

LA COLABORACIÓN «MARITAL» EN EL NEGOCIO DEL AUTÓNOMO. UNA SILUETA FEMENINA EN LA PENUMBRA LEGAL*

Paz MENÉNDEZ SEBASTIÁN

Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Facultad de Derecho
Universidad de Oviedo
pazms@uniovi.es

RESUMEN

Este trabajo analiza el tratamiento legal que se da a la actividad colaborativa en el negocio del autónomo persona física. Tal estudio se lleva a cabo diferenciando entre el cónyuge legal y la pareja de hecho, a fin de visibilizar las incoherencias que resultan de la decisión legal de no equiparar matrimonio y convivencia. Paralelamente, este estudio se afronta desde una perspectiva de género, evidenciando la repercusión negativa que la regulación vigente de esta figura tiene en la brecha prestacional.

Palabras clave: trabajadores por cuenta propia, colaboración habitual, trabajo familiar, cónyuge, pareja de hecho.

ABSTRACT

The current piece of work looks into a legal answer to a joint venture in between the freelancer and the natural person. Such study is carried out stating the differences between the legal spouse and de facto couples so as to make such inconsistency based on the great legal differences still existing between marriage and cohabitation. On a parallel basis, such piece of study is taken from a gender perspective, clearly setting up the negative impact which current laws for this one case have on the dramatic gender pay gap.

Keywords: Self-employed, Regular Cooperation, Family Business, Spouse, De Facto Couples.

* El presente trabajo se enmarca en el proyecto titulado «Las transformaciones de la legislación laboral contemporánea y el nuevo estatuto del trabajo (proyecto coordinado nacional)», y, en particular, en el subproyecto «La expansión del Derecho del Trabajo hacia zonas emergentes y de frontera (Convocatoria 2020 Proyectos de I+D+i – PGC Tipo Coord)», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (REF: PID2020-118499GB-C33).

ZUSAMMENFASSUNG

In dieser Arbeit wird die rechtliche Behandlung der gemeinschaftlichen Tätigkeit von Selbstständigen analysiert. In dieser Studie wird zwischen dem gesetzlichen Ehepartner und dem unverheirateten Lebenspartner unterschieden, um die Ungereimtheiten aufzuzeigen, die sich aus der rechtlichen Entscheidung ergeben, Ehe und Lebensgemeinschaft nicht gleichzusetzen. Gleichzeitig wird diese Studie aus einer geschlechtsspezifischen Perspektive angegangen, wobei die negativen Auswirkungen der derzeitigen Regelung dieser juristischen Figur auf die Versorgungslücke hervorgehoben werden.

Schlüsselwörter: Selbständige, regelmäßige Mitarbeit, Familienarbeit, Ehepartner, unverheirateter Lebenspartner.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL. APROXIMACIÓN A LA SILUETA FEMENINA DE LA FIGURA OBJETO DE ESTUDIO.—II. EL JUEGO DE PRESUNCIONES DE LABORALIDAD/NO LABORALIDAD DE LA ACTIVIDAD MARITAL EN EL NEGOCIO FAMILIAR COMO PUNTO DE PARTIDA.—III. LA INTEGRACIÓN EN EL RETA DE LA ACTIVIDAD MARITAL EN EL NEGOCIO FAMILIAR CONYUGAL DE LA MANO DE LA FIGURA DEL AUTÓNOMO COLABORADOR.—1. Requisitos de integración en el RETA del cónyuge colaborador. Habitualidad y contraprestación económica (individualizada o no).—2. Cotización del cónyuge colaborador/a al RETA y prestaciones. Repercusión de las reglas de cotización en la brecha de género.—IV. LA COLABORACIÓN MARITAL DE LA PAREJA DE HECHO EN EL NEGOCIO FAMILIAR.—1. Consecuencias de Seguridad Social de inaplicación de la presunción de no laboralidad.—2. Integración en el régimen general *versus* incorporación al RETA de los convivientes «estables».—3. Y tras la ruptura de la relación de convivencia, ¿qué? Dificultades para el acceso a la prestación por cese de actividad.—V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL. APROXIMACIÓN
A LA SILUETA FEMENINA DE LA FIGURA
OBJETO DE ESTUDIO

La organización de la actividad productiva alrededor de un núcleo familiar es una circunstancia tan antigua como el trabajo mismo, habiendo ocupado tradicionalmente los cónyuges y convivientes en dicho contexto un papel «colaborativo» imprescindible. Ahora bien, la forma jurídica de afrontar esta contribución ha ido variando con el paso del tiempo, admitiéndose a día de hoy en nuestro país mecanismos diversos de gestión dentro y fuera del Derecho del Trabajo y, por tanto, de la protección social. En efecto, esta colaboración puede adquirir formas diversas, que van desde la mera cooperación ocasional o puntual (no onerosa, más allá de la repercu-

sión que la buena marcha del negocio tenga en la economía familiar) hasta la habitual pseudoempresarial (con integración en el RETA), pasando por la regularizada en el marco de una contratación asalariada acompañada de cotización al Régimen General de la Seguridad Social (o al especial por cuenta ajena correspondiente)¹.

La decisión de cómo afrontar desde el plano jurídico esa colaboración depende, en buena medida, de la voluntad de las partes implicadas, del tipo concreto de relación afectiva mantenida y también, por qué no decirlo, de la rentabilidad del negocio en cuestión, pues la integración en el sistema de Seguridad Social, tanto por la puerta del Régimen General como por la específica del RETA, exige a la unidad familiar un esfuerzo económico —la cotización de la persona colaboradora— que no siempre es viable, especialmente si el proyecto empresarial se encuentra sujeto a cierta fragilidad monetaria. En todo caso, la opción por una u otra forma de cooperación marital no resulta siempre una decisión sencilla y, desde luego, como se verá en las líneas siguientes, la regulación vigente no contribuye precisamente a facilitarla, básicamente porque está plagada de incoherencias e incertidumbres —particularmente en el caso de las parejas de hecho— que comienzan ya en el momento en el que no resulta posible afirmar con absoluta certeza si la colaboración regular conlleva obligatoriamente la incorporación al sistema de Seguridad Social.

Este descuido o desinterés normativo resulta más reproachable aún si se tiene en consideración el innegable sesgo de género que acompaña a esta participación colaborativa. Según las estadísticas del primer trimestre de 2021, el número de colaboradores familiares en alta en la Seguridad Social asciende a 191.503, de los cuales 84.408 son varones y 107.095 mujeres. La gran mayoría (80,68 por 100) trabaja en el sector servicios, particularmente en el comercio y la hostelería, que supone un 75,6 por 100 de este sector².

¹ Vid. C. ARAGÓN GÓMEZ, «El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y de la economía sumergida», en J. L. MONEREO PÉREZ y S. PERÁN QUESADA (dirs.), *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016; M. E. CASAS BAAMONDE, «El Derecho del Trabajo y el empleo asalariado en los márgenes: de nuevo el emprendimiento y el autoempleo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 11 (2013), y F. CAVAS MARTÍNEZ, «Medidas de apoyo al emprendedor vinculadas a la protección del desempleo», en J. LUJÁN ALCARAZ y F. M.^a FERRANDO GARCÍA (dirs.), *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades*, Albacete, Bomarzo, 2016.

² El número ha sufrido un incremento respecto de las cifras inmediatamente anteriores a la pandemia. En el mismo trimestre del año anterior (31 de marzo de 2020), el número de colaboradores familiares en alta en la Seguridad Social ascendía a 188.973, de los cuales 83.023 eran varones y 105.950 mujeres. En el segundo trimestre de 2020 de un total

Si se tiene en cuenta el porcentaje global de autónomos la relevancia del peso femenino aumenta, pues a 31 de marzo de 2021 había 2.013.027 trabajadores, personas físicas, inscritas en los diferentes regímenes por cuenta propia de la Seguridad Social, siendo el RETA el más numeroso de ellos. De dicho total, los varones representaban el 64,4 por 100 y las mujeres el 35,6 por 100³. Por tanto, el porcentaje de mujeres autónomas es, en términos globales, considerablemente inferior al de varones (35,6 por 100 del total); sin embargo, son mayoría las mujeres colaboradoras (55,92 por 100 frente al 44,07 por 100).

Es cierto que estos datos oficiales sobre los colaboradores familiares del autónomo no distinguen entre quienes son cónyuges/parejas de hecho (hombre y mujer) y quienes mantienen una relación familiar diferente con el titular del negocio (descendientes y ascendientes), pero tampoco parece difícil deducir que es superior el porcentaje de esposas o parejas de hecho que contribuyen a la buena fortuna de los negocios familiares que tienen a un varón a la cabeza que a la inversa (contribución del varón al negocio femenino). Y además que, con carácter general, esa contribución se dilata más en el tiempo, convirtiéndose con más frecuencia en la actividad vital, entendida esta como aquella a la que se dedica una persona durante la mayor parte de su vida laboral. Los datos por cohortes de edad avalan esta lectura, pues a medida que se incrementa la franja de edad aumenta la presencia de mujeres colaboradoras familiares y disminuye la de hombres, lo que significa que hay más varones que en un primer momento inician su actividad productiva colaborando con el titular del negocio familiar y luego no persisten (probablemente hijos), y más mujeres que mantienen en el tiempo esa colaboración, probablemente porque cuando más elevada es la franja de edad de referencia mayor es el número de esposas o convivientes de hecho que figuran como colaboradoras y menor el correspondiente al resto de familiares (descendientes y ascendientes)⁴.

de 193.763, 85.644 eran varones y 108.119 mujeres; en el tercer trimestre del año pasado de 195.269, 86.270 eran varones y 108.999 mujeres. También es mayor el porcentaje de autónomas que no tienen asalariados y el de aquellas que cotizan por la base mínima. *Vid.* las estadísticas del Ministerio publicadas periódicamente en *mites.gob.es*.

³ Además, su aportación al sistema de Seguridad Social (con posterior traducción en el importe de sus pensiones) es, en términos globales, menor que la de sus homólogos varones. Una interesante explicación desde la perspectiva económica de estas cifras de distribución de género en la actividad de autoempleo en B. CUETO IGLESIAS, «El empleo autónomo de las mujeres en España», *Panorama social*, núm. 27 (2018), pp. 89-104 (ejemplar monográfico dedicado a *Brechas de género*).

⁴ Así, en 2021, en la franja de menores de veinticinco años, del total de 11.200 autónomos colaboradores, 7.915 eran varones y solo 3.285 mujeres; en la franja de veinticinco a

Pero es que, además, estos datos solo constatan la realidad controlable o visible; la otra, la incontrolable de aquellas mujeres, muchas sin otro tipo de actividad retribuida, que colaboran de forma más o menos regular en el negocio familiar sin formalismo alguno, en la sombra (fuera de la cotización social), queda al margen de los datos oficiales y también de la protección social reglada, al menos de la contributiva.

Precisamente por ello, por la indiscutible carga de género que destila la colaboración marital autónoma, resulta especialmente relevante analizar el papel que el legislador ha decidido asumir en este intrincado entorno de actividades productivas, pues su acción, interviniendo en su ordenación o absteniéndose de hacerlo, puede tener consecuencias trascendentes en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres proclamada en el art. 14 de nuestra Carta Magna y referenciada entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030 de Naciones Unidas⁵.

Pues bien, el trabajo que con estas líneas se inicia tiene por propósito, precisamente, poner la lupa crítica en el entramado normativo que desde el punto de vista de la protección social se ha pergeñado para amparar la actividad colaborativa desarrollada en el contexto «marital», tanto en el conyugal en sentido estricto como en el material enmarcado en una relación afectiva de hecho (ya esté esta registrada o formalizada notarialmente, ya sea ajena a todo género de procedimiento), particularmente la figura del familiar colaborador del autónomo persona física integrado en el RETA. Ello por dos motivos esenciales, el primero porque la crisis económica generada por la COVID-19 y la destrucción de empleo, especialmente femenino (sobre todo en la primera parte del desastre sanitario), que ha acompañado la pandemia puede reavivar el protagonismo de esta figura como instrumento de «integración laboral alternativa» de las mujeres que se han quedado sin empleo y cuyos familiares más próximos disponen de un negocio (autoempleo de necesidad frente al de oportunidad)⁶.

treinta y nueve años, de un total de 48.508, 27.994 eran varones y 20.514 mujeres; de cuarenta a cincuenta y cuatro años de los 80.438 colaboradores, 31.911 eran hombres y 48.527 mujeres, y, por último, en la franja de cincuenta y cinco años o más del total de 51.357 colaboradores, 16.588 eran del sexo masculino y 34.769 del femenino (estadísticas del Ministerio publicadas periódicamente en *mites.gob.es*). Casi con total certeza, si estos datos se desglosasen por relación de parentesco el resultado final sería el expuesto.

⁵ No en vano, el ODS núm. 5 se concreta en «lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas», lo que en el ámbito que nos ocupa puede, desde luego, conseguirse a través de la formulación de medidas específicas adecuadas de tratamiento normativo de este tipo de actividad colaborativa.

⁶ La diferencia en la motivación para emprender da lugar a los conceptos de autoempleo de oportunidad y autoempleo de necesidad para denominar aquellos negocios que se

El segundo motivo, porque precisamente esa misma situación de quiebra económica puede hacer que algunos autónomos se vean obligados a aligerar costes en su negocio; necesidad que puede encontrar en la cotización de los familiares colaboradores uno de sus más próximos damnificados, ya sea por la rebaja directa de la base de cotización, ya sea por la baja en el sistema porque la actividad productiva pasa, formal o materialmente, de habitual a puntual⁷.

Para conocer con certeza el alcance real de la repercusión que en el género femenino puede tener la ordenación social de esta actividad es preciso, primero, examinar la formulación legal de la exclusión del entorno asalariado, según se trate de la colaboración del cónyuge legal o de la pareja de hecho; segundo, evaluar las medidas legales implementadas en principio para estimular su integración en el RETA (pensemos en las actuales bonificaciones de Seguridad Social a las nuevas incorporaciones, construidas sobre la cotización por la base mínima), y tercero, estudiar la ambigua situación en la que quedan estas mujeres si la relación matrimonial o sentimental con el trabajador autónomo se rompe.

II. EL JUEGO DE PRESUNCIONES DE LABORALIDAD/ NO LABORALIDAD DE LA ACTIVIDAD MARITAL EN EL NEGOCIO FAMILIAR COMO PUNTO DE PARTIDA

Como todo el mundo sabe, la regla de la que debe partirse en la temática que aquí nos reúne es la expresa y tradicional exclusión de laboralidad del trabajo familiar contenida en el art. 1.3.e) ET⁸. El señalado precepto

inician como respuesta a una oportunidad de negocio frente a los que son el resultado de la falta de alternativas de empleo asalariado. En este sentido, B. CUETO IGLESIAS, «El empleo autónomo de las mujeres en España», *op. cit.*, p. 93.

⁷ En términos generales, sobre la protección social dispensada a los autónomos para ayudarles a superar la crisis económica precedente, A. BAJÉN GARCÍA, *La tutela y promoción del trabajo autónomo en el contexto de la crisis: análisis, perspectivas y propuestas de intervención*, tesis doctoral, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2016.

⁸ La exclusión de este tipo de actividades del ámbito laboral, tradicionalmente incorporadas a la normativa de la OIT, se remonta en nuestro ordenamiento a la Ley de Contrato de Trabajo de 1931. Si bien la fórmula entonces empleada, que recuperó la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (en adelante LCT), no coincidía por entero con la recogida en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (en adelante LRL) y en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 (inalterado en este punto en el texto refundido de 1995 primero y de 2015 después). Ciertamente, una superficial lectura de los preceptos correspondientes basta para notar que el escenario en el que inicialmente se forjó esta exclusión fue alterado sustancialmente en la normativa posterior. Mientras en la LCT de 1931 y en la de 1944 la presunción de laboralidad

excluye del ámbito laboral los «trabajos familiares» mediante la formulación de una presunción *iuris tantum*⁹, a cuyo tenor la prestación de servicios a favor del empresario pariente próximo se sitúa extramuros del trabajo asalariado, aunque con admisión de prueba en contrario. Obviamente, esta regla se aplica de forma directa y clara cuando se trata de empresarios personas físicas. La prestación de servicios puede acontecer para una persona jurídica concurriendo la circunstancia de que uno o varios socios o partícipes son parientes del prestador. Pero con la sociedad familiar (persona jurídica) no es posible tener vínculo conyugal, convivencial o parentesco alguno, de manera que el pronunciamiento sobre si la colaboración de un familiar esconde o no una relación laboral requerirá del previo levantamiento del velo y de un proceso de penetración en el sustrato real

funcionaba cuando la prestación de servicios acontecía en una empresa o negocio estrictamente familiar —«solo estuviesen ocupados miembros de la unidad familiar o personas aceptadas por esta» y fuese dirigido por uno de ellos (STS de 12 de enero de 1960, Ar. 157)—, siendo irrelevante la existencia o no de convivencia y el grado de parentesco, en la LRL y en el ET el juego de la presunción de no laboralidad quedaba —y queda— condicionado a que la prestación de servicios se desarrolle en el marco de una unidad familiar reducida (hasta segundo grado) de convivencia, tenga o no la empresa la condición de familiar.

⁹ Naturaleza que compartían también las presunciones contenidas en la LRL de 1976, en la LCT de 1944 y en la LCT de 1931, no así las de las normas de Seguridad Social, que preveían una presunción *iuris et de iure* para el cónyuge y los hijos menores no emancipados, situación legal que se mantuvo hasta la promulgación del RDL 7/1989, de 29 de diciembre (DA 14.^a), que rebajó al segundo el grado de parentesco también a los efectos de Seguridad Social e incorporó la posibilidad de probar el carácter asalariado de la prestación igualmente para el cónyuge y para los hijos. Desde entonces, a todos los efectos, se presume que no existe relación laboral entre quienes conviven unidos por un vínculo de parentesco muy próximo, pero se permite la destrucción de esta presunción probando que los servicios prestados son retribuidos y se desarrollan de forma dependiente y por cuenta ajena, pesando la carga de dicha prueba sobre quien alega ser trabajador. Como ha venido sosteniendo la jurisprudencia, resulta contrario al principio de igualdad excluir sin más del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el solo hecho de ser parientes sus titulares (SSTC 79/1991, de 15 de abril, y 2/1992, de 13 de enero, citadas por las SSTS de 25 noviembre de 1997, Rec. 771/97; de 27 de abril de 2000, Rec. 2634/99, y de 5 de noviembre de 2008, Rec. 1433/07). Por ello, la ley ha establecido una presunción rebatible, de la que además no puede hacerse una aplicación tan estricta que suponga su transformación en una presunción *iuris et de iure*. Por tanto, cuando se acredita la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena de la que no puede ser excluido por la sola razón de su parentesco con titulares de la sociedad (SSTS de 27 de abril de 2000, Rec. 2634/99; de 14 de junio de 1994, Rec. 3493/93; de 19 de octubre de 1994, Rec. 3050/94; de 25 de noviembre de 1997, Rec. 771/97; de 19 de diciembre de 1997, Rec. 1048/97; de 22 de diciembre de 1997, Rec. 571/97; de 18 de marzo de 1998, Rec. 2361/97; de 13 de marzo de 2001, Rec. 1971/00, y de 5 de noviembre de 2008, Rec. 1433/07). En este sentido, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Trabajo familiar», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2007, pp. 331-333.

de la empresa, indagando en los vínculos familiares existentes¹⁰. Sin perjuicio del enorme interés práctico que esta problemática presenta, no es la que interesa a este estudio¹¹, que se centra, como se ha dicho, en la condición de colaborador/a del autónomo persona física dada de alta como tal en el RETA —se dejan también al margen del estudio las muchas particularidades de la colaboración marital del sistema especial agrario y las del régimen especial de trabajadores del mar¹².

Lo primero que debe evidenciarse es que la exclusión del ámbito laboral transcrita no alcanza a cualquier familiar, sino únicamente al cónyuge, los ascendientes, los descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad¹³, hasta el segundo grado inclusive¹⁴ y, en su caso, por adopción¹⁵, y que además tiene como condición imprescindible la convivencia

¹⁰ SSTs (Cívil) de 25 de octubre de 1997, Rec. 2821/93; de 22 de julio de 1998, Rec. 1279/94; de 9 de noviembre de 1998, Rec. 1720/94; de 31 de enero de 2000, Rec. 1411/95; de 28 de marzo de 2000, Rec. 1887/95; de 17 de octubre de 2000, Rec. 1887/95; de 17 de octubre de 2000, Rec. 3174/95, y de 21 de mayo de 2002, Rec. 3623/96. Si efectivamente la sociedad esconde una unidad nuclear de convivencia podrá aplicarse la presunción del art. 1.3.e) ET a la prestación de servicios desarrollada a su favor.

¹¹ La jurisprudencia ha admitido la posibilidad de tener la condición de autónomo en el marco de una sociedad. *Vid.* STS de 21 de junio de 2016, Rec. 3805/14. Siguiéndola, entre otras, SSJS León núm. 3, de 27 de marzo de 2017; recursos contencioso-administrativos 110/2016, de 13 de octubre; 111/2016, de 18 de febrero de 2019, y 417/2017.

¹² El número de colaboradores familiares en el RETM es muy reducido. A fecha de marzo de 2021 solo ascendía a 786, frente a los 190.717 del RETA, dándose la circunstancia de que figuraban como autónomas titulares en el RETM un total de 3.370 mujeres (estadísticas del Ministerio publicadas periódicamente en *mites.gob.es*).

¹³ No aclara la norma si la afinidad cesa o no por la muerte del cónyuge o por otras causas de extinción de la relación conyugal, como el divorcio, la nulidad o, aunque no de forma definitiva, la separación (*ad finitas in coniugesuperstite non deletur*). Pero parece sensato pensar que la relación de afectividad que sirve de base al «parentesco por afinidad» (técnicamente inexistente) está ligada a la persistencia del vínculo conyugal, de manera que si este desaparece se diluye también este tipo de «parentesco». Es cierto que el afecto así nacido puede mantenerse igualmente aun roto el matrimonio, pero ya no cabe presumirlo, máxime si se tiene en cuenta que si el que en su día fuera afín del empresario colabora puntualmente con este por el afecto que les une (sin que concurren los elementos propios de una prestación asalariada), la actividad puede presumirse igualmente no laboral por el juego de la exclusión de los trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad [art. 1.3.d) ET].

¹⁴ Insistiendo en que no alcanza a los familiares de tercer grado, para los que, por tanto, rige la presunción de laboralidad, STSJ Galicia de 26 de marzo de 2001, Rec. 4397/1997.

¹⁵ La presunción de no laboralidad no llega hasta las personas «aceptadas» por la familia, como los ahijados, o los familiares más lejanos, al contrario de lo que sucedía en la normativa anterior en la que se equiparaban a los familiares a quienes eran aceptados por la unidad familiar. *Vid.* J. A. SAGARDOY BENGOCHEA, «El ámbito subjetivo del trabajo familiar», *RPS*, núm. 57 (1963), pp. 89-96, y J. GÁRATE CASTRO, «Trabajos familiares. Algunas consideraciones jurisprudenciales para su estudio», *RPS*, núm. 132 (1981), p. 224.

familiar¹⁶. Ello tiene relevantes consecuencias respecto de la relación de afectividad no formalizada conyugalmente. Parece evidente que la formación de familias en torno a la convivencia *more uxorio* se ha convertido en los últimos tiempos en un fenómeno tan habitual como socialmente aceptado a todos los niveles. Sin embargo, el legislador laboral no ha querido equipararlas al matrimonio a estos efectos. Esta decisión podía comprenderse en otros tiempos, pero extraña particularmente a día de hoy, pues ya desde la Ley 40/2007 se les han abierto incluso las puertas a la pensión de viudedad —trancadas hasta esa norma—¹⁷, aunque no haya sido en condi-

¹⁶ Esta exigencia de convivencia funciona también cuando se pretende la aplicación de la presunción en el entorno de las sociedades: STS de 14 de junio de 1994, Rec. 3493/93 («no consta convivencia con otro u otros miembros de la familia titulares de acciones que pudiera, a partir de una cierta cuota de participación conjunta en la propiedad del capital social, dar lugar a un patrimonio o fondo común en el que ingresaran los frutos o resultados del trabajo prestado»).

¹⁷ Como se sabe, el matrimonio fue la única puerta de entrada a la pensión de viudedad hasta la Ley 40/2007 —con la excepción propia del régimen transitorio de la Ley del divorcio, la extraordinaria concesión nominal a las parejas de hecho de los fallecidos en el accidente del Yak/42 (2004) y los decesos en actos de terrorismo—. Durante largo tiempo esta opción legal no fue más que la consecución lógica de la realidad social, en la que la convivencia *more uxorio* no era ni frecuente ni socialmente bien recibida. La promulgación de la Constitución Española no supuso en este punto cambio normativo de ningún género. De hecho, aunque esta apuesta del legislador por privilegiar el vínculo conyugal frente a la convivencia marital fue puesta en tela de juicio, el propio Tribunal Constitucional desarrolló una elaborada doctrina para avalar la constitucionalidad de la exigencia de matrimonio para lucrar viudedad, en particular a partir de la STC 184/1990, de 15 de noviembre (le siguieron las SSTC 29/1991, 30/1991, 31/1991, 35/1991 y 38/1991, todas ellas de 14 de febrero; 77/1991, de 11 de abril; 29/1992, de 9 de marzo, y 66/1994, de 28 de febrero). La Constitución había proclamado el derecho a la igualdad, la libertad para contraer matrimonio y la obligación de los poderes públicos de proteger a la familia, pero ninguno de ellos entraba en colisión con la posibilidad del legislador de dar un tratamiento diferenciado al matrimonio respecto de otras formas de convivencia, siempre que con ello no se coartase irracionalmente el derecho a elegir otras formas de familia fuera del contexto matrimonial. Tesis que, como no podía ser de otro modo, hizo propia la jurisprudencia ordinaria. El TS añadía que «quienes han elegido libremente no asumir los deberes conyugales, procurando excluir la vinculación jurídica de ayuda mutua a que tales deberes están orientados, no tienen el mismo derecho a protección social pública en caso de fallecimiento de la pareja que quienes han constituido mediante el matrimonio una agrupación familiar reforzada para la atención de las necesidades, económicas y no económicas, de sus miembros» (STS de 29 de junio de 1992, Rec. 1239/91). Añadiendo incluso que la «protección jurídica de la familia se debilita cuando resulta más desventajoso para los ciudadanos contraer matrimonio [...] que convivir *more uxorio*, modo de vida sin duda legítimo pero que es más favorable para la conservación de las opciones del individuo que para la efectividad de las responsabilidades familiares y del “interés de la familia”» (STS de 26 de mayo de 2004, Rec. 3103/03). Es cierto que la decisión del Supremo Intérprete de la Constitución no fue unánime y que la citada STC 184/1990 contó con dos votos particulares, en los que básicamente se ponía el foco en que la situación de necesidad (o el daño) que se pretendía proteger con la prestación se producía también en el entorno de la convi-

ciones de plena equivalencia con el matrimonio¹⁸ —aunque la Ley 21/2021 ha contribuido relevantemente a esa equiparación al suprimir la exigencia de dependencia o desequilibrio económico—, y sorprende más aún si se tiene en cuenta que la consideración de pareja que se hace a efectos de viudedad se extiende para la integración del conviviente en el RETA (al menos por la puerta de atrás, como luego se verá).

Es cierto que el vínculo matrimonial proporciona una seguridad jurídica frente a terceros que no puede predicarse en igual medida de *todo tipo* de convivencia de hecho¹⁹, y que esta seguridad facilita el juego de presunciones como la expuesta, pero no lo es menos que las «parejas de hecho» formalizadas (mediante inscripción o documento público) pueden proporcionar a los terceros una seguridad equiparable²⁰. En estos casos en los que *ad extra* la convivencia es equiparable al matrimonio, el juego de presunciones como la que aquí se estudia resultaría lo más apropiado, desde el punto y hora en que concurre en esta forma de afectividad la misma circunstancia que justifica la exclusión que alcanza al matrimonio. No en vano, el afecto que une a los miembros de la unidad de convivencia es similar al que vincula a los cónyuges, dando lugar en igual medida a bienes e intereses comu-

vencia natural, no matrimonial. Pero la tesis mayoritaria se mantuvo incluso en los casos en los que la pareja no había formalizado matrimonio por razones ideológicas y pretendía hacer valer en vía de amparo este derecho fundamental para desplazar la exigencia legal ordinaria de vínculo conyugal (STC 66/1994, de 28 de febrero). Un extenso estudio de toda esta problemática en P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Pamplona, Aranzadi, 2020.

¹⁸ Téngase en cuenta también que otras muchas facetas de nuestra legislación adolecen de similar incoherencia. Así, por ejemplo, no se prevé el cómputo de los ingresos de la pareja de hecho a efectos del umbral de rentas de la unidad familiar para el acceso al subsidio de desempleo, obligando con ello a la jurisprudencia a apostar por una interpretación literal de los elementos legales. Por todas, SSTs de 19 de mayo de 2020, Rec. 3683/17, y de 2 de octubre de 2018, Rec. 3600/16, en las que se viene a decir: primero, que los términos de la norma son claros: enumera de forma exhaustiva aquellas personas cuyo parentesco con el beneficiario supone que constituyen responsabilidades familiares; segundo, a su interpretación teleológica, orientada a la protección de los desempleados que, cumpliendo los requisitos establecidos en el precepto, carezcan de rentas superiores al 75 por 100 del SMI, razonando que la protección se otorga al desempleado, no a la familia. Con remisión a la interpretación jurisprudencial del art. 1.3.e) ET (también para la RAI, STS de 25 de junio de 2020, Rec. 1450/18). Recordando esta doctrina, STSJ Galicia de 18 de enero de 2021, Rec. 2105/2020.

¹⁹ Así lo había entendido también el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 22 de julio de 1993. Vid. C. de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 23.

²⁰ Vid. E. ESTRADA ALONSO, *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 66-69. Sobre el registro, J. M. RUIZ-RICO RUIZ y B. CASADO CASADO, «Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 80, núm. 685 (2004), pp. 2307-2378.

nes, amén del nacimiento de hijos, y a la postre a la formación de una unidad familiar, al menos *de facto*, idéntica a la matrimonial.

No obstante, como se acaba de reseñar, el legislador ha optado por mantener la clásica exclusión de laboralidad del art. 1.3.e) ET en sus mismos términos década tras década (con exclusiva referencia al cónyuge legal). La consecuencia necesaria de ello es que la prestación de servicios del conviviente en el negocio familiar, en tanto que no queda afectada por la presunción de no laboralidad, habrá de presumirse asalariada, con la consiguiente inclusión en el régimen general de la Seguridad Social, con todas las disfunciones que ello conlleva. Esta decisión legal obligó además en el año 2000 a la jurisprudencia a rechazar de forma clara y tajante la aplicación analógica del art. 1.3.e) ET a las parejas de hecho²¹, apostando por una interpretación literal del precepto (los convivientes no son «familiares»)²² que evitase dejar a estas personas al margen de la protección social, pues si *a posteriori* se les aplicaba por analogía la exclusión de laboralidad se les negaba también el acceso a las prestaciones sociales correspondientes²³. En efecto, este criterio jurisprudencial, aunque un tanto extraño si se atiende a la razón de ser última de la exclusión (ausencia de las notas propias del trabajo asalariado en el contexto familiar), en realidad fue en su día el más acorde con el resto de nuestro entramado normativo, que no preveía el acceso al RETA del conviviente (como luego se verá). Además ponía los mimbres para garantizar al conviviente el acceso a prestaciones como la de desempleo, por las que había cotizado al contribuir al régimen general y que de otro modo tenía vedadas.

Ahora bien, esa misma jurisprudencia se ha visto igualmente compeli-
da a aceptar que, en tanto que la presunción de laboralidad que alcanza al

²¹ SSTs de 24 de febrero de 2000, Rec. 2117/1999, y de 11 de marzo de 2005, Rec. 2109/2004. Aunque esta jurisprudencia se conformó antes de que viese la luz la Ley 40/2007, no ha habido con posterioridad cambio de criterio sobre el asunto. La doctrina judicial menor posterior ha respetado, en términos generales, este criterio del Tribunal Supremo. *Vid.*, por ejemplo, SSTSJ Asturias de 21 de julio de 2020, Rec. 681/2020; de 17 de marzo de 2020, Rec. 2793/2019, y de 29 de junio de 2017, Rec. 1447/2017.

²² Algún comentario crítico mereció en su día esta resolución del Tribunal Supremo. Por ejemplo, J. ORCARAY REVIRIEGO, «Convivencia “*more uxorio*”. A propósito de la STS de 24 de febrero 2000 que otorga el derecho a la prestación por desempleo a una trabajadora despedida por el empresario con el que convive», *Aranzadi Social*, núm. 7 (2002). Por cierto, que entre los cónyuges no se genera tampoco una relación de parentesco en sentido estricto, aunque este término se emplee de forma muy flexible también en este estudio.

²³ Como señalaba esta jurisprudencia, si no se aplica dicha presunción en otros supuestos que les beneficia tampoco cabe invocar la analogía cuando les perjudica (SSTs de 24 de febrero de 2000, Rec. 2117/1999, y de 11 de marzo de 2005, Rec. 2109/04). No se olvide, además, que la obligación de cotizar por cese de actividad para los autónomos es muy reciente.

conviviente lo es por la entrada de las reglas generales (por no poder jugar la presunción contraria), admite prueba en contrario si de los hechos se deduce que no concurren las notas conformadoras del trabajo por cuenta ajena (en esencia, la dependencia y la ajenidad)²⁴. La particularidad es que mientras para el resto de «trabajadores» esta prueba resulta por lo general compleja, en el contexto que nos ocupa sucede justo lo contrario, porque en el marco de esta convivencia, de ordinario, puede probarse la existencia de una comunidad de vida amplia, de intereses y de fines, que puede llevar a la convicción de que entre los convivientes no hay una relación de dependencia y ajenidad en la prestación de servicios, sino una comunidad de explotación²⁵. De hecho, así lo ha venido acreditando el SPEE con cierta habitualidad para negar el acceso a la prestación por desempleo cuando el conviviente, cotizante del régimen general, formula la consiguiente solicitud²⁶.

²⁴ STS de 11 de marzo de 2005, Rec. 2109/2004.

²⁵ *Vid.* STSJ Cataluña de 2 de diciembre de 2016, Rec. 5809/2016. También las Sentencias del TSJ de Aragón que se referencian en la STSJ Aragón de 16 de marzo de 2015, Rec. 126/2015, en la que se sostiene que la doctrina del Tribunal «[Sentencias núm. 41/2002, de 21 de enero (con cita de las de 18 de octubre de 1993; de 2 de marzo de 1994; de 15 de febrero y 18 de octubre de 1995; de 18 de julio de 1997; de 13 de octubre de 1998; de 13 de febrero, 24 de mayo y 15 de julio de 1999; de 24 de abril de 2000, y de 28 de marzo y 10 de abril de 2001); 1001/2002, de 30 de septiembre; 185/2005, de 7 de marzo, y 984/2010, de 29 de diciembre, entre otras]» ha afirmado que «las circunstancias del caso pueden revelar la existencia de un fondo social y familiar común de intereses y riesgos, excluyente de la relación laboral dependiente, la cual implica un real sometimiento al ámbito organizativo, directivo y disciplinario de terceros, elementos clave del auténtico trabajo por cuenta ajena, de modo que, en tales casos, por encima de la apariencia formal creada, sigue prevaleciendo la presunción legal del art. 7 sobre trabajo familiar no dependiente o por cuenta ajena, análogo al art. 1.3.e) ET. Relevantes son pues las circunstancias de hecho de cada supuesto para determinar si existe relación laboral por cuenta ajena, no existiendo criterios genéricamente válidos, sino que los hechos probados acerca del grado de parentesco, la participación en el capital social, los cargos societarios, la convivencia en el domicilio, la prueba de una real retribución, salario u horarios, todo ello ha de ser tenido en cuenta y valorado para determinar si existe o no relación laboral dependiente de la que pueda nacer prestación por desempleo». En la misma línea, STSJ Aragón de 13 de enero de 2014, Rec. 638/2013; STSJ Madrid de 20 de junio de 2011, Rec. 2620/2011, y STSJ País Vasco de 6 de septiembre de 2005, Rec. 1582/2005, entre otras.

²⁶ En efecto, esta problemática se planteó respecto de la indebida cotización al régimen general cuando en el RETA no se preveía la prestación cese de actividad, habiendo mantenido la jurisprudencia que no puede ser causa generadora del derecho a la prestación por desempleo el simple hecho de haberse efectuado real y materialmente el pago de esas cotizaciones, puesto que, si el interesado no ostenta tal derecho, el mismo no puede nacer por la sola circunstancia de que se hayan pagado dichas cuotas. Este pago podrá servir de fundamento para el ejercicio de otra clase de acciones, pero no puede otorgar un derecho a quien la ley no se lo reconoce (SSTS de 14 de marzo de 1997, Rec. 1143/1996, y de 19 de diciembre de 1997, Rec. 1434/96, en las que se afirma que la contingencia por

Si a la realidad descrita añadimos las dificultades que luego se examinarán de acceso del conviviente de hecho que trabaja en el negocio familiar al RETA, la conclusión que se impone es la urgencia de una reforma legal que garantice la coherencia necesaria entre la realidad formal y la material en este contexto, y de paso entre la regulación laboral y la de Seguridad Social²⁷.

III. LA INTEGRACIÓN EN EL RETA DE LA ACTIVIDAD FAMILIAR CONYUGAL DE LA MANO DE LA FIGURA DEL AUTÓNOMO COLABORADOR

1. Requisitos de integración en el RETA del cónyuge colaborador. Habitualidad y contraprestación económica (individualizada o no)

En aparente coherencia con la regla laboral del art. 1.3.e) ET, el art. 12.1 LGSS niega la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario, al cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, «ocupados en su centro o centros de trabajo [del empresario-familiar], cuando convivan en su hogar y estén a su cargo»²⁸. La lectura de esta regla debe acompañarse con el resto del cuerpo legal y, en particular, con el art. 305.2.k) que declara expresamente integrados en el RETA al «cónyuge y los parientes del trabajador por cuenta propia o autónomo que, conforme a lo señalado en el art. 12.1 y en el apartado 1 de este artículo, realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena». Previsión, esta última, equivalente a la contenida en el art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, ETA), cuando declara su aplicación «a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo ante-

desempleo solo genera el derecho a su prestación a quienes tienen la obligación normativa de cotizar por ella).

²⁷ Hace ya mucho tiempo que se aboga por esta reforma o en su caso por un cambio de criterio jurisprudencial. *Vid.*, por ejemplo, P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, «Convivencia estable “*more uxorio*” y trabajo familiar: ¿es necesario un nuevo pronunciamiento para unificación de doctrina?», *Tribuna Social. Revista de seguridad social y laboral*, núm. 180 (2005), pp. 23-33.

²⁸ Sobre la exigencia del requisito de convivencia, *vid.* A. BOTELLA GIMÉNEZ, *La protección laboral de la familia*, 2.ª ed., Jaén, Universidad de Jaén, 1996, p. 93.

rior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el art. 1.3.e) ET».

De este conjunto de normas resulta que si el cónyuge presta servicios en el negocio familiar, aun cuando conviva con el titular —que será quien organice la actividad, actuando aquel normalmente bajo su dependencia organizativa y gestora—²⁹, podrá integrarse en el RETA. Ahora bien, esta integración requiere de alguna precisión de calado. La primera, que esta no es la única opción posible. No en vano, al menos en hipótesis, un cónyuge puede prestar servicios asalariados para el otro en tanto que las presunciones legales señaladas admiten prueba en contrario³⁰. Ahora bien, como ya se dijo para el conviviente, esta prueba de laboralidad es harto compleja, pues requiere que se acredite una relación de dependencia y ajenidad difícilmente conciliable con la esencia misma del matrimonio (al menos respecto del autónomo persona física, más sencillo es en el caso de las sociedades familiares)³¹.

En todo caso, si se prueba la concurrencia de esas notas, el trabajo del cónyuge transitará por el régimen general de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo³² —nótese que el legislador no ha querido prever para el cónyuge la posibilidad expresa de contratación laboral, sin desempleo, que formula para los hijos—³³. En este punto concre-

²⁹ En ese sentido, M. C. LÓPEZ ANIORTE, «El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la “habitualidad” al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial», *Revista de Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 9 (2013), p. 78.

³⁰ No debe pasar desapercibido el hecho de que el tratamiento fiscal que tienen los ingresos que percibe un familiar colaborador en la actividad económica de la que es titular su cónyuge es el de rendimientos del trabajo siempre que medie contrato laboral, lo que supone admitir, desde la perspectiva fiscal, esta posibilidad de actividad laboral del cónyuge (art. 30, párrafo 2.º, apartado 2.º, de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

³¹ STS de 27 de abril de 2000, Rec. 2634/99, con cita de las SSTs de 14 de junio de 1994, Rec. 3493/93; de 19 de octubre de 1994, Rec. 3050/94; de 25 de noviembre de 1997, Rec. 771/97; de 19 de diciembre de 1997, Rec. 1048/97; de 22 de diciembre de 1997, Rec. 571/97; de 18 de marzo de 1998, Rec. 2361/97; de 13 de marzo de 2001, Rec. 1971/00, y de 5 de noviembre de 2008, Rec. 1433/07.

³² Ciertamente, se ha admitido dicha prueba en alguna ocasión respecto de las prestaciones de servicios para sociedades familiares. *Vid.* STS de 17 de enero de 2001, Rec. 2316/1999, y la jurisprudencia que en ella se cita.

³³ En efecto, en el caso de los hijos, la regla es más sencilla, pues legalmente es posible que el autónomo puede contratar laboralmente, aun con convivencia, a los hijos menores de treinta años y a los mayores de esta edad siempre que tengan particulares dificultades de integración laboral (discapacidad intelectual, física o sensorial), en los términos que se señalan en el art. 12.2 LGSS (sin protección por desempleo, eso sí). Sobre esta posibilidad legal *vid.* I. A. RODRÍGUEZ CARDO, «Hijos del empresario menores de treinta años y protección

to, el régimen económico matrimonial puede antojarse clave a la hora de facilitar o dificultar esa prueba. No en vano, en el régimen de ganancias «se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella» (art. 1344 CC), y mientras se mantenga dicho régimen esas ganancias se afectarán a las finalidades comunes del art. 1362 CC; que persisten separados los patrimonios personales de los cónyuges (los bienes privativos), y se crea un patrimonio colectivo que se atribuye a los dos cónyuges como miembros del consorcio conyugal rigiendo un sistema de cogestión relativa, en el que si bien la gestión y disposición corresponde conjuntamente a los dos cónyuges (art. 1375 CC), son «válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero y títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren» (art. 1384 CC) y «los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos» (art. 1385 CC)³⁴. No existe así en este régimen una asignación individual del patrimonio conyugal por cuotas, al menos mientras no se disuelva la sociedad, lo que, sin llegar a ser un obstáculo absoluto para probar la laboralidad, desde luego la dificulta seriamente³⁵. Lo contrario sucederá en el caso del matrimonio sujeto al régimen de separación de bienes, en el que probablemente la prueba resulte más sencilla, pues los cónyuges preserva-

por desempleo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2016), pp. 639-654, y sobre su reprochable trato de favor, *vid.* I. BALLESTER PASTOR, «El trabajo autónomo de los familiares colaboradores», en J. L. MONEREO PÉREZ y F. VILA TIerno (coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2017, pp. 68-70.

³⁴ Téngase en cuenta, paralelamente, que estas previsiones casan perfectamente con las reglas previstas en el Código de Comercio. Así, el art. 6 CCom dispone: «En caso de ejercicio del comercio por persona casada, quedarán obligados a las resultas del mismo los bienes propios del cónyuge que lo ejerza y los adquiridos con esas resultas, pudiendo enajenar e hipotecar los unos y los otros. Para que los demás bienes comunes queden obligados será necesario el consentimiento de ambos cónyuges», aclarando el art. 7 que: «Se presumirá otorgado el consentimiento a que se refiere el artículo anterior cuando se ejerza el comercio con conocimiento y sin oposición expresa del cónyuge que deba prestarlo».

³⁵ Nótese que la jurisprudencia ha aclarado que no influye en la operatividad de la presunción de no laboralidad del trabajo familiar el régimen económico ganancial, pues de lo contrario no sería posible en ningún caso la existencia de un contrato de trabajo entre cónyuges con régimen de ganancias, pero ello se ha dicho respecto de su aplicabilidad en el marco de una prestación para una sociedad, no para un autónomo persona física (STS de 30 de abril de 2001, Rec. 4525/99).

rán sus respectivos patrimonios, sus ingresos y sus pérdidas (arts. 1437³⁶ y 1440 CC³⁷).

La segunda precisión que conviene hacer es que la incorporación del cónyuge al RETA solo es posible si su colaboración se lleva a cabo con *habitualidad*; en caso contrario, la actividad quedará al margen de la protección social específica³⁸. Ahora bien, esta llamada a la *habitualidad* no puede ser más incierta. No ya solo por la ambigüedad en sí del concepto³⁹, sino también porque no se aclara si esta habitualidad debe entenderse en equiparables condiciones para ambos cónyuges (el colaborador del autónomo y el titular del negocio o autónomo en sentido estricto). Aunque quizá la literalidad de la norma abone tal interpretación. No en vano, el art. 305.2.ª) LGSS cuando alude a que «a los efectos de esta ley se declaran expresamente comprendidos en este régimen especial [...] el cónyuge y los parientes del trabajador por cuenta propia o autónomo» advierte que «conforme a lo señalado en el art. 12.1 y en el apartado 1 de este artículo, realicen trabajos de forma habitual y no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena»⁴⁰. Así, de algún modo, remite a las condiciones de obligada integración en el RETA que rigen para el autónomo en sentido estricto.

³⁶ «En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo, corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes».

³⁷ «Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad».

³⁸ Salvo que tenga encaje en el régimen general, bien porque, en teoría, se probase que acontecía de forma asalariada (en tanto que el trabajo por cuenta ajena admite forma esporádica y marginal), bien porque encaje en el supuesto anterior (prestación regular asalariada).

³⁹ De hecho, la disposición adicional cuarta de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, previó: «*Estudio del concepto de habitualidad a efectos de la inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*. En el ámbito de la subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos constituida en el Congreso de los Diputados, y oídos los representantes de los trabajadores autónomos, se procederá a la determinación de los diferentes elementos que condicionan el concepto de habitualidad a efectos de la incorporación a dicho régimen. En particular, se prestará especial atención a los trabajadores por cuenta propia cuyos ingresos íntegros no superen la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual».

⁴⁰ Paralelamente, la exigencia referida a que «no tengan la consideración de trabajadores por cuenta ajena» (art. 305 LGSS) debe entenderse hecha no tanto a la imposibilidad de que el autónomo colaborador esté dado de alta como asalariado en otra empresa, cuanto respecto del hecho de que se podrá dar de alta como autónomo cuando su actividad en el negocio no deba quedar amparada bajo un contrato de trabajo por concurrir las notas propias del art. 1.1 ET [lo que resultará, como se ha dicho, claramente excepcional por la presunción del art. 1.3.e) ET].

A tenor de lo expuesto, somos de la opinión de que si el autónomo colaborador presta servicios en el negocio familiar en términos equiparables de habitualidad a como lo hace el propio titular del mismo estará también *obligatoriamente* integrado en el mismo régimen de Seguridad Social⁴¹. En este punto conviene tener presente que la habitualidad se relaciona no ya solo con los ingresos económicos derivados de la explotación (según sean superiores o no al SMI), sino con el carácter regular de la prestación. En este punto parece razonable entender que la habitualidad habrá de guardar una apropiada correspondencia con la extensión temporal de la actividad, de modo que por muy habitual que resulte la colaboración del cónyuge (por ejemplo, todos los días media hora), si esta no tiene significancia temporal suficiente, no podrá considerarse a los efectos que aquí interesan⁴². No se olvide, en tal sentido, que la posibilidad de realizar un trabajo por cuenta propia a tiempo parcial, legalmente formulada en el art. 1 ETA⁴³, ha venido aplazando año tras año su entrada en vigor, la última vez en la disposición adicional 105 de la Ley 22/2021, de 28 de diciembre. Habiendo, lógicamente, corrido la misma suerte de aplazamientos la correspondiente cotización parcial⁴⁴. Hay que entender, por tanto, que la colaboración en el negocio familiar no podrá tener lugar, por el momento, a tiempo parcial, o, dicho de otro modo, de tratarse de una colaboración habitual y regular pero de duración parcial (por ejemplo, unos días

⁴¹ Téngase en cuenta que la disposición adicional vigésimo sexta de la LGSS prevé la obligación *a posteriori* (tras la ruptura matrimonial) de cotizar por la actividad del cónyuge si durante el matrimonio no se ha hecho.

⁴² Podría en este punto traerse a colación la doctrina de la «insignificancia» elaborada por el Tribunal Supremo para evitar la consideración de determinados ingresos que pese a ser habituales no tienen relevancia suficiente como para generar perjuicios prestacionales en los beneficiarios. Por todas, SSTs de 27 de abril de 2015, Rec. 1881/14; de 14 de mayo de 2015, Rec. 1588/14; de 19 de febrero de 2016, Rec. 3035/14, y de 6 de abril de 2017, Rec. 118/16.

⁴³ «La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. *Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial*».

⁴⁴ En efecto, el art. 24 de esta misma norma dispone en su párrafo segundo: «Los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial estarán incluidos, en los supuestos y conforme a las condiciones reglamentariamente establecidas, en el Régimen de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos». Pues bien, se ha aplazado la entrada en vigor de esta previsión en la disposición adicional 126 de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre. Norma que igualmente ha aplazado la entrada en vigor del art. 25.4 («Considerando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, la ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomos, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral»).

a la semana o unas horas al día), la cotización continuará siendo la misma que si la actividad se realizase a jornada completa.

De todos modos, no cabe negar que esta realidad queda fuertemente contaminada por la marcha económica del negocio, por la voluntad de las partes, etc., pues en el entorno marital no es ni inusual ni complejo «esconder» la actividad colaborativa habitual, que tampoco la Inspección de Trabajo desenmascara con asiduidad. De hecho, con frecuencia esta realidad escondida u oculta sale a la luz únicamente cuando la relación conyugal se rompe y con ello la afectividad sobre la que se construía la contribución supuestamente no onerosa al negocio⁴⁵.

Por lo demás, si se cubre la señalada exigencia de habitualidad, la integración en el RETA convertirá al cónyuge, básicamente, en un autónomo/a que trabaja para otro autónomo, que es quien ostenta la titularidad del negocio y con el que convive en el marco de una relación matrimonial. Nótese, en este punto, que aunque el art. 12 LGSS alude no solo a la convivencia, sino también a la vida a expensas del autónomo («a su cargo»)⁴⁶, esta referencia se formula para declarar la no laboralidad del trabajo familiar, no como condicionante para su inclusión en el RETA. De hecho, el art. 305 LGSS nada dice a este respecto. Por tanto, esta previsión legal debe ponerse en conexión con la exigencia de habitualidad, en el bien entendido que la dependencia económica del autónomo titular determinará la exclusión del ámbito laboral, pero no necesariamente la inclusión en el RETA. Si el cónyuge colabora ocasionalmente en la comercial y a cambio el titular del negocio le «sostiene» económicamente, la situación quedará fuera de la protección social específica —no se integrará ni en el RETA ni en ningún otro régimen de pro-

⁴⁵ Consciente de ello, la disposición adicional vigésimo sexta de la LGSS prevé: «En aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado el alta en la Seguridad Social en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al objeto de que por esta se lleven a cabo las actuaciones que procedan. Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los periodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento para causar las prestaciones de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo».

⁴⁶ Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que la redacción del precepto de la LGSS procede de la originaria redacción del art. 7.2.º de la LGSS de 1974 (texto refundido aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo), reformada en su día por la disposición adicional decimocuarta del RDL 7/1989, de 29 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria.

tección social contributiva—, sin perjuicio de que si este lleva a cabo una actividad productiva fuera del contexto familiar quede, por ella, protegido socialmente.

Por el contrario, si la colaboración tiene carácter habitual determinará la inclusión en el RETA, medie o no vida «a expensas»⁴⁷. Es más, en realidad, cuando la participación del cónyuge acontezca en ese régimen de habitualidad la situación resultará difícilmente conciliable con la idea de dependencia económica (de que el empresario «mantenga» al cónyuge). No en vano, el cónyuge colaborador del autónomo habrá de obtener ciertos ingresos como consecuencia de su colaboración. En efecto, el cónyuge titular puede abonar al colaborador un estipendio, un salario, cuyo importe se convertirá incluso en gasto deducible (huelga decir que no le resulte de aplicación la normativa sobre salario mínimo interprofesional), y que, como tal, neutralizará la vida a expensas que referencia la norma para la exclusión de la laboralidad⁴⁸. Pero es que, aun en el caso de que el colaborador no obtenga una contraprestación económica específica y diferenciada por su participación en la actividad productiva, habrá que entender que su sostenimiento económico a cargo de los ingresos del negocio en el que colabora es, cuando menos, una forma de compensar dicha colaboración —sin perjuicio de que pueda en su caso recibir alguna gratificación económica adicional⁴⁹—, con lo que tampoco vivirá a expensas del titular de la explotación familiar⁵⁰.

En este punto, nuevamente, puede resultar determinante el régimen económico matrimonial. En el bien entendido que en el régimen de ganancias será más habitual la inexistencia de una «compensación económica»

⁴⁷ Una crítica a esta referencia a la vida a expensas en J. M. GARCÍA BLANCA, «Reconocimiento de prestación por desempleo a cónyuge trabajador: trabajo asalariado o connivencia», *Aranzadi Social*, núm. 8 (2009) (soporte informático), que considera que responde a un planteamiento paternalista de las relaciones familiares.

⁴⁸ Sobre el particular, *vid.* M.^a de los R. MARTÍNEZ BARROSO, «El trabajo familiar y su incidencia en la Seguridad Social», *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2008, p. 31.

⁴⁹ Alguna resolución judicial ha insistido en que la normativa reguladora del colaborador del autónomo no exige que este perciba una nómina o salario en el sentido estricto del término (SJ Badajoz núm. 2, de 9 de febrero de 2021, procedimiento núm. 806/2019, a propósito de la colaboración de un hijo en el negocio familiar).

⁵⁰ Téngase en cuenta que se ha admitido, a efectos fiscales, que en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas se aplique a la cuota la deducción por maternidad, razonando que el requisito de realizar una actividad por cuenta propia o ajena incluye el alta en el RETA como familiar colaborador aunque no se obtengan ingresos propios por dicha actividad [STSJ La Rioja (Sala Contencioso-Administrativo) 29/2011, de 26 de enero de 2011, y TSJ Castilla y León, Valladolid, 2261/2014, de 7 de noviembre de 2014].

específica y diferenciada al cónyuge colaborador, sin que ello suponga, en modo alguno, una vida a expensas, pues en este régimen cabrá presumir que la colaboración habitual de uno de ellos en el negocio del otro le proporciona independencia económica, al contribuir al fondo común, aunque solo sea porque son bienes gananciales, según dispone el art. 1.347.1.º CC, los «obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges». En la otra cara de la moneda, la cotización a la Seguridad Social de ambos (del titular y del colaborador) resultará también del fondo común conyugal, pues, según dispone el art. 1362.4.º, serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por la «explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge». Lo contrario sucederá si el matrimonio se rige por la separación de bienes, pues en tal caso lo lógico será que cada cónyuge disponga de su patrimonio individualizadamente (con su propia cuenta bancaria) y que la actividad del colaborador sea compensada específica y separadamente por el titular del negocio, engrosando en su caso los beneficios del negocio en exclusiva el patrimonio del titular.

Por tanto, la colaboración *habitual* del cónyuge en el negocio familiar determinará su necesaria integración en el RETA⁵¹ —a salvo de los casos probados de ajenidad y dependencia que determinen la integración en el Régimen General—, medie o no compensación económica diferenciada.

2. Cotización del cónyuge colaborador/a al RETA y prestaciones. Repercusión de las reglas de cotización en la brecha de género

La integración en el RETA del colaborador habitual a la que se acaba de hacer referencia parece, por tanto, obligatoria. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el legislador no imputa al titular del negocio la obligación directa de llevar a cabo dicha incorporación y la consiguiente cotización, con lo que parece que la responsabilidad incumbe al propio cónyuge colaborador (aunque la cotización vaya de cuenta del patrimonio matrimonial)⁵². No obstante, esta es una verdad relativa, pues la norma

⁵¹ Salvo que la integración proceda en otro régimen especial por cuenta propia, por ejemplo, en el de trabajadores del mar (art. 306 LGSS).

⁵² En efecto, de la aplicación de las reglas generales de cotización del RETA —que no incluye ninguna precisión para este caso— se deduce que será la persona colaboradora la responsable de cuanto atañe a su cotización, siéndole igualmente aplicable la obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas, probablemente también la invitación al pago de

sí prevé una responsabilidad subsidiaria del titular. En efecto, el trabajador por cuenta propia en sentido estricto es el responsable subsidiario «de las cuotas adeudadas por los familiares que colaboran en el negocio» (art. 43.1, párrafo segundo, del Reglamento de Cotización)⁵³, aunque con derecho a repetir en su caso frente al obligado principal, en este supuesto el cónyuge colaborador/a. Por tanto, la persona colaboradora será la responsable directa de su cotización al RETA —lo será el titular si la prestación se enmarca en una relación laboral—, pero si las obligaciones no se cubren debidamente se podrá reclamar la deuda al cónyuge titular del negocio, lo que resulta plenamente coherente con la realidad innegable de que será este quien, en términos generales, organice la actividad productiva del autónomo colaborador y se ocupe de las gestiones económicas del negocio (probablemente también las directamente relacionadas con la cotización propia y ajena).

Es más, en caso de ruptura matrimonial el titular del negocio puede resultar responsable directo de las cuotas si se prueba que el otro cónyuge prestó servicios en el negocio sin ser dado de alta debidamente (DA 26.^a LGSS)⁵⁴. Con ello, el legislador ha querido esquivar las consecuencias que

las mismas. Sobre la obligación general de abono de las cuotas, *vid.* M.^a J. CERVILLA GARZÓN, «El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas del RETA», *Temas Laborales*, núm. 116 (2012), pp. 269-284.

⁵³ Según dispone el señalado precepto del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social: «En el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos son sujetos de la obligación de cotizar las personas que, en razón de su actividad, se encuentran obligatoriamente incluidas en su campo de aplicación. Los sujetos de la obligación de cotizar son también responsables de su cumplimiento como obligados directos respecto de sí mismos, siendo responsables subsidiarios del pago las personas determinadas en los arts. 2.1 de la Ley 18/2007, de 4 de julio, y 3.a) del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, con respecto a sus familiares incluidos, respectivamente, en los arts. 2.3 y 3.b) de la Ley y el Decreto antes señalados, así como las compañías a que se refiere el art. 3.c) del citado Decreto con respecto a sus socios y sin perjuicio, en ambos casos, del derecho del responsable subsidiario a repetir contra el principal obligado al pago». Téngase en cuenta que la normativa del REA va mucho más allá que la del RETA, pues esta responsabilidad alcanza, incluso, al propietario de la explotación agrícola cuando cede la titularidad de la misma a un familiar para que preste servicios en ella como trabajador autónomo. *Vid.* en este sentido M.^a J. CERVILLA GARZÓN, «La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos», *Temas Laborales*, núm. 81 (2005), p. 259. También, STSJ Castilla-La Mancha de 1 de diciembre de 2016, Rec. 1340/16.

⁵⁴ En efecto, así resulta de la disposición adicional vigésima sexta de la LGSS, a cuyo tenor: «En aquellos supuestos en que quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio fami-

para uno de los cónyuges, frecuentemente la esposa, tiene el incumplimiento de la obligación de cursar la afiliación y el alta en el RETA, desde el razonable convencimiento de que con frecuencia, como ya adelantamos anteriormente, la realidad de la colaboración marital oculta solo sale a la luz tras la ruptura del vínculo conyugal que la sustenta.

En todo caso, cabe entender que el cónyuge colaborador/a es un autónomo particular (porque se le exime de las obligaciones fiscales propias del que inicia una actividad económica por cuenta propia), pero autónomo al fin y al cabo⁵⁵, por lo que también le serán aplicables las reglas generales de determinación de la cuota de cotización. No se olvide, en tal sentido, que la normativa no concreta en ningún momento el importe de la cotización del cónyuge colaborador/a ni exige que esta se lleve a cabo sobre la misma base de cotización del cónyuge titular, por lo que regirá para ellos también el principio de elección de la base de cotización en función de su edad (arts. 310 LGSS y 43 del Reglamento General de Cotización)⁵⁶.

liar sin que se hubiese cursado el alta en la Seguridad Social en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social al objeto de que por esta se lleven a cabo las actuaciones que procedan. Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los periodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento para causar las prestaciones de Seguridad Social. *El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo».*

⁵⁵ Vid., en este sentido, la STSJ Extremadura (Sala Contencioso-Administrativo) de 12 de diciembre de 2011, Rec. 1282/09, a propósito de la regulación autonómica del taxi y de la consideración de los colaboradores familiares del titular de la licencia: «Lo que no pretende el Estatuto es equiparar a los familiares colaboradores con los asalariados [...] muy al contrario, lo que hace la norma de 2007 es equiparar al colaborador con el mismo autónomo, de tal forma, cabría concluir, que si con anterioridad a dicha norma, el familiar no quedaba asimilado ni a uno ni a otro, salvo que se acreditase la condición de asalariado, tras el Estatuto, la asimilación lo es con el propio titular de la licencia».

⁵⁶ Téngase en cuenta, en cuanto a la cotización en el RETA, que los trabajadores que, a partir del 1 de enero de 2022, este día inclusive, sean menores de cuarenta y siete años podrán elegir entre los límites de las bases mínima y máxima. Igual elección podrán efectuar los trabajadores que en esa fecha tengan una edad de cuarenta y siete años y su base de cotización en el mes de diciembre de 2021 haya sido igual o superior a 2.077,80 euros/mes o causen alta en este Régimen Especial con posterioridad a esta fecha. Los trabajadores que a partir de 1 de enero de 2022, este día inclusive, tengan cuarenta y siete años de edad, si su base de cotización fuera inferior a 2.077,80 euros/mes, no podrán elegir una base de cuantía superior a 2.113,20 euros/mes, salvo que hubieran ejercitado su opción en tal sentido antes del 30 de junio de 2022, produciendo efectos a partir del 1 de julio del mismo año, en cuyo caso no existirá dicha limitación. En el caso del cónyuge superáste del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de este, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con cuarenta y siete años de edad, no existirá dicha limitación. Trabajadores que tengan cuarenta y siete años, si su base de cotización fuera menor de 2.077,80 euros/mes y no ejercitasen opción alguna, las bases de cotiza-

Probablemente en este contexto, aún más si cabe que en el general del colectivo de autónomos⁵⁷, la cotización elegida —sin perjuicio de las restricciones de edad— será mayoritariamente por la base mínima⁵⁸. Ello básicamente por dos motivos. El primero, porque tradicionalmente esta colaboración se percibe como alguno secundario o de segundo nivel, complementario de la actividad relevante o principal, que es la del autónomo titular, y en consonancia se acompaña de cotizaciones mínimas (especialmente cuando se trata de la colaboración femenina). El segundo, y más evidente, porque el propio legislador fomenta esa cotización a mínimos, toda vez que las medidas promocionales de integración en el RETA así lo prevén. En efecto, la legislación diseña rebajas de cotización para el cónyuge que se incorpora *ex novo* al sistema, pero dichas ayudas se construyen sobre cotizaciones mínimas. En concreto, según lo establecido en el art. 35 ETA, tendrán derecho a una bonificación durante los veinticuatro meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50 por 100 durante los primeros dieciocho meses y al 25 por 100 durante los seis meses siguientes de la cuota que resulte de aplicar sobre la *base mínima* el

ción estará comprendida entre las cuantías de 960,60 euros/mes. Los trabajadores que a partir de 1 de enero de 2022, este día inclusive, tengan cumplida la edad de cuarenta y ocho o más años, la base de cotización estará comprendida entre las cuantías de 1.035,90 y 2.113,20 euros/mes. En el caso del cónyuge supérstite del titular del negocio que, como consecuencia del fallecimiento de este, haya tenido que ponerse al frente del mismo y darse de alta en este Régimen Especial con cuarenta y cinco o más años de edad, la elección de bases estará comprendida entre las cuantías de 960,60 y 2.113,20 euros/mes. Si la última base de cotización acreditada hubiera sido superior a 2.077,80 euros/mes, se habrá de cotizar por una base comprendida entre 960,60 euros/mes y el importe de aquella, con el tope de la base máxima de cotización. Nótese que el establecimiento de limitaciones de cotización en el RETA en función de la edad es un clásico. *Vid.* C. DE CELIS MARTÍNEZ, «Límites a la cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos: la base de cotización del trabajador con cincuenta o más años de edad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16 (2008), y M. PLANAS GÓMEZ, «Características especiales de afiliación y cotización del régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos», *Tribuna Social*, núm. 26 (1993), pp. 89-90.

⁵⁷ Con carácter general, la mayoría de los autónomos cotizan por bases muy bajas (el 64,4 por 100 de los autónomos cotizan por la base mínima y solo el 1,4 por 100 lo hace por la máxima). En general, sobre la problemática de la cotización a este régimen especial, B. del M. LÓPEZ INSUA, «Relación de afiliación y cotización», en J. L. MONEREO PÉREZ y F. VILA TIerno (coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2017, pp. 479-500.

⁵⁸ Téngase en cuenta que cotizan por la base mínima, del total de 155.105 colaboradores, 71.896 hombres y 83.209 mujeres, y por la base entre la mínima y 1,5 de la mínima 6.930 hombres y 17.069 mujeres (estadísticas del Ministerio publicadas periódicamente en *mites.gob.es*).

tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial, o Sistema Especial en su caso⁵⁹, de trabajo por cuenta propia que corresponda⁶⁰.

Huelga decir que el propósito del legislador es sacar a la luz la actividad colaborativa del cónyuge y garantizar su acceso a la protección social. Pero, como podrá imaginar el lector, la referencia a la aplicación de la bonificación sobre la base mínima se traduce, con frecuencia, no solo en la elección de dicha base en los primeros años de integración al sistema en los que se aplica la bonificación, sino, también, su mantenimiento en los posteriores. Esta realidad hace que la cotización del cónyuge del autónomo, ya hemos dicho que mayoritariamente mujeres, sea en términos globales baja, con lo que las prestaciones subsiguientes adolecerán de esa misma condición cuantitativa, alimentando con ello la brecha de género prestacional⁶¹. Ciertamente, si las pensiones de los trabajadores autónomos son, en términos globales, de bajo importe como traducción necesaria de una opción personal por una cotización que no se corresponde siempre con los ingresos de la actividad productiva⁶², en el caso de las personas familiares

⁵⁹ La bonificación general del RETA tiene alguna concreción de interés respecto de quienes dentro de este régimen especial se encuentran integrados en el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios, siempre que no superen los cincuenta años de edad. En estos casos, si el autónomo está dado de alta como titular de la explotación agraria en el señalado sistema e integra a su cónyuge (o pareja de hecho) —también si el cónyuge/pareja se constituye en titular de la misma en régimen de titularidad compartida—, se le aplicará sobre la cotización por contingencias comunes de cobertura obligatoria una reducción equivalente al 30 por 100 de la cuota que resulte de aplicar a la base mínima de cotización que corresponda el tipo del 18,75 por 100. Esta rebaja tiene una extensión temporal de cinco años computados desde la fecha de efectos de la obligación de cotizar, no pudiendo, lógicamente, compatibilizarse con la bonificación general del RETA antes señalada.

⁶⁰ Admitiendo su aplicación a colaboradores de autónomos en negocios constituidos con forma de sociedad, *vid.* SSJCA Gijón (Asturias) núm. 1, de 30 de abril, Rec. 83/2019, y de 29 de enero, Rec. 15/19; SJCA Castilla y León (León) núm. 3, de 18 de febrero, Rec. 32/2019, y JCA Murcia, núm. 1, de 29 de enero, Rec. 29/2018.

⁶¹ Ninguna singularidad se formula en este sentido en la LGSS cuando en su art. 314 advierte: «La acción protectora de este régimen especial será la establecida en el art. 42, con excepción de la protección por desempleo y las prestaciones no contributivas. Las prestaciones y beneficios se reconocerán en los términos y condiciones que se determinan en el presente título y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo. En todo caso, para el reconocimiento y abono de las prestaciones, los trabajadores incluidos en este régimen especial han de cumplir el requisito de estar al corriente en el pago de las cotizaciones previsto en el art. 47».

⁶² Según las estadísticas de la Seguridad Social, la diferencia que presentan las bases medias de varones y mujeres en este mes de marzo de 2021 en el régimen general es menor entre los cotizantes más jóvenes y va creciendo a medida que aumenta la edad de los traba-

colaboradoras del autónomo —mayoritariamente mujeres— la precariedad prestacional probablemente sea aún mayor⁶³.

Es cierto que para estrechar la brecha prestacional de género se han venido adoptando múltiples medidas en los últimos años, siendo de particular interés el llamado complemento de maternidad (o por aportación demográfica al sistema de Seguridad Social), ahora «sustituido» por el complemento para la reducción de la brecha de género introducido en la LGSS por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, a fin de «reconducir» a la legalidad aquel instrumento creado en el año 2015 y declarado contrario al Derecho de la Unión Europea en 2019 (STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18)⁶⁴.

Este instrumento, igualmente aplicable al RETA, incrementará, por lo general, la pensión de la progenitora mujer —en el contexto que aquí interesa, normalmente, la pensión de la esposa colaboradora— si ha tenido

jadores hasta alcanzar los 651 euros menos en las bases de las mujeres mayores de sesenta y cuatro años [*BASES+MEDIAS+PF+MARZO+2021.pdf (seg-social.es)*]. No se disponen de estos datos respecto del RETA.

⁶³ Según los propios datos de la Seguridad Social, el importe medio de una pensión de jubilación en el régimen general en agosto de 2021 asciende a 1.337,71 euros mensuales, mientras que la misma pensión en el RETA rebaja su importe medio casi a la mitad (794,19 euros mensuales). Algo similar acontece con la pensión de incapacidad permanente, de media 1.013,94 euros en el régimen general y 756,25 euros en el RETA. Pero si atendemos al importe de las pensiones por sexo la diferencia es aún mayor. Así, el importe medio de la pensión de jubilación de un varón en el régimen general es de 1.499,46 euros mensuales, en el RETA de 888,95 euros mensuales, mientras que el importe medio de una pensión de jubilación de una mujer en el régimen general es de 1.067,13 euros mensuales y en el RETA de 660,79 euros mensuales. Es cierto que las diferencias probablemente vayan reduciéndose en los próximos tiempos como consecuencia de las medidas que el legislador ha ido imponiendo en la cotización de los trabajadores del RETA según sus tramos de edad y también por el impacto de otras medidas para rebajar la brecha prestacional. Los datos señalados se corresponden con las pensiones vigentes a fecha 1 de agosto de 2021. Pero es que si además añadimos a estos datos los que resultan del porcentaje de pensiones que requieren complemento a mínimos el resultado es aún más preocupante, pues del total de pensiones del sistema, el porcentaje de pensiones de jubilación complementadas a mínimos en el régimen general asciende al 19,44 por 100, mientras que en el RETA este porcentaje se eleva hasta el 31,73. La desagregación por sexo de estos complementos resulta aún más reveladora. Así, del total de 866.306 pensiones de jubilación complementadas a mínimos en el régimen general, 376.331 lo fueron de varones y 489.972 de mujeres, mientras que en el RETA del total de 417.637 pensiones de jubilación complementadas a mínimos, 206.159 lo fueron de varones y 211.467 de mujeres, dato que debe ponerse en relación con el mayor porcentaje de autónomos varones señalado en su momento. Datos obtenidos de *202108_Avance+mensual.pdf (seg-social.es)* y *REG202108.pdf (seg-social.es)*.

⁶⁴ Un interesantísimo repaso a todo este entramado normativo puede encontrarse en J. VIVERO SERRANO, *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.

algún hijo, en tanto que este complemento, que solo puede lucrar uno de los dos progenitores, se configura ahora como un derecho de titularidad preferente de la mujer y claramente residual del varón⁶⁵. De todos modos, quizá la solución haya de venir, en este contexto y en general en el RETA, de la mano, por fin, de la cotización por ingresos reales⁶⁶.

Por último, conviene reseñar aquí que aunque, como se ha dicho, en general la persona colaboradora tiene los mismos derechos prestacionales que el titular del negocio, algunas prestaciones presentan ciertas singularidades, en concreto, estamos pensando en la atribuida por cese de actividad, que ahora se integra de forma obligatoria en el sistema (art. 327 LGSS) —con las salvedades propias del sistema especial agrario (art. 328.2 LGSS)—. Según dispone el art. 332.1 LGSS, se encontrarán en situación legal de cese de actividad todos aquellos trabajadores autónomos que cesen en el ejercicio de su actividad por alguna de las causas siguientes: *a)* por la concurrencia de motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos determinantes de la inviabilidad de proseguir la actividad económica o profesional⁶⁷; *b)* por fuerza mayor, determinante del cese temporal o definitivo de la actividad económica o profesional; *c)* por pérdida de la licencia administrativa, siempre que la misma constituya un requisito para el ejercicio de la actividad económica o profesional y no venga motivada por la comisión de infracciones penales; *d)* la violencia de género determinante del cese temporal o definitivo de la

⁶⁵ Sobre el particular, *vid.* B. ALONSO-OLEA GARCÍA, «Maternidad y trabajo autónomo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 144 (2019), pp. 179-196.

⁶⁶ Téngase en cuenta que, ya desde hace mucho tiempo, se viene insistiendo en la conveniencia de que los autónomos coticen por sus ingresos reales. En este sentido, *vid.* A. CUBAS MORALES, «Por un nuevo Régimen de Seguridad Social para los trabajadores autónomos: cuatro bases y una cuestión de principios», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 20 (1995), p. 164; A. J. PIÑEYRO DE LA FUENTE, «La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de “desajustes”», *Relaciones Laborales*, núm. 7-8 (2000), p. 213, y T. SALA FRANCO y A. BLASCO PELLICER, «La nueva regulación del RETA», *Actualidad Laboral*, núm. 8 (2004), p. 927, entre otros muchos.

⁶⁷ Se entenderá que existen motivos económicos, técnicos, productivos u organizativos cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1) pérdidas derivadas del desarrollo de la actividad en un año completo superiores al 10 por 100 de los ingresos obtenidos en el mismo periodo, excluido el primer año de inicio de la actividad; 2) ejecuciones judiciales o administrativas tendentes al cobro de las deudas reconocidas por los órganos ejecutivos que comporten al menos el 30 por 100 de los ingresos del ejercicio económico inmediatamente anterior; 3) la declaración judicial de concurso que impida continuar con la actividad en los términos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (referencia que habrá que entender hecha hoy al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal).

actividad de la trabajadora autónoma; e) por divorcio o separación matrimonial, mediante resolución judicial, en los supuestos en que el autónomo ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su excónyuge o de la persona de la que se ha separado, en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social⁶⁸.

Desde luego, la última situación legal es específica del contexto que nos ocupa y viene a suponer la aceptación de que la supervivencia de la actividad colaborativa, y, por consiguiente, de la cotización, depende, prácticamente por entero, del mantenimiento de la relación afectiva, por lo que la ruptura matrimonial supondrá, en términos generales, el cese del aseguramiento social. En lógica coherencia con ello, si la ruptura de la relación pone efectivamente fin a la prestación de servicios como colaborador, el excónyuge podrá acceder a la ayuda social por cese de actividad⁶⁹ (amén en su caso de las posibles compensatorias civiles), pues la situación en la que le sitúa la separación o el divorcio es equivalente a la que resulta de la decisión empresarial de despido en el contexto asalariado.

Por lo demás, el resto de causas legales de cese de actividad, obviamente, requieren de una lectura acorde con la singular posición del cónyuge colaborador. Así, por ejemplo, podrá lucrar la prestación si el titular se ve obligado a cerrar el negocio por pérdidas económicas determinantes⁷⁰, si fallece sin que el colaborador continúe la explotación del negocio o si este se jubila, si bien en este último caso solo si la jubilación es total, no así, por

⁶⁸ Esta misma causa se reproduce en el art. 336 LGSS respecto de los trabajadores autónomos que ejercen su actividad profesional conjuntamente.

⁶⁹ De hecho, el Real Decreto 1541/2011, de 31 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, que formula las causas justificativas del cese de actividad, hace referencia expresa en su art. 8 a la acreditación de la situación legal de cese de actividad por divorcio o acuerdo de separación matrimonial, disponiendo: «A los efectos de acreditar la situación legal por cese de actividad por divorcio o acuerdo de separación matrimonial del art. 5.1.e) de la Ley 32/2010, de 5 de agosto, se entiende por trabajador autónomo que ejerce funciones de ayuda familiar a aquel que no continúe realizando su actividad en el negocio como consecuencia del divorcio o acuerdo de separación familiar. En estos supuestos, el solicitante deberá aportar la resolución judicial o acuerdo que corresponda, así como documentación correspondiente en la que se constate la pérdida de ejercicio de las funciones de ayuda familiar directa en el negocio que venían realizándose con anterioridad a la ruptura o separación matrimoniales». En este caso «de cese de actividad como consecuencia del cese por el trabajador autónomo de las funciones de ayuda familiar por separación matrimonial o divorcio a que se refiere el art. 5.1.e), el hecho causante debe producirse en el plazo de seis meses inmediatamente siguientes a la resolución judicial o acuerdo que establezca dicha separación o divorcio».

⁷⁰ STSJ Cataluña de 27 de enero de 2017, Rec. 6762/16.

ejemplo, en el caso de la modalidad de jubilación activa, pues en tal caso persiste la actividad⁷¹.

Por último, conviene recordar aquí que en caso de accidente o enfermedad profesional padecida por el cónyuge colaborador su prestación no podrá quedar mejorada mediante un recargo de prestaciones, aunque la contingencia se haya producido por la ausencia de medios preventivos adecuados. No en vano, en su condición de persona autónoma (aunque dependiente en la mayoría de los aspectos del titular), el colaborador es el responsable de su propia prevención de riesgos, sin que resulte factible, por ende, obtener el reconocimiento de un recargo de prestaciones a cargo del cónyuge titular⁷². De otro lado, tampoco parece viable que la persona colaboradora pueda acceder a la jubilación activa con compatibilidad al 100 por 100 de la pensión (*ex art.* 214.2 LGSS), pues difícilmente cubrirá la exigencia legal de tener al menos un trabajador por cuenta ajena a su cargo, que en su caso estará a cargo del titular⁷³. Ni que pueda

⁷¹ STSJ Comunidad Valenciana de 18 de enero de 2018, Rec. 3888/2016.

⁷² A ello se sumaba antes la falta de obligación de cotización por contingencias profesionales, lo que, teniendo en cuenta que las obligaciones preventivas en este ámbito recaen sobre el propio autónomo, generaba una doble desprotección. Sobre este punto, *vid.* M. M. RODRÍGUEZ EGÍO, *La protección de la seguridad y la salud en el trabajo autónomo común desde la vertiente preventiva*, tesis doctoral, Murcia, Universidad de Murcia, 2017, p. 471.

⁷³ Nótese que, recientemente, el TS ha descartado en las SSTs de 21 de julio de 2021, Recs. 2956/19 y 4416/19, y de 23 de julio de 2021, Recs. 1515/20, 1459/20 y 1702/20, la posibilidad de que los autónomos societarios compatibilicen el 100 por 100 de la pensión de jubilación con la actividad productiva en el RETA al cobijo de la contratación de asalariados por parte de la sociedad. No en vano, la compatibilidad plena de la pensión de jubilación activa con el trabajo exige dos requisitos, conforme al tenor literal del art. 214.2, párrafo 2.º, LGSS: realizar la actividad por cuenta propia y tener contratado, al menos, a un trabajador por cuenta ajena. Respecto del primero de ellos conviene recordar que tanto el art. 305 LGSS como el art. 1 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo diferencian entre los trabajadores autónomos y los autónomos societarios, que se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de la norma y en el RETA. La diferencia entre el autónomo societario y el que ejerce su actividad actuando como persona física, denominado «autónomo clásico», afecta a su responsabilidad patrimonial. Estos últimos responden de sus deudas, incluidas las salariales con los trabajadores contratados y las cotizaciones a la Seguridad Social, con todos sus bienes presentes y futuros, asumiendo personalmente el riesgo y ventura de la actividad empresarial. Los primeros no, y la prolongación de la vida activa supone asumir un riesgo empresarial personal que justifica que, si tiene contratado al menos a un trabajador, disfrute de una compatibilidad plena de la pensión de jubilación y de sus ingresos como autónomo. Por el contrario, el consejero o administrador de una sociedad mercantil se beneficia de la limitación de la responsabilidad societaria, que en principio no afecta a su patrimonio personal, sin que él suscriba contrato alguno con ningún trabajador (en todo caso, lo suscribe representando a la empresa) ni responda de las deudas salariales ni de las cotizaciones a la Seguridad Social derivadas del alta en la Seguridad Social del trabajador contratado por la mercantil. En coherencia con ello, solo resulta posible la compatibilidad plena entre

disfrutar de la compatibilidad entre la prestación por el desempleo derivado de un trabajo asalariado previo con el alta en el RETA como colaborador (*ex art. 33 ETA*), que exige el efectivo inicio de una *actividad empresarial* por cuenta propia⁷⁴.

IV. LA COLABORACIÓN MARITAL DE LA PAREJA DE HECHO EN EL NEGOCIO FAMILIAR

1. Consecuencias de Seguridad Social de la inaplicación de la presunción de no laboralidad

Ya hemos dicho que el art. 1.3.e) ET diseña una presunción de no laboralidad que alcanza exclusivamente a los familiares hasta segundo grado y al cónyuge, quedando fuera de su alcance tanto los parientes más lejanos como las personas unidas por una relación de afectividad análoga al matrimonio. También señalamos ya que esta exclusión, que obliga a

pensión e ingresos si se desarrolla una actividad por cuenta propia actuando como persona física y no a través de una sociedad mercantil. En el caso que nos ocupa, aunque el colaborador sea también persona física, lo normal será que el titular de las relaciones laborales sea el autónomo titular, no él, y no debe olvidarse que la finalidad de la reforma operada por la Ley 6/2017 ha sido la de favorecer la conservación del nivel de empleo, lo que en principio solo sucederá si quien se jubila es el autónomo titular, no el colaborador.

⁷⁴ Como se sabe, como regla general se establece la incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y el trabajo por cuenta propia, y como excepción existe la posibilidad de compatibilizar la percepción de la prestación o del subsidio por desempleo pendiente de percibir con el trabajo por cuenta propia cuando así lo establezca algún programa de fomento al empleo destinado a colectivos con mayor dificultad de inserción, en cuyo caso el SEPE puede abonar al trabajador el importe mensual de la prestación en la cuantía y duración que se determinen sin incluir la cotización a la Seguridad Social. En aplicación de ello, los beneficiarios de la prestación por desempleo de nivel contributivo que se constituyan como trabajadores por cuenta propia pueden compatibilizar la percepción mensual de la prestación que les corresponda con el trabajo autónomo por un máximo de doscientos setenta días, o por el tiempo inferior pendiente de percibir, siempre que se solicite al SEPE en el plazo de quince días a contar desde la fecha de inicio de la actividad por cuenta propia, sin perjuicio de que el derecho a la compatibilidad de la prestación surta efecto desde la fecha de inicio de tal actividad. Pues bien, se ha entendido que los autónomos colaboradores en la actividad económica de la que es titular otra persona, en este caso el cónyuge, están excluidos de la posibilidad de compatibilizar la percepción de las prestaciones por desempleo con el inicio de una actividad por cuenta propia previsto en el art. 33 del Estatuto del Trabajador Autónomo, porque esta regla tiene como finalidad favorecer el autoempleo, ayudando al profesional al inicio de su actividad, que es el periodo en que los ingresos suelen ser más reducidos; por tanto, constituye un requisito esencial para su concesión que se inicie una actividad empresarial propia [STSJ Santa Cruz de Tenerife (Canarias) núm. 921/2019, de 24 de septiembre de 2019].

aplicar en primer término (sin perjuicio de su posible prueba en contrario) la presunción de laboralidad de la prestación, resulta poco coherente con el hecho incuestionable de que la convivencia marital produce similares efectos en cuanto a la unidad económico-familiar que el matrimonio ceremonial, en el bien entendido que la contribución que la pareja de hecho pueda hacer con su colaboración a la buena marcha de la empresa familiar tendrá el mismo valor fáctico que la que pueda desarrollar el cónyuge. Y no cabe prescindir del hecho de que la presunción de no laboralidad del art. 1.3.e) ET no es más que un recordatorio de que entre familiares próximos convivientes la prestación de servicios no se efectúa con carácter general en régimen de dependencia y ajenidad⁷⁵, y una convivencia duradera entre el autónomo titular del negocio y su pareja, especialmente cuando existen hijos comunes, desvirtuará igualmente las notas de laboralidad expuestas.

De todos modos, la decisión legal antes indicada, acompañada de la jurisprudencia que descarta una interpretación analógica del art. 1.3.e) ET que equipare la convivencia duradera a la relación conyugal⁷⁶, conlleva, como también se dijo, la entrada del art. 1.1 ET⁷⁷, con la consiguiente aplicación de la presunción de laboralidad. Pero esta entrada, lejos de favorecer la situación del conviviente por tratarlo como un asalariado más, en el fondo le sitúa en una posición de absoluta inseguridad jurídica. No en vano se presume laboral la relación, pero, como cualquier otra presunción *iuris tantum*, se permite la prueba de que no concurren las notas de dependencia y/o ajenidad que la caracterizan, y dicha prueba de no laboralidad puede resultar relativamente sencilla, toda vez que, al igual que sucede con el matrimonio, la explotación del negocio por el propietario y/o

⁷⁵ Así se expone expresamente, por ejemplo, en la STSJ Cantabria de 27 de diciembre de 1999, Rec. 538/98.

⁷⁶ El propio Tribunal es consciente de «la posibilidad de existencia en estos casos de fraude, que a falta de normas específicas que lo permitan, en determinados casos para este tipo de pretensiones debía estarse a los arts. 6.4 y 7.2 CC, que proscriben el fraude pero no lo presumen».

⁷⁷ Aunque no puedan aplicarse las reglas del art. 1.3.e) ET por analogía legal, sí puede acudir a la «analogía *iuris*» (así se hizo en la STS de 27 de marzo de 2001, Rec. 919/96), porque el supuesto de hecho se presenta como un «régimen de sociedad irregular, con patrimonio común de aportaciones y ganancias y voluntad pública de los convivientes que, de buena fe, hacen comunes los bienes y ganancias adquiridos» (J. ORCARAY REVIRIEGO, «Convivencia “*more uxorio*”...», *op. cit.*). Cuesta pensar que en estas condiciones acontezca una transmisión de los resultados de la actividad al conviviente en condición de titular del negocio, como ocurre en el trabajo asalariado, y no pareciendo suficiente para presumir esta transmisión la mera ausencia de vínculo matrimonial debidamente formalizado, pues este elemento bien puede quedar relegado a un segundo plano concurriendo las circunstancias expuestas.

por el conviviente engrosará el fondo común familiar⁷⁸. Solo escaparán, y relativamente, de esta realidad las unidades de convivencia con patrimonios cartesianamente separados, en las que la colaboración del conviviente al negocio familiar se compense, clara y diferenciadamente, ingresando esa contraprestación en el patrimonio del colaborador y los beneficios del negocio exclusivamente en el del conviviente titular.

Pero fuera de este particular supuesto, quien pueda estar interesado en la prueba de no laboralidad de la prestación no lo tendrá especialmente complicado⁷⁹. Y ya dijimos también que este interés no es ajeno, sobre todo, al SPEE, que en más de una ocasión deniega el derecho a desempleo a la finalización del contrato sobre la base de que nunca concurrieron las notas propias del trabajo asalariado, pese a que se admitiese la cotización al régimen general. Es cierto que si se aprecia errónea integración en el régimen general, el titular del negocio familiar podrá solicitar la devolución de lo indebidamente ingresado, pero convendría paralelamente prever un sistema que permitiese el ingreso inmediato y retroactivo de esas mismas cotizaciones en el RETA, a fin de garantizar la tutela prestacional del conviviente colaborador que, sin mediar mala fe⁸⁰, fue indebidamente integrado en el régimen general (precisamente, por el juego de la presunción legal de laboralidad)⁸¹. Mecanismo de transvase de cotizaciones

⁷⁸ Recuérdese que, como advertimos en el segundo apartado de este trabajo, los miembros de esa unidad, aunque la ley les niegue la condición de familiares, contribuirán al sostenimiento económico y afectivo de la familia en igual medida que lo pueden y deben hacer los cónyuges. Por tanto, en este tipo de prestación falta normalmente al menos una de las notas características del trabajo asalariado: la ajenidad o cesión a un tercero de los frutos o resultados de la actividad, y frecuentemente también se nota la ausencia de la dependencia. Ciertamente, no existe entre los convivientes una sociedad de gananciales como la entiende el Derecho civil, pero sí hay una *affectio societatis* entre ellos de la que nace una unidad «familiar» y que tiene innegables efectos patrimoniales, necesariamente equiparables a la sociedad matrimonial. En otras palabras, cuando el conviviente coadyuva en el negocio del otro se produce una explotación comunitaria del mismo a la que no puede negársele toda consecuencia. Sobre el particular, *vid.* G. RODRÍGUEZ INIESTA, «Exclusión del Régimen General por razón de parentesco. No es aplicable a quien simplemente ostenta la condición de pareja de hecho», *Aranzadi Social*, vol. I (1998), pp. 2531-2534, y E. GUERRERO VIZUETE, «Convivencia “*more uxorio*” y prestación por cese de actividad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9 (2012) (soporte informático).

⁷⁹ Es de la misma opinión J. ORCARAY REVIRIEGO, «Convivencia “*more uxorio*”...», *op. cit.*

⁸⁰ Nótese que el art. 26.1 LGSS prevé la devolución de lo ingresado por error, pero el apartado segundo aclara que: «No procederá la devolución de cuotas u otros recursos ingresados maliciosamente, sin perjuicio de la responsabilidad de todo orden a que hubiere lugar».

⁸¹ No son excepcionales los casos en los que, sobre todo el SPEE, alega la falta de ajenidad y/o dependencia en la prestación de servicios del conviviente para denegar la prestación por desempleo. En tal tesitura puede ocurrir incluso que si se prueba fraude o mali-

que no se prevé legalmente y que resulta difícil extraer de las instituciones existentes a día de hoy⁸², sin que tampoco valga aquí el juego del cómputo recíproco de cotizaciones, viable únicamente si efectivamente se produce una correcta y aceptada cotización a ambos regímenes (el general y el por cuenta propia) —inexistente en este caso, pues se niega validez a las ingresadas en el régimen general—, y además las prestaciones resultan equiparables (de común naturaleza), condición que no parece predicable, al menos en términos absolutos, de la prestación por desempleo del régimen general y por cese de actividad en el RETA (las situaciones legales generadoras de la prestación no resultan coincidentes y el régimen jurídico tampoco lo es por completo)⁸³.

A la luz de cuanto antecede, parece imprescindible que el legislador acometa cuanto antes la reforma del art. 1.3.e) ET haciendo extensiva la presunción de no laboralidad a esta otra forma de relación «familiar»⁸⁴, y,

cia en la cotización al régimen general (no presumible, obviamente: STSJ Asturias de 17 de marzo de 2020, Rec. 2793/2019), las cotizaciones efectuadas por el titular del negocio a favor del conviviente se pierdan y no redunden en prestación alguna (arts. 26.3 LGSS y 44.1 del Reglamento General de Recaudación).

⁸² Cabría en su caso, para salvar la situación, entender que resulta aplicable el art. 44.1 del Reglamento General de Recaudación —«El sujeto responsable del pago de cualquiera de los recursos que son objeto de gestión recaudatoria por la Tesorería General de la Seguridad Social, sea cual fuere el momento en que se hubiera realizado el ingreso y la causa que lo hubiera originado, *tendrá derecho a la devolución total o parcial del importe de los ingresos que por error hubiese realizado, salvo que en el momento de su realización fuese deudor a la Seguridad Social* o tuviese concedido un aplazamiento o moratoria; en este caso, el importe del ingreso erróneo se aplicará a la deuda pendiente de ingreso o de amortización»— en el sentido de entender que con la declaración de no laboralidad, si la prestación fue habitual, se acompaña la obligación retroactiva de alta en el RETA, imputándose a dicho régimen lo cotizado indebidamente por el conviviente al régimen general. Aunque es justo señalar que tal interpretación resulta demasiado forzada.

⁸³ Vid. art. 2 del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social, y el art. 35.5 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Así se ha mantenido, por ejemplo, para descartar el cómputo recíproco a efectos del acceso a la jubilación parcial, pues esta solo se prevé para los trabajadores por cuenta ajena —no para el RETA— (SSTS de 20 de enero de 2009, Rec. 4605/05; de 20 de mayo de 2009, Rec. 2860/08; de 31 de mayo de 2012, Rec. 104/11; de 11 de marzo de 2013, Rec. 1572/12; de 3 de febrero de 2014, Rec. 861/13, y de 15 de diciembre de 2014, Rec. 279/14).

⁸⁴ Pero si «la demandante, además de convivir con el demandado [...], figuraba como autorizada en una cuenta corriente de la que era titular el demandado, sobre la que disponía de tarjetas de crédito vinculadas a la misma con las que hizo gastos de distinta naturaleza [...] esa comunidad de vida, extendida también a la actividad común de hostelería que llevaban a cabo juntos, en modo alguno suponía la existencia de una ajenidad en la posición de la demandante ni una dependencia o incorporación al ámbito organizativo o direc-

a la par, la modificación de la fórmula legal de integración en el RETA de la colaboración familiar para acomodarla a la realidad vigente, y hacerlo de forma directa y clara, no con la extraña estrategia legislativa que ahora rige la incorporación del conviviente estable como colaborador autónomo. Una reforma que, como se verá a continuación, en realidad lleva anunciándose por el legislador desde el año 2015. De todos modos, mientras este momento de cambio legal llega, quizá la jurisprudencia debería optar, o bien por la aplicación analógica de las reglas del cónyuge al conviviente de hecho formalizado o bien por una interpretación particularmente estricta de pruebas de la no laboralidad (pruebas certeras e irrefutables), para evitar, al menos, que quien ha cotizado al régimen general de buena fe y en la creencia de que así debía hacerlo, obtenga luego las ventajas sociales de este régimen en lugar de la recalificación de su prestación de servicios y la devolución de las cotizaciones no prescritas.

2. Integración en el régimen general *versus* incorporación al RETA de los convivientes «estables»

En tanto no se produzca la deseable reforma legal a la que se acaba de aludir, la pregunta que necesariamente debemos hacernos es si resulta posible que un conviviente de hecho se dé de alta en el RETA como colaborador del conviviente titular del negocio. Para dar respuesta a este interrogante deben tenerse en cuenta varios datos. El primero, que en 2012 se formuló por primera vez de forma expresa la posibilidad de que la pareja de hecho del autónomo se inscribiese en la Seguridad Social como colaborador del titular del negocio (disposición adicional undécima de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral). Con ello se brindaba a estas parejas la posibilidad de

tivo del demandado [...]. Del mismo modo, se compadece mal con la nota de dependencia y subordinación [...] el hecho de que la demandante [...] se marchase durante nueve días de la localidad en la que se encontraba la cafetería en la que pretendidamente trabajaba para el demandado y este no adoptase ningún tipo de medida [...]. No había, por tanto, incorporación al círculo organizativo y rector del empresario. Por último [...] no cabe entender que los frutos del trabajo de la actora ingresaran en el patrimonio exclusivo del demandado, sino que existía al menos una cuenta de la que disponía la demandante para atender diversas atenciones de la unión y de la hija común, repartiéndose así de hecho los beneficios a favor de los elementos de esa vida común, y no del demandado como empresario» (STS de 11 de marzo de 2005, Rec. 2109/04). En este sentido, *vid.* E. LÓPEZ TERRADA, *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 46.

quedar socialmente protegidas cuando colaborasen de forma habitual en el negocio del autónomo, sin necesidad de formalizar una relación laboral que luego podía ser declarada inexistente con las consecuencias desfavorables ya vistas. Ahora bien, este reconocimiento se hizo por la puerta de atrás, pues no se modificó la LGSS para integrarles entre los sujetos incluidos en el RETA, sino que, simplemente, se equiparó al cónyuge a la pareja de hecho a la hora de lucrar bonificaciones de cotización⁸⁵. Lo que por cierto, de algún modo, era como reconocer que en este contexto familiar cabía la aplicación analógica de las reglas matrimoniales.

Esta norma fue derogada por la disposición derogatoria única, 4, de la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, de Fomento de Trabajo Autónomo, que al modificar el ETA en la regulación de las «bonificaciones por altas de familiares colaboradores de trabajadores autónomos» (art. 35) suprimió del precepto la referencia a las parejas de hecho. Aunque incorporando, en su artículo primero.doce, una modificación de la disposición adicional decimotercera del ETA para que dispusiese lo que sigue: «Las referencias al cónyuge del trabajador autónomo y del titular de la explotación agraria previstas en los arts. 35 y 37 de esta ley se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquel por una relación de afectividad análoga a la conyugal *una vez que se regule, en el ámbito del campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social y de los regímenes que conforman el mismo, el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del trabajador autónomo y del titular de la explotación agraria*»⁸⁶.

De la literalidad de la norma parecía deducirse la próxima reforma del sistema de encuadramiento en la Seguridad Social de las parejas de hecho en los anhelados términos propuestos en este trabajo, esto es, modificando el art. 305 LGSS para incluir expresamente en el RETA a las personas

⁸⁵ Ya entonces se exigía para permitir tal acceso que la pareja estuviese unida con análoga relación de afectividad a la conyugal, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, y acreditasen, «mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja». Sobre el particular, *vid.* F. J. FERNÁNDEZ ORRICO, «El encuadramiento de la pareja de hecho en la Seguridad Social como colaboradora del trabajador autónomo», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 11 (2013), pp. 131-154.

⁸⁶ Sobre esta y el resto de medidas incorporadas por esta norma *vid.* M. FARIAS BATLLE y F. M.^a FERRANDO GARCÍA (coords.), *Fomento del trabajo autónomo y de la economía social: especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015.

convivientes de hecho que colaboran de forma habitual en el negocio de su pareja [con el acompañamiento lógico de la revisión legal del art. 1.3.e) ET]. Sin embargo, esa congruente reforma no ha llegado por el momento, y todo lo que se ha obtenido del legislador es una vuelta a la situación del año 2012. Ciertamente, la Ley 6/2017, de 24 de octubre, mediante su disposición final décima.uno dio nueva redacción al señalado art. 35 ETA, previendo otra vez la posibilidad de acceso de las parejas de hecho a las bonificaciones sociales por integración en el RETA⁸⁷.

Dos son las críticas más importantes que deben hacerse a esta situación legal. La primera, que mantener esta entrada por la puerta de atrás (vía reconocimiento de la posibilidad de bonificaciones), sin afrontar la reforma de la legislación laboral [art. 1.3.e) ET] y del campo de aplicación del RETA [arts. 12 y 305.2.k) LGSS], continúa siendo tan incompresible como reprochable, pues siembra de inseguridad jurídica el régimen jurídico a que ha de someterse la prestación del conviviente en el negocio familiar. No se olvide, en tal sentido, que el mantenimiento de las reglas legales citadas conlleva la persistencia de la problemática expuesta en las páginas precedentes, esto es: que continúa rigiendo para el conviviente la presunción de laboralidad y de integración en el régimen general.

La segunda censura que merece esta extravagante técnica legislativa es que la portezuela trasera que se ha abierto es excesivamente estrecha y no permite una entrada razonable de los convivientes. Téngase en cuenta que la obtención de rebajas de cotización por el nuevo alta en el RETA del conviviente únicamente alcanza a los componentes de una pareja de hecho «constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y *con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años*»⁸⁸.

⁸⁷ En los dos años que tardó en producirse esta revisión las parejas de hecho quedaron en una situación legal más extraña aún que la precedente, pues 1) o el autónomo contrataba laboralmente a su pareja de hecho (con el riesgo de que tal contratación se declarase después contraria a derecho); 2) o el colaborador se daba directamente de alta como autónomo en sentido propio (con las dificultades correspondientes); 3) o la colaboración quedaba fuera de la protección social (también con los riesgos derivados de ello).

⁸⁸ La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Esta llamada a la inscripción en el registro específico hace necesario tomar en consideración la regulación autonómica de las parejas de hecho, a fin de saber en cada territorio qué requisitos deben observarse para la inscripción registral, posible hoy

ya en todas la Comunidades Autónomas, también en Ceuta y Melilla —Reglamento regulador del registro de parejas de hecho de la Ciudad Autónoma de Melilla de 28 de enero de 2008 (BOME, núm. 4474, de 1 de febrero de 2008) y Reglamento regulador del registro de uniones de hecho de Ceuta de 11 de septiembre de 1998 (BOCCE de 24 de septiembre de 1998)—. Así, habrán de tenerse en cuenta las siguientes normas legales: 1) Ley 2/2003, de 7 de mayo, de Parejas de Hecho del País Vasco (también Reglamento regulador del registro aprobado por Decreto 155/2017, de 16 de mayo); 2) Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid (la STC 81/2013, de 11 de abril, anuló determinados preceptos de esta norma, pero referidos a los pactos reguladores de las relaciones económicas y patrimoniales de la pareja de hecho); 3) Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía (registro, constitución y regulación por Decreto 35/2005, de 15 de febrero); 4) Ley 1/2005, de 16 de mayo, de Parejas de Hecho de Cantabria (registro regulado por Decreto 55/2006, de 18 de mayo, modificado por Decreto 44/2016, de 4 de agosto); 5) Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de Extremadura; 6) Ley 7/2008, de 3 de julio, de Parejas de Hecho de Murcia; 7) Ley 5/2003, de 6 de marzo, de Parejas de Hecho de Canarias (Reglamento del registro aprobado por Decreto 60/2004, de 19 de mayo, modificado por Decreto 28/2015); 8) disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, en la redacción dada por la Ley 10/2007, de 28 de junio (registro regulado por Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, modificado por Decreto 146/2014, de 13 de noviembre); 9) Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias; 10) Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas en Aragón (modificada por Ley 2/2004) (registro regulado por Decreto 203/1999); 11) Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares; 12) Ley 5/2012, de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana; 13) Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, que modifica y actualiza la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (téngase en cuenta que parte del articulado de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad Jurídica de Parejas Estables de Navarra, fue declarado inconstitucional por la STC 93/2013, de 23 de abril); 14) Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II, capítulo IV, título III, del Código Civil de Cataluña (la normativa se ha completado con el Decreto-ley 3/2015, de 6 de octubre, de modificación de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro II del Código Civil de Cataluña, relativa a la creación del Registro de Parejas Estables, siendo la Orden JUS/44/2017, de 28 de marzo, la norma por la que se aprueba el Reglamento del Registro de Parejas Estables de Cataluña). A ello habrá que sumar la regulación reglamentaria por la que han optado La Rioja, Castilla-la Mancha y Castilla y León, que solo disponen de normas reguladoras de la inscripción registral: 1) Decreto 30/2010, de 14 de mayo, por el que se crea el Registro de Parejas de Hecho de La Rioja; 2) Decreto 117/2002, de 24 de octubre, por el que se crea el Registro de Uniones de Hecho en Castilla y León y se regula su funcionamiento; 3) Decreto 124/2000, de 11 de julio, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Castilla-la Mancha. En general, una valoración de la regulación autonómica de las parejas de hecho la encontramos en J. L. ALONSO PÉREZ, *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea: análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Barcelona, Bosch, 2007; J. M.^a BIEDMA FERRER, «Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas», *Anuario de la Facultad de Derecho Alcalá de Henares*, núm. 4 (2011), pp. 199-222; M. PEREÑA VICENTE, «Las uniones de hecho en la legislación autonómica. Análisis comparativo desde la ley catalana a la ley andaluza», *Diario La Ley*, núm. 5835 (2003), pp. 1-20; P. C. DE LA ROSA YANES y D. A. TRUJILLO GIL, «Pensión compensatoria, pensión de viudedad y vivienda en las uniones de hecho», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 19 (2018), pp. 12-18, y A. AZNAR DOMINGO y D. A. TRUJILLO GIL, «Panorama legislativo de

La referencia a la formalización de la pareja (mediante registro o elevación a documento público) resulta plenamente razonable en tanto que proporciona una seguridad jurídica *ad extra* indispensable. Ahora bien, no puede decirse lo mismo de la exigencia de vida en común durante cinco años, en tanto que supone trancar la puerta de integración en el RETA en tanto no haya transcurrido ese dilatado tiempo de vida marital⁸⁹. Pudie-

las uniones de hecho en España», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 19 (2018). Nótese que la situación normativa descrita puede variar en no mucho tiempo si finalmente el legislador de Seguridad Social acomete la configuración de la pareja de hecho a efectos del sistema social que le encomienda la disposición adicional tercera de la Ley 21/2021.

⁸⁹ Recuérdese, respecto de la acreditación de esta convivencia, que ha venido sosteniendo que la prueba de la convivencia admite múltiples formas, pudiendo llevarse a efecto por cualquier medio de prueba que tenga fuerza suficiente para procurar convicción al respecto, particularmente si es documental (SSTS de 25 de mayo de 2010, Rec. 2969/09; de 9 de junio de 2010, Rec. 2975/09; de 26 de enero de 2011, Rec. 1556/10, y de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2797/12, en *obiter dicta*). Es cierto que la LGSS referencia expresamente como medio probatorio el certificado de empadronamiento (SSTS de 20 de mayo de 2014, Rec. 1738/13; de 22 de septiembre de 2014, Rec. 1958/12, y de 11 de mayo de 2016, Rec. 2585/14). Pero, según entiende la jurisprudencia, este no es un elemento «constitutivo» de la convivencia ni tampoco puede erigirse en el único medio probatorio de tal situación, debiendo darse cabida a cualesquiera medios de prueba admitidos en Derecho que acrediten la convivencia estable y notoria de la pareja. El certificado de empadronamiento «no refleja más que un hecho cambiante y aleatorio, como es la vecindad. Vecindad que, por mil motivos diferentes (por ejemplo, por muy justificadas razones de trabajo y más en un mercado laboral tan móvil como el actual), puede ser distinta para ambos integrantes de la pareja de hecho —o de un matrimonio— sin que ello signifique absolutamente nada respecto a la existencia del vínculo en cuestión» (SSTS de 25 de mayo de 2010, Rec. 2969/09; de 14 de junio de 2010, Rec. 2975/09, para supuesto de fallecimiento por enfermedad común anterior al matrimonio; de 24 de junio de 2010, Rec. 4271/09; de 6 de julio de 2010, Rec. 3411/09; de 20 de julio de 2010, Rec. 3715/09; de 14 de septiembre de 2010, Rec. 3805/09; de 20 de septiembre de 2010, Rec. 4314/09; de 12 de noviembre de 2010, Rec. 975/10; de 17 de noviembre de 2010, Rec. 911/10, para supuesto de fallecimiento por enfermedad común anterior al matrimonio; de 9 de diciembre de 2010, Rec. 3914/09; de 26 de enero de 2011, Rec. 1556/10, para supuesto de fallecimiento por enfermedad común anterior al matrimonio; de 15 de marzo de 2011, Rec. 15114/10; de 14 de abril de 2011, Rec. 710/10; de 14 de abril de 2011, Rec. 1846/10; de 22 de noviembre de 2011, Rec. 433/11; de 26 de diciembre de 2011, Rec. 245/11, y de 25 de noviembre de 2013, Rec. 2797/12). Un análisis de esta doctrina en J. C. GARCÍA QUINONES, «Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia en el supuesto de parejas de hecho (a propósito de la STS de 12 de noviembre de 2010)», *DL*, núm. 91 (2011). En realidad, el certificado de empadronamiento solo acredita la supuesta convivencia en el mismo domicilio, no que sea afectiva, ni siquiera que sea efectiva. Eso sí, por decisión del legislador se presenta como un medio probatorio privilegiado que sirve para fijar una presunción *iuris tantum* de convivencia. De este modo, si en él figuran los dos miembros de la pareja domiciliados en la misma vivienda, su presentación basta sin mayor requerimiento para dar prueba suficiente de la convivencia que la LGSS exige, pesando, en su caso, la carga de romper esta presunción sobre quien alegue su ausencia. *Vid.*, por ejemplo, STS de 9 de junio de 2010, Rec. 2975/09. Dicho de otro modo, el INSS (la TGSS en

ra pensarse que en tanto que este requerimiento temporal se incluye para el acceso a las bonificaciones, no impide la incorporación del colaborador al régimen especial desde el primer momento. Pero esta interpretación no resulta en modo alguno viable, pues la rebaja de cotización exige integración *ex novo*, inexistente si el colaborador se da de alta antes de esos cinco años. Luego si se produce *ante tempus* la incorporación al RETA se ciega el acceso a las bonificaciones sociales.

La situación normativa resultante no puede ser más estrambótica, pues la protección social del colaborador conviviente en modo alguno es uniforme. Así, en primer término, si se trata de una pareja de hecho estable (continuada durante al menos cinco años) y formalizada, se podrá optar entre formalizar un contrato de trabajo por inaplicación del art. 1.3.e) ET, pero con el riesgo de apreciación judicial posterior de ausencia de las notas de laboralidad, o, lo más apropiado, integrar al colaborador como autónomo en el RETA. En segundo lugar, las parejas de hecho estables no formalizadas ni las formalizadas aún no estables (es decir, con menos de cinco años de convivencia) no podrán integrarse como colaboradores del autónomo en el RETA. Por tanto, en ambos supuestos la única alternativa continuará siendo la formalización de una relación laboral y la consiguiente cotización al régimen general⁹⁰, con la esperanza puesta en que no se pruebe la ausencia de ajenidad y dependencia, pues en tal tesitura se negará el carácter asalariado de la actividad y con ello la procedencia de la integración en el régimen general⁹¹.

Pero es que, además, la norma no regla el tránsito de la supuesta laboralidad al RETA en el caso de las parejas formalizadas. En estos casos, parece que lo que procede es mantener al conviviente en el régimen general hasta que se cumple el plazo de los cinco años, momento en el que puede darse ya de alta como autónomo colaborador con la bonificación correspondiente. Desde luego una situación cuando menos extraña, pues

lo que al alta en el RETA se refiere) si pretende sostener que no concurre la convivencia alegada con sustento en un certificado de empadronamiento, habrá de ser la que apeche con la carga de probar que no concurre la convivencia que se deduce del certificado.

⁹⁰ En hipótesis podría el conviviente en estos casos darse de alta como autónomo en sentido propio y poder probar que realiza una actividad por cuenta propia en el negocio del otro conviviente, pero esta opción presenta un sinfín de dificultades legales, especialmente fiscales y tributarias.

⁹¹ Recuérdese que si se declara *a posteriori* no laboral la prestación procederá la devolución de las cotizaciones indebidamente ingresadas (de las de los últimos cuatro años *ex arts.* 26.3 LGSS y 44.3 del Reglamento General de Recaudación) o la pérdida de estas si se aprecia malicia o fraude.

puede suceder que al producirse el alta en el RETA persistiendo las condiciones en las que se venía prestando un servicio supuestamente laboral, emerja para la entidad gestora la duda de si efectivamente durante esos cinco años concurrían las notas de dependencia y ajenidad. Desafortunadamente con bastante frecuencia, ante tal ambigüedad legal, la opción será mantener la colaboración del conviviente al margen de la protección social esos primeros cinco años (sin contrato y sin alta en el RETA).

El error, probablemente, está en la traslación a este contexto de las reglas formuladas para el acceso a la pensión de viudedad. Se trata de dos entornos diversos, sin interconexión. En el caso de la pensión de viudedad puede tener sentido, una vez que se opta por no equiparar matrimonio y convivencia formalizada, exigir que la pareja acredite estabilidad y permanencia. Al fin y al cabo, se trata de la atribución de una prestación que bien puede ser vitalicia. Pero exigir este tipo de credenciales de estabilidad para darse de alta como colaborador del autónomo no guarda esa misma coherencia, pues la actividad colaborativa de la pareja puede producirse desde el primer momento en que esta se constituye e inicia una vida en común, y aplazar sus efectos durante cinco años no hace más que situarla en un extraño limbo jurídico —no puede darse de alta como autónomo familiar, y difícilmente podrá acreditar la ajenidad y la dependencia propia del trabajo asalariado si, como es normal, la convivencia marital conlleva una puesta en común de bienes, patrimonios e intereses—, que con mucha probabilidad termine al margen del sistema de protección social, lo que, teniendo nuevamente en cuenta la elevada carga femenina de la situación, contribuye a preservar la brecha de género prestacional.

En suma, la norma genera un sinfín de inseguridades y sitúa a los convivientes preestables (antes de los cinco años de convivencia) en un círculo vicioso innecesario, cuya sencilla solución pasa por admitir que la pareja de hecho pueda darse de alta como colaboradora del autónomo en cuanto se constituye formalmente como tal, pues desde ese momento, la vida en común adquiere legalidad y consecuencias jurídicas.

3. Y tras la ruptura de la relación de convivencia, ¿qué?

Dificultades para el acceso a la prestación por cese de actividad

Si lo expuesto en los apartados anteriores no hubiese bastado al lector para llegar al convencimiento del beneficio de la reforma legal por la que aquí se aboga, queda aún otro argumento de peso, atinente a la situación

en la que se sitúa el colaborador (en la mayoría de los casos la mujer) cuando se rompe el vínculo de convivencia *more uxorio*. En estos casos no hay posibilidad de mantener la condición de autónomo colaborador en tanto que la ruptura pone fin a la condición de pareja en la que se fundamenta la posibilidad legal, pero tampoco parece sencillo probar que si la actividad persiste esta pase a ser laboral, lo que puede dejar al colaborador en una situación harto compleja o de manifiesta desprotección⁹².

Cuando la relación a la que se pone fin gozaba del estatus matrimonial, ya dijimos que la solución viene de la mano del acceso a la prestación de cese de actividad *ex art. 332.1.e) LGSS*. Sin embargo, no se ha formulado similar previsión para el caso de ruptura de la relación de pareja estable, y desde luego no parece muy factible que la jurisprudencia apueste por la aplicación analógica del precepto a este otro contexto de ruptura, aunque solo sea porque para el matrimonio se exige resolución judicial expresa de la ruptura, impropia de la finalización de las relaciones de hecho⁹³. Sin que tampoco haya querido el legislador extender expresamente a los convivientes la regla de la disposición adicional vigésima sexta de la LGSS, referida, como se recordará, a los casos en los que tras la ruptura matrimonial se constata judicialmente el desempeño por uno de los cónyuges de trabajos a favor del negocio familiar sin cotización, previéndose en este caso que el juez competente para decidir sobre los términos de la ruptura matrimonial comunique de oficio esta circunstancia a la Inspección de Trabajo para que proceda en consonancia⁹⁴.

Con todo ello se deja en una situación de máximo desamparo al conviviente, pues no puede continuar colaborando en el negocio familiar como colaborador del autónomo, pero tampoco tiene mecanismo legal específico de acreditación del cese de actividad⁹⁵, salvo que la ruptura traiga

⁹² *Vid.* STSJ Castilla-La Mancha de 1 de diciembre de 2016, Rec. 1340/2016, en la que tras el divorcio se niega a la que había sido esposa colaboradora la condición de asalariada precisamente con base en que estuvo dada de alta como autónoma colaboradora.

⁹³ Téngase en cuenta que la Ley 21/2021 ha modificado la LGSS para admitir que la ruptura de la convivencia de hecho genere derecho a pensión de viudedad si se reconoce pensión compensatoria.

⁹⁴ Probablemente por la misma causa, esto es: la innecesaria presencia judicial en las rupturas de las parejas de hecho. Además, aunque todas las normas autonómicas contienen la obligación de los convivientes de cancelar la inscripción o dejar sin efecto el documento público cuando ha cesado la convivencia (incluso en Aragón se prohíbe constituirse nuevamente como pareja de hecho hasta que no han transcurrido seis meses desde la disolución de la anterior), lo cierto es que con frecuencia tal cancelación no tiene lugar, lo que dificulta la constatación formal de la efectiva finalización de la convivencia y su fecha.

⁹⁵ Como señala E. GUERRERO VIZUETE, «Convivencia *“more uxorio”* y prestación por

causa específica en violencia de género sobre la mujer (art. 7), porque si bien la norma no indica en este caso que dicha situación cuando se produce a manos del autónomo titular del negocio puede ser causa de cese de la actividad, tampoco se descarta necesariamente de la fórmula legalmente empleada⁹⁶.

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

De cuanto se ha expuesto resulta la triste realidad de que la figura del colaborador del autónomo, pese a su innegable contorno mayoritariamente femenino (o quizá precisamente por ello), ha estado tradicionalmente —y continúa hoy— en una extraña parcela de penumbra en nuestro sistema de protección social. Penumbra que resulta de dos factores fundamentales. El primero, derivado de la incomprensible ausencia de coherencia entre la realidad social y la legal respecto de las parejas de hecho, a las que no se ha querido equiparar al matrimonio a los efectos de su consideración como colaboradoras habituales en el negocio, pese a las previsiones europeas⁹⁷. En efecto, únicamente han obtenido un reconocimiento indirecto al entreabrirles las puertas de acceso a las bonificaciones de cotiza-

cese...», *op. cit.*: «La enmienda núm. 42 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado contemplaba la inclusión de la separación de hecho en el redactado de la Ley: “Por separación de hecho, divorcio o acuerdo de separación matrimonial mediante la correspondiente resolución judicial en los supuestos en los que el autónomo separado de hecho, separado o divorciado judicialmente ejerciera funciones de ayuda familiar en el negocio de su expareja en función de las cuales estaba incluido en el correspondiente régimen de la Seguridad Social y que dejan de ejercerse a causa de la ruptura o separación matrimoniales”. A través de esta redacción se pretendía evitar que las parejas de hecho viesen mermados sus derechos (*Boletín Oficial de la Cortes Generales* núm. 52, de 22 de junio de 2010)».

⁹⁶ «Las solicitudes de protección por cese de actividad en los casos de violencia de género de las trabajadoras autónomas incluirán la declaración escrita de la solicitante de haber cesado o interrumpido su actividad económica o profesional, y en este último caso la duración del cese temporal aunque sea estimada, e irán acompañadas de alguno de los siguientes documentos: auto de incoación de diligencias previas, auto acordando la adopción de medidas cautelares de protección a la víctima, auto acordando la prisión provisional del detenido, auto de apertura de juicio oral, la orden de protección o informe o escrito de acusación del Ministerio Fiscal, o sentencia judicial condenatoria».

⁹⁷ Téngase en cuenta que la propia Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo, incluye a las parejas de hecho en su ámbito de aplicación si tienen reconocimiento en la legislación nacional. Nótese también que esta Directiva insiste en la necesidad de que las colaboraciones familiares dispongan de protección específica de Seguridad Social.

ción al RETA (por nuevas altas), pero solo para el caso de que, además de formalizada legalmente, la pareja acredite cinco años de convivencia.

En efecto, esta realidad legal no puede resultar más extraña si se tiene en cuenta que las reglas generales de acceso al sistema —régimen general y RETA— persisten inalteradas, lo que arroja una ambigüedad intolerable: las parejas de hecho no quedan afectadas por la presunción de no laboralidad del art. 1.3.e) ET, luego se presume asalariada su contribución al negocio del autónomo, siendo por ello el régimen general de la Seguridad Social su aparente ubicación natural. Sin embargo, la prueba de no laboralidad y, por tanto, la declaración de indebida integración en el sistema resulta cada días más habitual y sencilla, lo que parece obligarlas a asomarse al régimen especial. No obstante, la opción para incorporarse al RETA está plagada de incógnitas e incoherencias, toda vez que como colaboradoras del autónomo titular las personas convivientes solo podrán integrarse tras cinco años de acreditada vida en común y previa formalización del vínculo de afectividad. Antes del cumplimiento de ese dilatado tiempo de vida en común (amén de las parejas no formalizadas), la entrada al régimen especial de autónomos solo es posible, en hipótesis, en la condición de autónomo en sentido estricto —no como colaborador—, con todas las dificultades y disfunciones que de ello se derivan, pues el negocio en el que se pretendan asumir esa condición es titularidad de otro autónomo.

El segundo factor que contribuye a ensombrecer el contexto de protección social de la persona colaboradora es que, sea esta cónyuge o conviviente, su actividad continúa concibiéndose como un complemento a la principal (la del autónomo titular), lo que deriva en cotizaciones por la base mínima (incentivadas por cierto por el propio legislador) que se traducen luego en pensiones de importe menor, lo que, si se tiene en cuenta la carga de género de esta figura, contribuye a acrecentar la ya de por sí amplia brecha prestacional. Brecha a la que tampoco ayuda el innegable hecho de que la cotización del cónyuge o pareja persiste únicamente mientras lo hace la relación afectiva, si esta se rompe la cotización cesa, dándose además la circunstancia de que el paso, en esta coyuntura, a la prestación de cese de actividad solo se diseña legalmente para los excónyuges, no así para las exparejas.

Por último, no cabe obviar el hecho de que la crisis económica en la que nos encontramos inmersos probablemente hará particular mella en las colaboradoras del autónomo, pues muchas ocuparán un lugar preferente en el listado de recortes posibles para reflotar negocios en una situación económica comprometida.

En suma, un panorama poco halagüeño que requiere de una urgente intervención legal, al menos para garantizar la irrenunciable coherencia que debe reinar entre la legislación laboral y la de Seguridad Social, cuya ausencia genera un sinfín de intolerables inseguridades jurídicas, siendo el botón de muestra las que se han relatado en las líneas precedentes.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO PÉREZ, J. L.: *El reconocimiento de las uniones no matrimoniales en la Unión Europea: análisis y sinopsis de las leyes autonómicas en vigor*, Barcelona, Bosch, 2007.
- ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Maternidad y trabajo autónomo», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 144 (2019), pp. 179-196.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: «El trabajo autónomo desde la perspectiva del trabajo informal y de la economía sumergida», en J. L. MONEREO PÉREZ y S. PERÁN QUESADA (dirs.), *Derecho social y trabajo informal. Implicaciones laborales, económicas y de Seguridad Social del fenómeno del trabajo informal y de la economía sumergida en España y Latinoamérica*, Granada, Comares, 2016, pp. 321-350.
- AZNAR DOMINGO, A., y TRUJILLO GIL, D. A.: «Panorama legislativo de las uniones de hecho en España», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 19 (2018), pp. 3-11.
- BAJÉN GARCÍA, A.: *La tutela y promoción del trabajo autónomo en el contexto de la crisis: análisis, perspectivas y propuestas de intervención*, tesis doctoral dirigida por M. González Labrada y R. Vallejo Dacosta, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 2016.
- BALLESTER PASTOR, I.: «El trabajo autónomo de los familiares colaboradores», en J. L. MONEREO PÉREZ y F. VILA TIerno (coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2017, pp. 53-80.
- BIEDMA FERRER, J. M.^a: «Uniones de hecho y principio de igualdad. Algunas cuestiones conflictivas», *Anuario de la Facultad de Derecho Alcalá de Henares*, núm. 4 (2011), pp. 199-222.
- BOTELLA GIMÉNEZ, A.: *La protección laboral de la familia*, 2.^a ed., Jaén, Universidad de Jaén, 1996.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «El Derecho del Trabajo y el empleo asalariado en los márgenes: de nuevo el emprendimiento y el autoempleo», *Revista Relaciones Laborales*, núm. 11 (2013), pp. 137-164.

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Medidas de apoyo al emprendedor vinculadas a la protección del desempleo», en J. LUJÁN ALCARAZ y F. M.^a FERRANDO GARCÍA (dirs.), *Trabajo autónomo y fomento del emprendimiento: mitos y realidades*, Albacete, Bomarzo, 2016, pp. 303-325.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a J.: «La financiación de los regímenes especiales de trabajadores autónomos», *Temas Laborales*, núm. 81 (2005), pp. 255-276.
- «El requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas del RETA», *Temas Laborales*, núm. 116 (2012), pp. 269-282.
- CUBAS MORALES, A.: «Por un nuevo Régimen de Seguridad Social para los trabajadores autónomos: cuatro bases y una cuestión de principios», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 20 (1995), pp. 147-182.
- CUETO IGLESIAS, B.: «El empleo autónomo de las mujeres en España», *Panorama social*, núm. 27 (2018), pp. 89-10,4 ejemplar monográfico dedicado a *Brechas de género*.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: *Uniones de hecho. Una visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- DE CELIS MARTÍNEZ, C.: «Límites a la cotización en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos: la base de cotización del trabajador con cincuenta o más años de edad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16 (2008).
- DE LA ROSA YANES, P. C., y TRUJILLO GIL, D. A.: «Pensión compensatoria, pensión de viudedad y vivienda en las uniones de hecho», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 19 (2018), pp. 12-18, ejemplar monográfico dedicado a *Las parejas de hecho en España*.
- ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, Madrid, Civitas, 1991.
- FARIAS BATLLE, M., y FERRANDO GARCÍA, F. M.^a (coords.): *Fomento del trabajo autónomo y de la economía social: especial referencia a las novedades introducidas por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2015.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J.: «El encuadramiento de la pareja de hecho en la Seguridad Social como colaboradora del trabajador autónomo», *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 5, núm. 11 (2013), pp. 131-154.
- GÁRATE CASTRO, J.: «Trabajos familiares. Algunas consideraciones jurisprudenciales para su estudio», *RPS*, núm. 132 (1981).
- GARCÍA BLANCA, J. M.: «Reconocimiento de prestación por desempleo a cónyuge trabajador: trabajo asalariado o connivencia», *Aranzadi Social*, vol. 2, núm. 2 (2009) (soporte informático), pp. 73-80.
- GARCÍA QUIÑONES, J. C.: «Pensión de viudedad y acreditación de la convivencia en el supuesto de parejas de hecho (a propósito de la STS de 12 de noviembre de 2010)», *DL*, núm. 91 (2011), pp. 143-160.

- GUERRERO VIZUETE E.: «Convivencia “*more uxorio*” y prestación por cese de actividad», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. 4, núm. 9 (2012) (soporte informático), pp. 177-194.
- LÓPEZ ANIORTE, M. C.: «El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo. De la eventual cuantificación económica de la “habitualidad” al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial», *Revista de Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, núm. 9 (2013), pp. 67-102.
- LÓPEZ INSUA, B. del M.: «Relación de afiliación y cotización», en J. L. MONEREO PÉREZ y F. VILA TIerno (coords.), *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo*, Granada, Comares, 2017, pp. 479-500.
- LÓPEZ TERRADA, E.: *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el régimen general de la Seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.^a de los R.: «El trabajo familiar y su incidencia en la Seguridad Social», *Revista electrónica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2008.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN P.: «Convivencia estable “*more uxorio*” y trabajo familiar: ¿es necesario un nuevo pronunciamiento para unificación de doctrina?», *Tribuna Social: Revista de seguridad social y laboral*, núm. 180 (2005), pp. 23-33.
- «Trabajo familiar», en J. GARCÍA MURCIA (dir.), *El trabajo autónomo y otras formas de trabajo no asalariado*, Pamplona, Aranzadi-Thomson Reuters, 2007, pp. 331-333.
- *Beneficiarios de la pensión de viudedad*, Pamplona, Aranzadi, 2020.
- ORCARAY REVIRIEGO, J.: «Convivencia “*more uxorio*”. A propósito de la STS de 24 de febrero 2000 que otorga el derecho a la prestación por desempleo a una trabajadora despedida por el empresario con el que convive», *Aranzadi Social*, núm. 7 (2002).
- PEREÑA VICENTE, M.: «Las uniones de hecho en la legislación autonómica. Análisis comparativo desde la ley catalana a la ley andaluza», *Diario La Ley*, núm. 5835 (2003), pp. 1-20.
- PIÑEYROA DE LA FUENTE, A. J.: «La protección social del trabajador autónomo: el trasplante del esquema previsto para el trabajador por cuenta ajena como posible origen de “desajustes”», *Relaciones Laborales*, núm. 1 (2000), pp. 568-610.
- PLANAS GÓMEZ, M.: «Características especiales de afiliación y cotización del régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos», *Tribuna Social*, núm. 26 (1993), pp. 89-90.
- RIBES MORENO, M.^a I.: «La necesaria reformulación del sistema de cotización de régimen de autónomos: una reflexión al hilo de las últimas novedades legislativas y perspectivas comparadas», en J. M. GÓMEZ MUÑOZ (dir.), *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Albacete, Bomarzo, 2019, pp. 475-516.

- RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «Hijos del empresario menores de treinta años y protección por desempleo», *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 7 (2016), pp. 639-654.
- RODRÍGUEZ EGÍO, M. M.: *La protección de la seguridad y la salud en el trabajo autónomo común desde la vertiente preventiva*, tesis doctoral, Murcia, Universidad de Murcia, 2017.
- RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Exclusión del Régimen General por razón de parentesco. No es aplicable a quien simplemente ostenta la condición de pareja de hecho», *Aranzadi Social*, vol. 1 (1998), pp. 2531-2535.
- RUIZ-RICO RUIZ, J. M., y CASADO CASADO, B.: «Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 80, núm. 685 (2004), pp. 2307-2378.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: «El ámbito subjetivo del trabajo familiar», *RPS*, núm. 57 (1963).
- SALA FRANCO, T., y BLASCO PELLICER, A.: «La nueva regulación del RETA», *Actualidad Laboral*, núm. 8 (2004), pp. 907-927.
- VIVERO SERRRANO, J.: *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Granada, Comares, 2021.