

Figuras alternativas a la protección pública alternativas para la contención del gasto en el sistema de protección social. Apunte de algunos supuestos de figuras “precarias”^{*}

Alternatives for the cost containment measures in the social protection system. About some “precarious” figures

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

CATEDRÁTICA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE LEÓN

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

TU DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE LEÓN

Resumen

La crisis de financiación y la deficiente cobertura de las necesidades que sufre el sistema español de protección social, además de las medidas legislativas de carácter presupuestario, ha propiciado la utilización de ciertas figuras dirigidas a la prestación directa de un servicio al beneficiario ahorrando gastos al sistema. Todas ellas cuentan con un denominador común: el desarrollo de su propia actividad profesional en condiciones laborales precarias y, por tanto, con carencias severas en materia de protección pública. El efecto es altamente pernicioso, pues, aun cuando cuentan con la virtud de contribuir a la contención del déficit público, se encuentran marginadas del bienestar institucionalmente garantizado. Partiendo de tal novedosa perspectiva, en este artículo se examinan las implicaciones que acarrea el voluntariado, los trabajos de colaboración social, la prestación desempeñada por cuidadores no profesionales, el trabajo de los empleados de hogar o el llevado a cabo en determinadas entidades de economía social, en particular en las cooperativas de trabajo asociado.

Abstract

The economical crisis and the deficient coverage of the requirements of the Spanish social protection system, in addition to legislative measures of a budgetary nature, has carried on the use of certain figures aimed at the direct provision of a service to the beneficiary, saving costs to the system. All of them have a common denominator: the development of their own professional activity in precarious working conditions and, therefore, with severe deficiencies in public protection. The effect is highly pernicious, since, even though they have the virtue of contributing to the containment of public budget, they are marginalized from public welfare. Starting from such a perspective, this paper examines the implications of voluntary work, social collaboration, informal careers, household employees or social economy entities, in particular the cooperatives of associated work.

Palabras clave

protección social; voluntariado; cuidadores no profesionales; empleados de hogar; colaboración social; entidades de economía social

Keywords

social protection; voluntary work; informal carers; domestic workers; social partnership; social economy entities

^{*} El presente estudio se inscribe dentro de los Proyectos de Investigación “Juventud y experiencia en el fomento del empleo y del emprendimiento: un reto para Europa y para España. Subproyecto: Marco jurídico del empleo de los trabajadores jóvenes” del Ministerio de Economía y Competitividad, y LE091U14, financiado por la Junta de Castilla y León.

1. LAS QUIEBRAS DE LOS PRINCIPIOS DE “UNIVERSALIDAD SUBJETIVA” Y “GENERALIDAD OBJETIVA”

Desgraciadamente, la pobreza y la marginación social no son temas nuevos, sino que han acompañado irremediablemente a las sociedades en todos los tiempos, obligándolas, de una forma u otra, a tomar postura ante ellas, bien, en un principio, silenciándolas o ignorándolas, bien, en un segundo momento, tratando de aliviarlas, inicialmente mediante el recurso a la beneficencia, posteriormente revestida de determinados matices jurídicos y convertida en asistencia social¹. La sensación de necesidad, el miedo a la incertidumbre, el peligro de afrontar daños ciertos (riesgos) o su actualización (siniestros), causando mermas de salud, pérdida de ingresos o exceso de gastos, han justificado, pues, la sucesiva aparición de mecanismos de cobertura, pudiendo diferenciar tres etapas²:

Durante siglos, quien no era capaz de protegerse por sí mismo quedaba sometido a la caridad de los demás, bien particulares, establecimientos eclesiásticos o, más adelante, instituciones públicas. Las notas características de esta protección benéfica o asistencial son tres: la limitación de los recursos dedicados a las ayudas, la necesidad de competir con otros para acceder a ellas y, finalmente, el carácter discrecional de su concesión. En esta etapa, los menesterosos tienen expectativas o intereses legítimos pero no derechos subjetivos a la protección social³.

A finales del siglo XIX, razones políticas y económicas hacen que nazca, sobre el modelo del seguro privado, el seguro social⁴. En esta segunda etapa, se objetiviza la cobertura y el acceso a la protección no queda condicionado a la pobreza y consiguiente competición con otros, sino que la condición de obrero industrial es, a la vez que necesaria, presupuesto suficiente para exigirla. En sentido propio, no hay ya limitación de recursos sino que los gastos se equilibran mediante fórmulas financieras de capitalización con los ingresos aportados por las partes de la relación del seguro social (empleador y trabajadores) y, en su caso, por el Estado⁵. El corto espacio de tiempo que media entre el nacimiento del seguro social y la transformación de las ideas sobre la protección social, a raíz de los últimos años de la segunda guerra mundial, contrasta con la intensidad de aquél en la generalización de las formas de tutela configuradas como derechos subjetivos de los asalariados (paulatinamente, no ya sólo obreros de la industria). Cientos de seguros sociales, para cubrir los riesgos de enfermedad, accidente, invalidez, vejez, viudedad, orfandad, desempleo..., basan su eficacia en la obligatoriedad y en la irreversibilidad⁶.

Las imperfecciones de los seguros sociales, su escaso ámbito de protección, los serios inconvenientes de descoordinación propios de su organización en compartimentos estancos

¹ GARCÍA NINET, J.I.: “Prólogo”, en DE VICENTE PACHÉS, F.: *Asistencia social y servicios sociales. Régimen de distribución de competencias*, Madrid, Cámara del senado, 2003, pág. 18.

² ALONSO SECO, J.M. Y GONZALO GONZÁLEZ, B.: *La asistencia social y los servicios sociales en España*, Madrid, BOE, 1977, págs. 24 y ss.

³ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, en AA.VV.: *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTIn, 2003, pág. 67.

⁴ PÉREZ LEÑERO, J.: *Servicio y asistencia social*, Madrid, Aguilar, 1966, págs. 26 y ss.

⁵ BORRAJO DACRUZ, E.: “De la previsión social a la protección social en España”, *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 3, 1989, págs. 12 y ss.

⁶ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, cit., pág. 68.

y, sobre todo, la excepcional sensación de inseguridad durante la guerra, son óptimo caldo de cultivo para la consolidación de la idea de Seguridad Social⁷ como profunda convergencia entre los dispositivos de protección social conocidos hasta entonces, particularmente, el seguro social, y la asistencia social⁸. Desde entonces, ninguna oportunidad ha sido despreciada para afirmar la nueva etapa (tercera) de protección, caracterizada por la idea de cobertura, a favor de cualquier persona, de todos sus estados de necesidad, en cualquier momento de su vida. Idea tan ambiciosa que las restricciones impuestas de inmediato por su coste descomunal han hecho que la Seguridad Social para todos los ciudadanos sea al mismo tiempo el techo (lo que se quiere) y el suelo (lo que se puede) o, lo que es igual, un mito y un dato raramente coincidentes⁹.

Esta tensión dialéctica cobra pleno sentido en los momentos actuales, donde la recesión económica amenaza el mantenimiento de un sistema de mínimos expresamente recogidos en el art. 41 Constitución Española (CE)¹⁰: publicación institucional, universalidad subjetiva, generalidad objetiva y suficiencia prestacional¹¹. De este modo, más allá del deseable carácter universal, lo cierto es que al mantener la regulación vigente la fórmula profesionalizada de los llamados seguros sociales que fueron el origen del actual modelo, su estructura sigue basándose en mecanismos de incorporación diferenciados de los beneficiarios en atención a su situación respecto del mercado de trabajo¹². El nivel contributivo-profesional sigue siendo, pues, el predominante en la realidad social española, cuya finalidad principal está destinada a la cobertura de determinadas contingencias o situaciones de necesidad previstas legalmente, mediante pensiones económicas destinadas a suplir o compensar la ausencia, inexistencia o insuficiencia de ingresos de los beneficiarios, incluidos en el campo de aplicación por razón de la realización de una actividad profesional. Como con acierto se ha dicho, “el trabajador vive del fruto de su trabajo, es decir, de un salario o renta de trabajo suficientes; cuando falta o disminuye la retribución, el trabajador –o su familia– caen en una situación de necesidad (cargas familiares, falta de empleo adecuado –paro forzoso o desempleo involuntario–, pérdida o disminución de la capacidad de trabajo –incapacidad–, pérdida de la ocupación por edad –jubilación– o, en fin, fallecimiento del trabajador responsable de su familia –muerte y supervivencia–)”¹³. En términos generales, “son necesidades o contingencias caracterizadas por tratarse de un daño económico que afecta a la persona y no al patrimonio, al ocasionar la imposibilidad de trabajar o un aumento de los gastos familiares de quien trabaja”¹⁴, de modo que la “Seguridad Social sigue manteniendo como núcleo principal de su acción protectora las técnicas “aseguratorias” (requisitos de afiliación, alta y cotización) y “contributivas” (reconocimiento y cálculo de las

⁷ GALA VALLEJO, C.: *El sistema de Seguridad Social en España*, Madrid, MTAS, 1972, págs. 70 y ss.

⁸ DE LA VILLA GIL, L.E.: “Asistencia social”, en AA.VV.: *Enciclopedia laboral básica Alfredo Montoya Melgar*, Madrid, Civitas, 2009, pág. 204.

⁹ DE LA VILLA GIL, L.E.: “El modelo constitucional de protección social”, cit., pág. 68.

¹⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: “El modelo constitucional de Seguridad Social en España”, *RT*, núm. 65, 1982, págs. 26 y ss. y “La Seguridad Social en la Constitución Española: desarrollos legales y criterios del Tribunal Constitucional”, *DL*, núm. 30, 1990, págs. 19 y 20.

¹¹ BORRAJO DACRUZ, E.: “El sistema público de Seguridad Social: presente inquieto y futuro abierto”, *AL*, núm. 1, 1999, pág. 25.

¹² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Adecuación y sostenibilidad de las prestaciones contributivas (en especial, de las pensiones) del sistema de Seguridad Social”, *NREDT*, núm. 161, 2014, pág. 146.

¹³ BORRAJO DACRUZ, E.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, 20ª edición, Madrid, Tecnos, 2011, pág. 51.

¹⁴ AA.VV.: *Introducción al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, McGraw Hill, 1999, pág. 582.

prestaciones en función de las cotizaciones acreditadas) que la han caracterizado en su formación y evolución históricas¹⁵. Es más, las últimas reformas han convertido el término “sostenibilidad” en sinónimo de “contributividad”, intentando hacer desaparecer todos los elementos que distorsionen la relación directa entre la cotización y la prestación, aproximándose más, si cabe, a la técnica asegurativa privada existente entre prima e indemnización¹⁶.

Ahora bien, la nueva coyuntura económica, marcada por un imparable crecimiento de situaciones de necesidad genérica, caracterizadas por la insuficiencia de recursos de grupos específicos en situación de especial necesidad o riesgo social, hace necesaria la ampliación del campo de aplicación de la Seguridad Social, más allá del ámbito profesional donde se ha formado y donde ha surgido, obligando a desplazar la frontera entre prestaciones de Seguridad Social y técnicas de asistencia social, no en vano, siguiendo las pautas constitucionales, la protección social en su conjunto tiene el carácter de servicio oficial de cuya responsabilidad no pueden abdicar los poderes públicos¹⁷. En contrapartida, este crecimiento expansivo de los requerimientos sociales de tutela provoca un aumento de los costes para su satisfacción, bien a través de la dotación de subsidios o auxilios monetarios, bien mediante la dispensa de servicios en especie, en ambos casos enfrentados a los cada vez más limitados recursos públicos disponibles, circunstancia capaz de exigir el diseño de nuevas fórmulas de financiación, a veces perniciosas, como se tratará de explicar en las páginas siguientes.

2. CARA Y CRUZ DE LA ANSIADA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA GLOBAL DE PROTECCIÓN SOCIAL

Marcado ha sido el proceso de tránsito desde la “expansión” de la masa legislativa del Derecho de la Seguridad Social, que corresponde a la propia generalización o ampliación de su campo de aplicación a los más variados sectores de la población y a las más diversas actividades socio-económicas (signo de su *vis atractiva* o de su tendencia a universalización progresiva¹⁸), hasta la expulsión de determinados sectores de la población fuera del ámbito de protección del sistema, en algunos casos porque ellos mismos han optado por permanecer al margen [tal y como sucede con los profesionales liberales en uso de la facultad prevista en la disposición adicional 18ª RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS)], en otros, porque cuentan con ingresos económicos más que suficientes, pero en la mayoría, y crecientes en épocas de crisis, por no estar encuadrados dentro del marco profesional del nivel contributivo o del personal dentro del no contributivo. De este modo, “el principio de universalidad de la

¹⁵ MARTÍN VALVERDE, A.: “Asistencia social: propuesta de reconstrucción de un concepto constitucional”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N., (Coords.): *La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes o futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Granada, Comares, 2008, pág. 1130.

¹⁶ LÓPEZ CUMBRE, L.: “La reforma de la Seguridad Social de 2011: exigida por los mercados, necesaria para el Estado”, *RGDTSS*, núm. 29-30, 2012, pág. 10.

¹⁷ BARCELÓN COBEDO, S.: “El derecho a la Seguridad Social como derecho social. El reconocimiento constitucional como compromiso político y realidad jurídica”, *REDT*, núm. 139, 2008, pág. 533.

¹⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Público y privado en el sistema de pensiones públicas*, Madrid, Tecnos, 1998, págs. 23 y ss.

protección no funciona de forma absoluta por lo que hace a las situaciones de necesidad”¹⁹, circunstancia que, ante la falta de presupuesto suficiente, provoca un doble fenómeno preocupante: de un lado, quedan extramuros de la acción protectora pública determinados sujetos que no acreditan los requisitos legales exigidos; de otro, la cobertura es parcial o, más bien, pírrica, en ciertas situaciones. Tales efectos negativos cobran elevado protagonismo en los momentos actuales en los que el sistema de protección social manifiesta serias dificultades de viabilidad.

La ausencia de una ocupación remunerada, o su pérdida no deseada, supone en los tiempos presentes de crisis económica un problema social de primer orden ante el incremento exponencial del paro consecuencia de una fuerte desaceleración económica, capaz de exigir la dotación de cuantiosos recursos para su atención²⁰. Al tiempo, la dificultad de acceso y permanencia en un mercado de trabajo cada vez más inseguro provoca la aparición de actividades laborales especialmente precarias (los denominados trabajos menores, ya por su corta duración, su desarrollo a tiempo parcial con carácter prácticamente marginal o por llevarse a cabo en condiciones laborales ínfimas) o de fórmulas “extralaborales” de inserción profesional al margen del contrato de trabajo, ancladas, además en algunos casos, en la economía sumergida²¹. Investigar las causas que motivan la situación descrita no se presenta, en absoluto, como una cuestión exenta de dificultad, pues obviamente influyen factores de muy distinta índole relativos al propio funcionamiento de la economía en la que el ahorro de costes empresariales adquiere una importancia meridiana como motor de la competitividad, modelo que además viene fomentándose por las últimas reformas laborales inspiradas en la idea de que las nuevas exigencias del sistema productivo no se consiguen en la zona del empleo fijo y regularizado²².

A ello hay que añadir, como otra variable seriamente preocupante, la amenaza derivada del envejecimiento de la población y de las bajas tasas de natalidad, con la negativa confluencia de un doble factor: el previsible alargamiento de la esperanza de vida (en concreto, se estima que la expectativa vital en 2060 se sitúe en 87,4 años para los hombres y 90,6 años para las mujeres en el marco de la Unión Europea) y la jubilación más numerosa de la historia, la del *baby boom* (explosión de la natalidad que tuvo lugar después de la Segunda Guerra Mundial y que se prolongó unas décadas, lo que provocará que la población mayor de 64 años vaya a doblar su tamaño en 2060)²³.

Tales deplorables circunstancias, derivadas de un desempleo masivo, de empleos de muy baja calidad y del aumento exponencial de la población de avanzada edad, contribuyen

¹⁹ ALARCÓN CARACUEL, M.R. Y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 1997, pág. 68.

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El modelo de protección por desempleo: configuración técnica y orientaciones de la reforma”, en AA.VV. MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C. Y MORENO VIDA, M.N., (Dir.: *La Seguridad Social a la luz de las reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al Profesor José Vida Socia con motivo de su jubilación*, cit., pág. 1048.

²¹ GARCÍA ROMERO, B.: “La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora”, *DL*, núm. 104, 2015, vol. II, pág. 50.

²² IGARTÚA MIRÓ, M.T.: “El empleo irregular en España: puntos críticos”, *Trabajo y Derecho*, núm. 1, 2015, pág. 57.

²³ GARCÍA ROMERO, B.: “La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora”, *DL*, núm. 141, 2015, vol. II, pág. 50.

decididamente a agravar la crisis financiera del sistema de protección Social, en una doble vertiente²⁴: por un lado, los ingresos procedentes del trabajo (cuotas) se reducen de manera sensible, dado que la incorporación al mercado laboral es mucho más dificultosa y gran parte de las ocupaciones son precarias, y, además, quienes habían permanecido en él como trabajadores (cotizando ellos mismos y sus empleadores) pasan a integrarse en el grupo, cada vez más numeroso, de los parados o de los pensionistas. En este contexto adverso, ha tenido lugar, además, la reforma del art. 135 CE, desarrollado por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, que define el primer concepto como “la situación de equilibrio o superávit estructural” (art. 2) y el segundo como “la capacidad para financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites del déficit y deuda pública”, estando el sistema de protección social incluido dentro del ámbito de aplicación de esta Ley.

Desde la perspectiva del cumplimiento del techo de gasto y bajo la premisa de garantizar el futuro del sistema y su sostenibilidad teniendo en cuenta el drástico descenso de las cotizaciones sociales, el legislador, en los últimos años –y lo seguirá haciendo con intensidad– ha introducido una ingente batería de medidas, embarcado en un proceso de hiperactividad, para contrarrestar la cada vez más mermada disposición de liquidez, consecuencia de un sistema que se desequilibra y se hace inviable porque algunas de sus piezas no encajan, sobre todo porque al romperse el equilibrio o proporcionalidad entre población activa y pasiva²⁵. Se trata de diseñar herramientas alternativas dirigidas a aliviar los costes de financiación, tanto para la dotación de recursos económicos, como para la disposición de atenciones técnicas o *in natura* destinadas a conseguir una existencia digna, no en vano ambas perspectivas son complementarias²⁶, de suerte que la asistencia social y los servicios sociales desarrollan una función auxiliar respecto de las prestaciones típicas, las monetarias, procurando la mejora de las condiciones de vida con una dimensión mucho más personalizada.

Sin importar, a efectos de este estudio, el poder público competente, bien sea el central del Estado (art. 149.1.17 CE) o bien los autonómicos, que no sólo han desarrollado Leyes propias de servicios sociales, sino que han llevado a cabo actuaciones en materia de asistencia social (art. 148.1.20 CE)²⁷; sin lugar a dudas, algunas de las actuaciones reformadoras han tenido gran visibilidad, tal y como ha sucedido, sin necesidad de mencionar antecedentes más remotos, con las llevadas a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, y por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, centradas en establecer una proporcionalidad más intensa entre cotizaciones y prestaciones reforzando la contributividad del sistema en cuanto a la pensión de jubilación se refiere. La primera porque, al modificar aspectos relativos a la edad de jubilación, el porcentaje aplicable a la base reguladora

²⁴ MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La situación de la hucha de las pensiones. A propósito de las últimas disposiciones del fondo de reserva de la Seguridad Social y las limitaciones intrínsecas de este instrumento de garantía”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 5, 2015, pág. 24.

²⁵ ROJAS RIVERO, G.P.: “Nuevas fórmulas de financiación de la Seguridad Social”, *DL*, núm. 103, 2015, vol. I, pág. 18.

²⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Asistencia social y Seguridad Social: relaciones en un contexto económico adverso”, *Diario La Ley*, núm. 7799, 2012, pág. 9.

²⁷ OLARTE ENCABO, S.: “Los servicios sociales como mecanismo de atención a la dependencia”, *TL*, núm. 89, 2007, pág. 187.

umentando la escala que determina el mínimo de años cotizados necesarios para alcanzar el 100 por 100 y el período computable de ésta, provoca mermas cuantitativas importantes, endureciendo, además, el acceso a la jubilación anticipada y parcial. La segunda porque, al regular el factor de sostenibilidad (instrumento automático, aplicable a partir de 2019, revisable cada cinco años, que permite vincular el importe de las pensiones de jubilación a la evolución de la esperanza de vida, ajustando las cuantías que perciban aquellos que se jubilen en similares condiciones en momentos temporales diferentes) y el índice de revalorización de todas las pensiones (que ya no tendrá en cuenta el IPC sino el crecimiento de los ingresos, los gastos, el número de pensiones contributivas del sistema y la pensión media como consecuencia del efecto sustitución, entendido como diferencia de cuantías entre altas y bajas), va a provocar una reducción del importe inicial de las pensiones y del poder adquisitivo²⁸. La última, llevada a cabo en virtud del RD Ley 3/2016, de 2 de diciembre, por el que se adoptan medidas en el ámbito tributario dirigidas a la consolidación de las finanzas públicas y otras medidas urgentes en materia social, actualiza el tope máximo y las bases máximas de cotización en el sistema de Seguridad Social mediante la subida de un 3 % de las mismas en 2017.

Otras actuaciones, sin embargo, han pasado más desapercibidas, pudiendo mencionar, dentro de un extenso elenco de nuevos planteamientos de carácter extrapresupuestario, la utilización de ciertas figuras, dirigidas a la prestación directa de un servicio al beneficiario ahorrando gastos al sistema, con un denominador común: el desarrollo de su propia actividad profesional en condiciones laborales precarias y, por tanto, con carencias severas en materia de protección pública. El efecto es altamente pernicioso, pues, aun cuando cuentan con la virtud de contribuir a la contención del déficit público, sufren una elevada “gravosidad” en materia de Seguridad Social al encontrarse marginados del bienestar institucionalmente garantizado²⁹.

3. LA ATENCIÓN DE NECESIDADES SOCIALES POR VOLUNTARIOS. EL RECURSO A LA TÉCNICA DEL SEGURO PRIVADO

Sin ninguna duda, la gratuidad deja fuera del ámbito de aplicación del RD Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los Trabajadores (TRET), “a los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad” [art. 1.3 d) TRET], entendiéndose por los primeros aquellos que “implican una relación que afecta a dos personas, el uno y el otro amigo”; por los segundos, los consecuentes a “una actitud que, aunque pueda concretarse también en una persona determinada, descansa sobre un sentimiento que afecta a una colectividad más o menos amplia, o amplísima, incluida la totalidad de los sujetos, todo el género humano”; y, en fin, por los últimos, los derivados de “un difuso sentimiento social de ayuda mutua sin sanciones jurídicas”, propio de “los núcleos de población rústicos o urbanos mínimos de épocas pasadas”³⁰. Igualmente, este tipo

²⁸ SÁNCHEZ PÉREZ, J.: “Una ecuación a resolver: el futuro de las pensiones: reformas legales”, *RGDTSS*, núm. 41, 2015, págs. 242.

²⁹ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la cuestión social”, *RL*, núms. 15-16, 2001, pág. 32.

³⁰ ALONSO OLEA, M.: “Reflexiones actuales sobre el trabajo realizado a título de amistad, benevolencia o buena vecindad”, en AA.VV.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 1999, págs. 15 y ss.

de actividades se encuentra extramuros del sistema de Seguridad Social, tal y como reconoce el art. 137 a) TRLGSS³¹.

En este contexto, frente al trabajo remunerado, cabe constatar en los últimos tiempos un aumento de las prestaciones a título benévolo, en paralelo a la generalización de estructuras sociales en defensa de determinadas ideologías o intereses comunes (empresas de tendencia, partidos políticos, sindicatos, sectas, organizaciones sin ánimo de lucro, fundaciones, entidades dedicadas al culto religioso, cooperativas, mutualidades, corporaciones de desarrollo populares, clubes deportivos, instituciones de educación superior, asociaciones culturales...), para las cuales sus miembros o simpatizantes prestan servicios desinteresados, como forma de manifestar su adhesión y corresponsabilización con los objetivos y tareas del ente. Asimismo –y en relación con este fenómeno–, no cabe ocultar tampoco el auge de las prestaciones del voluntariado –moderna manifestación de trabajo prestado de forma gratuita–, caracterizadas precisamente por la realización de un trabajo social en beneficio de la comunidad en general o de colectivos específicos necesitados, por un afán altruista o solidario, sin naturaleza de ocupación laboral profesional y sin ánimo de beneficio alguno³², sin dejar de reconocer un posible efecto perverso, es decir, una cierta tensión hacia la utilización de la fuerza de trabajo voluntaria como fórmula de sustitución funcional de ocupaciones asalariadas, quedando un espacio para esconder formas de trabajo “irregular”³³.

La ampliación del campo objetivo de la actividad voluntaria, puesta de manifiesto por documentos tanto de la OIT³⁴ como de la UE³⁵, singularmente recogida en el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la aplicación, los resultados y la evaluación general del Año Europeo del Voluntariado 2011³⁶, se debe al aumento de las organizaciones sociales orientadas a fines de interés general, que han crecido en número, presupuesto global, en calidad y volumen de sus actividades, presencia social, capacidad de negociación con los poderes públicos, etc. El Manual de Medición del Trabajo Voluntario de la OIT de 2011 pone de manifiesto que aproximadamente 140 millones de personas participan en alguna actividad voluntaria cada año, lo cual arroja un resultado de 20,8 millones de trabajadores equivalentes a tiempo completo. Asimismo, se calcula que en la Unión Europea hay unos 100 millones de personas voluntarias, estando explícitamente regulado este fenómeno en países como Bélgica, Chipre, República Checa, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Polonia, Rumanía, Portugal y España, e implícitamente en el marco de otras Leyes en

³¹ FERNÁNDEZ PAMPILLÓN, A.: “Cuestiones jurídicas del voluntariado”, *Cuadernos de La Plataforma para la Promoción del Voluntariado*, núm. 10, pág. 13.

³² GARCÍA NINET, J.I.: “Régimen jurídico del personal voluntario”, *RSS*, núm. 18, 1983, págs. 127 y ss.

³³ ZURDO ALAGUERO, A.: “El voluntariado como estrategia de inserción laboral en un marco de crisis del mercado de trabajo. Dinámicas de precarización en el tercer sector español”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 22, 2, 2004, págs. 11 y ss. También, SELMA PENALVA, A.: “Voluntariado y relación de trabajo: el valor indiciario del ‘compromiso de vinculación’ previsto en la Ley 6/1996, de Voluntariado Social”, *RTSS (CEF)*, núm. 10, 2007, págs. 103 y ss.

³⁴ OIT: *Manual de medición del trabajo voluntario*, 2011.

³⁵ BENLLOCH SANZ, P.: “La actividad en régimen de voluntariado y el aprendizaje no formal desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario”, en ARETA MARTÍNEZ, M. Y SEMPERE NAVARRO, A.V., (Dir.): *Cuestiones actuales sobre el Derecho Social Comunitario*, Murcia, Laborum, 2009, págs. 29 y ss.

³⁶ Bruselas, 19 febrero 2012 [COM (2012) 781 final].

Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Lituania, Holanda, Eslovaquia, Suecia y Reino Unido. Únicamente carece de ordenación en Bulgaria y Eslovenia³⁷.

En nuestro país, el régimen jurídico de estas tareas de voluntariado, muy ligadas a la extensión del sector servicios de utilidad social, se encuentra actualmente en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, que deroga a la Ley 6/1996, de 15 de enero (a la que hay que añadir la normativa autonómica y alguna disposición especial como la Ley 23/1998, de 7 de julio, de Cooperación al Desarrollo), en virtud de la cual se definen como las prestaciones de servicios en el marco de actividades “de interés general” (art. 3), en gran parte coincidentes con los que se denominan “nuevos yacimientos de empleo” (vinculados muchas veces a la ayuda a domicilio y algunas al ocio, cultura, deporte, medioambiente...), que se realizan en el seno de organizaciones, sin ánimo de lucro, públicas o privadas (*non profit*). La presencia de una institución hace que sea natural el reembolso de los gastos realizados en el desarrollo de la actividad voluntaria, así como el aseguramiento contra los riesgos, por accidente y enfermedad, tal y como exige la Recomendación núm. (85) 9 del Consejo de Europa, de 21 de junio de 1985³⁸.

Con la finalidad de ahorrar costes sociales, aun cuando este tipo de trabajo se considera como altruista o no remunerado, los voluntarios tienen derecho a que la entidad suscriba una póliza de seguro u otra garantía financiera, adecuada a las características y circunstancias del cometido desarrollado, que cubra los riesgos de accidente y enfermedad derivados directamente de la actividad voluntaria [art. 14.2 c)]³⁹, estando excluidos, por tanto, de la acción protectora de la Seguridad Social al quedar enmarcados en el ámbito de los seguros privados. Lógicamente, la exclusión es absoluta pero se produce en el solo concepto de actuación como voluntario, no en virtud de aquellas otras situaciones que pueden acaecer –antes o durante el ejercicio de la actividad como tal–, que de ocurrir, en efecto, determinarían la aplicación del sistema de Seguridad Social como beneficiarios del mismo y sus correspondientes prestaciones (por ejemplo, trabajador por cuenta ajena o funcionario, a la vez que voluntario). Igualmente, va a tener acceso a determinadas prestaciones del sistema de Seguridad Social en virtud de un título derivado, en cuanto beneficiario de otro familiar o asimilado⁴⁰.

Con todo, el aseguramiento no nace expresamente de lo previsto en la Ley, sino realmente de la celebración de un contrato de seguro. Es, por tanto, el mencionado nexo el que alumbró la relación jurídica de aseguramiento entre las entidades de acción voluntaria, públicas o privadas, el personal voluntario y la aseguradora y no el hecho de que su existencia venga impuesta legalmente, cosa bien distinta, aunque lógicamente interrelacionada. Al no definirse el concepto de accidente o enfermedad, la autonomía de la voluntad de las compañías puede jugar

³⁷ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para el empleo”, *TL*, núm. 126, 2014, págs. 135-136.

³⁸ BAVIERA, I.: “Situaciones de empleo irregular y fraude a la Seguridad Social en los trabajos de voluntariado”, *Ius Canonicum*, núm. 54, 2014, págs. 639 y ss.

³⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: “La renovada ordenación jurídica del voluntariado (A propósito de la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado)”, *RTSS (CEF)*, núm. 393, 2015, págs. 5 y ss.

⁴⁰ MANRIQUE LÓPEZ, F. Y ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, *REDT*, núm. 164, 2014, pág. 20.

un importante papel, máxime cuando la Ley 45/2015 exige relación de causalidad directa entre la actividad y las consecuencias del riesgo cubierto. A la luz de este tenor legal surge la duda de si se incluyen o no aquellos accidentes denominados *in itinere*, entendiéndose por tales los que sufra el voluntario al ir o volver del lugar de su actividad, los motivados por acciones distintas a las habitualmente realizadas, por ejemplo, en interés del buen funcionamiento de las entidades de acción voluntaria, o los derivados de la participación en actos de salvamento y análogos que estando relacionados con su actividad no son propiamente objeto de ésta. Queda asimismo la duda de si se cubren o no las enfermedades padecidas con anterioridad pero manifestadas de nuevo o agravadas una vez iniciada su actividad de voluntariado como consecuencia de un accidente o una patología⁴¹.

Aun cuando la Ley establece a las claras que la suscripción de pólizas de seguro va a ser distinta según las diferentes actividades de los voluntarios, adecuándose y adaptándose aquéllas a las “características y circunstancias” de éstas, nada precisa para aquellos supuestos en los que la entidad incumpla su obligación por no suscribir la correspondiente póliza o cuando la suscrita sea manifiestamente insuficiente, produciéndose un supuesto de infraseguro. Lógicamente, el voluntario o sus herederos podrán reclamar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, muchas veces imposible de asumir por el escaso presupuesto del que dispone la institución, circunstancia que lleva a plantear la conveniencia de introducir en el tenor legal una garantía adicional para estos casos en aras a cubrir ese defecto o insuficiencia de cobertura, que no estaría reñida con la posibilidad de repetir con posterioridad contra la incumplidora. *De lege ferenda*, cabe pensar, ante los problemas de desprotección que pueden sufrir los voluntarios, en su inclusión en el Régimen General como asimilados a trabajadores por cuenta ajena o acudir a la vía del convenio especial⁴².

Como no podía ser de otra manera, en el ámbito de los voluntariados especiales se amplían los riesgos cubiertos por las pólizas atendiendo a sus peculiares circunstancias, tal y como sucede, por ejemplo, en el seguro de los voluntarios de cooperación al desarrollo que incluye a los familiares acompañantes o los gastos de repatriación [art. 37.2 b) Ley 23/1998, de 7 de julio], si bien los cooperantes también pueden ser profesionales, estando, en este caso, incluidos dentro del ámbito de aplicación de la legislación laboral española, tal y como aclara el propio art. 1.4 TRET. Conforme aclara el RD 519/2006, de 28 de abril, en este caso, quedan encuadrados en el Régimen General de la Seguridad Social, recayendo en el agente de cooperación las obligaciones de afiliación, alta y cotización. Cuestión distinta es que dicho RD regule una “previsión social específica” para aquellos cooperantes que no tuviesen suficientemente cubierto alguno de los riesgos por el Régimen General de la Seguridad Social recurriendo a un seguro colectivo obligatorio.

La razón justificativa de este aseguramiento especial, que se suma a la protección pública, estriba en la inexistencia de convenios en materia de Seguridad Social con los países de destino o en la inexistencia de un sistema público de salud con garantías suficientes. En concreto, los riesgos a cubrir por el seguro colectivo son: a) Una atención médica y hospitalaria similar a la cobertura española por cualquier contingencia acaecida en el país de

⁴¹ BARREIRO GONZÁLEZ, G.: “La Ley Gallega del Voluntariado Social. El aseguramiento de la actividad del personal voluntario”, *La Ley*, núm. 5909, 2003.

⁴² BENLLOCH SANZ, P.: *La actividad en régimen de voluntariado*, Pamplona, Aranzadi, 2007, págs. 325 y ss.

destino, incluyendo las revisiones periódicas generales y ginecológicas, embarazo, parto, maternidad y las derivadas de cualquier enfermedad o accidente, así como el gasto farmacéutico ocasionado y la medicina preventiva que requieren determinadas enfermedades, epidemias o pandemias existentes en los países de destino, al igual que la atención psicológica o psiquiátrica por sufrir angustias, estrés post traumático o cualquier otro trastorno de índole similar durante o al finalizar su actividad laboral y una revisión médico-sanitaria específica a su regreso a España; y b) La repatriación en caso de accidente, enfermedad grave, fallecimiento, catástrofe o conflicto bélico en el país o territorio de destino. Ello sin olvidar la posibilidad de aplicar a tales cooperantes el régimen previsto en el RD Ley 8/2004, de 5 de noviembre, sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad, cuando se den las condiciones establecidas, siendo incompatibles, no obstante, con las prestaciones derivadas del seguro colectivo por pérdida de la vida e incapacidad permanente⁴³.

Ahora bien y pese a la aparente claridad de este régimen jurídico, aun cuando en España la cifra de personas voluntarias (19 por 100) es inferior a la media de la Unión Europea (30 por 100), lo cierto es que la extensión de campos en los que pueden actuar las entidades sociales y la competencia por obtener subvenciones públicas ha contribuido a desdibujar los contornos clásicos de la figura del voluntario, que se ha profesionalizado en muchos casos, pasando de realizar actividades que precisaban personas con escasa formación a otras que demandan gran especialización⁴⁴, circunstancia explícitamente reconocida por el art. 6 Ley 45/2015, que adopta un carácter multidimensional al mencionar diversos tipos como el “voluntariado social, internacional, ambiental, cultural, deportivo, educativo, socio-sanitario, de ocio y tiempo libre, comunitario y de protección civil”.

Así, aunque el legislador se encarga de aclarar que el voluntariado no implica la suplencia de profesionales remunerados, pues no admite contraprestación económica o material, ni se trata de prácticas o becas, lo cierto es que esta figura se viene utilizando como entrenamiento o pasarela para acceder al mundo laboral, como cauce para la dispensa de servicios sociales sin encuadramiento en la Seguridad Social, mediante un quehacer extralaboral en la que no puede percibir una ayuda económica que vaya más allá de la compensación de los gastos reembolsables⁴⁵, brillando por su ausencia, en muchos casos, una motivación altruista o solidaria⁴⁶.

4. LOS TRABAJADORES EN COLABORACIÓN SOCIAL. EL AHORRO EN LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

Aun cuando los colaboradores sociales tuvieron su origen en el trabajo voluntario organizado por las Administraciones Públicas, han sido objeto de una reordenación normativa para alejarlos formalmente de tal procedencia (art. 3.3 Ley 45/2015) y también de

⁴³ MANRIQUE LÓPEZ, F. Y ARRIETA IDIAKEZ, F.J.: “Régimen jurídico de la prestación de servicios en las organizaciones sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Euskadi”, cit., pág. 22.

⁴⁴ BENLLOCH SANZ, P.: “Una nueva oportunidad para repensar el voluntariado: ¿hacia una nueva configuración legal de la acción voluntaria organizada?”, *Revista Española del Tercer Sector*, núm. 18, 2011, págs. 129 y ss.

⁴⁵ STSJ Andalucía/Sevilla 13 febrero 2013 (rec. 2130/2011).

⁴⁶ SERRANO GARCÍA, J.M.: “El voluntariado: de fórmula de participación social a instrumento para el empleo”, *TL*, núm. 126, 2014, pág. 151.

la regulación laboral [art. 3.1 b) TRET], en tanto en cuanto falta la libertad de elección en la realización de la actividad. Rasgo nuclear del contrato de trabajo es el relativo a la voluntariedad y, en consecuencia, la presencia de situaciones compulsorias de tal envergadura que eliminen cualquier opción del trabajador contraria a la ejecución de lo ordenado⁴⁷, tal y como sucede con las tareas destinadas a satisfacer necesidades sociales a favor de Administraciones Públicas o de otras entidades sin ánimo de lucro, en las cuales perderá el trabajador su derecho a la prestación económica de desempleo que estuviera percibiendo en caso de negativa injustificada a realizarlas, hace que hayan sido calificadas con acierto como “técnicas (no contractuales) de empleo asistenciales” (art. 272.2 TRLGSS)⁴⁸. Otra cosa es que los entes beneficiarios de esas prestaciones sociales asuman responsabilidades de tipo aseguratorio, pues han de ingresar en la Tesorería General de la Seguridad Social las cuotas correspondientes por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La utilización de la figura de los trabajos de colaboración social se presenta como una vía de provisión de mano de obra para las Administraciones Públicas (no tanto para las entidades sin ánimo de lucro) en un momento de restricción de incorporación de efectivos, “sustituyendo” la labor de los empleados públicos dedicados a la prestación de servicios sociales minimizando costes. Así, la exigencia a los perceptores de prestaciones por desempleo de trabajos de colaboración social, desprovistos del carácter de relación laboral y que suponen compatibilizar una retribución no salarial con una parte de la percepción económica por desempleo (art. 272.2 TRLGSS), ha sido una manifestación que ha querido fundamentarse en el principio de solidaridad, pero hace tiempo que ha perdido en la práctica ese fundamento, pudiendo transformarse en una fórmula para la dispensa de servicios de interés general mediante mano de obra temporal a un bajo costo y en situación desfavorable para el trabajador, que no devenga nuevo derecho alguno de desempleo durante el desarrollo de aquellos trabajos⁴⁹.

No cabe duda, pues, que el Servicio Público de Empleo puede exigir de todo desempleado, que perciba la prestación o subsidio de desempleo, la realización temporal de un trabajo dotado de utilidad general y beneficioso para la comunidad y coincidente con sus aptitudes físicas y profesionales sin que pueda suponer cambio de residencia habitual, debiendo, no obstante, proporcionar la formación profesional necesaria para la adaptación de los trabajadores a las tareas que se les asignen. Se trata de una modalidad de fomento de empleo y de dispensa de quehaceres sociales sumamente “*sui generis*”, en tanto su configuración jurídica viene determinada por dos elementos poco comunes: de una parte, la posibilidad de compatibilizar prestaciones o subsidios de desempleo con el trabajo por cuenta ajena para una entidad sin ánimo de lucro o una Administración Pública en sentido estricto (sector público administrativo), quedando excluidas cualesquiera de las diversas sociedades mercantiles públicas, entidades públicas empresariales y el resto de organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local, que conforme a la normativa vigente, forman

⁴⁷ MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Madrid, Civitas, 1975, págs. 190 y ss.

⁴⁸ CASAS BAAMONDE, M.E. Y VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España”, *RL*, 1989, Tomo I, págs. 240 y ss.

⁴⁹ MARTÍNEZ ABASCAL, V.: “Derecho al trabajo y políticas de empleo”, en AA.VV. SEMPERE NAVARRO, A.V. Y MARTÍN JIMÉNEZ, R. (Dir.): *El modelo social de la Constitución Española*, Madrid, MTAS, 2003, pág. 1360.

parte de tal sector pero no son Administraciones Públicas (sector público empresarial o fundacional)⁵⁰; de otra, la predeterminación del contenido de la relación, no en vano las exigencias impuestas para convenirla son las siguientes⁵¹:

1. Aun cuando por esta vía no cabe proceder a la cobertura de puestos ordinarios de plantilla y sólo resulta apta para la realización de tareas excepcionales o marginales, esto es, como iniciativas que no sustituyan, ni puedan ser comprendidas, en el contenido normal de un servicio de interés general⁵², lo cierto es que tradicionalmente los Tribunales venían admitiendo el recurso a la colaboración temporal para llevar a cabo actividades que son propias de la Administración⁵³.
2. La relación tiene un carácter estrictamente temporal, ceñido como máximo a la duración que le falte al trabajador por percibir la prestación o el subsidio⁵⁴. No obstante, el Tribunal Supremo ha aclarado esta interpretación al considerar que la temporalidad no está en función de la duración máxima del vínculo, que se relaciona con la extensión de la prestación de desempleo, sino que debe predicarse del trabajo objeto del contrato, que no puede coincidir con tareas habituales o permanentes⁵⁵.
3. El seleccionado continúa percibiendo la prestación o el subsidio de desempleo a cargo de la entidad gestora, completados por la Administración receptora del trabajo con la cantidad necesaria para alcanzar el importe total de la base reguladora que sirvió para el cálculo del beneficio contributivo, garantizando, en todo caso, el importe del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. Es más, este complemento no puede ser considerado como la contraprestación retributiva que se sufraga a cambio del trabajo en toda relación laboral, sino más bien se trata de una mejora a muy bajo coste de la prestación por desempleo obligatoriamente establecida por la norma a cargo del Ente beneficiario (art. 38.4 RD 1145/1982)⁵⁶.

Pese a todas estas ventajas desde el punto de vista del ahorro para las arcas públicas, hasta estos últimos años, se trataba de una herramienta de las políticas de empleo no demasiado utilizada, pues hasta fechas recientes se prefería que ciertas ocupaciones, que podrían ser desarrolladas a través de este tipo de programas, se llevaran a cabo, sin embargo, mediante contratos ordinarios, a fin de que las cifras de desempleo quedaran parcialmente reducidas. Ahora, sin embargo, la necesidad de contener el déficit público ha cambiado la

⁵⁰ SSTS 27 diciembre 2013 (rec. 217/2012, 2798/2012 y 3214/2012), comentadas por LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “El cambio en la interpretación de la temporalidad de los trabajos de colaboración social en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Trabajo y Derecho*, núm. 4, 2015, págs. 68 y ss.

⁵¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El acceso al empleo público*, Madrid, CEF, 1995, págs. 182 y ss.

⁵² STS 17 mayo 2000 (RJ 4635).

⁵³ SSTS 24 abril 2000 (rec. 2864/1999), 30 abril 2001 (rec. 2155/2000), 11 diciembre 2008 (rec. 69/2008), 18 septiembre 2012 (rec. 3597/2011) ó 4 febrero 2013 (rec. 4057/2011).

⁵⁴ SSTS 16 mayo 1988 (RJ 3621) y 24 abril 2000 (RJ 5147).

⁵⁵ SSTS 23 julio 2013 (rec. 2508/2012), 22 enero 2014 (rec. 309/2012), 6 mayo 2014 (rec. 906/2013) y 11 junio 2014 (rec. 1772/2013).

⁵⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo: análisis y propuestas*, Madrid, La Ley, 2012, págs. 226 y ss.

senda a favor de la utilización de estos instrumentos por las Administraciones, con el riesgo de que si la actividad realizada tiene el carácter de normal y permanente, la colaboración social carece de cobertura legal y, en consecuencia, estaríamos en presencia de una relación laboral ordinaria que daría lugar al derecho a percibir las retribuciones correspondientes al trabajo realizado, con obligación de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social y devolución por indebidas de las cantidades percibidas en concepto de prestación o subsidio de desempleo, pasando el afectado a tener la condición de “indefinido no fijo” (*tertium genus* entre contrato indefinido y temporal derivado de la necesidad de cohonestar la obligada observancia de los principios de mérito y capacidad en el reclutamiento de efectivos por parte de las Administraciones Públicas y las consecuencias previstas en el Estatuto de los Trabajadores para estabilidad ante las irregularidades cometidas en la contratación)⁵⁷.

5. CUIDADORES NO PROFESIONALES: LA POSIBILIDAD DE ACOGERSE A UN CONVENIO ESPECIAL A SU COSTA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a la Dependencia (LD), representa la voluntad del Estado de intervenir en esta materia, diseñando un modelo de “asistencia social externa al sistema institucional de la Seguridad Social”, justificado en el art. 149.1.1 CE, que reconoce al poder central la competencia “exclusiva” para “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”, a través de la implementación de tres niveles (art. 7): uno de protección mínimo establecido por la Administración General del Estado; otro segundo acordado entre la citada Administración y la de cada una de las Comunidades Autónomas; y un tercer nivel adicional que puede establecer cada Autonomía⁵⁸.

Bajo tales premisas, problema particular ha venido planteando la situación en que se encontraban los cuidadores informales a efectos de Seguridad Social, pues, en situaciones extremas, después de muchos años dedicados a atender a una persona dependiente, al cesar en esta tarea, se podían encontrar sin la posibilidad de ingresar en un trabajo, fuera por cuenta ajena o autónomo, o con tan corto período de cotizaciones que resultara imposible obtener pensiones de jubilación o de invalidez en su nivel contributivo por falta del período de carencia, e incluso en el nivel no contributivo si tenían algunas rentas o ingresos propios que superaran los mínimos establecidos. Esta circunstancia adversa ha sido analizada en la R(91)2 de la Unión Europea, 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, así como para el cálculo de estas prestaciones según las modalidades establecidas”⁵⁹. En el ámbito europeo se considera que el seguro de

⁵⁷ SSTS 18 junio 2014 (RDJ 3081/2014), 24 junio 2014 (Ar. 4380), 14 julio 2014 (RDJ 3319/2014), 19 febrero 2015 (núm. 703/2015), 19 junio 2015 (núm. 4549/2015), 6 octubre 2015 (rec. 2592/2014), 4 febrero 2016 (rec. 2638/2014) y 7 noviembre 2016 (rec. 755/2015).

⁵⁸ DURÁN BERNARDINO, M.: “La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de protección social a la dependencia”, *AS*, núm. 8, 2013 (BIB 2013/2373).

⁵⁹ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.: “En las fronteras del contrato de trabajo: el cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia”, *RTSS (CEF)*, núm. 70, 2008, pág. 38.

dependencia con una compañía privada puede asumir 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, tal y como ha establecido el Tribunal de Justicia⁶⁰.

En el ordenamiento español, es sabido que, de conformidad con lo previsto en el art. 2.1 d) RD 1620/2011, quedan excluidos del marco de la relación laboral de carácter especial de empleados de hogar los cuidadores no profesionales o del entorno de la persona dependiente que le prestan atención domiciliaria, pues la configuración no profesional de esta dispensa excluye la retribución, no considerándose, por lo tanto, de carácter laboral ni, en consecuencia, dando lugar a relación de trabajo formal, pese a que hasta el 15 de julio de 2012 –fecha de entrada en vigor del RD Ley 20/2012–, quedaba incluida, de forma obligatoria, en el Régimen General de la Seguridad Social mediante un convenio especial, siendo actualmente tal convenio de suscripción voluntaria a tenor de lo previsto en la disposición adicional 14ª TRLGSS⁶¹.

En sus justos términos, esta exclusión hace referencia a la figura del cuidador no profesional contemplada en el art. 18 LD, el cual, en su redacción original, preveía, con carácter excepcional, el reconocimiento de una prestación económica a la persona dependiente cuando esté siendo atendida por sujetos de su entorno familiar, siempre que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca el programa individual de atención (art. 14.4). De esta forma, el beneficiario de la prestación económica es el propio dependiente, no el cuidador, sin que se exija que se destine específicamente a remunerar la labor de este último, sino que su finalidad es contribuir a aliviar la situación económica de la unidad familiar y suplir la pérdida de ingresos provocada por tener que permanecer fuera del mercado laboral⁶². Además, el dependiente no reúne las características de empleador, ya que la labor del cuidador no está bajo su dirección y supervisión y no tiene la obligación de contratarle, ni darle de alta ni cotizar por él a la Seguridad Social. Tampoco debe cumplir la normativa de seguridad e higiene en el trabajo, derivada del vínculo laboral, puesto que no existe una relación contractual entre dependiente y cuidador, y el régimen jurídico que regula la figura se encuentra en la LD y no en el TRET⁶³.

Estas previsiones fueron objeto de desarrollo por el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, y por el RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia (modificado posteriormente por el RD 175/2011, de 11 de febrero). Pese a que la prestación económica para cuidados no profesionales tiene una inequívoca naturaleza excepcional, lo cierto es que se convirtió, desde el principio y con mucha diferencia, en la prestación mayoritaria dentro del sistema. Por tanto, los servicios sociales, que son los que

⁶⁰ STJCE 8 julio 2004, asuntos acumulados *Gaumain-Cerri y Barth*.

⁶¹ MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid, Reus, 2013, pág. 19.

⁶² SELMA PENALVA, A. Y LUJÁN ALCARAZ, J.: “La reforma del régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores empleados de hogar”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, 2008, págs. 113-114.

⁶³ GIL PÉREZ, M.E.: “Cuidadores no profesionales y derecho a la incapacidad permanente. Problemas que se plantean”, *RDS*, núm. 64, 2013, pág. 112.

expresamente figuran en el catálogo enumerado en el art. 15 Ley 39/2006 como preferentes, se han visto relegados a un segundo plano, tal y como evidencian las estadísticas, pues a 1 de julio de 2012 esta prestación suponía el 45,3 por 100. Un cúmulo de factores han incidido en esta realidad: de un lado, en la sociedad española existe una muy arraigada cultura del cuidado presencial realizado directamente por los familiares del dependiente que, sin lugar a dudas, ha pesado extraordinariamente en el marcado relieve adquirido por la prestación económica que nos ocupa y que no fue tenido en cuenta suficientemente por el legislador; de otro, hay un sesgo de género imposible de obviar, ya que alrededor del 93 por 100 de las beneficiarias de las prestaciones por cuidados familiares son mujeres que, por medio de esta medida, han logrado la visibilización y el reconocimiento, aunque sea muy parcial, de un trabajo, en ocasiones muy arduo y penoso, realizado en el interior del hogar, con fuertes –y no siempre bien valorados socialmente– costes físicos y psicológicos, y todo ello a costa de no obtener un nivel de rentas suficiente y de quedar excluidas de la población activa⁶⁴.

La primera de las normas reglamentarias citadas precisa que podrán tener la condición de cuidadores no profesionales el cónyuge del dependiente y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el tercer grado de parentesco (art. 12.2) o una persona de su entorno, que resida en el mismo municipio o en uno vecino, y haya venido atendiendo al necesitado durante el período previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud, si bien en este último caso deben concurrir una serie de circunstancias adicionales; en concreto, que la persona en situación de dependencia tenga su domicilio en un emplazamiento caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de diversa naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención (art. 12.3). Para evitar cualquier duda, la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo exige que no exista ningún tipo de relación contractual, ni laboral ni de otra clase, tanto si el cuidador es un familiar de la persona dependiente como si es una persona de su entorno⁶⁵. No obstante, el RD 615/2007 dispuso la inclusión obligatoria de los cuidadores no profesionales en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial cuyas cuotas eran pagadas con cargo a fondos públicos, en concreto, por el IMSERSO que firma al efecto el oportuno convenio con la TGSS (art. 2.1). A lo que hay que unir la cotización también por la Administración General del Estado en materia de formación mediante un tipo reducido (art. 4.4 y 5), incluyendo a los cuidadores no profesionales dentro de las acciones formativas de oferta dentro del subsistema de formación profesional para el empleo (disposición final 3ª)⁶⁶. Con este modelo, ni los cuidadores, ni tampoco las personas dependientes, tenían que participar económicamente en dichas cotizaciones⁶⁷. Únicamente en aquellos casos en los que el cuidador decidiera elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter general (tope mínimo del Régimen General), asumiría personalmente la diferencia. De este modo, la cuota por Seguridad Social, incluida la correspondiente a formación profesional,

⁶⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “Empleo en el sector de la dependencia”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 62.

⁶⁵ CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pág. 25.

⁶⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006”, *TL*, núm. 89, 2007, págs. 297 y ss.

⁶⁷ ROQUETA BUJ, R.: “Las prestaciones económicas”, en ROQUETA BUJ, R. (Coord.): *La protección de la dependencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pág. 461.

fue para el año 2011 (último año en el que se contempló dicha cuota a cargo de la Administración General del Estado), de 164,54 euros mensuales (grado III y II, nivel 2 y 1) y de 82,27 (grado I, nivel 2)⁶⁸.

En relación al convenio, cabe destacar, por una parte, que para su suscripción no era necesario que el cuidador acredite período de cotización alguno, pero sí era preceptivo con el fin de acreditar dichos cuidados no profesionales que a la persona dependiente le hubiera sido reconocida la prestación económica en apoyo de estos cuidadores. De esta forma, se vinculaba la alternativa de la relación de inclusión en el sistema de la Seguridad Social con el reconocimiento de la prestación económica a recibir por el dependiente, asegurándose así la tarea de cuidado y asistencia que justifica su encuadramiento. Por otra parte, se ha de mencionar su carácter obligatorio, una vez que se cumplieran las exigencias legales, a no ser que el cuidador se encontrara incluido previamente en el sistema, pero al margen de su labor de cuidado. En este sentido, los cuidadores familiares se alojaban fuera de la cobertura que proporcionaba el convenio especial únicamente cuando desarrollaran una actividad profesional, fuere cual fuere su naturaleza –laboral, autónoma o funcionarial–, o fueran beneficiarios de una prestación de desempleo o tuviera la condición de pensionista de jubilación, de incapacidad permanente, o de viudedad o a favor de familiares, cuando tuvieran cumplidos 65 años de edad o, en los períodos en los que el cuidador estuviera disfrutando de una excedencia laboral en razón de cuidado de familiares (art. 2 RD 615/2007). Dichas exclusiones sólo contaban con una excepción, cual era la relativa a que el cuidador desempeñara su actividad profesional, pero hubiera decidido reducir su jornada de trabajo y, por tanto, su retribución, “como consecuencia de la realización de los cuidados no profesionales” (art. 2.4 RD 615/2007), supuesto en el que el convenio especial se aplicaría al mantenimiento de la base de cotización que tuviera el cuidador antes de reducir la jornada de trabajo o, dicho de otra forma, la suma de las bases de cotización por ambas situaciones no podía ser superior a dicha actividad⁶⁹.

El descrito modelo de protección de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales instaurado por el RD 615/2007 representó un indudable avance en la dignificación y reconocimiento de los cuidados al permitir el tránsito de una “situación de invisibilidad” a la definición de un “estatuto ocupacional mínimo”⁷⁰, si bien no estaba exento de carencias y disfunciones, pues, en lo atinente a prestaciones, la incapacidad temporal queda excluida de la acción protectora y, además, las posibilidades de surgimiento mismo del derecho a las prestaciones incluidas –jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia– se veían seriamente mermadas por las dificultades de cobertura de los períodos de carencia exigibles, sin que fueran tampoco desdeñables los problemas de

⁶⁸ DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y la protección social de los cuidadores no profesionales tras la entrada en vigor del Real Decreto ley 20/2012, de 13 de julio”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 192. Sobre esta modalidad de convenio especial, BLASCO LAHOZ, J.F.: *El sistema para la autonomía y atención a la dependencia*, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 90 y ss.

⁶⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: en especial sobre la prestación por cuidados familiares”, en MOLERO MARAÑÓN, M.L. (Coord.): *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, Madrid, Cinca, 2014, págs. 170-171.

⁷⁰ MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes”, *RTSS (CEF)*, núm. 297, 2007, págs. 397 y ss.

calificación de las contingencias profesionales que surgen en este escenario del cuidado del entorno familiar, debido tanto a las condiciones en que se desarrolla (el ámbito doméstico), cuanto a la misma naturaleza de la prestación (inespecífica)⁷¹. Incluso, desde algún sector de la doctrina se consideró más conveniente la inclusión de los cuidadores no profesionales en el RETA al identificarse con familiares en relación de parentesco hasta el tercer grado con la persona dependiente y teniendo en cuenta que el art. 12 TRLGSS excluye la existencia de relación laboral entre parientes que convivan en el hogar del empresario⁷².

Con todo y pese a estas críticas, el relativo progreso que representó esta técnica garantista se ha volatilizado a consecuencia de la promulgación del RD Ley 20/2012, de 13 de junio, que impuso una batería de condiciones muy restrictivas en el derecho y disfrute de las prestaciones económicas en el entorno familiar por parte de cuidadores no profesionales y en el apoyo a los mismos, pudiendo señalar como más significativas las siguientes: a) las trabas en la delimitación de tal tipo de cuidadores, al exigir relación de convivencia durante un período previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud para el cuidador familiar y para los grados III y II cuando se trata de un cuidador del entorno, al tiempo que se controla y verifica su idoneidad, supervisando que cuente con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar la función de atención y cuidado; b) la atribución de la determinación de dichas prestaciones a la Administración competente, a propuesta de los servicios sociales, sin que sean estos últimos los que los establezcan en el programa individual de atención, esto es, otorgando mayores facultades a aquella y eliminando el automatismo; c) la concesión de un plazo suspensivo máximo de dos años en el derecho a su acceso; d) el condicionamiento de la prestación a que no sea posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados, cuestión que con la anterior normativa sólo se exigía para el Grado I; y, en fin, la limitación de las cuantías máximas de las prestaciones de los anteriores y de los nuevos beneficiarios en un porcentaje que ronda el 15 por 100⁷³.

En paralelo, también –y todavía más criticable–, el RD Ley 20/2012 dio un golpe de timón a la protección social de los cuidadores no profesionales desde el momento en que puso fin al pago por la Administración General del Estado de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social de tal colectivo y pasó a convertirlo en una posibilidad voluntaria para los referidos cuidadores, recayendo, en su caso y de modo exclusivo, el coste del mismo sobre ellos (disposición adicional 8ª)⁷⁴, entendiéndose que los convenios especiales existentes en dicha fecha se extinguirían el día 31 de agosto de 2012, salvo que el suscriptor solicitara expresamente el mantenimiento con anterioridad al día 1 de noviembre de 2012, en cuyo caso se entiende subsistente desde el 1 de septiembre de 2012, aplicándose, entre el 1

⁷¹ GONZÁLEZ DE PATTO, R.: “La protección social de los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia. Últimas reformas, incertidumbres y retrocesos”, en MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. Y RUBIO HERRERA, R. (Dir.): *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, pág. 270.

⁷² FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, *RMTAS*, núm. 74, 2008, pág. 97.

⁷³ MALDONADO MOLINA, J.A.: “El reformado sistema de dependencia”, *RDS*, núm. 71, 2015, pág. 95.

⁷⁴ BARCELÓN COBEDO, S.: “Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales”, en GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.): *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, Madrid, CES, 2013, págs. 387 y ss.

de septiembre y el 31 de diciembre de 2012, una reducción del 10 por 100 en el total de la cuota a abonar, siendo a cargo de la Administración General del Estado el 5 por 100 del total de la cuota y el 85 por 100 restante a cargo del cuidador no profesional (disposición transitoria 13ª)⁷⁵. La disposición adicional 8ª RD Ley 20/2012 alteró el planteamiento regulado, hasta entonces, por el RD 615/2007, que había incluido en la Seguridad Social a dicho colectivo utilizando la vía del convenio especial obligatorio y gratuito para el cuidador, acabando con una medida beneficiosa para un amplio número de personas que ahora quedan desprotegidas y evidenciando, una vez más, el propósito de ahorro inmediato, con un gran impacto de género, no en vano –y como ya consta– se trata de un sector altamente feminizado⁷⁶. En paralelo, se suprimió también la cotización de la Administración General del Estado en materia de formación⁷⁷. Desde este momento, el mecanismo del convenio especial pasa a ser de utilización voluntaria, debiendo ingresar el cuidador las cotizaciones a su exclusiva costa como si fuera un trabajador autónomo. Como era de esperar, el número de convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia ha descendido drásticamente y de forma inmediata a la luz de esta previsión⁷⁸.

Sobre estas mismas circunstancias adversas para los cuidadores no profesionales insiste la Resolución de 13 de julio de 2012, que recoge el Acuerdo adoptado el 10 de julio de 2012 por el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, afirmando que se han incumplido las expectativas generadas tanto en empleo como en actividad económica, al no haberse priorizado la atención a través de la Red de Financiación Pública de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas y al haberse primado las ayudas a cuidadores no profesionales, contraviniendo el espíritu y letra de la Ley que los consideraba una excepción, fijando como objetivo prioritario que el modelo evolucione aumentando la atención mediante la prestación de servicios frente a las ayudas económicas para cuidados en el entorno familiar.

En fin, el RD 1051/2013, de 27 de diciembre, modificado por el RD 291/2015, de 17 de abril, ha revisado a la baja la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, asegurando todavía más su excepcionalidad, pues el reconocimiento se condiciona a que no pueda proporcionarse un servicio debido a la inexistencia de recursos públicos o privados acreditados y, al regular el nivel mínimo de protección garantizado por la Administración General del Estado y los criterios de su asignación y la forma y procedimiento de su abono a las Comunidades Autónomas, ha incorporado, junto a las dos variables ya aplicadas hasta entonces –el elenco de beneficiarios y los grados de dependencia– un criterio adicional de reparto por el número y tipo de

⁷⁵ CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, cit., pág. 25.

⁷⁶ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: “El empleo en el sector de la Dependencia”, cit., pág. 63.

⁷⁷ El impacto de esta decisión no se hizo esperar, ya que a partir de noviembre de 2012, momento en que los convenios especiales de los cuidadores no profesionales de la Ley de la Dependencia pasan a tener un carácter voluntario, acusan un descenso generalizado. De un total de 171.713 cuidadores en alta en octubre de 2012, último mes en que la cotización era a cargo de la Administración General del Estado, a 25.350 en el mes siguiente, momento en el que son los cuidadores no profesionales los que tienen que pagar su cotización. FONTECHA LÓPEZ, A.: “Empleo y sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 91.

⁷⁸ DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas”, *TL*, núm. 124, 2014, págs. 172-173.

prestaciones reconocidas, ponderando positivamente las de servicios y de forma negativa las relativas a cuidados en el entorno familiar [art. 4.1 y 4.3 b)], todo ello acompañado de una merma del dinero público destinado a financiar los servicios. En fin, la ayuda económica se ha recortado decisivamente en su cuantía, los cuidadores se han quedado sin protección social y dichas restricciones no se han visto compensadas con prestaciones de servicios que pudieran suplir dichas limitaciones, como sería la extensión del auxilio a domicilio o los centros de día, en tanto se ha impuesto como regla general la de incompatibilidad entre prestaciones económicas y servicios (arts. 25 bis Ley 39/2006 y 16.1 RD 1051/2013)⁷⁹.

Como reflexión general, quizá hubiera sido más conveniente incardinar la protección de la dependencia en el art. 149.1.17^a CE, pues ello permitiría reservar al Estado la competencia para dictar “legislación básica” homogeneizadora y racionalizadora en todo el Estado español y garantizar la intervención de las Comunidades Autónomas en la regulación de las materias “no básicas”, al mismo tiempo que se alcanzaría el tan necesario equilibrio entre las diferentes Administraciones Públicas en esta materia y, en consecuencia, una mejor cobertura de esta situación de necesidad social. Sin duda, la inclusión como derecho de la Seguridad Social hubiera aportado una mayor certeza de regulación, tanto del derecho como de su ámbito de cobertura, siendo su garantía *ex lege* y no por la vía del desarrollo reglamentario. Solo así se hubiera permitido el reconocimiento de un derecho subjetivo pleno y universal a las personas dependientes y la garantía de una cobertura uniforme, equitativa y pública a todos los ciudadanos al margen del territorio nacional en el que se ubiquen⁸⁰.

6. EMPLEADOS DE HOGAR Y ATENCIÓN DE PERSONAS VULNERABLES. LAS LAGUNAS DEL SISTEMA ESPECIAL

Teniendo en cuenta que España es uno de los países europeos con mayor empleo doméstico, causa gran extrañeza que la relevante función desarrollada por estos trabajadores sea, en la práctica y todavía al día de hoy, inversamente proporcional a su valoración y protección, debido a su invisibilidad y ausencia de proyección externa, así como a la particular vulnerabilidad de las personas a quienes emplea. Una aproximación al perfil real de quienes desarrollan este trabajo dibuja un colectivo abrumadoramente feminizado, generalmente compuesto por trabajadoras extranjeras, cuyos ingresos están por debajo del salario mínimo interprofesional en relación con las horas trabajadas y que muy frecuentemente no están dadas de alta en la Seguridad Social⁸¹.

Pese a su consideración como una relación laboral especial y a las sucesivas reformas de su régimen jurídico de la mano del Convenio núm. 189 de la OIT, todavía no ratificado por España, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, junto con la Recomendación 201⁸², las todavía inferiores condiciones laborales reguladas en el RD

⁷⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes. Una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable”, *DL*, núm. 102, 2014, vol. III, pág. 178.

⁸⁰ DURÁN BERNARDINO, M.: “La distribución constitucional y legal de competencias en el modelo de la protección social a la dependencia”, cit., pág. 20.

⁸¹ MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, cit., págs. 10-11.

⁸² APARICIO RUÍZ, M.G.: *La profesionalización de los empleados al servicio del hogar familiar. Desde el contraste comparado de la normativa francesa*, León, Eolas, 2014, págs. 23 y ss.

1620/2011, de 14 de noviembre, llevan a construir una cantera de trabajadores de “cuarta clase”. Bien es cierto que otras relaciones especiales descansan también en la confianza de las partes, como la de los altos directivos; equiparan la temporalidad a la estabilidad en el empleo, como sucede con los artistas; o consagran la temporalidad, en el caso de los deportistas profesionales. Ahora bien, ninguna coloca a quienes prestan tareas de tanto calado social en destacado desamparo, y más teniendo en cuenta cómo, de un lado, la Inspección de Trabajo encontrará serias dificultades cuando no impedimentos para comprobar las condiciones laborales disfrutadas y, de otro, van a ser las mujeres, y entre ellas principalmente las inmigrantes, el colectivo más numeroso dentro de los empleados de hogar, hasta el punto de feminizar su denominación.

Las razones de su especialidad radican en la singularidad del lugar de trabajo (hogar familiar) y en otras dos características sustanciales: la necesaria e imprescindible convivencia y cercanía entre trabajador y empleador, unidas a una dirección y control muy estrecho por parte de este último, que siempre ha de ser persona física⁸³. El trabajo prestado no consiste en la producción de bienes o la prestación de servicios en general, sino que está dirigido al autoconsumo del empleador, sin intermediación con el mercado, “pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos” (art. 1.4 RD 1620/2011)⁸⁴.

Por el contrario, quedan fuera del ámbito de esta relación laboral especial y el propio legislador los excluye: los trabajos “a la par”, esto es, aquellas tareas realizadas a cambio de comida y manutención, marginales para quien las presta, regidos por el Acuerdo Europeo de 24 de noviembre de 1969; los familiares; los realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad; los llevados a cabo por cuidadores profesionales y no profesionales; y, por último, aquellos empleados que prestan servicios domésticos y otros comunes fuera del hogar, en tanto se presume relación laboral común, así como los contratados a través de empresas de trabajo temporal (art. 2 RD 1620/2011).

El régimen especial de Seguridad Social del Servicio del Hogar Familiar fue regulado por Decreto 2364/1969, de 29 de septiembre, esto es, en un momento histórico en el cual el trabajo doméstico estaba formalmente excluido del ordenamiento jurídico-laboral, lo que dio lugar a un sistema de aseguramiento articulado a través de mecanismos fundamentalmente similares a los establecidos para los trabajadores por cuenta propia y realmente de mínimos, en base a la existencia de una cuota única e indivisible, dando lugar a muy reducidas prestaciones, planeando siempre la sospecha de fraude en la afiliación. Por ello, y a grandes rasgos, en este régimen especial no existía distinción entre riesgos comunes y profesionales, la cotización era a cargo del propio empleado de hogar cuando el trabajo se prestaba de

⁸³ LÓPEZ CUMBRE, L.: “La relación especial del servicio del hogar familiar”, *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 154.

⁸⁴ CORDERO GORDILLO, V.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre*, cit., págs. 19 y ss. o PALOMO SAURINA, P.: “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, *Información Laboral*, núm. 5, 2012, págs. 121 y ss.

forma discontinua y no exclusiva o cuando se hallaba en situación de incapacidad temporal, no existiendo tampoco cobertura por desempleo⁸⁵.

Como consecuencia del proceso iniciado con la Recomendación cuarta del Pacto de Toledo, que prioriza el objetivo de homogeneización gradual de los distintos regímenes especiales, la disposición adicional 39ª Ley 27/2011 dispuso que con efectos de 1 de enero de 2012, el régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar quedaría integrado en el Régimen General mediante el establecimiento de un sistema especial sustituyendo la regulación anterior incorporada al derogado RD 2346/1969⁸⁶, de modo que según el art. 251 TRLGSS, los empleados de hogar, entendidos en las circunstancias anteriormente esbozadas, tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, si bien con las siguientes peculiaridades⁸⁷:

- a) El subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el pago de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo, ambos inclusive. Al igual que sucedía con anterioridad, si el trabajador fuera interno tiene derecho a permanecer alojado en el domicilio donde presta sus servicios un mínimo de 30 días, salvo prescripción facultativa que decida su hospitalización, pese a estar su contrato de trabajo en suspenso.
- b) El desembolso del subsidio por incapacidad temporal se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.
- c) Con respecto a las contingencias profesionales, protegidas ahora por el Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el art. 167 TRLGSS aunque sí se impondrán las sanciones administrativas correspondientes.
- d) La acción protectora no comprenderá, todavía en el momento presente, la correspondiente al desempleo (tampoco del FOGASA), consecuencia de una permanente sospecha de fraude y de los elevados costes que podría llevar la extensión de esta prestación.
- e) En cuanto a las reglas de encuadramiento, las peculiaridades responden a la propia singularidad de esta actividad. Así, en las solicitudes de alta en este sistema especial deben figurar, además de los datos establecidos con carácter general, el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los extremos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de dedicación semanales, el importe del salario pactado,

⁸⁵ QUESADA SEGURA, R.: “De nuevo sobre el sistema especial de la Seguridad Social de las personas empleadas de hogar. Puntos críticos”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, págs. 59-60.

⁸⁶ MIÑAMBRES PUIG, C.: “El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar”, *NREDT*, núm. 157, 2013, pág. 151.

⁸⁷ FERNÁNDEZ COSTALES, J.: “La integración de los empleados domésticos en el RGSS”, *AS*, núm. 6, 2003, págs. 115 y ss.

- tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las horas extraordinarias, así como, en su caso, el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por horas pactadas⁸⁸.
- f) También cabe destacar particularidades en materia de cotización, no en vano el art. 115.cuatro Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para 2016, establece que el tipo por contingencias comunes, aplicable a las bases correspondientes, será el 25,60 por ciento, siendo el 21,35 por ciento a cargo del empleador y el 4,25 por ciento a cargo del empleado. Para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, “se aplicará el tipo previsto al efecto en la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo lo resultante a cargo exclusivo del empleador”.

Bajo tales premisas, cabe destacar cómo, con la integración de estos trabajadores en el Régimen General a partir de 1 de enero de 2012, se introdujo un cambio significativo relacionado con la fórmula del cálculo de la base de cotización, que dejó de ser tarifada y única para ser sustituida por una lista o escala en función de los niveles salariales, de forma que, lógicamente, será más alta a medida que la retribución lo sea y que el tiempo de servicios prestados sea, igualmente, de mayor entidad. Junto a esta significativa novación, también se modificó la concepción de quiénes deberían de ser los sujetos obligados a cotizar, estableciéndose al efecto que, a partir de la fecha de integración de estos trabajadores en el Régimen General mediante el mecanismo del sistema especial, dicha obligación debía ser siempre compartida entre el empleado y el titular del hogar.

Se intenta eliminar, así, la diferencia existente con anterioridad, en virtud de la cual cuando el trabajador prestaba sus servicios de manera no exclusiva, es decir, lo hacía a jornada reducida, el empleado de hogar se venía considerando como un trabajador por cuenta propia a efectos de encuadramiento, de cotización y de acción protectora, corriendo a su cargo las obligaciones de alta, baja e ingreso de cuotas, si bien con un mecanismo tuitivo inferior, pues se cotizaba por una base mucho más baja con el fin de que fuera asequible para el trabajador⁸⁹. La Ley 27/2011 trata de abolir la distinción entre empleado de hogar en exclusiva y por horas, a tiempo parcial o discontinuo, sin exigir tampoco un mínimo de dedicación según el criterio anteriormente establecido por las Resoluciones de 9 de septiembre de 1971, 5 de noviembre de 1985 y 25 de noviembre de 1986, que fijaron dicho mínimo en 72 horas al mes y en un número de jornadas no inferior a 12 días, introduciendo el concepto de habitualidad y profesionalidad por su equiparación de hecho con los trabajadores autónomos⁹⁰. De este modo, el trabajo doméstico para varios empleadores daba lugar a una situación de pluriempleo ordinaria, en la que cada empresario –que había de obtener el pertinente código de cuenta de cotización– debía proceder al alta –y el primero de

⁸⁸ QUESADA SEGURA, R.: “De nuevo sobre el sistema especial de Seguridad Social de Personas Empleadas de Hogar. Puntos críticos”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 3, 2015, pág. 69.

⁸⁹ RUANO ALBERTOS, S.: “Integración del régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social”, *RGDTSS*, núm. 29-30, 2012, pág. 453.

⁹⁰ LÓPEZ GANDÍA, J. Y TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Albacete, Bomarzo, 2012, pág. 67.

ellos eventualmente a la afiliación—, así como a comunicar las variaciones de datos y a solicitar la baja⁹¹.

Ahora bien, la sobrecarga de deberes de Seguridad Social sobre tantos y tantos titulares del hogar familiar, a quienes venía sacudiendo la crisis económico-financiera desde el año 2008, provocó el efecto diametralmente contrario al pretendido por el legislador, pues si se comparan las cifras de afiliados al régimen especial de Seguridad Social de Empleados de Hogar a diciembre de 2011 y a enero de 2012, el resultado es desolador, pues se produjo un descenso masivo (en miles, pasaron de 284,9 a 277,7). Tal realidad llevó a modificar la obligación de cotización tras el RD Ley 29/2012, que convierte en eventuales sujetos responsables de la contribución a los trabajadores cuando éstos presten servicios menos de 60 horas mensuales para cada empleador, y siempre que hubiesen asumido la obligación en materia de encuadramiento previo de acuerdo con los empleadores, lo cual hace que en los supuestos más precarios, a efectos de la Seguridad Social, se les trate, de nuevo, como trabajadores autónomos. A fin de que en tales casos los empleados asuman todas las gestiones vinculadas a la afiliación y alta, se establece que deberán formalizar, por un lado, la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, y, por otro, ingresar la cotización propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales. La responsabilidad de ingreso de las cuotas por parte del empleado no supone que el empleador quede eximido del pago de la cotización, pues en estos casos este último estará obligado a entregar al trabajador, además del recibo de salarios en todo caso, la aportación propia y la correspondiente al empresario, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales, de modo que la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar al sistema especial para empleados de hogar en estos supuestos corresponderá al propio empleado y subsidiariamente al empleador, salvo que este último acredite la entrega de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho⁹². No cabe duda que esta medida, en la práctica, va a suponer que sea el trabajador quien realmente asuma, a su exclusivo cargo, el coste del aseguramiento, al igual que sucede con los autónomos⁹³.

Cierto es que la regulación incorporada por la Ley 27/2011 es distinta de la existente desde 1971, en virtud de la cual los trabajadores a tiempo parcial, es decir, aquellos que trabajaran menos de 72 horas al mes efectuadas durante al menos 12 días, eran considerados autónomos, de forma que era el empleado (no el empleador) quien soportaba la carga de cumplir los deberes de afiliarse, darse de alta y de baja y cotizar, pero no menos verdad resulta que la inercia conlleva a no cambiar la filosofía normativa de la mano del RD Ley 20/2012, especialidad peyorativa que también se produce en relación con la protección por desempleo de la que carecen los trabajadores domésticos, lo cual lleva a poner en duda el objetivo prioritario del RD 1620/2011, cual sería la dignificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores que prestan servicios en el hogar familiar, máxime cuando

⁹¹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa”, *NREDT*, núm. 158, 2013, pág. 163.

⁹² BARCELÓN COBEDO, S.: *Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social (con las reformas introducidas por el Real Decreto Ley 11/2013)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pág. 84.

⁹³ MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, cit., pág. 91.

dispensan, en muchos casos, servicios de interés general, proporcionando cuidados a personas vulnerables a bajo coste para el sistema público.

7. LA PROTECCIÓN SOCIAL Y LAS ENTIDADES DE ECONOMÍA SOCIAL: EN TIERRA DE NADIE

A la hora de abordar el concepto de economía social, la Ley 5/2011, de 29 de marzo, de Economía Social, la define como el conjunto de las actividades económicas y empresariales que en el ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con ciertos principios, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos (art. 2 Ley 5/2011). Las empresas de economía social otorgan primacía a las personas y al fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social; aplican los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad; tienen independencia respecto a los poderes públicos; y promueven la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad⁹⁴. Estas formas de producción surgen como una forma distinta de crear riqueza a partir de una actividad económica y responden –permítase la reiteración– a la valoración de las personas por encima del capital. Desde luego, estas organizaciones no dan la espalda al crecimiento económico ni a la productividad, al contrario, su fuerza de crecimiento asimismo se fundamenta en la energía que tienen los sectores de población que acometen sus propios proyectos empresariales y como consecuencia, se desarrollan en zonas geográficas donde el inversor tradicional no actúa porque no es rentable, en núcleos de población sin más alternativa que su propio proyecto, o en espacios sociales desatendidos por el sistema económico tradicional, donde la cohesión y la solidaridad juegan un papel clave⁹⁵. Su capacidad como elemento de lucha contra el desempleo y mejora de la cohesión social es sobradamente reconocida. Muchas de tales entidades no buscan con su actuación la constitución de un sector más de la economía, sino más bien un enfoque distinto y alternativo de la concepción mayoritariamente actual de la misma, “hasta el punto de defender la solidaridad como eje transversal de la misma”⁹⁶. La “economía solidaria” comporta una visión y una práctica que reivindica la economía como medio –y no como fin– al servicio del desarrollo personal y comunitario, como instrumento que contribuya a la mejora de la

⁹⁴ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Formas jurídicas de economía social en el nuevo urbanismo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, 2016, págs. 390 y ss.

⁹⁵ BURGOS ROSADO, L.: “El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social”, en *Jóvenes y políticas públicas*, Madrid, Wolters Kluwer, 2007, pág. 289.

⁹⁶ Siguiendo a CARRIL VÁZQUEZ, X.M.: “Las cooperativas del (y en el) mar como entidades de economía social (y solidaria)”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 2014, pág. 126.

calidad de vida de las personas y su entorno social⁹⁷, esto es, “una práctica fundamentalmente transformadora, dado que choca frontalmente con el modelo convencional de la actividad económica en nuestro mundo, concediendo a las personas, sus necesidades, capacidades y trabajo un valor por encima del capital y de su acumulación, a la vez que reivindica un modelo socioeconómico más redistributivo y equitativo”⁹⁸.

En cuanto a la forma jurídica que ampara la economía social, en una lista abierta, forman parte de ella las cooperativas, las mutualidades, las fundaciones y las asociaciones que lleven a cabo actividad económica, las sociedades laborales, las empresas de inserción, los centros especiales de empleo, las cofradías de pescadores, las sociedades agrarias de transformación y las entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los mismos principios (art. 5). Entre la enumeración anterior, y a los efectos analizados, conviene parar la atención en tres de ellas, las cooperativas, las sociedades laborales y las recientemente incorporadas sociedades participadas, aun cuando también cabría establecer relación entre varias de estas figuras y el “trabajo” voluntario *supra* analizado.

En cuanto a las primeras, son aquellas sociedades constituidas “por personas que se asocian, en régimen de libre adhesión y baja voluntaria, para la realización de actividades empresariales, encaminadas a satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas y sociales, con estructura y funcionamiento democrático, conforme a los principios formulados por la alianza cooperativa internacional” (art. 1 Ley 27/1999). En los últimos tiempos han cobrado especial relevancia estas organizaciones para crear ocupación de calidad, que tiene como señas de identidad la estabilidad, constituir un factor de progreso en el ámbito local, conseguir una mejor redistribución de los recursos y prestar con mayor eficacia servicios de naturaleza social. Además, se hallan en una posición de ventaja para adaptarse a los nuevos cambios organizativos dada su versatilidad⁹⁹. Por ello, el fomento del cooperativismo supone una fórmula que facilita la integración económica y laboral en el mercado y hace perfectamente compatibles los requisitos de rentabilidad y competitividad adaptadas al entorno¹⁰⁰.

Las cooperativas intervienen en el mercado de trabajo en tres niveles: a) a través del acceso, inserción y cualificación de las personas consideradas “inempleables”; b) mediante la gestión colectiva de la desintegración de los horarios y los espacios laborales, en tanto suponen un elemento recuperador y dinamizador de empleo¹⁰¹; c) y, en fin, por la promoción del estatuto de coempresario frente al empresario tradicional¹⁰². La primacía de la persona en estas sociedades se refleja en disposiciones específicas relativas a las condiciones de adhesión, renuncia y exclusión de los socios; en la regla una persona, un voto, y en la

⁹⁷ ASKUNZE, C.: “Economía social”, en *Diccionario de Educación para el Desarrollo*, Hegoa, Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. Nazioarteko Lankidetzeta eta Garapenari Buruzko Ikasketa Institutua, 2007, págs. 107-113.

⁹⁸ ASKUNZE, C.: “Economía social”, cit., págs. 107-113.

⁹⁹ CUEVAS GALLEGOS, J.: *Las cooperativas de trabajo asociado: otra forma de creación de empleo*, Granada, Comares, 2011, págs. 154 y 241.

¹⁰⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Formas jurídicas de economía social en el nuevo urbanismo”, cit., págs. 390 y ss.

¹⁰¹ BURGOS ROSADO, L.: “El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social”, cit., pág. 301.

¹⁰² DE NIEVES NIETO, N.: *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2005, pág. 164.

imposibilidad de que sus integrantes ejerzan un derecho sobre el activo de la sociedad cooperativa. En todo caso, deben estar integradas como regla general por tres socios (art. 8), constituidas mediante escritura pública e inscritas en el Registro de Sociedades Cooperativas.

En este sentido, sus características de funcionamiento dan lugar a niveles superiores de compromiso y solidaridad de los trabajadores, como sucede con todas las de economía social. Esta política de fomento de la pertenencia que desarrollan las cooperativas tiene consecuencias sobre la creatividad empresarial, la innovación por el riesgo, y la flexibilidad; factores que afloran más fácilmente en un contexto de confianza y de colaboración motivado por un componente comunitario¹⁰³. Esta loa al cooperativismo como motor de crecimiento económico y generador de empleo de calidad es repetida hasta la saciedad por la Organización Internacional del Trabajo¹⁰⁴; así, su Recomendación núm. 193 alienta el desarrollo y el fortalecimiento de la identidad de las cooperativas basándose en: a) los valores cooperativos de autoayuda, responsabilidad personal, democracia, igualdad, equidad y solidaridad, y una ética fundada en la honestidad, transparencia, responsabilidad social e interés por los demás, y b) los principios cooperativos elaborados por el movimiento cooperativo internacional. Dichos principios son los siguientes: adhesión voluntaria y abierta; gestión democrática por parte de los socios; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre cooperativas, e interés por la comunidad.

Entre los distintos tipos de cooperativas, y desde la perspectiva adoptada, conviene parar la atención en las de trabajo asociado, en tanto a la hora de articular iniciativas de desarrollo, presentan grandes ventajas: participan de modo directo en la generación de empleo y suponen una forma de organización diferente al resto de empresas, estrechamente relacionada con los objetivos instrumentales de las políticas de desarrollo (cooperación, participación, implicación de la población, inserción de parados de larga duración,...).

Frente a los nuevos retos globales, que exigen flexibilidad y creatividad, estas formas de organización parten en una posición de primacía, pues contribuyen a la formación y aprendizaje de sus socios. En los últimos años, mientras se destruían debido a la crisis puestos de trabajo en las organizaciones productivas tradicionales, se han creado en las cooperativas de trabajo asociado, manteniéndose dicho potencial a día de hoy¹⁰⁵. Estas cooperativas de trabajo asociado, en la denominación estatal, son cuantas “tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros” (art. 80 Ley 27/1999).

¹⁰³ BURGOS ROSADO, L.: “El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social”, cit., pág. 302.

¹⁰⁴ Informe V de la OIT: Promoción de las cooperativas de la Oficina Internacional del Trabajo tratado en el quinto punto del orden del día de la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en Ginebra en junio de 2001, págs. 20, 29, 39, 82, 139..., donde, al igual que en la legislación nacional, se hacen continuas referencias al papel que juegan las cooperativas en el aumento del empleo como oferente de oportunidades de trabajo, facilitando “[un] empleo regular, empleo remunerado[...]”, incitadas “en gran medida por el desempleo, la reestructuración económica [...]”.

¹⁰⁵ DE NIEVES NIETO, N.: *Cooperativas de trabajo asociado: aspectos jurídico-laborales*, cit., pág. 165.

En cuanto a las relaciones laborales dentro de este tipo de cooperativa, conviven los socios trabajadores con los tradicionales trabajadores por cuenta ajena. La relación que une a los primeros con la cooperativa es un vínculo societario¹⁰⁶ (“relación societaria y autogestionada de acuerdo con las normas estatales y autonómicas reguladoras sobre la materia”¹⁰⁷), pero las condiciones de su prestación de servicios se asemejan a las previstas para un empleado por cuenta ajena¹⁰⁸ (puede decirse así que el trabajador de la cooperativa de trabajo asociado tiene “alma” de trabajador autónomo y “cuerpo” de trabajador dependiente¹⁰⁹), pero pasadas por el tamiz de la cooperativa¹¹⁰. En relación con su protección social, las cooperativas de trabajo asociado pueden optar, estatutaria y globalmente, por el encuadramiento de sus socios trabajadores como autónomos o como asimilados a trabajadores por cuenta ajena. La flexibilidad concedida permite elegir el régimen más conveniente en cada caso teniendo en cuenta las características de cada uno y las prestaciones que ofrece (elección de bases, compatibilidad, jubilación anticipada,...). Sin embargo, para los nuevos cooperativistas deviene una imposición, sobre todo si la opción se realiza a favor del Régimen de Autónomos, con las carencias en protección social de todos conocidas (y más si se “opta” por la base mínima de cotización). Más aún, si la elección desaparece para los nuevos cooperativistas, para los socios fundadores puede eliminarse también en aquellos casos en los que el recurso a este tipo de entidad deviene imposición y no decisión, con la consiguiente falta de maniobra a la hora de definir el encuadramiento en el sistema.

Aun cuando respecto a las dos últimas entidades analizadas no cabe extender las deficiencias analizadas en materia de protección social, el legislador sopesando ambas medidas (que nada indica que sean contradictorias) parece haber inclinado la balanza a favor de una regulación menos social y solidaria.

Así, las sociedades laborales se asemejan a las cooperativas en la participación de los trabajadores en la titularidad de la empresa y su configuración como medio de autoempleo, con frecuencia como respuesta frente a situaciones de crisis en empresas, aunque se diferencian en el elemento personalista y democrático y en las finalidades de ayuda mutua y responsabilidad social propios de aquéllas y no, en principio y conceptualmente, de éstas¹¹¹.

¹⁰⁶ Sobre las zonas grises provocadas, por todos MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La configuración técnica de la relación laboral del socio trabajador de cooperativas de trabajo asociado”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 2014, págs. 14 y ss.

¹⁰⁷ “Convirtiendo materialmente al socio en trabajador por cuenta propia, aunque, en menor medida, trabajador autónomo independiente, ya que las exigencias propias de cualquier actividad productiva colectiva y organizada imponen normalmente cierto grado de dependencia o subordinación técnica o profesional en el desempeño de la prestación coordinada de servicios, incluido el sometimiento al régimen disciplinario cooperativo, de carácter societario”, GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, cit.

¹⁰⁹ GARCÍA BLASCO, J.: “La protección social de los trabajadores de cooperativas de trabajo social: entre la crisis económica y las nuevas reglas ¿mayor protección?”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, núm. 37, 2014, pág. 2.

¹¹⁰ Esta regulación también les será de aplicación a los socios trabajadores de las cooperativas agrarias, de las de enseñanza y sanitarias y a los de aquéllas calificadas como de iniciativa social (Ley 27/1999). Al respecto, MONTROYA MELGAR, A.: “Sobre el socio-trabajador de la cooperativa de trabajo asociado”, en AA.VV. *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del Profesor Bayón*, Madrid, Tecnos, 1980, págs. 145 y ss.

¹¹¹ GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: *El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo*, cit., pág. 131.

Aparecen reguladas, con carácter general para toda España al carecer las Comunidades Autónomas de competencia en la materia, por la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

Estas organizaciones son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada en las que la mayoría del capital social es propiedad de trabajadores con contrato indefinido y acrediten cumplir los requisitos establecidos en dicha norma reguladora (art. 1.2): a) que al menos la mayoría del capital social sea propiedad de trabajadores que presten en ellas servicios retribuidos de forma personal y directa, en virtud de una relación laboral por tiempo indefinido; b) que ninguno de los socios sea titular de acciones o participaciones sociales que representen más de la tercera parte del capital social, salvo que la sociedad laboral se constituya inicialmente por dos socios trabajadores con contrato por tiempo indefinido, en la que tanto el capital social como los derechos de voto estarán distribuidos al cincuenta por ciento, con la obligación de que en el plazo máximo de 36 meses se ajusten al límite; se trate de socios que sean entidades públicas, de participación mayoritariamente pública, entidades no lucrativas o de la economía social, en cuyo caso la participación podrá superar dicho límite, sin alcanzar el cincuenta por ciento del capital social; c) que el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios no sea superior al cuarenta y nueve por ciento del cómputo global de horas-año trabajadas en la sociedad laboral por el conjunto de los socios trabajadores. No computará para el cálculo de este límite el trabajo realizado por los trabajadores con discapacidad de cualquier clase en grado igual o superior al treinta y tres por ciento.

La gran diferencia con las sociedades anónimas y limitadas “ordinarias” radica en la división de las acciones y participaciones en dos clases: las que sean propiedad de los trabajadores cuya relación laboral lo sea por tiempo indefinido –clase laboral– y las restantes –clase general– (art. 5). La adquisición, transmisión y cambio de clase están sujetas a la norma específica contenida en la Ley reguladora¹¹². En estas sociedades, como en el resto, la participación en la toma de decisiones no es democrática, sino proporcional a la participación en el capital, igual que el reparto de beneficios¹¹³.

En fin, y como último ejemplo, la Ley 44/2015 regula las sociedades participadas por los trabajadores, definiendo por primera vez en España dicho concepto. Considera como tales no solo a las propias sociedades laborales, sino a cualesquiera otras sociedades en las que los socios trabajadores posean capital social y derechos de voto. Conforme a la definición, las sociedades participadas son sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no cumplen los requisitos para añadir el calificativo de laboral, pero promueven el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplen alguno de los siguientes requisitos (art. 19): a) que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad; b)

¹¹² Sobre su reforma, LÓPEZ I MORA, F.: “Las sociedades laborales a reforma”, en AA.VV.: *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, págs. 73 y ss.

¹¹³ BURGOS ROSADO, L.: “El autoempleo como fórmula de emancipación de los jóvenes. Especial referencia a las empresas de economía social”, cit., pág. 303.

que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad; c) que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios, y; d) que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior.

En todo caso, su actuación deberá ser diligente, leal, responsable y transparente; deberán favorecer la generación de empleo estable y de calidad, la integración como socios de los trabajadores, y adoptarán políticas o estrategias de responsabilidad social, fomentando las prácticas de buen gobierno, el comportamiento ético y la transparencia.

Los principios que rigen su actuación son semejantes al resto de entidades de economía social, si bien más diluida (art. 18.2): a) promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa; b) fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad, y; c) promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la cohesión social, la inserción de personas en riesgo de exclusión social, la generación de empleo estable y de calidad, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la sostenibilidad.

El tratamiento dado a estas sociedades participadas ha merecido la calificación de “parca, incompleta e insuficiente”¹¹⁴, pues, al cabo, parece limitarse a realizar declaraciones de intenciones (“los poderes públicos promoverán la constitución y desarrollo de las sociedades participadas por los trabajadores”; “la participación de los trabajadores en los resultados y en la toma de decisiones de las sociedades contribuye al aumento de la autonomía del trabajador en su lugar de trabajo, y fomenta la colaboración en la estrategia futura de la empresa” –art. 18–).

8. CONCLUSIÓN. LA APUESTA POR UNA RENTA MÍNIMA GARANTIZADA

Aun cuando todas estas figuras contribuyen, en el corto plazo, a abaratar costes al sistema de protección social, lo cierto es que, a su vez, aglutinan todas las notas inherentes a un trabajo precario o no debidamente protegido, que exige una reflexión en un horizonte temporal más dilatado con el fin de acometer de una vez por todas deficiencias estructurales. Si difícil es, para ellos, el acceso a una prestación contributiva por desempleo, no lo es menos el disfrute de un subsidio. Sólo les asiste, por tanto, la posibilidad de conseguir la renta social de su Comunidad Autónoma, que, amparada en la asunción de competencias autonómicas en materia de asistencia social, tendrá mayor o menor duración y cuantía económica en función del lugar de residencia. Ello sin olvidar que este recurso va deviniendo también limitado, pues los fondos destinados a su sostenimiento, lejos de aumentar han sufrido un descenso fruto del compromiso de las Autonomías de reducir el déficit¹¹⁵.

Conviene plantear, en este contexto, la conveniencia de unificar, bajo la cobertura del art. 149.1.1ª CE o del art. 149.1.17ª CE, en una única norma estatal, la atención todas las situaciones

¹¹⁴ Dictamen del CES núm. 6/2015.

¹¹⁵ VIQUEIRA PÉREZ, C.: “El sistema de protección social ante las situaciones de exclusión: exclusión social y desempleo”, *DL*, núm. 104, 2015, vol. II, pág. 42.

de necesidad¹¹⁶, reformulando a tal fin el diseño actual de las prestaciones no contributivas, que más allá de los complementos a mínimos de las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, del tercer nivel de desempleo, del núcleo de las pensiones asistenciales de jubilación e incapacidad permanente y de las atenciones familiares, dejan variadas situaciones de necesidad sin cubrir, ligadas sobre todo a circunstancias relacionadas con la precariedad o con la dispensa de prestaciones de servicios no cubierta por los cauces ordinarios del contrato de trabajo, que, sin embargo, ayudan de forma clara a reducir costes al sistema de Seguridad Social. Es menester, pues, promulgar una Ley Estatal sobre la materia que establezca criterios homogéneos de acceso, cuantías y niveles de protección, acompañada de una dotación presupuestaria adecuada que garantice la inmediatez del derecho, agilizando tiempos de respuesta y simplificando la tramitación administrativa para no agravar la situación de los solicitantes¹¹⁷. El propio Comité Europeo de Derechos Sociales ha alertado sobre la vulneración por el Estado Español del art. 13.1 de la Carta Social Europea por cuatro motivos concretos: el reconocimiento de la renta mínima se subordina a una condición de residencia, que oscila entre seis meses y tres años según las Comunidades Autónomas; se condiciona a criterios de edad; no es satisfecha durante todo el tiempo que persista la situación de necesidad; y el nivel de asistencia social es manifiestamente insuficiente, excepto en el País Vasco y Navarra, que son las únicas Autonomías en las que se supera el umbral de pobreza. En este escenario, el Comité Europeo hace notar que la circunstancia relativa a que, en el orden jurídico interno, la asistencia social sea competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, no constituye pretexto alguno para “exonerar a un Estado parte de las obligaciones que ha suscrito al ratificar la Carta”, puesto que incluso “cuando el Derecho interno atribuye a instancias locales o regionales la responsabilidad de ejercer una concreta función, los Estados parte siguen compelidos, en virtud de sus obligaciones internacionales, a velar por que esas responsabilidades sean correctamente asumidas”¹¹⁸.

Cabe apostar, pues, por la creación de una nueva prestación de renta mínima garantizada (recurso mínimo de subsistencia, renta básica o salario ciudadano)¹¹⁹. Dentro del nivel no contributivo del sistema de Seguridad Social, siendo asumida íntegramente su financiación a través del Presupuesto del Estado¹²⁰, lo cual va a permitir caminar hacia un cumplimiento más completo del art. 41 CE, que recoge la exigencia de proteger a todos los ciudadanos que se encuentren en situación de necesidad económica, abstracción hecha de la causa u origen inmediato de ella¹²¹.

¹¹⁶ ROJO TORRECILLA, E.: “Empleo y protección social ante situaciones de exclusión. Reflexiones generales y análisis de los programas PREPARA y PAE”, *DL*, núm. 104, 2015, Vol. II, pág. 24.

¹¹⁷ GARCÍA ROMERO, B.: “La protección social española frente a situaciones de exclusión social: deficiencias y propuestas de mejora”, cit., pág. 71.

¹¹⁸ JIMENA QUESADA, L.: “La protección internacional de los derechos sociales y laborales”, *DS*, núm. 65, 2015, pág. 21 ó SALCEDO BELTRÁN, M.C.: “Incumplimientos de la Carta Social Europea por España: conclusiones XX-2 (2013)”, *DS*, núm. 66, 2014, pág. 239.

¹¹⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Derecho Administrativo y Derecho del Trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 6, 2015, pág. 643.

¹²⁰ SUÁREZ CORUJO, B.: “Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional”, *Información Laboral*, núm. 10, 2014, pág. 58.

¹²¹ AZNAR LÓPEZ, M.: “¿Hacia el big-crunch de la Seguridad Social española? De nuevo en torno al modelo constitucional de Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, pág. 68.

