tres trámites básicos: de una parte, el reconocimiento de la situación de dependencia (a instan-

<sup>27</sup> Faustino CAVAS MARTÍNEZ, id., pág. 137.

<sup>28</sup> José Antonio PANIZO ROBLES, id., pág. 90.

cia del propio dependiente o de sus representantes, con efectos en todo el territorio nacional); de otra, la elaboración de un PIA por los servicios sociales correspondientes, con indicación de los servicios y modalidades más idóneos; y, por último, el reconocimiento del derecho, por parte de la CA, en función de la concreta situación. En todo caso, la resolución ha de determinar los servicios o las prestaciones que correspondan al solicitante, según su grado y nivel de dependencia, resoluciones que deberán ser adoptadas por la Administración Pública competente».

Se debe, pues, distinguir entre «reconocimiento de la situación de dependencia» y «reconocimiento del derecho». Por el primero se determina el grado y nivel de dependencia valorado según un baremo, aprobado por Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, de la siguiente manera:

- Grado I: Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias ABVD, al menos una vez al día, o con apoyo intermitente. Nivel 1: 25-39 puntos, nivel 2: 40 a 49 puntos.
- Grado II: Dependencia severa: cuando necesita ayuda para las ABVD dos o tres veces al día, pero no requiere apoyo permanente. Nivel 1: 50-64 puntos, nivel 2: 65 a 74 puntos.
- Grado III: Gran dependencia: cuando necesita ayuda varias veces al día para realizar las ABVD, con apoyo indispensable y continuo de otra persona, o apoyo generalizado para su autonomía personal. Nivel 1: 75-89 puntos, nivel 2: 90-100 puntos.

Determinado el grado y nivel de dependencia se inicia el procedimiento para el «reconocimiento del derecho», que se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante, y determinará los servicios y prestaciones que le corresponden según su grado y nivel de dependencia; es válida para todo el territorio nacional pero en el supuesto de cambio de residencia, la CA de destino determinará, en función de su red de servicios y prestaciones, los que correspondan al dependiente.

Según el artículo 29 de la LD, los servicios sociales del Sistema público establecerán un PIA «en el que se determinarán las modalidades de intervención más adecuadas» a las necesidades del dependiente con participación y previa consulta del interesado, sus familiares o entidad que le tutele. «En la lógica del sistema el PIA se orientaría al reconocimiento mismo del derecho a las prestaciones y debería preceder al reconocimiento del derecho a las prestaciones... Sin embargo, la Ley parece haber optado por una fórmula distinta, que la resolución reconozca un derecho genérico cuya especificación se concreta en el PIA, lo que, desde la perspectiva jurídica, puede plantear problemas delicados» (RODRÍGUEZ-PIÑERO <sup>29</sup>). Este problema se resuelve de hecho por las CCAA al determinar que sus servicios sociales intervengan como asesores de la autoridad que dicta la resolución, y posteriormente en la elaboración del PIA. GONZÁLEZ ORTEGA <sup>30</sup> al analizar este artículo 29 manifiesta que «es una norma mucho más equilibrada, menos voluntarista y más realista, en cuanto menos atenta a fundamentos y principios y más a la suficiencia. En él el objetivo central es la adecuación prestacional (sin excluir ninguna de las prestaciones posibles y sin establecer jerarquía alguna entre ellas), en razón del tipo o grado de dependencia y de las características personales, familiares y del entorno que concurren en el caso».

<sup>29</sup> Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO. «La cobertura de la situación de dependencia». *Relaciones Laborales*, 5/2007, pág. 66.

<sup>30</sup> Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, *id.*, pág. 304.

El mismo precepto destaca la importancia del dependiente, sus familiares y representantes en el momento de elaborar el PIA, en el que se establece la posibilidad de elección entre alternativas. «Sin llegar a constituirse el referido programa individual en un imposible menú a la carta, se le reconoce al beneficiario una capacidad de opinión, incluso de elección, de cierta relevancia. Y, por supuesto, se le reconoce el derecho a decidir libremente sobre el ingreso en el centro residencial, como no podía ser de otro modo por garantías de efectividad de derechos constitucionales a la libertad de residencia, incluso los derechos de intimidad personal» (CRUZ VILLALÓN<sup>31</sup>). Es de destacar que ni en la resolución administrativa de concesión ni en el PIA se efectúa la designación de una persona concreta como cuidador no profesional, sino que los servicios sociales evalúan las circunstancias familiares y del entorno del dependiente a fin de hacer posible esta prestación, siendo el dependiente o sus representantes los que se responsabilizan de la designación de la persona concreta que ha de realizar las funciones de cuidador no profesional.

La disposición final primera de la LD establece la aplicación progresiva del Sistema, de modo que la efectividad del derecho a las prestaciones se realizará de acuerdo con el siguiente calendario, para que en el año 2015 esté plenamente aplicable:

- Año 2007, los valorados en el Grado III, niveles 2 y 1.
- Años 2008 y 2009, los valorados en el Grado II nivel 2.
- Años 2009 (*sic*) y 2010, los valorados en el Grado II nivel 1.
- Años 2011 y 2012, los valorados en el Grado I nivel 2.
- Años 2013 y 2014, los valorados en el Grado I nivel 1.

Transcurridos los tres primeros años, el Consejo Territorial del SAAD evaluará los resultados, proponiendo las modificaciones que estime oportunas.

En el Real Decreto 727/2007, de 9 de junio de 2007, sobre los criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios, se establece la prestación económica para cuidados en el entorno familiar solamente para los valorados en los Grados III y II. Ello no quiere decir que no se aplique para los valorados en Grado I de dependencia moderada, sino que se pospone su regulación para más adelante, y a la vista de los resultados de la mencionada evaluación.

### C. El cuidador en el Sistema de la Seguridad Social.

AZNAR LÓPEZ<sup>32</sup> nos recuerda que en el año 1925, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó el Convenio n.º 17, relativo a la reparación de los accidentes de trabajo, en el que se contempló un «suplemento de indemnización a las víctimas de accidentes que queden incapacitadas y nece-

<sup>31</sup> Jesús CRUZ VILLALÓN, *id.*, pág. 21.

<sup>32</sup> Manuel AZNAR LÓPEZ: «Notas sobre la Protección de la Dependencia en la Seguridad Social Española. Aspectos Retrospectivos y Prospectivos». *Foro de Seguridad Social*. n.º 5, Octubre 2001.

siten la asistencia constante de otra persona». Este Convenio fue ratificado por España en 1929 y comenzó a tener reflejo en el derecho interno a partir de las reformas de la II República: Ley de 4 de julio de 1932, Decreto de 8 de octubre de 1932 y Reglamento de 31 de enero de 1933.

Por el Decreto de 22 de junio de 1956 se ratifica el carácter suplementario de esta prestación, vinculada a la incapacidad permanente absoluta y con la finalidad de retribuir a la persona que preste ayuda al gran inválido. Con la reforma de la Seguridad Social, a partir de la Ley de Bases de 28 de diciembre de 1963 y su Texto Articulado Primero por Decreto de 21 de abril de 2006, la gran invalidez pasa a ser un cuarto grado de incapacidad, configurado como distinto de la absoluta.

La cantidad a percibir con esta finalidad, que inicialmente se determinaba caso por caso, se concretó a partir del Decreto de 29 de septiembre de 1943 en el 50% de la prestación económica por incapacidad permanente absoluta, y siendo esta a su vez el 100% de la base reguladora. Pero además existían otras ayudas discrecionales, principalmente a través de las «prestaciones extrarreglamentarias» del Mutualismo Laboral y de la Obra Social de Grandes Inválidos, que pensadas de un modo general para atender situaciones de especial necesidad, en muchos casos se concretaron en ayudas para los cuidados personales del gran inválido. No puede ser olvidado, como precedente de especial relevancia, el Servicio Social de Asistencia a los Ancianos, creado por Orden de 19 de marzo de 1970, cuya red de Residencias y Hogares de Pensionistas está integrando en la actualidad los principales establecimientos del SAAD.

En el actual Sistema de la Seguridad Social permanecen cuatro prestaciones económicas referidas a los cuidadores (si bien sin distinción si son profesionales o no) que, aunque tienen un destino finalista para el cuidado de la persona dependiente, en la realidad se han convertido en unas prestaciones complementarias inespecíficas, ya que no hay sistema de control sobre su aplicación. Son las siguientes:

- El complemento de gran invalidez, por necesidad de otra persona, regulado en el artículo 139.4 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), precepto que tiene nueva redacción por Ley 40/2007, de 4 de diciembre (BOE del 5).
- El complemento por necesidad de otra persona de la pensión de invalidez no contributiva, regulado en el artículo 145.6 de la LGSS.
- El complemento de la asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 75%, regulado en el artículo 182 bis c) de la LGSS.
- El subsidio de ayuda a tercera persona de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos.

De acuerdo con el artículo 31 de la LD la percepción de alguna de las prestaciones económicas previstas en esa Ley (y por lo tanto, la prestación para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales del art. 18) deducirá de su cuantía «cualquier otra de análoga naturaleza y finalidad establecida en los regímenes públicos de protección social», citando expresamente las cuatro que acabamos de mencionar, pero introduciendo una nota de inseguridad jurídica al no tratarse de un *numerus clausus*. MERCADER UGUINA<sup>33</sup> destaca además una incongruencia legislativa: «En

<sup>33</sup> Jesús R. MERCADER UGUINA: «Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia». *Temas Laborales*, n.º 89/2007, pág.180.

todo caso, ha de notarse que el artículo 43 d) de la LD tipifica como infracción la percepción de ayudas "incompatibles con las prestaciones establecidas en la presente Ley"; pero lo que se establece en el artículo 31 de la LD no es, en rigor, una incompatibilidad entre prestaciones, sino una regla aplicativa que, en principio, debe ser llevada a efecto por la Administración, mediante la deducción correspondiente».

### III. EL CUIDADOR NO PROFESIONAL

#### A. Importancia y perfil social.

La importancia de los cuidadores, sean o no profesionales, se deduce de la misma definición de la dependencia en el artículo 2.2 de la LD: «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria (ABVD) o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal». Como destaca RODRÍGUEZ CABRERO<sup>34</sup>, «en la definición de la dependencia no entran todas las discapacidades existentes sino aquellas que entran dentro de las actividades de la vida diaria (actividades relativas al cuidado personal; movilidad en el hogar; tareas domésticas; reconocer objetos y personas así como ejecutar órdenes sencillas), si bien no existe un completo acuerdo en el contenido de las ABVD»; a ello hay que añadir el apoyo que requieren los discapacitados intelectuales o mentales para hacer efectivo un grado satisfactorio de autonomía personal en el seno de la comunidad. Es de señalar que, aunque no exista un total acuerdo doctrinal sobre el contenido de las ABVD, desde el punto de vista normativo están precisadas en el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia.

La dependencia definida legalmente ha de ser permanente, ya que se entiende que las situaciones de incapacidad transitoria ya están suficientemente protegidas en sus aspectos sanitario y económico por la Seguridad Social. No obstante, MONTOYA MELGAR<sup>35</sup> indica que «la puntualización legal, aun resultando oportuna en cuanto que descarta las meras incapacidades temporales, debiera haber matizado algo más, incluyendo en la noción de dependencia no solo las situaciones definitivas sino también las presumiblemente definitivas o irreversibles e incluso las de larga duración».

El cuidador del dependiente puede ser un profesional que ejerza su actividad a través de un organismo público, de una organización privada o bien como autónomo; no se plantean dudas sobre la existencia, según los casos, de relación laboral, funcionarial, estatutaria o la de prestación de ser-

<sup>34</sup> Gregorio RODRÍGUEZ CABRERO. «Población en situación de dependencia y cuidados informales». *Temas Laborales*, n.º 89/2007, pág. 48.

<sup>35</sup> Alfredo MONTOYA MELGAR. «Las situaciones...», pág. 27.

vicios profesionales como autónomo, así como su encuadramiento en los correspondientes Regímenes de la Seguridad Social (disp. adic. tercera RD 615/2007). Pero también puede ser un cuidador no profesional, a quien se denomina usualmente «informal», sin sentido peyorativo, para destacar que se sitúa al margen de una organización y que, en principio, carece de especiales conocimientos técnicos asistenciales. La normativa europea prefiere denominarle «cuidador sin estatuto profesional». Procede, sin embargo, efectuar una precisión sobre los términos «informal» y su equivalente «no profesional» que le caracterizan; se pretende con ello destacar su atención al dependiente al margen de las redes de servicios profesionalizadas, pero sin referirse a sus verdaderos títulos oficiales que constituyen o han constituido su medio principal de vida; así, según un ejemplo sacado de la realidad, se ha dado el caso de tres médicos hermanos que atendieron durante varios años como cuidadores «informales» por turnos a su madre en situación de dependencia en el domicilio de esta. El artículo 2.4 de la LD define los «cuidados no profesionales» 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».

Según PANIZO ROBLES <sup>36</sup>, en la actualidad, el perfil social del cuidador no profesional «es el de una mujer, con una edad comprendida entre los 50 y los 60 años, que no tiene empleo y si lo tuvo antes de dedicarse a cuidar a un familiar ha tenido que abandonarlo, que dedica más de 40 horas a la atención del dependiente, tiene dificultades económicas y que asume casi en exclusiva el cuidado del dependiente y, además, lo hace durante largos años. Con ser importante la problemática actual, lo será más en el futuro inmediato, ya que las estimaciones para 2025 de la demanda general de cuidados de la población de 64 y más años prevén un incremento del 44% respecto a la correspondiente a 2001, lo que supone un desafío importante económico y organizativo, en especial si se cumple con las propuestas europeas de incorporación de las mujeres al mercado de trabajo y al empleo, ya que reducirá la cifra de las personas potencialmente disponibles para hacerse cargo de la producción de servicios no remunerados para el resto de la población». Por la importancia de la mujer en el cuidado de la dependencia, MOLINA NAVARRETE <sup>37</sup> se refiere a la «visualización de un trabajo con rostro de mujer».

Pero además, como señala GONZÁLEZ ORTEGA <sup>38</sup>, «el cuidador informal típico se convierte, por la propia gratuidad de su prestación, en un sujeto que al cumplir una función esencial en el sistema de atención a los dependientes, debe ser igualmente tutelado, sea en el terreno laboral como en el más específico de la Seguridad Social». La legislación, según MOLINA NAVARRETE <sup>39</sup>, otorga al cuidador informal «algunos de los derechos que integran un típico estatuto jurídico-profesional», aspecto positivo que constituye el objeto de este estudio, si bien el mismo autor advierte de un aspecto negativo, como es el riesgo de «la perpetuación de la mujer, ahora con cierto reconocimiento social, en la tarea de cuidado, mutando la informalidad en subempleo».

<sup>36</sup> José Antonio PANIZO ROBLES, *id.*, pág. 86.

<sup>37</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE. «El régimen "cuasi-profesional" de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: Visualización de un trabajo con rostro de mujer». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 297-diciembre 2007.

<sup>38</sup> Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, *id.*, pág. 297.

<sup>39</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE, *id.*, pág. 39.

## B. Delimitación jurídica.

### 1. Concepto.

La Recomendación R(98)9 de la Unión Europea <sup>40</sup> define a los «cuidadores sin estatuto profesional» como «los miembros de la familia, vecinos u otras personas que prestan cuidados y acompañan a las personas dependientes, de manera regular sin beneficiarse de un estatuto profesional que les confiera derechos y obligaciones».

No existe en la LD una definición del cuidador informal, aunque se deduce de la anteriormente expuesta sobre «cuidados no profesionales» en su artículo 2.5, resultando como requisito delimitador el que se trate de personas «no vinculadas a un servicio de atención personalizada». En el artículo 1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, más que definir, se describen las características de los cuidadores no profesionales, de la siguiente manera, distinguiendo dos grupos:

- Los cuidadores no profesionales familiares: «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».
- Los cuidadores no profesionales, que podemos denominar del entorno: «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».

Así, y según el cómputo civil de los grados de parentesco (art. 918 CC), la familia, a efectos de estos cuidadores informales, queda acotada de modo que en línea recta ascendente alcanza hasta los bisabuelos de la persona en situación de dependencia, en línea descendente hasta los biznietos; pero, en otras normas [principalmente art. 1.3 e) ET, y art. 7.2 LGSS] no se limita el grado para los ascendientes y descendientes, sino solamente para los demás parientes; se trata, en mi opinión, de una deficiente redacción del Real Decreto 615/2007. En línea colateral abarca al parentesco de los hermanos (parentesco en segundo grado), entre tío y sobrino (parentesco de tercer grado), pero ya no incluye al parentesco entre primos (pues es de cuarto grado). No obstante, nada impide que los parientes en grados superiores al tercero puedan ser también cuidadores informales del dependiente («... aun no teniendo el grado de parentesco señalado en el párrafo anterior...»), siempre que reúnan los requisitos del otro grupo de cuidadores, caracterizados por convivir en un entorno socioeconómico peculiar. Se exige para estos residencia en el municipio del dependiente o en otro vecino «duran-

<sup>40</sup> La Recomendación R(98)9 está publicada en «Vejez y Protección Social de la Dependencia en Europa». Observatorio de las personas mayores. IMSERSO, Obra Social de Caja Madrid y Consejo de Europa. Madrid 1999, págs. 11 y ss.

te el período previo de un año», lo que es un posible freno a situaciones que puedan encubrir otro tipo de relación laboral (por ejemplo, empleados de hogar) en fraude de ley.

La normativa específica de las CCAA y de las Ciudades de Ceuta y Melilla establece además que el cuidador informal ha de ser mayor de 18 años y ser residente en España o en la correspondiente Comunidad, olvidando que el Real Decreto 615/2007, que es norma imperativa, *ius cogens*, por tratarse de Seguridad Social, es más estricto en ese requisito de residencia, puesto que la delimita en el mismo municipio que el del dependiente o en otro próximo como acabamos de ver, criterio que es en definitiva el que predomina ya que a la vez se exige al cuidador informal reunir las condiciones de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social en las condiciones establecidas en este Real Decreto.

Dada la importancia que el fenómeno migratorio está teniendo en este sector de actividad, es preciso señalar que ser residente no quiere decir que sea nacional, según los artículos 15 y 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, ya que pueden estar inscritos en el padrón municipal tanto los nacionales de España, como los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, de otros Estados a los que forman parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o adheridos posteriormente, o de otros Estados no mencionados en los incisos anteriores. Puesto que la actividad del cuidador informal no es lucrativa (laboral o profesional), sea cual sea su nacionalidad, para realizar esta función no precisa de la autorización administrativa prevista en el artículo 36 y concordantes de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros.

También se requiere idoneidad para su función (en la Comunidad Valenciana se exige acreditar formación específica en materia de cuidados a personas dependientes o bien comprometerse a realizarla), no estar vinculado a un servicio de atención profesionalizada (lo que es preciso por su propia definición aunque no se especificara), y a veces ofrecer una continuidad de su servicio (por ejemplo, 3 meses en Ceuta y Melilla).

Junto a estas características subjetivas propias del cuidador informal hay que añadir una objetiva: el lugar de la prestación ha de ser el domicilio de la persona dependiente (art. 2.5 LD), siempre que se den las condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda (art. 14.4 LD).

Hay que añadir que la prestación económica del artículo 18 de la LD ha de estar prevista en la resolución administrativa que reconozca el derecho de la persona dependiente y en su PIA. Sin esta previsión la prestación de servicios de un cuidador informal no tendría acogida en la figura regulada en la LD, sino que nos encontraríamos, según los casos, ante un mero apoyo familiar, ante unos servicios de buena vecindad o incluso, si se dieran los requisitos, ante una relación laboral especial del servicio del hogar familiar (SSTSJ, Social, de Baleares de 16 de junio de 1994, AS 1994\2618, y del País Vasco de 9 de mayo de 2000, AS 2000\3160, relativas a cuidados de personas en situación de dependencia).

El cuidador informal puede o no tener otro trabajo; para el caso de que lo tuviera el Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) facilita su función mediante una reducción de la jornada con disminución proporcional del salario (art. 37.5), y la excedencia por período hasta dos años, salvo que por convenio colectivo se establezca una duración mayor, con reserva de puesto de trabajo por un año (art. 46.3), preceptos modificados de su redacción original por aplicación de la Ley 39/1999, de

5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida laboral y social de las personas trabajadoras, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre las mujeres y hombres. Estas situaciones, como veremos, son tenidas en cuenta a efectos de la cotización a la Seguridad Social del cuidador no profesional.

El Consejo de Estado <sup>41</sup>, ante algunas imprecisiones terminológicas, se planteaba la cuestión de si era admisible la existencia de varios cuidadores informales o si solamente la LD ampararía a uno aunque de hecho existieran varios para un mismo dependiente. Podemos decir que la normativa contempla un solo «cuidador principal» como destinatario final de la prestación económica y de la inclusión en la Seguridad Social. Sin embargo otras prestaciones complementarias, como el tiempo de «respiro» y las acciones de formación pueden ampliarse, si las circunstancias lo requieren, a otras personas cuidadoras «secundarias».

## 2. Características jurídicas de la relación.

Interesa delimitar si la prestación de servicios por el cuidador informal puede estar incluida dentro de la definición del contrato de trabajo, es decir, si concurren los requisitos de voluntariedad, ajenidad, dependencia y retribución establecidos en el artículo 1.1 del ET.

- **Voluntariedad.** La voluntariedad, como señalan ALONSO OLEA y BARREIRO GONZÁLEZ <sup>42</sup> es «intrínseca a toda relación contractual, expresión del carácter libre del trabajo». Pero puede no ser libre cuando sea impuesto como prestación personal obligatoria o en cumplimiento de una sentencia. Según el artículo 31.3 de la Constitución Española (en adelante CE) «solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales con arreglo a la ley», y existen dos normas con este rango en las que se establecen: 1.º) Por el artículo 4.4 de la Ley 2/1985, de 21 de enero, de Protección Civil, la autoridad competente puede exigir prestaciones personales, sin derecho a indemnización por esta causa, en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública; aunque se pudiera así ordenar la atención de dependientes, por ejemplo, para evacuarlos, estaríamos ante un mandato imperativo de la autoridad, sujeto al Derecho Administrativo. 2.º) En el artículo 118 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de las Haciendas Locales, se establecen prestaciones personales obligatorias (aunque redimibles previo pago) en los municipios de menos de 5.000 habitantes, para la realización de determinadas obras; no es aplicable esta Ley al caso que examinamos.

En otro orden de cosas, el artículo 49 del Código Penal regula la pena de los trabajos en beneficio de la comunidad, entre las que pudieran estar incluidas las de cuidados no profesionales a personas en situación de dependencia (existiendo ya experiencias de atención a discapacitados y de acompañamiento a personas de edad avanzada). Para el establecimiento de esta pena se exige el consentimiento del reo, pero una vez establecida es de obligado cumplimiento, por lo que falta la voluntariedad, correspondiendo al ámbito del Derecho Penal, si bien

<sup>41</sup> Consejo de Estado, *id.*, pág. 14.

<sup>42</sup> Manuel ALONSO OLEA y Germán BARREIRO GONZÁLEZ. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto articulado, comentario y jurisprudencia*. Civitas, 3.ª ed. 2001, pág. 22.

están incluidos en la Seguridad Social a efectos de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Fuera de estos supuestos excepcionales, en la actuación del cuidador no profesional concurre el requisito de la voluntariedad al prestar libremente su consentimiento, es decir, que no sea nulo por haber sido prestado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1.265 CC). Entendemos, no obstante, que esta voluntariedad, sin dejar de existir, queda superada por la existencia de las relaciones familiares, que dan específico fundamento y naturaleza cuando el cuidador informal es cónyuge, descendiente, ascendiente o hermano de la persona en situación de dependencia, como luego veremos. Según el Libro Blanco de la Dependencia <sup>43</sup>, datos de 2004 sobre 1.504 cuidadores informales a los que se preguntó quién tomó la iniciativa para cuidar a la persona mayor, el resultado fue el siguiente:

– Por iniciativa propia .....	62,3%
– Por decisión familiar .....	23,1%
– Era la única persona que podía .....	8,9%
– Lo pidió la persona atendida .....	5,1%
– Ns/Nc .....	0.8%

- **Ajenidad y dependencia.** Para SALA FRANCO <sup>44</sup> «a nivel causal, dependencia y ajenidad se encuentran en un mismo plano. Una es causa y a la vez consecuencia de la otra, dada la naturaleza cambiaria de la causa del contrato de trabajo... Ajenidad y dependencia, ocupando el mismo lugar en el plano causal, desempeñan a la vez funciones "delimitadoras" y "reguladoras" de la relación jurídico-laboral, es decir, son a la vez elementos constitutivos y régimen jurídico de la relación laboral».

Se considera que existe ajenidad cuando la titularidad del producto del trabajo o la utilidad del servicio prestado pertenece *ab initio* a otra persona, que asume el riesgo de su ejecución. Por considerar que no existe ajenidad, ya que los frutos del trabajo vierten en un fondo familiar común, el artículo 1.3 e) del ET excluye del ámbito regulado por esta ley «los trabajos familiares, salvo que se demuestre la condición de asalariados de quienes los llevan a cabo. Se consideran familiares, a estos efectos, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción». Según reiterada jurisprudencia (SSTS 22 de abril de 1986, RJ 1986\2223, 29 de octubre de 1990, RJ 1990\7721, y 13 de marzo de 2001, RJ 2001\3838, entre otras), más que ante una exclusión, estamos ante una constatación de que en el ámbito de las relaciones familiares existe una presunción *iuris tantum* de que falta la nota esencial de la ajenidad si existe convivencia, a la que se añade «estar a su cargo» en el artículo 7.2 de la LGSS.

<sup>43</sup> Libro Blanco de la Dependencia, *id.*, pág. 192.

<sup>44</sup> Tomás SALA FRANCO. *Derecho del Trabajo. Fuentes y contrato de trabajo*, 2.<sup>a</sup> ed. Tirant lo Blanch, pág. 209.

Como señala LUJÁN ALCARAZ<sup>45</sup>, «quiere ello decir, por tanto, que entre estos familiares y las descritas condiciones pueden prestarse servicios de "ayuda familiar" sin que ello genere vínculo laboral alguno. Obviamente, la regla piensa en los supuestos de prestación de servicios en el seno de la "empresa familiar", sea esta regentada por un empresario individual, por una comunidad de bienes o por una sociedad en la que la mayoría del capital social esté en poder de la familia. No obstante, también aprovecha para otras clases de "ayuda entre parientes" aparentemente desarrolladas fuera del marco empresarial y quizá más cercanas a los trabajos amistosos y de buena vecindad». En nota al pie, aclara el mismo autor: «Por ejemplo, las ayudas para atender necesidades vitales».

La actividad de los cuidadores informales de la LD, en cuanto tales, se encuadra dentro de estas «ayudas entre parientes», que normalmente, respecto del dependiente, son su cónyuge, ascendientes o descendientes en línea recta, o parientes colaterales hasta el segundo grado (que es el que limita la presunción *iuris tantum* en el ET y en la LGSS) o hasta el tercer grado (que es el que menciona el RD 615/2007, en lamentable descoordinación sin duda motivada por la realidad social). Pero, aparte de ellos pueden ser cuidadores informales otros parientes y sobre todo los llamados «del entorno», respecto de los que no existe esta exclusión de la nota de la ajénidad, puesto que normalmente se trata de personas que tienen domicilios, patrimonios e ingresos distintos del dependiente.

Por otro lado, la nota de la «dependencia» (en su sentido original iuslaboralista, no en el de la LD) existe cuando se prestan los servicios «dentro de la organización y dirección de otra persona, física o jurídica», según el artículo 1.1 del ET. Pensada como inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial, podemos aplicar esta noción amplia de la dependencia a la prestación de servicios del cuidador informal, con todas las salvedades precisas al transvasar este concepto a la realidad social de las «ayudas familiares», por cuanto el cuidador se somete, para facilitar las ABVD, a la persona dependiente siguiendo las indicaciones establecidas en el PIA.

- **Retribución.** Veamos en primer lugar la cuantía que se percibe por los cuidados no profesionales y a continuación efectuaremos algunas reflexiones sobre su naturaleza.

La determinación exacta de la cuantía se logra a través de un complejo cálculo, con resultados que pueden ser muy diversos para iguales situaciones en distintas CCAA, Ceuta y Melilla. Se parte de unas cifras iguales a todo el territorio nacional en función del grado y nivel del dependiente. Para el año 2007, la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, según el Anexo II del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, según grado y nivel del dependiente, es la siguiente:

- Grado III, nivel 2: 487 euros mensuales
- Grado III, nivel 1: 390 euros mensuales

<sup>45</sup> José LUJÁN ALCARAZ. Ponencia: «Las relaciones de trabajo con título distinto a un contrato de servicios: Trabajo familiar, becarios, voluntarios». Congreso de Magistrados de lo Social sobre «El futuro de la jurisdicción social». Murcia, octubre 2006. págs. 15 y 16. (Hay separata editada por el Consejo General del Poder Judicial, 2007).

Y para el año 2008, según el Real Decreto 7/2008, de 11 de enero:

- Grado III, nivel 2: 506,96 euros mensuales
- Grado III, nivel 1: 405,99 euros mensuales
- Grado II, nivel 2: 328,36 euros mensuales

A efectos comparativos, podemos indicar que el Índice Público de Renta de Efectos Múltiples (en adelante IPREM) mensual, durante 2007 fue de 499,20 euros, y en 2008 es de 516,90 euros anuales. El Salario Mínimo Interprofesional mensual durante 2007 fue de 570,60 euros y en 2008 es de 600 euros. Pero estas cuantías no siempre se percibirán íntegramente, ya que se reducirán de acuerdo con unas tablas establecidas por cada CA o Administración competente, en función de la capacidad económica de la persona dependiente. Veamos tres ejemplos (por no extender demasiado la exposición casuística y tediosa) de distinta configuración:

- Ceuta y Melilla (Orden TAS/2445/2007): la escala va desde menos de un IPREM, que se percibe el 100%, hasta más de cinco veces el IPREM el 75%. La cifra resultante se abonará al 100% si la dedicación del asistente es completa (160 o más horas al mes), el 50% si es parcial (menos de 80 horas al mes) o en proporción al número de horas trabajadas si es media (entre 80 y 159 horas al mes). En todo caso para los dependientes en Grado III no será inferior a la pensión no contributiva (PNC) que se fije en los Presupuestos Generales del Estado (para 2008: 328,44 euros al mes en 14 pagas). Finalmente, sobre la cuantía resultante se aplicarán las deducciones por las prestaciones de igual o similar naturaleza del artículo 31 de la LD que ya hemos analizado.
- Comunidad Valenciana (Orden de 5 de diciembre de 2007): la escala va desde menos de 1,5 IPREM, se reduce el 0%, hasta más de 5 IPREM que se reduce el 25%. La cifra resultante se abonará al 100% si la dedicación es completa (160 horas mes), se reducirá un 25% si la dedicación es parcial (entre 81 y 160 horas al mes, y 50% si es mínima (entre 41 y 80 horas al mes). A la cantidad resultante se deducirán las prestaciones de similar naturaleza del artículo 31 de la LD. Para el dependiente en Grado III se establece el importe mínimo garantizado que no podrá ser inferior a la PNC. Además, el ya mencionado incremento, en el nivel adicional, del 15% para los dependientes de Grado III, nivel 2.
- En Cataluña (Orden de 23 de noviembre de 2007) se utiliza como módulo el Índice de Renta de Suficiencia de Cataluña (IRSC): la escala va desde 0 a 2,5 IRSC en que se percibe el 100%, hasta más de 5,5% el 80%. Sobre la cifra resultante se deducen las prestaciones de similar naturaleza del artículo 31 de la LD. No hay norma autonómica que garantice un importe mínimo. En 2007 el IRSC era de 531,7 euros mensuales, y en 2008 es de 544,48 euros mensuales en 14 pagas al año.

En definitiva, según sea el sistema de cálculo pueden resultar cantidades distintas para situaciones idénticas en las diferentes zonas del territorio nacional, dejando aparte los diversos problemas de implantación del Sistema ya que existen desfases entre las Comunidades.

Resulta evidente que las cantidades asignadas, incluso antes de los posibles descuentos e incompatibilidades, demuestran que no existe *animus retribuendi*, sino que se trata de una prestación de asistencia social que, como dice MOLINA NAVARRETE <sup>46</sup> es «una renta pública de compensación por el trabajo de cuidar», reconociendo y dignificando así este trabajo. Ni siquiera tienen la naturaleza de reembolso de los gastos o de compensaciones por molestias, ya que no se tienen en cuenta para su cálculo, a diferencia con lo que sucede con el voluntariado, como veremos posteriormente. Es más, GONZÁLEZ ORTEGA <sup>47</sup> opina que «la prestación personal del cuidador es el pretexto de la prestación económica que se atribuye al dependiente, quedando a su arbitrio hacer de la misma lo que estime oportuno», tesis que está en cierto modo avalada por la ambigüedad de la norma pero que es preciso matizar, ya que el sentido del precepto es otorgar una ayuda con el sentido finalista, por un lado, de atender a los gastos que la familia tiene que soportar por mantener al dependiente en su propio entorno, a los que se refiere la norma como «cuidados en el entorno familiar», y por otro lado para incentivar al cuidador informal, que es lo que el artículo 18 de la LD denomina como «apoyo a cuidadores no profesionales». La persona en situación de dependencia (o su representante) no puede destinar la cuantía de esta prestación económica a otras finalidades distintas a las dos expresadas, ya que de lo contrario incurriría en la infracción tipificada en el artículo 43 d) de la LD. Pero dentro de estas finalidades no se precisa qué porcentaje o cuantía ha de destinarse a una u otra, pudiendo incluso destinarse a una sola según se deduzca del PIA.

Cuestión distinta, y que puede llegar a situaciones límites, se plantea cuando la persona dependiente, además de la prestación que analizamos, abona al cuidador informal otras cantidades complementarias. No tenemos, de momento como es evidente, jurisprudencia al respecto, pero entiendo que no existe *animus retribuendi* si estas cantidades extras pudieran compensar gastos necesarios y útiles y los perjuicios sufridos en el desempeño de su función (como para la gestión de negocios ajenos establece el art. 1.893 CC) o incluso, como luego veremos sobre la jurisprudencia del voluntariado, cuando la «compensación por gastos» se interpreta ampliamente como «compensación por molestias». Por el contrario, si la cantidad percibida por el cuidador informal por sus funciones (no por compensaciones de gastos o perjuicios) fuera igual o superior a la ordinaria de la zona para los cuidadores profesionales o para el servicio doméstico, entiendo que nos podemos encontrar ante un fraude de ley, que encubre una relación laboral (normalmente la especial de servicio del hogar familiar) o una prestación de servicios por un profesional autónomo.

### 3. Otros aspectos de naturaleza social.

- **El tiempo de «respiro».** No se puede hablar con propiedad de jornada fija en los cuidados informales; en unos casos se requiere un trabajo muy intenso y continuado de atención (como en los casos de demencias y de la enfermedad de Alzheimer), mientras que en otros predomina la mera presencia o vigilancia del dependiente. Uno de los problemas detectados en los cuidadores no profesionales es la situación de estrés derivada por un lado de su con-

<sup>46</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE, *id.*, pág. 67.

<sup>47</sup> Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, *id.*, pág. 308.

tinua dedicación, sobre todo si no tienen otro tipo de apoyos, y por otro lado por el sentido de frustración de sus aspiraciones vitales, a pesar del sentido del deber filial o altruista. La necesidad periódica de un tiempo de «respiro» de la persona cuidadora, plantea a la vez el problema de la atención del dependiente durante sus ausencias. La mencionada R(98)9 de la Unión Europea establece en su apartado 4.2, con la denominación de «servicios de respiro»<sup>48</sup> entre las medidas en favor de los cuidadores sin estatuto profesional, que «la posibilidad para el cuidador de tomar vacaciones está ligada a la atención personal de la persona dependiente. Los poderes públicos deben garantizar un abanico de posibilidades de respiro (residencia temporal en institución u otra) suficientemente amplio para permitir la atención de la persona dependiente de acuerdo a sus necesidades».

Los períodos de descanso están previstos en el artículo 18.4 de la LD al determinar que el Consejo Territorial del SAAD promueva «medidas para atender los períodos de descanso», y en el artículo 25.3 de la LD al establecer que el servicio de atención residencial no solo puede tener carácter permanente, sino también temporal «cuando se atiende a estancias temporales de convalecencia o durante vacaciones, fines de semana y enfermedades o períodos de descanso de los cuidadores no profesionales». Como señala MOLINA NAVARRETE<sup>49</sup> «la legislación vigente favorece la instrumentación del SAAD al servicio de una protección básica de la persona cuidadora, favoreciendo períodos de descanso, de modo que sea el sistema público, la Red pública, la que cubra la exigencia de cuidados en esos tiempos de "liberación" de la persona cuidadora. Así sucederá en particular con los Servicios de Ayuda a domicilio, que pueden servir de complemento a la acción de la cuidadora informal, pero sobre todo con los diferentes Servicios residenciales, en especial los Centros de Día».

Pero no solamente el sistema público sirve de apoyo para el «respiro» de la persona cuidadora, sino que sorprenden, y son síntoma del espíritu altruista de un sector de la sociedad, las numerosas atenciones que de hecho se reciben, bien de un modo espontáneo, bien de un modo más organizado por parroquias, asociaciones civiles, fundaciones, ... que procuran por un lado el descanso o las vacaciones del cuidador, y a la vez la organización de la atención de la persona dependiente durante su ausencia.

- **La formación profesional.** Para lograr el objetivo de la calidad no es de extrañar la preocupación por la formación del personal profesional sanitario. El mencionado informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas<sup>50</sup> detecta una creciente demanda de personal sanitario especializado en los países desarrollados, que ha provocado un éxodo importante del personal sanitario cualificado de los países en desarrollo. Pero pudiera parecer un tanto paradójico que la misma LD se preocupara por la formación profesional de unos cuidadores a los que califica precisamente como no profesionales. Sin embargo, el legislador reconoce que procede facilitar la posible inserción del cuidador en el mercado de trabajo, superando de este modo el círculo vicioso que significa para el cuidador informal el quedar al margen del sistema de formación profesional para el empleo porque ni es trabajador ni es desempleado, y no teniendo fácil acceso al mercado laboral (o pérdida de

<sup>48</sup> La Recomendación R(98)9, id., pág. 20.

<sup>49</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE, id., pág. 73.

<sup>50</sup> Naciones Unidas. Consejo Económico y Social, id., pág. 24.

oportunidades de promoción, en su caso) por carecer de la formación precisa o no haber actualizado los conocimientos profesionales desde que comenzó su labor como cuidador.

El artículo 18.4 de la LD establece que el Consejo Territorial del SAAD promoverá acciones de apoyo a los cuidadores no profesionales que incorporarán, entre otros, programas de formación. El Real Decreto 615/2007, que regula su encuadramiento en la Seguridad Social, no solamente determina la cotización por formación profesional, sino que, mediante la disposición final 3.<sup>a</sup> introduce a los cuidadores no profesionales en el subsistema de formación profesional para el empleo, efectuando las oportunas adiciones en el Real Decreto 395/2007, de tal modo que puedan participar en las iniciativas de formación que constituyen la denominada «formación de oferta», es decir, la que capacita para el desempeño cualificado de las profesiones y el acceso al empleo. A fin de garantizar el acceso a la formación de las personas con mayor dificultad de inserción (o, en su caso, de mantenimiento) en el mercado de trabajo, el artículo 5.3 del Real Decreto 395/2007 (en su nueva redacción) señala que tienen prioridad para participar en las acciones formativas, entre otros, «los cuidadores no profesionales que atiendan a las personas en situación de dependencia».

- **Los programas de formación e información. Especial referencia a la prevención de riesgos.** Entre las acciones de apoyo a los cuidadores informales que debe promover el Consejo Territorial del SAAD, según el artículo 18.4 de la LD, se encuentran los programas de formación e información. Aunque aparentemente se limite a los cuidadores, en realidad deben ir dirigidos a todas las personas que se relacionen con el dependiente, y de un modo más concreto a los familiares próximos aunque no tengan el «status» de cuidador principal.

Al hablar de formación no se está refiriendo a la formación profesional que acabamos de analizar, sino la relativa a un mayor conocimiento y perfeccionamiento para realizar la tarea propia de cuidador (nociones elementales de organización de tiempos para lograr un aprovechamiento más eficaz, modo de tratar a las personas dependientes según sus características, nociones elementales alimenticias y sanitarias, así como de manejo y transporte de la persona en situación de dependencia o cualquier otra materia de similar naturaleza). Se pretende así superar el problema detectado de que el cuidador informal y los familiares próximos que le sirven de apoyo tienen que realizar tareas, a veces difíciles y desagradables, para las que no tienen ninguna preparación específica; necesitan saber cómo enfrentarse a los problemas, cómo conseguir el mayor confort de la persona dependiente, cómo relacionarse con terceros supliendo las deficiencias (falta de memoria, ausencia de visión, ... del dependiente). Pero, sobre todo, necesitan saber que, a pesar de los sinsabores, pueden obtener una satisfacción personal al sentirse útiles en su función.

Los programas de información pueden abarcar aspectos muy diversos relacionados con los mismos temas, pero de un modo más especial, por tratarse de un Sistema en fase de implantación, tienen especial relevancia los programas de información sobre las prestaciones del SAAD, y el procedimiento de solicitud. A ello hay que añadir una amplia gama de servicios de información municipales, autonómicos o estatales, y también privados que orientan a los cuidadores. De un modo más especial es preciso destacar la necesidad de formación e información en materia de prevención de riesgos. Es conocido que el trabajo en el hogar tiene unos riesgos de accidentes específicos (instalaciones eléctricas y de gas, uso en la limpieza de productos tóxicos...)

y que los cuidadores no profesionales y los familiares de apoyo pueden padecer unas patologías específicas vinculadas a su función (dolores articulares causados al mover a la persona dependiente, alteraciones del sueño, situaciones de estrés y ansiedad, por poner algunos ejemplos).

El artículo 21 de la LD está dedicado expresamente al Servicio de prevención de situaciones de dependencia, a fin de prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y sus secuelas; pero esta declaración se refiere a la persona dependiente. No se recoge en la LD ningún precepto que de un modo directo pueda referirse a medidas preventivas en la actividad del cuidador informal, salvo la relativa a la «habitabilidad de la vivienda» del artículo 14.4 de la LD. No existe ninguna declaración similar a la establecida en el artículo 8 de la LV, según la cual, aunque no existe relación laboral, las organizaciones del voluntariado deben «garantizar a los voluntarios la realización de sus actividades en las debidas condiciones de seguridad e higiene en función de la naturaleza y características de aquellas». Ni siquiera se hace una referencia similar a la del artículo 13 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial del servicio en el hogar familiar: «El titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene», aunque dicha obligación sea difícil de comprobar, aparte de que la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante LPRL) no se aplica a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (art. 3.4 ). Nos encontramos con una falta de regulación específica de la prevención de riesgos en esta actividad, salvo de un modo tangencial en los programas de formación e información del artículo 18.4 de la LD (y efectivamente, existen programas formativos sobre los riesgos específicos del cuidador informal). No son ajenas tampoco las «medidas para atender los períodos de descanso», del mismo precepto, ya que frente a la antigua concepción de la prevención de riesgos vinculada a las condiciones del centro de trabajo, las técnicas y mecanismos, la nueva visión integradora <sup>51</sup> abarca aspectos casi hasta ahora marginados, entre los que se cuentan de una manera especial la relación entre los tiempos de trabajo y los de descanso, y de un modo especial para el cuidador informal los de «respiro». A ello hay que añadir las políticas de protección enmarcadas en el ámbito del Sistema Nacional de la Salud, pues como señala MOLINA NAVARRETE <sup>52</sup> «los riesgos derivados del trabajo de cuidar que, sí es cierto que no son propiamente "profesionales" en el sentido de la LPRL, son riesgos "ocupacionales" en sentido amplio».

### C. Distinción con otras figuras afines.

- **El servicio en hogar familiar.** El artículo 2.1 b) del ET establece que se considerarán relaciones laborales de carácter especial «las del servicio del hogar familiar». Según el artículo 1.4 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, «el objetivo de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del

<sup>51</sup> Sobre la moderna concepción de la Seguridad y Salud en el Trabajo, Alfredo MONTOYA MELGAR y Jaime PIZÁ GRANADOS. *Curso de seguridad y salud en el trabajo*, 2.ª ed. McGraw-Hill, Madrid., 2000, pág. 27.

<sup>52</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE, id., pág. 71.

hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas». Como se puede observar, esta descripción de funciones es muy parecida con la que realiza el cuidador informal respecto a las ABVD del dependiente. Quizá pueda señalarse que entre las funciones del empleado doméstico destacan más las del cuidado del hogar, mientras que las del cuidador informal se centran en la atención personal al dependiente; pero ambos tipos de funciones se entremezclan y confunden siendo imposible determinar una línea divisoria. No obstante, existen diferencias entre ambas situaciones:

- En la relación laboral especial existe un contrato de trabajo entre el amo de casa y el empleado doméstico; cuestión distinta es que «la situación actual de los empleados del hogar, caracterizada por la preeminencia de la economía sumergida, constituye un supuesto de crisis (sectorial) del *rule of law*: del imperio de la ley» (MOLINS GARCÍA-ATANCE<sup>53</sup>). Por el contrario, la vinculación del cuidador informal no puede calificarse de relación laboral (como estamos viendo en este estudio) sin perjuicio de la existencia de determinadas ventajas sociales.
- Parte esencial de la relación especial de empleados de hogar es la retribución, aparte una determinada jornada y los demás derechos y obligaciones que configuran su especialidad. Por el contrario, el cuidador informal no tiene retribución propiamente dicha, y sus derechos y obligaciones quedan configurados en la LD, y normas de desarrollo, y por el PIA establecido para la persona en situación de dependencia.
- La Seguridad Social de los empleados de hogar (Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre), constituye un Régimen Especial del Sistema, mientras que la de los cuidadores informales está regulada por el Real Decreto 615/2007, que luego analizamos, y que se configura mediante un convenio especial.

La disposición final primera del último Real Decreto mencionado, añade un nuevo párrafo al artículo 4 del Decreto 2346/1969, de modo que quedan excluidos del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico: «d) 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 que aquella conviva». Observamos que esta norma no menciona al cuidador del entorno familiar del artículo 18 de la LD, por lo que pudiera deducirse, *a sensu contrario* que pudiera estar encuadrado en ese Régimen Especial; pero esa conclusión no es correcta, de modo que el cuidador informal (más precisamente, el cuidador informal principal, si hubiera varios) deberá estar encuadrado imperativamente según lo dispuesto en el artículo 2 del Real Decreto 615/2007, con las exclusiones y matizaciones que veremos.

<sup>53</sup> Juan MOLINS GARCÍA-ATANCE. «La reforma del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar». *Información Laboral Lex Nova*, n.º 3/2008, pág. LN-7.

Sin embargo nada obsta para que también, entre las personas que atienden al dependiente, además del cuidador informal «principal», existan otras personas que, realizando tareas de ABVD u otras domésticas en el mismo domicilio pero sin el *status* oficial de cuidador informal, puedan (o mejor, deban) encuadrarse en el Régimen Especial del Servicio Doméstico si se dan los requisitos para ello; esta observación es procedente ante la importancia que van adquiriendo los inmigrantes en los trabajos domésticos y la existencia de una bolsa de economía sumergida en este sector.

- **La asistencia personal.** El artículo 19 de la LD introduce con el carácter de prestación económica la de «asistencia personal», figura un tanto imprecisa y que puede confundirse con el cuidador informal. Según dicho artículo: «la prestación económica de asistencia personal tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las ABVD. Previo acuerdo del Consejo Territorial del SAAD se establecerán las condiciones específicas de acceso a esta prestación». La confusión también puede estar motivada por la misma definición de «asistencia personal» en el artículo 2.7 de la LD: «servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en las tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal». No obstante, el artículo 19 de la LD es más delimitador ya que añade el «acceso a la educación y al trabajo», y no solamente a atención de las ABVD.

No puede ser un elemento distintivo el que la asistencia personal se preste solamente a las personas con gran dependencia, ya que también el cuidador informal puede prestarlas. Incluso pudiera suceder (a resultas de lo que se determine por la anunciada regulación por Consejo Territorial del SAAD) que, para una determinada persona en situación de gran dependiente el PIA determine la doble asistencia, tanto de un cuidador informal como de un asistente personal.

Sin embargo, existe una diferencia sustancial en cuanto al contrato de vinculación, aspecto que, como hemos visto soslaya la LD para el cuidador informal, mientras que para el asistente personal se destaca la existencia de un contrato claramente retribuido, ya que para ello se abona por el SAAD la correspondiente prestación económica al dependiente, con la que se contribuye a su contratación, especificándose además que ha de ser por un número determinado de horas.

No hay más regulación en la LD sobre este contrato de asistencia personal; ni siquiera que tenga que ser un profesional, aunque, la finalidad del servicio indica que ha de tratarse de una persona con un cierto nivel de cualificación profesional, o incluso en algún caso con un alto nivel de especialización. Para GONZÁLEZ ORTEGA <sup>54</sup>, «la exigencia de una contratación, con lo que ello supone de derechos, sobre todo retributivos, hace que su posición no sea tan débil como la del cuidador no profesional del entorno familiar; por lo que la Ley no se ocupa de su protección».

<sup>54</sup> Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, *id.*, pág. 297.

Respecto al encuadramiento en la Seguridad Social del asistente personal, en el Real Decreto 615/2007 aparecen dos normas:

- La disposición final primera, modifica el Decreto 2346/1969, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social de empleados del hogar, determinando de una manera expresa que en su ámbito no puedan encuadrarse las actividades de los asistentes personales de la LD.
  - La disposición adicional tercera, establece que el encuadramiento en la Seguridad Social, tanto los cuidadores profesionales, como los trabajadores dedicados a la asistencia personal a grandes dependientes en los términos previstos en el artículo 19 de la LD, «se regirá por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación», lo que en definitiva quiere decir que no se les aplica el sistema de convenio especial para los cuidadores informales.
- **El servicio de ayuda a domicilio.** Según el artículo 23 de la LD constituye «el conjunto de actuaciones llevadas a cabo en el domicilio de las personas en situación de dependencia con el fin de atender sus necesidades de la vida diaria, prestadas por entidades o empresas, acreditadas para esta función». El mismo precepto establece una distinción de dos aspectos de esta ayuda:
- Servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar: limpieza, lavado, cocina u otros.
  - Servicios relacionados con la atención personal, en la realización de las actividades de la vida diaria.

Según CAVAS MARTÍNEZ<sup>55</sup>, «su propia denominación ya indica que va destinado a satisfacer necesidades de la vida diaria, al margen de subdividirlo en la doble modalidad antes referida, se contempla la prestación por entidades o empresas mercantiles acreditadas para esta función y se ejemplifica la submodalidad de servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar y personales».

Esta descripción de funciones coincide con las que tiene que realizar el cuidador informal, ya que las ABVD, según el artículo 2.5 de la LD, no solo abarcan el cuidado personal sino también «las actividades domésticas básicas». Otro elemento de coincidencia es que ambas prestaciones se realizan en el hogar de la persona dependiente. Por todo ello el servicio de ayuda a domicilio puede servir para atender a la persona dependiente en los casos de ausencia del cuidador informal. El servicio de teleasistencia, que según el artículo 22 de la LD, facilita asistencia a los beneficiarios mediante el uso de tecnologías de la comunicación y de la información, con apoyo de los medios personales necesarios, en respuesta inmediata a situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento, «puede ser un servicio independiente o complementario al de ayuda a domicilio». Pero, aunque no se diga expresamente, nada impide que sea también un servicio complementario en las actuaciones del cuidador informal.

<sup>55</sup> Faustino CAVAS MARTÍNEZ, id., pág. 144.

No obstante, entre ambas prestaciones existen diferencias, ya que la del cuidador informal es en realidad una prestación económica, y no se exige profesionalidad al cuidador, mientras que la ayuda a domicilio es un servicio, al que se exige un grado de profesionalidad desde el momento en que tiene que ser atendido bien por personal propio de entidades de naturaleza pública o de empresas privadas acreditadas para esta función.

- **El voluntariado.** «La variedad moderna más importante del trabajo benévolo es el que miles de personas –en España se habla de tres millones– vienen ejecutando como voluntarios al servicio de organizaciones no gubernamentales y entidades públicas y privadas que, sin ánimo de lucro, y muchas veces con ayudas públicas, prestan servicios y desarrollan actividades de interés social o comunitario» (LUJÁN ALCARAZ)<sup>56</sup>. El artículo 3 de la Ley 6/1996, de 17 de enero, del Voluntariado (en adelante LV) nos da el siguiente concepto:

«1. A los efectos de la presente Ley, se entiende por voluntariado el conjunto de actividades de interés general, desarrolladas por personas físicas, siempre que las mismas no se realicen en virtud de una relación laboral, funcionarial, mercantil o cualquier otra retribuida y reúna los siguientes requisitos:

- a) Que tengan carácter altruista y solidario.
  - b) Que su realización sea libre, sin que tenga su causa en una obligación personal o deber jurídico.
  - c) Que se lleven a cabo sin contraprestación económica, sin perjuicio del derecho al reembolso de los gastos que el desempeño de la actividad voluntaria ocasione.
  - d) Que se desarrolle a través de organizaciones privadas o públicas y con arreglo a programas o proyectos concretos.
2. Quedan excluidas las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas o prestadas al margen de organizaciones públicas o privada sin ánimo de lucro, ejecutadas por razones familiares, de amistad o de buena vecindad.
3. La actividad de voluntariado no podrá en ningún caso sustituir al trabajo retribuido.»

El voluntariado puede abarcar numerosas actividades de interés general, sean culturales, científicas, deportivas... pudiendo también realizar, sin ningún género de dudas, las actividades de cuidadores informales de las personas en situación de dependencia. Esta conexión se refleja en el artículo 2.8 de la LD, que define al «tercer sector» como: «organizaciones de carácter privado surgidas de la iniciativa ciudadana o social, bajo diferentes modalidades que responden a criterios de solidaridad, con fines de interés general y ausencia de ánimo de lucro, que impulsan el reconocimiento y el ejercicio de los derechos sociales». Y según el artículo 16.4 de la LD, «los poderes públicos promoverán la colaboración solidaria de los ciudadanos con las personas en situación de dependencia, a través de la participación de las organizaciones de voluntarios y de las entidades del tercer sector». Para CAVAS MARTÍNEZ<sup>57</sup>,

<sup>56</sup> José LUJÁN ALCARAZ, *id.*, pág. 7.

<sup>57</sup> Faustino CAVAS MARTÍNEZ, *id.*, pág. 147.

«la inserción de este mandato en el artículo 16 de la LD es perturbadora, porque puede inducir a la confusión acerca de la genuina configuración de la red de servicios del SAAD; una disposición adicional habría sido mejor continente para esta, por lo demás, inobjetable previsión». No obstante, podemos observar que el legislador ha seguido el mismo criterio que en el artículo 64.1 de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos: «El Estado fomentará la colaboración del voluntariado en la atención de los disminuidos promoviendo la constitución y funcionamiento de instituciones sin fin de lucro que agrupen a personas interesadas en esta actividad, a fin de que puedan colaborar con los profesionales en la realización de actuaciones de carácter vocacional en favor de aquellos».

Existen evidentes elementos comunes entre el voluntario y el cuidador informal; las dos actividades están excluidas de la relación laboral; en ambos predomina el altruismo, la solidaridad, la libertad en la prestación y la ausencia de retribución. Para la Sentencia del Juzgado de lo Social (en adelante SJS) de Sevilla de 2 de febrero de 2004 (AS 2004\10), «sin lugar a dudas, la figura del voluntariado se constituye en el ejemplo paradigmático de trabajo realizado a título gratuito». No obstante procede matizar este aspecto; SELMA PENALVA<sup>58</sup> resume el estado de la cuestión: «La Ley 6/1996 impone a la organización no lucrativa el deber de reembolsar los gastos que se ocasionen en el desarrollo de la actividad voluntaria [art. 3.1 c)]. Interpretando literalmente dicha previsión legal, el voluntario solamente recibirá el importe exacto de aquellos gastos concretos cuya cuantía justifique (aunque en realidad, no solo debe probar la cuantía del gasto que se ha realizado, sino también que dicho desembolso tuvo lugar durante el desempeño de sus actividades como voluntario). Y precisamente con el fin de ratificar la voluntad manifestada inicialmente en el compromiso de vinculación del voluntario, el juzgador acude a una peculiar interpretación de "suplidos por gastos". La jurisprudencia realiza una interpretación flexible de la noción de "suplido por gastos" y, en lugar de exigir una justificación detallada y minuciosa de los gastos realizados, el juzgador se conforma con admitir la procedencia de cantidades aproximadas, incluso cuando su cuantía es fija, de percepción mensual, y notoriamente superior a la suma de los gastos concretos en los que el voluntario pudiera haber incurrido... Por medio de esta práctica se está añadiendo a la estricta "compensación por gastos" la procedencia de una cantidad complementaria, en concepto de "compensación por molestias", y por ello, sujeta a un amplio margen de discrecionalidad de las partes en cuanto a la concreción de su cuantía».

En el sistema de protección social existen diferencias:

- La incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales es la específica del convenio especial que luego analizaremos.
- Por el contrario, las organizaciones que cuenten con la presencia de voluntarios deberán acreditar la suscripción de una póliza de seguro, adecuada a las características y circunstancias de la actividad desarrollada por los voluntarios, que les cubran los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente del ejercicio de la actividad voluntaria,

<sup>58</sup> Alejandra SELMA PENALVA. «Voluntariado y relación de trabajo: el valor indiciario del "compromiso de vinculación" previsto en la Ley 6/1996, de Voluntariado Social». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, n.º 287-febrero 2007, págs. 118 y 119.

con las características y por los capitales asegurados que se establezcan reglamentariamente. Nos encontramos, por lo tanto, en el ámbito de los seguros privados.

No obstante, la diferencia más esencial entre ambos consiste en la modalidad de integración en cada actividad:

- El cuidador no profesional adquiere esta condición a través de una vinculación familiar o del entorno con la persona en situación de dependencia, mediante la autorización de una resolución administrativa que determina los servicios o prestaciones que corresponden al dependiente según su grado y nivel de dependencia, detallados en el PIA. Solamente en un sentido lato puede decirse que el cuidador no profesional está integrado en el SAAD, ya que más exacto es decir que el SAAD, al no poder prestar sus servicios propios o concertados otorga a la persona dependiente una ayuda económica para que se procure un cuidador no profesional, que en cuanto tal no está integrado en el SAAD, aunque el Estado por razones de política social ampara de un modo especial su encuadramiento en la Seguridad Social.
- El voluntario, ante todo, no tiene por qué tener vinculación de ningún tipo con el ámbito de la realidad social en la que tiene que actuar. Ha de estar encuadrado –y esto es esencial– en una organización legalmente constituida, dotada de personalidad jurídica, sin ánimo de lucro y que desarrolle unos programas de interés general. Su incorporación se formaliza a través de un compromiso en el que destaca el carácter altruista de la relación (art. 9.1 LV).

El compromiso de incorporación del voluntariado es, según la mencionada SJS de Sevilla de 2 de febrero de 2004, un «instituto contractual atípico». Como dice BENLLOCH SANZ<sup>59</sup>, «es cierto que carece de una fisonomía clara pero también lo es el hecho de que recoge un acuerdo o consenso de voluntades que tiene aquí una relevancia mayor que en el ordenamiento laboral, quizá por el hecho del carácter altruista y solidario de la actuación del voluntario, a la hora de calificar la relación que les vincula». SELMA PENALVA<sup>60</sup>, después del análisis de sentencias muy significativas (principalmente STSJ de Cataluña, Social, de 18 de mayo de 2000, AS 2000\1933 y SJS de Andalucía, Social, de 2 de febrero de 2004, AS 2004\10) señala que «el tipo de "integración inherente" a la actividad del voluntariado en la entidad sin ánimo de lucro que se formaliza en el "compromiso de vinculación" excluye a primera vista, en opinión del juzgador, cualquier posible vestigio de la naturaleza laboral del vínculo, apoyándose de nuevo en una interpretación restrictiva del artículo 1.1 del ET. Es decir, el compromiso con la organización suscrito por el voluntario tiene tanta fuerza indiciaria a favor de la naturaleza no laboral del vínculo que, en la práctica, se utiliza para destruir otro tipo de presunción: la "presunción de retribuididad" del trabajo productivo, incluso cuando con el transcurso del tiempo sea el aparente voluntario el que reniegue de su declaración inicial y suscite el conflicto».

Finalmente, podríamos añadir una nueva distinción entre el cuidador no profesional de la LD y el voluntario, que aunque sea desde un punto de vista más formalista y de técnica

<sup>59</sup> Pablo BENLLOCH SANZ. «La actividad del voluntariado: su difícil delimitación con la actividad laboral». *Aranzadi Social*, 1/2004. BIB 2004\261.

<sup>60</sup> Alejandra SELMA PENALVA, *id.*, pág. 118.

legislativa, no deja de tener importancia práctica. La LD es una Ley que se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.º de la Constitución. Por el contrario, la LV no tiene el carácter de norma básica, pues su ámbito de aplicación es solamente el estatal o supraautonómico; como dice BENLLOCH SANZ <sup>61</sup> «la existencia de esa pluralidad de normas tanto en el ámbito estatal como en el autonómico lejos de configurar un panorama claro ha provocado que surjan una multiplicidad de modelos legales, que impiden, *a priori*, que pueda hablarse de una concepción unívoca del voluntariado».

#### D. La pretendida excepcionalidad del cuidador no profesional.

La excepcionalidad de esta prestación económica, declarada en el artículo 18.1 de la LD, resulta congruente con la declaración expresa, en el artículo 14.2, de la prioridad de la prestación mediante centros y servicios públicos o privados concertados, es decir, fuera del hogar del dependiente. Pero, desde otro punto de vista, esta excepcionalidad resulta incongruente, ya que el artículo 3 i) proclama como uno de los principios inspiradores de la LD «la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida», siendo su hogar, evidentemente, una parte esencial de su entorno vital.

El Consejo de Estado en su Dictamen de 23 de marzo de 2006 sobre el Anteproyecto de la LD <sup>62</sup> sugiere la reconsideración del carácter excepcional atribuido a esta prestación económica, recordando que el cuidado en el hogar familiar es «el sistema más generalizado hasta ahora, que es más adecuado que otras prestaciones al objetivo del mantenimiento del medio habitual –en términos no solo materiales sino humanos– ... y que habrían de tenerse en cuenta, también, las preferencias que se manifiesten dentro de ese entorno familiar (piénsese que, en muchos casos, la edad de los afectados puede inclinar tales preferencias a favor de esta prestación)».

Por otro lado, hay que ser realista. El sistema de la LD, según MOLINA NAVARRETE <sup>63</sup>, «peca, al menos para los próximos 8 años, de exceso de irrealidad, esto es, se muestra más voluntarioso que eficaz». En los actuales momentos, los cuidadores informales, familiares o del entorno, constituyen uno de los medios principales de atención al dependiente, en un porcentaje abrumadoramente superior a la atención profesionalizada. Según el Libro Blanco de la Dependencia <sup>64</sup>, en España de un total de 1.670.450 personas en esta situación en el año 2004, se estimaba que más de un millón eran atendidos por cuidadores informales familiares hasta el segundo grado, y otros 200.000 por cuidadores informales en otro grado de parentesco, vecinos o amigos, resultando el resto, en torno a 350.000 personas las que se beneficiaban de cuidados profesionales. Por eso el mismo Consejo de Estado <sup>65</sup>

<sup>61</sup> Pablo BENLLOCH SANZ, *op. cit.*

<sup>62</sup> Consejo de Estado, *id.*, pág. 12.

<sup>63</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE, *id.*, pág. 38.

<sup>64</sup> Libro Blanco de la Dependencia, *id.*, págs. 33 y ss.

<sup>65</sup> Consejo de Estado, *id.*, pág. 12.

manifiesta que «los cambios que en este punto se produzcan no deben ser drásticos, sino progresivos, teniendo en cuenta también los medios y recursos, materiales y profesionales, con que, sobre todo al principio de su andadura, puede contar el sistema».

Pero además podemos añadir que la idea de que el modelo basado en el apoyo informal no puede sostenerse a medio plazo queda desmentida por la realidad de algunos países, debiendo corregirse en el sentido de poder afirmar que el SAAD no puede sostenerse económicamente, o sería especialmente gravoso por vía impositiva, sin la participación importante de los cuidadores informales. Respecto a uno de los países más avanzados en políticas de atención a las personas dependientes, como es Holanda, y en el que inicialmente se siguió el criterio de la atención prioritaria profesionalizada en centros asistenciales que tuvo un alto grado de aceptación social, SHUIJT y KNIPSCHER <sup>66</sup> nos informan que desde hace unos pocos años el gobierno holandés está promocionando una política inversa, o sea, la sustitución del cuidado en instituciones por la atención domiciliaria y el cuidado profesional por el informal. «Esta política se ha legitimado por la necesidad de reducir los costes de los cuidados a las personas mayores y a la fuerte preferencia de estas personas por vivir en sus propios hogares tanto tiempo como sea posible».

Como señala AZNAR LÓPEZ <sup>67</sup> «la meta a alcanzar habrá de ser la de dispensar el servicio que mejor se adapte a las necesidades específicas de cada caso y que el interesado disponga de libertad para optar entre las distintas alternativas».

## E. La Seguridad Social del cuidador no profesional.

### 1. Introducción.

Uno de los problemas planteados en la protección de la dependencia es la situación en que se encontraban los cuidadores informales a efectos de la Seguridad Social, ya que, en cuanto tales, no tenían encaje en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 7 de la LGSS sobre la extensión del campo de aplicación del Sistema, de modo que el período, normalmente de larga duración, empleado en atender al dependiente era inexistente a efecto de futuras prestaciones contributivas. En situaciones extremas, después de muchos años dedicados a atender a una persona dependiente, al cesar en sus funciones se encontraban sin la posibilidad de ingresar en un trabajo, fuera por cuenta ajena o autónomo, o con tan corto período de cotizaciones que resultaba imposible obtener prestaciones de jubilación o de invalidez en su nivel contributivo por falta de período de carencia, e incluso en el nivel no contributivo si tenía algunas rentas o ingresos propios que superaran los mínimos establecidos para obtener esas prestaciones.

El incremento de las personas dependientes ha causado a la vez el de sus cuidadores informales, y la situación descrita a efectos de Seguridad Social ha sido un problema analizado en la R(91)2 de la

<sup>66</sup> N.Y. SHUIJT y C.P.M. KNIPSCHER. «La protección de las personas dependientes en los Países Bajos» en *Véjez y Protección Social...*, op. cit., pág. 274.

<sup>67</sup> Manuel AZNAR LÓPEZ, id., pág. 19.

Unión Europea<sup>68</sup>, que se refiere en el apartado B de su Anexo a las «personas que en el hogar asumen responsabilidades familiares al cuidado de niños, de personas dependientes discapacitadas o mayores» de modo que si no ejercen ninguna actividad profesional, se les deberá tener en cuenta este período para la apertura del derecho a las prestaciones de invalidez y de vejez, así como para el cálculo de estas prestaciones según las modalidades establecidas. En el ámbito europeo se considera que el seguro de dependencia con una aseguradora privada, asume también el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social del cuidador no profesional, cuando existiera, al menos para las prestaciones de jubilación y enfermedad, y en este sentido se ha pronunciado la sentencia de 8-7-2004 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en los casos acumulados GAUMAIN-CERRI y BARTH<sup>69</sup>. La LD trata esta cuestión, relegándola al ámbito reglamentario. Según el artículo 18.3 de la LD: «El cuidador deberá ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente», y la disposición adicional cuarta, es redundante con lo ya establecido: «Reglamentariamente el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimientos de afiliación, alta y cotización». La única diferencia entre ambos preceptos es que en uno se habla del «cuidador» y en otro de «los cuidadores», lo que introduce una confusión que ya detectó el Consejo de Estado<sup>70</sup> y que, como hemos analizado anteriormente, nos inclinamos por considerar que el verdadero *status* del cuidador no profesional corresponde solo a un «cuidador principal».

## 2. Análisis del convenio especial.

El Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, ha regulado la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia, introduciendo a la vez un nuevo artículo 28 en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por el que se regula el convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social. Se ha optado, entre otras posibilidades muy variadas, por introducir una modalidad de Convenio Especial con la Administración de la Seguridad Social al amparo de lo dispuesto en el artículo 125.2 de la LGSS.

Para RODRÍGUEZ SANTOS<sup>71</sup>, son dos los intereses que se protegen mediante un convenio especial: el desamparo, cuando se cese en determinado Régimen y no es posible su inclusión en otro, y los derechos expectantes por las cotizaciones ya efectuadas. Según LÓPEZ GANDÍA<sup>72</sup> «el convenio especial en el sistema español no se configura en líneas generales como un mecanismo que permita la "generalización" de la acción de la Seguridad Social a cualquiera que desee acceder a la misma y no pueda hacerlo por no estar comprendido dentro del sistema. No es una vía supletoria para aquellos que no han estado previamente afiliados a la Seguridad Social. Solo de manera excepcional el convenio especial conseguiría ser la vía simplemente de acceso al sistema de la Seguridad Social sin que necesariamente hayan estado previamente encuadrados en el mismo».

<sup>68</sup> La Recomendación R(91)2 está publicada en *Vejez y Protección Social... op. cit.*, págs. 73 y ss.

<sup>69</sup> Sentencias ejemplares. *Actualidad Laboral* 2004-2, pág. 2.180, comentada por M.<sup>a</sup> José DILLA CATALÁ.

<sup>70</sup> Consejo de Estado, id., pág. 14.

<sup>71</sup> Baltasar RODRÍGUEZ SANTOS. *Comentarios a la Ley de Seguridad Social*. Ed. Lex Nova 3.<sup>a</sup> ed. Tomo I, pág. 360.

<sup>72</sup> Juan LÓPEZ GANDÍA. *La regulación del nuevo convenio especial de seguridad social*. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 15.

- **Ámbito subjetivo.** Establecido en el artículo 1 del Real Decreto 615/2007, que ya hemos transcrito al mencionar el concepto de «cuidador no profesional», abarca tanto al cuidador familiar (hasta el tercer grado) como al del entorno que reúna el requisito de la vecindad durante el período previo de un año.

Para la suscripción de este convenio especial, deberá acreditar ante la Tesorería General de la Seguridad Social la realización de los cuidados informales, aportando copia de la resolución de la concesión de la prestación económica a la persona atendida, así como la documentación acreditativa sobre el parentesco o, en su caso, la concurrencia de los requisitos del que llamamos cuidador del entorno. El convenio surtirá efectos desde la fecha de la mencionada resolución de concesión, siempre que el cuidador reúna los requisitos.

La suscripción de este convenio especial no precisa de la acreditación de período de cotización previo, eximiendo, por lo tanto, de la regla general que la exige durante al menos 1.080 días en los doce años inmediatamente anteriores a la baja en el Régimen de la Seguridad Social de que se trate.

- **Encuadramiento.** Quedan encuadrados obligatoriamente en el Régimen General y en situación asimilada al alta mediante la suscripción del convenio especial. Como indica GALA VALLEJO<sup>73</sup> existen cuatro modalidades de alta en la Seguridad Social: la real (al inicio de la actividad laboral), la especial (en situaciones de huelga y cierre patronal), la presunta o de pleno derecho (por incumplimiento de la obligación de la empresa) y el alta asimilada, siendo el convenio especial un instrumento jurídico para formalizarla.

No obstante, no procede la suscripción del convenio especial:

- a) Cuando el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad por la que deba quedar incluido en el Sistema de la Seguridad Social.
- b) Cuando el cuidador perciba prestaciones de desempleo, o tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.
- c) Cuando el cuidador disfrute los períodos de excedencia laboral en razón del cuidado de familiares, que tengan consideración de períodos de cotización efectiva, de acuerdo con el artículo 180 de la LGSS. Es de observar que el artículo 46.3 del ET establece por estos cuidados el período de excedencia de hasta dos años (salvo ampliación por convenio colectivo), pero solamente se considera efectivamente cotizado el primer año; además el derecho de excedencia por esta causa solamente abarca hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, aunque no habría especial dificultad para incluir también al familiar por adopción. En definitiva, para el cuidador no profesional familiar en tercer grado del dependiente así como para el denominado «del entorno», y en todo caso transcurrido el primer año, no se consideran períodos de cotización efectiva.

<sup>73</sup> César GALA VALLEJO. *El convenio especial y sus modalidades en la seguridad social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid 2005, pág. 19.

Igualmente existen dos supuestos especiales:

- a) Que el cuidador tenga que reducir la jornada de trabajo y la correspondiente retribución, según el artículo 37.5 ET, el convenio especial se aplicará en orden al mantenimiento de la base de cotización, si resulta superior al tope mínimo del Régimen General.
- b) Cuando el cuidador tenga ya suscrito otro convenio especial, procederá su extinción, pero formalizando otro nuevo convenio regulado en el Real Decreto 615/2007, sin perjuicio de que pudiera mantener las bases de cotización anteriores si resultaran superiores al tope mínimo del Régimen General.

En definitiva, este convenio especial se convierte en un sistema supletorio, ya que solamente se aplicará en aquellos supuestos en que el propio cuidador no pueda estar previamente protegido por cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social o porque al abandonar su anterior trabajo ya no quede encuadrado en el Sistema, o bien porque no le abarque la totalidad de la pérdida de ingresos.

- **Acción protectora.** Abarca las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza. Además la Formación Profesional.

Si comparamos con el ámbito de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social (art. 38 LGSS) observamos que no abarca la asistencia sanitaria, la recuperación profesional, las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, desempleo y prestaciones familiares; tampoco el Fondo de Garantía Salarial. Casi todas estas exclusiones son coincidentes con las que se establecen como regla general en todos los convenios especiales, según el artículo 9 de la Orden TAS/2865/2003. Respecto a la asistencia sanitaria, debemos observar que según el artículo 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se ha universalizado esta prestación, puesto que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y extranjeros residentes en territorio nacional.

- **Cotización.** La base mensual de cotización será el tope mínimo que en cada momento esté establecido en el Régimen General de la Seguridad Social cuando la dedicación del cuidador sea completa, entendiéndose como tal la que se preste durante al menos cuarenta horas semanales. Existen los siguientes supuestos especiales:

- a) Cuando el cuidador no alcance la dedicación completa, la base se reducirá proporcionalmente al tiempo de dedicación, sin que pueda ser inferior al 50% del mencionado tope mínimo.
- b) Cuando el cuidador viniere cotizando por base superior, bien por su anterior actividad o bien por anterior convenio especial, antes de suscribir este convenio especial, podrá mantenerla, e incluso actualizarla en los mismos términos que el tope mínimo citado.

- c) Cuando el cuidador tenga suscrito un convenio especial como perceptor del seguro de desempleo con derecho a cotización por la contingencia de jubilación (art. 24 Orden TAS 2865/2003), y que procede a anularlo para suscribir el correspondiente a los cuidadores no profesionales, mantendrá la base por la que viniera cotizando, pero la cuota resultante será reducida en la parte que corresponda a la contingencia de jubilación.

A la base de cotización así resultante se aplicará el tipo de cotización vigente en cada momento. El importe resultante se reducirá mediante la aplicación del coeficiente que determine anualmente el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (es el 0,77% para el 2007 y el 2008). El resultado será la cuota. Pero a ella hay que añadir, por la contingencia de formación profesional, el 0,2% sobre la base de cotización. Para el año 2008 la cuota total resultante (SS+FP) es de 153,93 euros mensuales (disp. adic. única RD 7/2008, de 11 de enero).

El sujeto obligado de la cotización no es el cuidador, ni tampoco la persona en situación de dependencia, sino que es la AGE, ya que el artículo 4.5 del Real Decreto 615/2007 establece: «La cotización a la Seguridad Social, así como la correspondiente a las acciones formativas... será asumida directamente por convenio con la Tesorería General de la Seguridad Social por la AGE». Como señala LÓPEZ GANDÍA <sup>74</sup>, «con carácter general es el propio suscriptor el sujeto obligado y responsable de la obligación de cotizar en los términos que se establecen en el convenio especial». Pero el presente caso es especial; el hecho de que la AGE (a través del IMSERSO) asuma la totalidad del pago de la cuota del cuidador informal constituye una mejora excepcional con cargo, en definitiva, a los Presupuestos Generales del Estado, evitando así una complicación burocrática para la persona dependiente o su cuidador, optando el sistema español por la más sencilla y solidaria entre las cuatro alternativas propuestas por la mencionada Recomendación R(91)2 <sup>75</sup>; las otras tres alternativas eran las de financiación por cotizaciones de los interesados teniendo en cuenta su capacidad contributiva, por el conjunto de los asegurados y por combinación de varios sistemas. Así, por ejemplo, en la legislación de Austria los seguros sociales del cuidador se financian en parte por el Estado y en parte por una cuota que la persona dependiente detrae de su subsidio de asistencia, pero KAI LEICHSEN-RING <sup>76</sup> nos informa que este sistema está planteando importantes problemas aplicativos.

No obstante, en los casos en que la base de cotización fuera superior a la mínima, será a cargo directo del cuidador el coste del incremento de la cotización sobre la cuantía resultante por la base mínima. Esta situación se extinguirá por renuncia del cuidador o por falta de abono de su parte de cuota durante tres mensualidades consecutivas o cinco alternas, salvo causa de fuerza mayor debidamente acreditada.

- **Extinción del convenio especial.** Se extinguirá por las siguientes causas:

- a) Por quedar integrado el cuidador en el campo de aplicación del Régimen General o en cualquiera de los Especiales como resultado de una actividad profesional, bien a tiempo

<sup>74</sup> Juan LÓPEZ GANDÍA, *id.*, pág. 100.

<sup>75</sup> La Recomendación R(91) 2, *id.*, pág. 76.

<sup>76</sup> KAI LEICHSEN-RING. «El sistema austriaco de protección social para las personas necesitadas de cuidados», en *Vejez y Protección Social...*, *op. cit.*, pág. 137.

completo, bien a tiempo parcial pero con una base de cotización igual o superior a la del convenio.

- b) Por adquirir el cuidador la condición de titular de una pensión de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años.
- c) Por fallecimiento de la persona en situación de dependencia o extinción de la prestación de cuidados familiares por ella percibida.
- d) Por fallecimiento del cuidador.
- e) En definitiva, cuando deje de prestar sus servicios o deje de reunir las condiciones y requisitos necesarios.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DEL CUIDADOR NO PROFESIONAL

##### A. Determinación de las partes de la relación.

En primer lugar hay que precisar cuál es la contraparte de la relación del cuidador no profesional, si el dependiente, el Estado o los dos. Para MOLINA NAVARRETE <sup>77</sup> estamos «ante una relación triangular de trabajo de utilidad o solidaridad socio-familiar jurídicamente relevante, que organiza un modo de intercambio, no mercantil sino "desmercantilizado", de prestaciones y contraprestaciones entre tres sujetos: a) El Estado –paga las cotizaciones y reconoce la prestación económica como renta de compensación del trabajo de cuidar, da formación, protege la salud...-. b) La persona dependiente –está obligada a dar una compensación y recibe el cuidado-. c) La persona cuidadora –presta el servicio y recibe distintas protecciones o coberturas sociales–».

Sin embargo, la relación jurídica a considerar es la de la persona dependiente con el cuidador informal, ya que el Estado ni da ni recibe el servicio, sino que solamente lo protege por motivos de interés social. El artículo 5 de la LD establece que el titular de los derechos es la persona dependiente, y el artículo 14.4 de la LD deja claro que la prestación económica la recibe el dependiente, y no el cuidador informal, aunque sea destinada para él; «el legislador no contempla prestaciones para los cuidadores familiares, ni ha instaurado una nueva prestación familiar por dependiente a cargo» (CAVAS MARTÍNEZ <sup>78</sup>). Seguimos así el criterio del TC en Sentencia 2/1991, de 14 de enero de 1991 (RTC 1991\2): el Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante IMSERSO) tenía un servicio de atención domiciliaria, contratado y controlado por dicha Entidad Gestora y cuyo personal fue considerado laboral del organismo por la Jurisdicción Social, lo que provocó que se organizara el servicio de otro modo, transformando la prestación en especie –asistencia domiciliaria– por una prestación económica –«el cheque-abuelo»– de modo que el nuevo personal asistente era contratado por el

<sup>77</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE, *id.*, pág. 76.

<sup>78</sup> Faustino CAVAS MARTÍNEZ, *id.*, pág. 155.

anciano o sus representantes entre las personas que quisiera. Cuando se realizó el traspaso de funciones a la Generalitat Valenciana unas trabajadoras contratadas por el segundo sistema reclamaron ser personal laboral de la Generalitat, lo que les denegó el Magistrado de Instancia y el extinto Tribunal Central de Trabajo, que calificaron su relación como la de empleadas de hogar del anciano; recurrieron en amparo ante el Tribunal Constitucional basándose en la igualdad de trabajo con las personas contratadas por el primer sistema y en la transformación fraudulenta de la prestación. Pero la sentencia confirma el criterio de la Jurisdicción Social, desestimando la demanda «pues, si bien puede admitirse que existe analogía o incluso, si se quiere, identidad, entre los servicios prestados por los recurrentes y los prestados por otros trabajadores en régimen distinto, tampoco puede negarse que la modificación introducida en el modo de gestión del servicio de asistencia domiciliaria a los ancianos, no solo está dentro del ámbito de actuación de la Entidad gestora, sino que aparece razonable y objetivamente justificado por consideraciones de eficacia y economía».

## B. Exclusión de la laboralidad.

A diferencia de lo que ocurre en otras relaciones paralaborales (por ejemplo, en el voluntariado, art. 3.1 LV), en la LD no existe una declaración expresa de la exclusión de la laboralidad. En terminología de LUJÁN ALCARAZ<sup>79</sup> no nos encontramos ante una «exclusión constitutiva», o sea impuesta por norma de rango suficiente, sino ante una «exclusión declarativa», o sea la motivada por carecer de las notas de laboralidad. Como ya hemos expuesto, la «ajenidad» no se da en los supuestos más comunes de cuidados informales (al tratarse de familiares dentro del segundo grado, que conviven con el dependiente, y con unos ingresos familiares indiferenciados), la «voluntariedad» en estos mismos supuestos está fuertemente matizada por las obligaciones de naturaleza familiar, y la que no se da en ninguno de los supuestos es la «retribución», que es más bien un subsidio compensatorio.

Otra vía, si bien indirecta, para calificar la laboralidad de una relación es la relativa al encuadramiento en la Seguridad Social que corresponda. «La relación jurídica de trabajo no coincide necesariamente con la de Seguridad Social, bien que no se puede negar una empatía profunda entre uno y otro ámbito, ya que pertenecen a distintas órbitas del ordenamiento jurídico: la primera dominada por el principio voluntarista, aún con matices, y la segunda por la escueta legalidad del mandato de la norma» (GARCÍA PIQUERAS<sup>80</sup>). Del análisis del Real Decreto 615/2007 se deduce que no existe relación laboral al tener que encuadrar al cuidador informal en el Régimen General a través de un convenio especial; además, de su disposición adicional tercera puede deducirse *a sensu contrario* la no laboralidad del cuidador informal al determinar que para los cuidadores profesionales se aplicarán las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación.

Para MOLINA NAVARRETE<sup>81</sup> estamos ante un «régimen cuasi-profesional» o ante «un estatuto profesional de la persona cuidadora informal, no idéntico pero sí selectivamente asimilado al del cuidador profesional», pero ajeno, al menos de momento, al Derecho del Trabajo.

<sup>79</sup> José LUJÁN ALCARAZ. «El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58/2005, pág. 15.

<sup>80</sup> Manuel GARCÍA PIQUERAS, *id.*, pág. 4.

<sup>81</sup> Cristóbal MOLINA NAVARRETE, *id.*, págs 75 y 76.

### C. Naturaleza jurídica de la relación.

La exclusión de la laboralidad implica la calificación de la relación como civil, si bien han de distinguirse dos situaciones: el principal núcleo familiar y los demás cuidadores.

- **El principal núcleo familiar**, entendiéndose como tal al cuidador familiar cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del dependiente, es decir, de aquellas personas que tienen el deber de «alimentos». Esta relación civil corresponde al Derecho de Familia, basada en el lazo afectivo y legal de la solidaridad familiar. La STS (Civil) de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001\2562), manifiesta por un lado que «ante todo, hay que decir que la obligación de prestar alimentos se basa en el principio de la solidaridad familiar y que tiene su fundamento en el artículo 39.1 CE que proclama que los poderes públicos han de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia». La transgresión de alguno de estos deberes está tipificada como delito en el Título XII del Código Penal (así, el abandono de familia y el impago de pensiones).

Se deben distinguir las relaciones en que su regulación se refiere a ese deber de alimentos, y aquellas otras en que existe además otro apoyo legal de más fundamento:

- La relación de los cuidados entre esposos tienen su regulación principal en el artículo 67 del Código Civil (en adelante CC), que en su redacción actual dice: «Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia» y en el artículo 68 del CC: «los cónyuges están obligados a... socorrerse mutuamente».

Se resume así una larga tradición jurídica, basada en los mismos fundamentos morales del matrimonio, y que ya se recogían en la ley 7.<sup>a</sup>, del título 2.<sup>o</sup>, de la Partida 4.<sup>a</sup>: «Si alguno de los que fueren casados cegase, o se ficiere sordo o contrahecho, o perdiese sus miembros por dolores o por enfermedad o por otra cualquier... non debe el uno desamparar al otro... deben vivir en uno et servir el sano al otro et proveerle de las cosas que menester son, segunt su poder».

- La relación de los cuidados de los padres con los hijos menores no emancipados (ya hemos dicho que transitoriamente no se aplica la LD a los menores de 3 años) está regulada en el artículo 110 del CC: «El padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos», y en consonancia, el artículo 111 del CC, después de determinar los supuestos de pérdida de la patria potestad establece que «quedarán siempre a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos». El artículo 39.3 de la CE impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. La STS (Civil) de 5 de octubre de 1993 (RJ 1993\7434), basa la obligación de la atención del menor no emancipado en la patria potestad de los padres (art. 154.1 CC), más que en el deber de alimentos entre parientes.
- La relación de los cuidados entre los demás miembros de la familia hasta el segundo grado inclusive tiene su fundamento en el derecho de «alimentos entre parientes».

Según el artículo 142 del CC «se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica» (además de los de educación, y los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otro modo); según el artículo 146 del CC: «la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe». La mencionada STS (Civil) de 1 de marzo de 2001 establece también que el deber de prestar alimentos debe interpretarse a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.1 del CC, atendiendo a la realidad social del tiempo a que han de ser aplicadas. Entendemos que ello puede dar paso a una futura línea doctrinal y jurisprudencial que pueda interpretar la relación de estos familiares muy próximos al cuidador informal como una vinculación por el deber de alimentos entendida en un sentido más amplio que la tradicional basada en la ausencia de medios económicos del alimentista, abarcando también la ayuda en las ABVD de la persona en situación de dependencia, línea que, en cierto modo ya ha abierto la STS (Civil) de 17 de abril de 1974 (RJ 1974\1605), para la que el artículo 142 del CC abarca «toda clase de ayudas y cuidados de orden ético y afectivo», o la STS (Civil) de 4 de febrero de 1988 (RJ 1988\701), por el que debe entenderse como una «actitud activa de atenciones».

No nos estamos refiriendo aquí al contrato de alimentos introducido en el CC por la Ley 41/2003 de protección patrimonial de las personas con discapacidad. Según el artículo 1.791 del CC «por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante toda su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos», y según el artículo 1.793 del CC, «la extensión y calidad de la prestación de alimentos serán las que resulten del contrato, y a falta de pacto en contrario, no dependerá de las vicisitudes del caudal y necesidades del obligado ni de las del caudal de quien los recibe».

En el contrato de alimentos nos encontramos ante una relación contractual civil de carácter aleatorio, por causa de la indeterminación en el tiempo y en la cuantía ya que está en función de las necesidades del alimentista. En relación con el tema que analizamos, pudiera ser constituida a favor de la persona dependiente por una persona no necesariamente familiar, para la prestación de atenciones por un tercero que no actúa de un modo altruista, sino que se beneficia de unos bienes o derechos como contraprestación de sus servicios. Evidentemente, la existencia de un contrato civil de esta naturaleza ha de ser tenido en consideración por los servicios sociales al elaborar el PIA, y constituye un elemento a ponderar en la determinación de la capacidad patrimonial de la persona dependiente. Para VILALTA y MÉNDEZ <sup>82</sup> «el contrato viene a sancionar una realidad social, un contrato atípico hasta ahora, pero de acentuado uso y admitido en derecho como expresión del principio de la autonomía de la voluntad contractual del artículo 1.255 del CC, denominado por la doctrina francesa como *du bail à nourriture* y que presenta significados parecidos con el contrato de renta vitalicia regulado en los artículos 1.802 y ss. del CC».

<sup>82</sup> A. ESTHER VILALTA y Rosa M. MÉNDEZ. *Alimentos entre parientes*. Ed. Bosch, 2005, pág. 9.

- **Los demás cuidadores.** En estos casos entre el cuidador informal y la persona en situación de dependencia existe una relación civil de naturaleza obligacional que no podemos clasificar dentro de las escuetas y anticuadas normas que el CC dedica al contrato de arrendamientos de servicios, artículos 1.583 y ss., ya que en la relación del cuidador informal falta, en el sentido que hemos visto, el requisito de la retribución. Aunque predomine el carácter altruista y solidario, y PLANIOL<sup>83</sup> admita la figura de las «donaciones de trabajo» no puede calificarse esta relación como una donación puesto que en nuestro CC (arts. 618 y ss.), según indica ALBALADEJO<sup>84</sup> «el objeto de la donación puede ser una cosa (con lo que realmente se alude al derecho de propiedad sobre ella) o un derecho (distinto de propiedad)», no encajando en nuestro ordenamiento la figura de la donación de servicios.

Para LUJÁN ALCARAZ<sup>85</sup>, «es preciso reconocer la existencia de una amplia parcela de relaciones de trabajo cuya exacta ubicación en el derecho de obligaciones plantea numerosas dudas. Así, cuando se trata de las aportaciones de trabajo que se realizan en el marco de ciertas relaciones amistosas, benévolas o de buena vecindad». Según GONZÁLEZ ORTEGA<sup>86</sup>, «hay que señalar que, normalmente, la prestación del cuidador no profesional se basa en razones no retributivas; en la medida en que el cuidador asume esa tarea en virtud de los vínculos de parentesco, cercanía, afecto o amistad que tiene con el dependiente. Desde el punto de vista, pues, de la regulación laboral, el cuidador no profesional es, además, un prestador gratuito de servicios. Quedando incluido, más que en el concepto de trabajo familiar del artículo 1.3 e) del ET, ya que no hay una empresa o actividad económica del conjunto de la familia como unidad de convivencia, en el trabajo amistoso, benévolo o de buena vecindad del artículo 1.3 d) del ET». RODRÍGUEZ CARDO<sup>87</sup> distingue entre estas tres denominaciones, aunque los iuslaboralistas las usen frecuentemente de un modo conjunto e indistinto, y prefiere denominar trabajos amistosos a los que «se plasman en una prestación de servicios aislada y coyuntural», trabajos de buena vecindad a los que repercuten «de una u otra forma, en una mejora de la convivencia en el entorno del propio prestador de servicios», mientras que la benevolencia «tiene una dimensión más general, y se manifiesta en un trabajo solidario que pretende mejorar las condiciones de vida de personas que no se encuentren en el ámbito del trabajador», por lo que entendemos que el servicio del cuidador no profesional puede con más precisión ser clasificado como trabajo de buena vecindad. Nos encontramos, según expresión de FERNÁNDEZ DOMINGO<sup>88</sup> ante «obligaciones morales por razón de vecindad» que no solo se refieren a determinadas obligaciones consuetudinarias de algunas zonas rurales

<sup>83</sup> Citado por José CASTÁN TOBEÑAS, en *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Novena edición, 1961, tomo cuarto, pág. 424.

<sup>84</sup> Manuel ALBALADEJO GARCÍA. *La donación*. Fundación Regstral, 2006, pág. 57.

<sup>85</sup> José LUJÁN ALCARAZ. *Ponencia...*, id., pág. 4.

<sup>86</sup> Santiago GONZÁLEZ ORTEGA, id., pág. 305.

<sup>87</sup> Iván Antonio RODRÍGUEZ CARDO. «Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicio no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente». *Actualidad Laboral*, n.º 22, segunda quincena diciembre 2007, págs. 2.675 y 2.685.

<sup>88</sup> Jesús Ignacio FERNÁNDEZ DOMINGO. «Obligaciones morales por razón de vecindad». En *Estudios de Derecho de Obligaciones*. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, La Ley 2006, Tomo I, pág. 668.

(acarreo de madera o de abono, arreglo de la vivienda rural...) sino que trasciende a «las auténticas relaciones de vecindad, que carecen de amparo en normas jurídicas reales, pero que se asientan sobre la conducta esperada, y las más de las ocasiones recíprocas, que se sustentan en un contenido moral indiscutible, mucho más coactivo y menos beligerante que las restricciones reales derivadas de la propiedad inmediata».

LUJÁN ALCARAZ<sup>89</sup> parece inclinarse por la calificación de estas relaciones, sean amistosas, benévolas o de buena vecindad, como cuasi contratos, puesto que encajan en la amplia definición del artículo 1.887 del CC: «Son cuasi contratos los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados». Sin embargo estimo que esta relación no puede calificarse como cuasi contrato. Para ALBALADEJO<sup>90</sup> no se admiten en nuestro ordenamiento jurídico más cuasi contratos que la gestión de negocios ajenos y el cobro de lo indebido, debiendo reconducirse a los mismos cualquier figura que se pretenda calificar como tal; ninguno de los dos parecen encajar con la relación entre el cuidador informal y la persona en situación de dependencia; ni siquiera en el supuesto especial de *negotiorum gestio* previsto en el artículo 1.894 del CC: «Cuando sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese un extraño, este tendrá derecho a reclamarlos de aquel, a no constar que los dio por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos». En el caso que analizamos, el cuidador informal presta alimentos (en el sentido amplio antes mencionado) con conocimiento de cuantos pudieran resultar afectados, y no puede reclamarlos de los familiares más próximos puesto que actúa con ánimo altruista y solidario (equivalente al «oficio de piedad»), por lo que no estamos ante el supuesto que dicho precepto califica como cuasi contrato. Por otro lado, según CASTÁN<sup>91</sup>, aunque los dos cuasi contratos más característicos son los únicos regulados expresamente en nuestro CC, no se cierra la posibilidad (si bien vista con recelo por la doctrina y la jurisprudencia) de otros cuasi contratos atípicos o innominados, siempre que, como señala MANRESA<sup>92</sup> se reúnan tres requisitos: 1.º Que sean lícitos los actos de que se derive la obligación; 2.º Que dichos actos sean además voluntarios; y 3.º Que no exista convención. Al existir en el presente caso acuerdo de voluntades de las partes afectadas, no se reúne este último requisito, lo que impide la calificación como cuasi contrato.

Resulta, en definitiva, que la relación entre el cuidador no profesional y la persona en situación de dependencia, o sea, el contrato de vinculación, constituye una modalidad contractual no regulada en el CC ni en norma civil especial, por lo que nos encontramos ante un contrato innominado o atípico, cuya causa es la mera liberalidad (art. 1.274 CC) y cuyo contenido está determinado, a la vez, por la libre voluntad de las partes (arts. 1.091 y 1.255 CC) y por la resolución administrativa que concede la prestación económica del artículo 18 de la LD y el PIA correspondiente, y finalmente por la costumbre en lo que no se detalle.

<sup>89</sup> José LUJÁN ALCARAZ. Ponencia..., id., pág. 4.

<sup>90</sup> Manuel ALBALADEJO GARCÍA. *Derecho Civil, II Derecho de Obligaciones*, Ed. Bosch. 1989, Vol. Segundo, págs. 493 y 499.

<sup>91</sup> José CASTÁN TOBEÑAS, id., págs. 809 y 812.

<sup>92</sup> Citado por José CASTÁN TOBEÑAS, id., pág. 814.

## V. CONCLUSIONES

- **Primera.** La mención del cuidador no profesional en la Ley 39/2006 pone de relieve su importancia social hasta ahora prácticamente olvidada, no siendo una figura excepcional, sino plenamente eficaz para mantener en su propio ambiente a las personas en situación de dependencia.
- **Segunda.** La prestación económica que otorga el Sistema en el artículo 18 de la LD es una renta pública de naturaleza asistencial, no retributiva y finalista para compensar los gastos de cuidar al dependiente en su entorno y para apoyo del cuidador no profesional.
- **Tercera.** La inclusión del cuidador no profesional en el Régimen General de la Seguridad Social, a través del sistema de convenio especial, es solamente subsidiaria para el caso de que no quede encuadrado por otras causas en alguno de sus Regímenes, y tiene además aspectos excepcionales ya que no exige período previo de cotización, y porque esta corre a cargo del IMSERSO en su totalidad.
- **Cuarta.** Algunas prestaciones de la Ley en su nivel mínimo y obligatorio –el tiempo de «respiro» y las medidas de formación e información– no se otorgan solamente al cuidador «principal» sino también a los familiares del dependiente.
- **Quinta.** Las medidas de Formación Profesional pretenden sacar al cuidador no profesional del círculo vicioso que le impide o dificulta su inserción en la vida laboral.
- **Sexta.** La relación del cuidador no profesional con la persona dependiente no es de naturaleza laboral, por tratarse de servicios de buena vecindad, pero al otorgarse algunas prestaciones típicas de la relación laboral puede calificarse como «paralaboral».
- **Séptima.** Dicha relación tiene naturaleza civil, encuadrada dentro del Derecho de Familia para el cónyuge y familiares hasta el segundo grado inclusive del dependiente, mientras que para los demás cuidadores familiares o los denominados «del entorno» nos encontramos ante una relación contractual atípica o innominada.