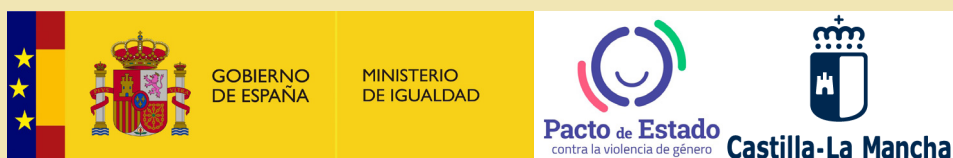


# La protección social de las empleadas de hogar

La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema Especial: análisis actual y de futuro



Concepción Sanz Sáez



Editorial  Bomarzo



# La protección social de las empleadas de hogar

La desaparición definitiva del Régimen  
Especial de la Seguridad Social y su  
integración en el Régimen General como  
Sistema Especial: análisis actual y de futuro



Concepción Sanz Sáez

Este libro se ha beneficiado de las AYUDAS PARA LA FINANCIACIÓN DE ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN DIRIGIDAS A GRUPOS DE LA UCLM (2017), Grupo de Investigación Derecho del Trabajo, Código GI20173937.

Primera edición: diciembre 2017

© Editorial Bomarzo S.L.  
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º  
02002 Albacete (España)  
editorialbomarzo@ono.com  
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-17310-01-1

D.L.: AB 606-2017

Diseño: Javier Hidalgo Romero.

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Imprime: Liberdigital

*A mi abuelo, mi padre y mi hermano,  
al primero por la experiencia que me aportó,  
al segundo por la complicidad que siempre tuvo conmigo  
y a mi hermano, que si bien tuvimos disputas y diferencias,  
los vínculos que nos unieron consiguieron ser más poderosos.*



# ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	11
CONSIDERACIONES GENERALES.....	15
CAPÍTULO I. EL FENÓMENO DE LA ESPECIALIZACIÓN DE REGÍMENES .....	19
1. El origen y evolución de los regímenes especiales en nuestro ordenamiento jurídico laboral .....	23
2. Consideraciones sobre la pluralidad de sistemas especiales de la Seguridad Social en el ámbito de nuestro modelo de relaciones laborales .....	25
3. La aparición de nuevos sistemas especiales como línea de tendencia .....	33
3.1. El camino marcado por el sistema especial para trabajadores de cuenta propia agrarios .....	35
3.2. El principio de unidad como eje vertebrador de los sistemas especiales .....	36
4. Las recomendaciones del Pacto de Toledo como punto de inflexión en la regulación jurídica actual.....	38
5. Acuerdo Social y Económico de 2 de febrero de 2011 y la revisión de contenidos .....	47
6. Proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y sus proyecciones de futuro .....	48
7. El procedimiento para la integración y sus dificultades en el contexto nacional .....	49
7.1. Los plazos de la integración como elemento decisivo .....	52
7.2. La aplicación de plazos en el caso de las empleadas fijas discontinuas del Régimen Especial de Empleados de Hogar.....	54
CAPÍTULO II. CAMPO DE APLICACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESPECIAL .....	57
1. Modalidades de trabajo doméstico en la regulación derogada .....	58
1.1. La barrera de las setenta y dos horas como límite de referencia .....	59
1.2. La consideración del trabajo marginal tras la reforma .....	66
2. La inclusión del trabajo con jornada marginal .....	66

3. Consideración especial de los actos de encuadramiento antes de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General .....	67
4. Consideración especial de los actos de encuadramiento tras la integración del REEH al sistema especial del régimen general .....	70
4.1. La situación particular de los empleados que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador tras la reforma operada por RDL 29/2012, de 28 de diciembre .....	71
5. La problemática de los actos de encuadramiento en el nuevo marco normativo .....	74
5.1. Trabajadoras a tiempo parcial y fijas discontinuas .....	75
5.2. Consideración de los tiempos de presencia en la nueva regulación .....	76
5.3. Las Prestaciones en especie y su incidencia en la base de cotización ....	77
5.3.1. El tiempo de pernocta y su tratamiento en la normativa vigente ....	77
5.3.2 La manutención y su tratamiento en la normativa vigente .....	83
6. Repercusión en la cotización en el caso del contrato a tiempo parcial .....	86
7. Trabajadoras en situación de pluriempleo .....	87
8. Alternativa en la norma: posibilidad de acogerse a un Convenio Especial .....	88
9. Cotización y recaudación en el nuevo régimen regulador .....	90
10. Sistema de tramos y ajuste a la situación real .....	91
11. La base de cotización en el trabajo “por horas” y su seguimiento por la Administración.....	95
12. Determinación de la base en el trabajo discontinuo en los supuestos de fecha cierta o incierta .....	102
12.1. Las bases en situación de pluriempleo dentro o fuera del sistema especial .....	106
13. La base y el tipo de cotización en relación con las contingencias protegidas .....	108
14. La extensión de la protección por contingencias profesionales .....	110
14.1. Exoneración por responsabilidad del empleador .....	114
15. Bonificación y reducción de cuotas con motivo de la integración en el sistema .....	117
15.1. Posible modificación sustancial de condiciones de trabajo ante la novación del contrato.....	121



15.2. La reducción de cuotas para familias numerosas .....	123
15.3. Otras bonificaciones comunes al Régimen General .....	127
16. El supuesto del trabajo no declarado .....	129

**CAPÍTULO III. LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU  
NUEVO RÉGIMEN DE COBERTURAS .....** 133

1. Peculiaridades de la acción protectora y sus efectos .....	134
1.1. Trabajo a tiempo parcial .....	136
1.1.1. Principio de igualdad y disposiciones de Derecho Comunitario....	139
1.1.2. Principios de primacía y de interpretación conforme .....	146
1.1.3. Análisis de la inconstitucionalidad del sistema con el que se calculan los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial .....	148
1.2. El subsidio de Incapacidad Temporal .....	151
1.2.1. Mejoras en la protección por incapacidad temporal: el punto de inflexión tras la reforma .....	152
1.2.2. El control de la IT como factor determinante en el seguimiento de la prestación .....	157
1.2.3. La cotización durante la IT y los factores de especialidad respecto del régimen ordinario .....	158
1.3. Las pensiones de Incapacidad Permanente y Jubilación.....	159
1.3.1. La cuestión de la integración de lagunas .....	160
1.3.1.1. Un nuevo supuesto de regulación transitoria.....	163
1.3.1.2. Algunos problemas no resueltos .....	165
1.3.1.3. Periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial .....	165
1.3.2. El fallo de la STSJ de Cantabria de 23 septiembre 2015 (rec. 485/2015) .....	167
1.3.3. Análisis del requisito de estar al corriente en el pago y efectos en caso de incumplimiento .....	171
1.4. La protección por maternidad en la relación laboral especial .....	172
1.4.1. Derechos asociados a la maternidad y el cuidado de hijos .....	176
1.4.2 El riesgo durante el embarazo y su reconocimiento en el sistema de tutela .....	177

1.5. Cambios legislativos en la prestación por jubilación: análisis crítico .....	178
1.5.1. La pensión por jubilación contributiva ordinaria .....	179
1.5.2. La jubilación parcial tras las reformas llevadas a cabo en las Leyes 40/2007, 27/2011 y el RDL 5/2013.....	183
1.5.3 Complemento a mínimos contemplados .....	185
1.6. Protección de seguridad social en los casos de violencia de género .....	186
1.7. La persistencia de carencias tras las últimas reformas.....	186
1.7.1. Ausencia de protección por desempleo.....	187
1.7.2. La exclusión normativa de la protección del FOGASA .....	189

## PRESENTACIÓN

Partiendo de la dificultad que conlleva la ausencia de definición de “Régimen Especial” en nuestro ordenamiento jurídico se adentra Concepción Sanz Sáez en un tema de enjundia jurídica como es la protección social de las empleadas de hogar. Así, desde las primeras líneas se puede atisbar por parte del lector que no resultará tarea fácil abordar con la necesaria solvencia que requiere tal empresa el tránsito desde la anterior cobertura de régimen especial al actual sistema especial dentro del régimen general de la seguridad social y, todo ello, dotando al nuevo marco regulador de una eficaz protección aplicable a las distintas modalidades de trabajo doméstico que son objeto de estudio a tales efectos.

En fin, resulta de todo punto evidente que la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar ha permanecido en su desarrollo tradicionalmente postergada en nuestro ordenamiento jurídico laboral y, por tanto, también en todo cuanto atañe al alcance y peculiaridades propias de cobertura y prestaciones de la seguridad social. Pues bien, el trabajo que ahora me complace presentar es, sin duda, un magnífico análisis del tema apuntado el cual, aquilatado por la madurez, responde a la concurrencia en Concepción Sanz Sáez de una especial sensibilidad por perfeccionar la realidad en la que indaga, un conocimiento preciso debido a la dedicación profesional de la autora en su condición de funcionaria de la seguridad social y, finalmente, un decidido compromiso desde su implicación académica como profesora de la Universidad de Castilla-La Mancha en el empeño constante por contribuir al mejoramiento del régimen regulador del colectivo de empleadas de hogar.

Es cierto y verdad que la itinerancia hacia un homogeneizador régimen general de la seguridad social no debe desatender las peculiaridades de cualquier índole que concurren en la previsión y aplicación de la especialidad atendiendo a los aspectos laborales, económicos, sociales, productivos o de cualesquier otro tipo. Por tanto, a pesar de tratarse de una reclamación que viene de décadas atrás, el esfuerzo por equiparar los derechos y prestaciones de los trabajadores no deja de estar trufado de importantes dificultades lo que, por ende, ha conducido al reconocimiento de diversos sistemas especiales del régimen general en nuestro marco normativo.

Ahora bien, la irrupción en escena de los sistemas especiales implica, como acertadamente nos recuerda Concepción Sanz, la necesidad de

dilucidar con carácter previo si éstos contribuyen realmente a la fragmentación o unificación del sistema y, a la par, a determinar en qué medida se justifica la aparición del sistema especial para empleados de hogar. Pues bien, a tal tarea dedica la autora el capítulo I en un desarrollo meticulosamente trazado en el que, partiendo de las recomendaciones del Pacto de Toledo y el Acuerdo Social y Económico del año 2011, se analiza con rigor y detalle, y atendiendo siempre a las peculiaridades concurrentes, el camino que ha desembocado en la aprobación definitiva del vigente sistema especial de empleados de hogar como parte integrante del régimen general de la Seguridad Social.

Con todo, es en el capítulo II del libro, dedicado al campo de aplicación del nuevo sistema especial, donde la autora despliega de manera más exhaustiva su profundo conocimiento sobre la materia objeto de estudio y, superando los múltiples escollos (tanto metodológicos como materiales), navega con destreza en las agitadas aguas de la casuística en la que frecuentemente se ve inmersa la prestación de servicios del colectivo de empleadas de hogar. En este sentido, resulta evidente que tan compleja tarea requiere, por lo demás, aunar el dominio del tema en perspectiva sistémica con la precisión y singularidad de las más que numerosas situaciones en todo cuanto atañe a la gestión de cobertura en general, y a la afiliación o cotización de la actividad en particular. En efecto, cuestiones como la jornada marginal, el trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo, los sistemas de tramos, el pluriempleo de trabajadoras, la determinación de las bases y tipos de cotización, la posibilidad de acogerse a un convenio especial o, en fin, el supuesto del trabajo no declarado, son algunos de los temas objeto de análisis en los que incisivamente se detiene la pluma de Concepción Sanz a la hora de acercarnos al proceloso campo de aplicación del sistema especial de empleadas de hogar. Por estas y otras razones, que seguidamente desgranaré, estamos ante un trabajo que contribuirá decididamente a enriquecer el debate doctrinal actual en una materia que, siempre es oportuno recordarlo, tras las recientes reformas legislativas está perentoriamente necesitada de reflexiones serias, miradas críticas y aportaciones rigurosas.

Finalmente, bien se podrá convenir que no debía faltar en esta obra un tercer capítulo dedicado a las prestaciones y su nuevo régimen de coberturas pues, obvio resulta advertirlo, de ser así, hubiera adolecido el trabajo de un elemento esencial en la configuración y tratamiento del régimen jurídico sometido a estudio. Por consiguiente no es cuestión menor abordar la acción protectora en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar con un innovador planteamien-

to taxonómico que, por otra parte, resulta poco frecuente en los trabajos conocidos hasta la fecha. Así, en el caso que nos ocupa, la obra proporciona al lector un enfoque guiado por la lograda pretensión de completud que facilita de manera directa, clara y organizada todo lo que es preciso conocer en cuanto corresponde a prestaciones del colectivo destinatario.

Del mismo modo, no escatima la autora esfuerzo alguno a la hora de aproximarnos al régimen regulador de las prestaciones tradicionalmente reconocidas de manera pacífica tanto en los pronunciamientos de nuestros tribunales como en las aportaciones doctrinales (casos del subsidio de incapacidad temporal, las pensiones de incapacidad permanente y jubilación o la protección por maternidad), al igual que en los casos de mayor controversia debido a los necesarios ajustes de tiempo de trabajo y bases de cotización (casos de la jubilación anticipada, la jubilación parcial y, en menor medida, la protección en los casos de violencia de género) o, por último, en aquellos otros supuestos en los que el sistema de protección carece de cobertura sobre determinadas contingencias (destacadamente los casos de protección por desempleo y exclusión de la protección del FOGASA).

En fin, por todos y cada uno de los motivos que se han mencionado en estas líneas, el libro que me satisface presentar, con seguridad, está llamado a ser referencia bibliográfica necesaria tanto en el orbe académico como en cualquier otro ámbito que interese o competa por razón de la materia a los profesionales del Derecho. Es, en definitiva, resultado depurado de una parte del texto defendido para la obtención del grado de Doctora en Derecho que, a la postre, Concepción Sanz Sáez obtuvo brillantemente con la máxima calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad y que, por lo demás, tuve la fortuna de acompañar y dirigir en sintonía con la entonces doctoranda. Todo ello, sin duda alguna, fruto de inquietudes académicas comunes, implicaciones profesionales convergentes, y compromisos sociales compartidos.

Almagro, 8 de diciembre de 2017.

**José Antonio Prieto Juárez.**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.*



## CONSIDERACIONES GENERALES

La delimitación del sector de empleadas de hogar parece, a primera vista, relativamente sencilla; sin embargo, al realizar un análisis más preciso, encontramos que es una de las categorías ocupacionales peor definidas y menos conocidas<sup>1</sup>, empezando por la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de una definición de su Régimen Especial<sup>2</sup>, pues si bien el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (en adelante LGSS) nos revela cuando se establecerán, incluso quienes estarán incluidos, en ningún momento los define<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta definición, se ha mantenido en su esencia, desde el Código de Trabajo de 1931 y la Ley de Contratos de Trabajo de 1944 prácticamente hasta la actualidad: “...al que presta mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género, o sin ello, y que sea contratado, no por un patrono sino por un amo de casa, que no persiga fin de lucro; para trabajar en una casa o morada particular al servicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio o fuera de él”. En la normativa vigente, lo que debe entenderse por actividad al servicio del hogar familiar es muy semejante, con una ampliación importante y que responde a la realidad en la que operan estas relaciones. Mientras que el texto anterior incluía el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, la norma actual se refiere de forma más amplia al cuidado de las personas “que forman parte del entorno doméstico o familiar”, que en una interpretación integradora del texto con el restante contenido de la norma lleva a pensar que no será necesaria que se conviva en el hogar familiar para prestar servicios o cuidados de atención personal. Por otra parte, incluye en el ámbito de exclusión de la nueva norma a supuestos regulados con posterioridad al año 1985 y que obviamente la norma anterior no pudo tomar en consideración, como son las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, las de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o entidades privadas, y las de los cuidadores no profesionales, en los dos últimos supuestos de acuerdo a lo regulado en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia.

<sup>2</sup> Puesto de manifiesto entre otros por, GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., DE LA PEÑA ROSINO, P. y TEJERINA ALONSO, J. I. La Estructura Actual de la Seguridad Social Española y su Reforma. *Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social*, 1981, pág. 16 y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: Campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, en VV.AA., *Derecho de la Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 136. ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*. Ed. Tecnos. 1992. pág. 79. Los Regímenes Especiales “sólo son posibles cuando obstáculos insalvables de carácter técnico (por más que derivados de causas genéricamente enumeradas: la naturaleza o peculiaridades del trabajo o de la índole de los procesos productivos en que tal trabajo se inserta) hagan inevitable, para una adecuada y eficaz protección, un tratamiento normativo y, consecuentemente, de gestión, financiación y prestaciones) diferenciado”.

<sup>3</sup> Apdo. 1, Art. 10, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre: “se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se

En éste sentido, no debemos olvidar al tratar el tema de nuestro estudio, que la tendencia a la homogeneización entre Regímenes a lo largo de estos años se ha manifestado en dos ámbitos distintos. Por un lado, mediante declaraciones de principios, acuerdos tripartitos, compromisos programáticos o mandatos legales. Y por otro, mediante la plasmación de estos principios en normas (leyes, reglamentos, órdenes ministeriales, etc.), por lo que ambos ámbitos se detallan en este estudio, pues pese a que en la actualidad el colectivo al que nos referimos pertenece a un Sistema Especial del Régimen General, durante muchos años fue un Régimen Especial de la Seguridad Social<sup>4</sup>.

Por otra parte, y antes de entrar en la materia a tratar, dada la importancia que entendemos tiene, procedemos a recordar aquí, que a pesar de admitir la normativa como empleados domésticos a “*todos... cualquiera que sea su sexo*”<sup>5</sup>, en la práctica se trata de un sector casi totalmente feminizado<sup>6</sup>, estando por tanto mucho más extendida esta actividad, entre las mujeres que entre los hombres<sup>7</sup>. Por esta razón,

*necesitase el establecimiento del citado Régimen para el adecuado funcionamiento de la aplicación de los beneficios de la Seguridad Social”.*

<sup>4</sup> VIDA SORIA, J. “Los Regímenes Especiales”. *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982. pág. 159, “*Por régimen especial se entiende algo más que peculiaridades técnico-administrativas, puesto que para éstas hay previsto otro procedimiento al que se denomina “sistemas especiales”.*”

<sup>5</sup> Artículo 2.1 del Decreto 2346/1969 de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico.

<sup>6</sup> En este estudio, entendemos por este término, cuando un área o sector económico del país está ocupado mayoritariamente por mujeres. Señala el CES al respecto que “*el mantenimiento de determinadas peculiaridades respecto de la protección que dispensan algunos regímenes especiales puede dar lugar a situaciones de discriminación indirecta, sobre todo cuando éstos encuadran a sectores de actividad fuertemente feminizados, o cuando las circunstancias en que se desarrolla la actividad de las mujeres encuadradas en ellos en la práctica modifican a la baja la intensidad de la protección que proporcionan*”., La protección social de las mujeres, col. Informes, CES (2000), Madrid, pág. 204. Recomendando la ponencia: “División Sexual del Trabajo y Políticas Públicas” de María Pazos Morán. Instituto De Estudios Fiscales, España. Empresas Sabias I Congreso Internacional por la Igualdad. Valencia, 10 de noviembre de 2008.

<sup>7</sup> La población activa que se declara estar empleada en hogares como personal doméstico alcanza la cifra de 735.700 personas, 80.200 hombres y 655.500 mujeres, según la EPA correspondiente al segundo trimestre de 2012. Fuente [www.ine.es](http://www.ine.es). (consultado el 8 septiembre 2012, éste será el año que tengamos de referencia por ser el momento de la integración de este REEH al SEEH).

Como se puede comprobar también en la afiliación media a la Seguridad Social en agosto 2012 que incluye los datos correspondientes al Régimen General Sistema Especial Empleados Hogar y Sistema Especial de Empleados de Hogar (a extinguir). Según la EPA, la proporción de mujeres es del 93%, para el 2º trimestre 2012 por lo que se demuestra que el sector está altamente feminizado, el 95% de la afiliación a la Seguridad Social del sector son mujeres y más de la mitad, 54%, son de nacionalidad extranjera,



se utiliza el femenino en el título de la obra, aunque recurriremos al masculino cuando hagamos mención a la normativa, por ser éste exclusivamente el que utiliza la misma.

En lo que a esto se refiere, se debe destacar que entre las personas excluidas del campo de aplicación de este Régimen Especial, se encuentran precisamente los chóferes de vehículos de turismo al servicio de particulares<sup>8</sup>, que tal como nos recuerda Ruano Albertos, quedan incluidos expresamente en el Régimen General a tenor del artículo 136.2.j) de la LGSS<sup>9</sup>, cuando se trata de una actividad típicamente masculina<sup>10</sup>, pero que dadas sus características, en nuestra opinión, podrían encajar perfectamente en el ámbito de los empleados de hogar<sup>11</sup>, intuimos que por esta causa es por lo que se les ha otorgado el calificativo de “régimen jurídico híbrido”<sup>12</sup> a “los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares”<sup>13</sup>.

principalmente de países extracomunitarios. En cuanto a los hombres, el 79% de ellos es de nacionalidad extranjera.

<sup>8</sup> Conductores de vehículos de motor, al servicio de particulares, jardinería y guardería, cuando dichas actividades no formen parte del conjunto de tareas domésticas.

<sup>9</sup> RUANO ALBERTOS, S., “Integración del régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar en el régimen general de la seguridad social”, *RGDTSS* (iustel), nº 29-30, 2012, pág. 11.

<sup>10</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, *AL*, nº 6, 2012, pág. 656.

<sup>11</sup> La sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de abril de 1992 (Ar. social ref. 2261) enumera una serie de actividades (tareas de jardinería, guardería, conducción de vehículos y análogos) que, a su juicio, no puede entenderse deban prestarse conjuntamente con las que normalmente se desempeñan en el hogar familiar. Como ha indicado LANDA ZAPIRAIN, J.P. “Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el derecho español de la seguridad social”, 1992. *REDT*, Civitas, núm. 55, pág. 688: “*la impresentable regulación que nuestro país ofrece a los empleados de hogar, que sin rubor cabría calificar más propiamente como Régimen especial de las empleadas de hogar, porque si algún empleado de hogar existe, y es característico que ese trabajo se cubra por un hombre, es en el caso de chóferes de turismo, de particulares, que el Régimen General reconoce, en cambio, expresamente incluido en su ámbito subjetivo de aplicación de la LGSS*”, señalando a continuación que cabe entender que respecto de las empleadas de hogar existen varias discriminaciones indirectas, como son la atribución de un valor inferior a su trabajo y por tanto menor salario respecto de otras actividades análogas y típicamente masculinas (chóferes, jardineros, porteros...) lo cual contraviene el artículo 119 del TCEE; otra discriminación deriva del menor valor que se atribuye a las mujeres sin cualificación, en el mercado laboral, que se encauzan en actividades domésticas como empleadas de hogar; a todo ello se suma una protección social devaluada, con base en el hecho de que será la familia patriarcal quien en la realidad cubra sus verdaderas necesidades.

<sup>12</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. “La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar”, *Documentación Laboral*, número monográfico, 1985, pág. 211.

<sup>13</sup> NÚÑEZ SAMPER, A. El servicio doméstico y los conductores de automóviles de turismo al servicio de particulares, *Cuadernos de Política Social*, número 13, 1952, pág. 70 y ss.

En nuestra opinión, algo que en la actualidad no parece muy acertado, es que en el nuevo Sistema Especial para Empleados del Hogar (en adelante SEEH) se continúe utilizando el género masculino para una profesión que, extraordinariamente, está ocupada por hombres. Sería interesante que se pudiera nombrar de forma genérica, como así lo hacen ya otros Regímenes (como el Especial de la Minería del Carbón, el del Mar, por Cuenta Propia o Autónomo...), por lo que podría pasar a denominarse, del Empleo del Hogar o del Trabajo Doméstico. Todo ello, porque la presencia de mujeres sigue siendo elevada, un 89% del total<sup>14</sup>.

Para terminar con éstas consideraciones generales, anticipar que el objetivo principal de este estudio ha sido analizar las características propias del trabajo doméstico, reparando brevemente sobre las peculiaridades de su regulación jurídica, previa a su inclusión en el SEEH, así como en el impacto de las políticas públicas que se han implementado en España sobre el tema, realizando un análisis comparativo de su realidad nacional e internacional.

En su estructura formal y como primer propósito, examinaremos aspectos concretos de la regulación en la seguridad social utilizados en el servicio doméstico en las diferentes etapas, así como consideraremos si están justificadas las peculiaridades de la regulación y el efecto que las normas han tenido sobre la realidad que trataban establecer.

A continuación, nos detendremos en las particularidades del encuadramiento en el nuevo sistema especial, donde revisaremos las diferencias existentes con las demás actividades laborales remuneradas, considerando las diversas políticas que se han llevado a cabo en España para mejorar las condiciones de trabajo del sector, incluyendo su nueva regularización, y cuáles han sido sus efectos, dejando planteadas algunas medidas que aún quedan por implementar para continuar con este proceso de mejora.

Y por último, nos centraremos en el régimen de las prestaciones, para destacar aquellos aspectos de su regulación que inciden y han de ser objeto de consideración expresa por sus especialidades en el nuevo régimen de coberturas, así como las permanentes carencias tras las últimas reformas, como su continua exclusión normativa de la protección del Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) o como en la actualidad sigue quedando pendiente de evaluación la protección por desempleo. Todo ello hace necesario reflexionar en torno a una posible equiparación con el marco típico o la necesidad de mantener ciertas especialidades normativas y el alcance de las mismas.

<sup>14</sup> [www.seg-social.es/file:///C:/Documents%20and%20Settings/User/Mis%20documentos/Downloads/doc312.pdf](http://www.seg-social.es/file:///C:/Documents%20and%20Settings/User/Mis%20documentos/Downloads/doc312.pdf) (consultado el 15/06/2017).

## EL FENÓMENO DE LA ESPECIALIZACIÓN DE RÉGIMENES

Partiendo de la lectura del artículo 9 de la LGSS se puede constatar la ausencia, en nuestro ordenamiento jurídico, de una definición de Régimen Especial<sup>15</sup>, por lo que debemos tomar referencia en las aportaciones doctrinales que se han realizado al respecto<sup>16</sup>.

Como sabemos, la desaparición del Régimen Especial de Empleados de Hogar (en adelante REEH), como la de todos los regímenes especiales, arranca de la convicción de que la existencia de dichos regímenes es una anomalía (una especie de “mal menor”) que debe ser superada<sup>17</sup>. Esta afirmación no es únicamente de origen doctrinal sino que es el propio legislador quien se pronuncia en el artículo 10.4 de la LGSS donde señala que los Regímenes Especiales se regularán “... *tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General, que permitan las disponibilidades financieras del sistema y las características de los distintos grupos afectados por dichos Regímenes*”. Observamos que esa doble restricción para conseguir lo que, a continuación, el artículo 10.5 de la LGSS denomina “...*la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de la Seguridad Social*”, refleja tácitamente los dos tipos de razones que lograron justificar la existencia de los re-

<sup>15</sup> Como ponen de manifiesto entre otros, GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., DE LA PEÑA ROSINO, P. y TEJERINA ALONSO, J. I.: *La Estructura Actual de la Seguridad Social Española y su Reforma*. op. cit., pág. 16 y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: Campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, en VV.AA., *Derecho de la Seguridad Social*. Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 136.

<sup>16</sup> MARTÍN VALVERDE, A.: Comentario al artículo 9 de la LGSS (Estructura del Sistema de Seguridad Social), en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, T. I., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. (Dirs.), Granada, Ed. Comares, 1999, pág. 38.

<sup>17</sup> ARENAS VIRUEZ, M., *Hacia la desaparición del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social*. Publicaciones CES-A. 2007, págs. 21-22.

gímenes especiales, razones que son de muy distinta naturaleza. La primera de ellas es de carácter visiblemente coyuntural, es decir que, en la medida en que los argumentos financieros que explicaron en un momento histórico dado la aparición de uno u otro régimen especial desaparezcan, no existirá razón alguna para su mantenimiento. La segunda razón, a diferencia de la primera, es de carácter estructural: las características de determinados grupos profesionales pueden permanecer indefinidamente e incluso justificar la pervivencia de alguno de los regímenes especiales.

A su vez, este mismo artículo 10, en su apartado primero dispone que: *“se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciera preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social”*. Por tanto, no todos los trabajadores van a pertenecer al mismo Régimen pues, como ya hemos indicado, junto al Régimen General, nos encontramos con una pluralidad de Regímenes Especiales que, como se deduce de este apartado del artículo 10 de la LGSS que acabamos de transcribir, se han establecido sólo en determinadas actividades profesionales que tienen ciertas especialidades y peculiaridades, ya sea por su *“naturaleza”*, por sus *“condiciones de tiempo y lugar”* o por *“la índole de sus procesos productivos”*.

En este sentido, distintos autores parten de la idea que el artículo 11 de la LGSS, sobre los sistemas especiales, es el punto de apoyo para la caracterización de los regímenes especiales y su diferenciación de los sistemas especiales. La mayor singularidad de los Regímenes Especiales, vinculados a determinados sectores que desarrollan una actividad profesional distinta, consiste precisamente en que *“Régimen Especial es aquél en el cual las prestaciones de los trabajadores incluidos en él son diferentes de las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social”*.

En conjunto, podríamos realizar una identificación general del fenómeno de especialización de Regímenes, dentro del Sistema de Seguridad Social, atendiendo a la identificación de un ámbito subjetivo de aplicación específico. Necesariamente cada Régimen Especial tiene que identificar su ámbito subjetivo, que se corresponde con sectores de la actividad económica que, en atención a sus particularidades en orden a su actividad, condiciones de trabajo o procesos de producción, demandarían un tratamiento diversificado de protección frente a los *“riesgos sociales”* y/o *“situaciones de necesidad”*. También tendríamos

que tener en cuenta la extensión y límites de la acción protectora, ya que el dato más señalado de la existencia de una regulación específica se ha centrado en la diferencia de cobertura, por lo que la diferencia básica entre unos y otros se hacía residir en el “plus” o en el “déficit” de protección que brindaba<sup>18</sup>.

Al respecto el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha confirmado en múltiples ocasiones la adecuación a la Constitución de las distintas regulaciones de las situaciones de necesidad en los distintos regímenes del sistema, en concreto se ha argumentado que la articulación del sistema en un Régimen general y en unos Regímenes especiales se justifica por las peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren, aún cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneización con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras (STC 184/2003, de 31 de mayo).

En fin, sobre el particular el TC precisa que del art. 41 de la Constitución Española (en adelante CE) se advierte que la función de la Seguridad Social es estatal, pasando a ocupar una posición decisiva la reparación de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales<sup>19</sup>. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987 de 21 de mayo).

Por otro lado, hay que subrayar el reforzamiento legal de la tendencia hacia la homogeneidad con el Régimen General, que se consagra y

<sup>18</sup> BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: “Igualdad de trato y Regímenes Especiales en la jurisprudencia constitucional”. *Temas Laborales*, núm. 68, 2003, págs. 92-103. Algunas de estas justificaciones son: la actividad profesional, la distinta naturaleza del empresario, las características especiales de los trabajadores por cuenta propia, las especiales relaciones con el mercado de trabajo, el menor esfuerzo contributivo, etc...

<sup>19</sup> Los arts. 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 y 27/1988), ni vulnera el principio de igualdad. (STC 77/1995, de 20 de mayo, FJ 4).

reitera en los apartados 3, 4 y 5 del art. 10 de la LGSS<sup>20</sup>, así como en algo incluso más relevante como la habilitación al Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para proceder a la integración en el Régimen General de cualquiera de los regímenes especiales correspondientes a los grupos que se relacionan en el apartado 2 del art. 10 LGSS, a excepción de los que han de regirse por leyes específicas (es decir, los de trabajadores del mar y los de funcionarios públicos, civiles y militares), siempre que ello sea posible atendiendo a las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del régimen especial de que se trate<sup>21</sup>.

Por ello, este mismo artículo de la LGSS señala que: *“podrá disponerse que la integración prevista en el párrafo anterior tenga lugar en otro régimen especial cuando así lo aconsejen las características de ambos regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad con el Régimen General”* (art. 10.5 LGSS). Sin embargo, existe cierta incoherencia con la previsión del art. 10.2.e) LGSS, que permite una creación prácticamente discrecional (para el entonces Ministerio de Trabajo e Inmigración, de nuevos regímenes especiales), al dejar el propio precepto abierta la posibilidad de crear nuevos Regímenes Especiales para otros grupos por vía simplemente reglamentaria, siendo esta la más utilizada para su creación.

En efecto, conforme al referido precepto, *“se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes: (...). E) Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración (sic), por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo”*. No olvidemos que la existencia de un régimen especial es en sí un elemento diferenciador respecto a técnicas de organización instrumental y de acción protectora. No obstante, a lo que se tiende, es a una situación de creciente homogeneidad e incluso equivalencia protectora<sup>22</sup>. Con

<sup>20</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C: Comentario al art. 10 de la LGSS (Regímenes Especiales), en VV.AA.: *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, t. I., MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M<sup>a</sup>.N. (Dir.), Granada, Ed. Comares, 1999, págs. 232-233.

<sup>21</sup> MONEREO PEREZ, J.L., “Proceso de convergencia e integración de los Regímenes de la Seguridad Social: Significación y aspectos críticos”. *Temas Laborales*, núm. 112/2011, págs. 91-132.

<sup>22</sup> SSTC 268/1993, de 20 de septiembre y 377/1993, de 20 de diciembre. En estas dos Sentencias se resuelve sobre la vulneración del artículo 14 de la CE al aplicar el artículo 31 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de Empleados de Hogar, en cuya virtud para otorgar las prestaciones por invalidez será

esta finalidad, además de promover esta equiparación entre Regímenes, se ha fomentado, la puesta en marcha de diferentes procesos de integración gradual o progresiva entre Regímenes<sup>23</sup>.

## 1. EL ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LOS RÉGIMENES ESPECIALES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL

El Documento base sobre la reforma de la seguridad social para la comisión tripartita del Acuerdo Económico y Social de 1984<sup>24</sup>, incidía en lo negativo de la existencia de regímenes especiales por su papel en el desequilibrio financiero del sistema en función de tres elementos: la menor contribución financiera de los colectivos integrados en ciertos regímenes, el incesante empeoramiento de la relación activos-pasivos, más desfavorable en la mayoría de los Regímenes Especiales que en el General, y por fin, la manifiesta inviabilidad de algunos Regímenes desde el punto de vista actual, al estar integrados por pocas personas.

El número de Regímenes Especiales comenzó a disminuir a partir de la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social<sup>25</sup>, que dispuso la integración de los regímenes de trabajadores

---

preciso tener acreditado un período mínimo de cotización de sesenta mensualidades durante los diez últimos años.

<sup>23</sup> A partir de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social, ya se empieza a observar una tendencia particular hacia la homogeneización de los regímenes especiales, en una clara línea de aproximación al Régimen General. En efecto, aunque referida al Régimen General, marcaba las pautas para las sucesivas reformas de la mayor parte de los regímenes especiales. Exportaba ciertos aspectos –sustantivos y transitorios- a algunos de ellos; lo que provocó la necesidad, también en esos regímenes especiales (representantes de comercio, trabajadores ferroviarios y artistas) de proceder a una refundición de los textos legislativos reguladores del correspondiente régimen de modo análogo a la refundición que se llevó a cabo de la Ley de Seguridad social en el TRLGSS 74, de 30 de mayo de 1974, que mantuvo básicamente la estructura y características de la anterior de 1966.

<sup>24</sup> El AES fue publicado en el BOE 10-10-1984. El Documento base sobre la reforma de la seguridad social para la comisión tripartita del Acuerdo Económico y Social, se publicó en la Colección Informes del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

<sup>25</sup> Las especialidades materiales de cada Régimen de la Seguridad Social, en la administración de cada uno de ellos, en su régimen financiero, en materia de afiliación y cotización y en las diversas prestaciones que integran la acción protectora, han sido destacadas por, entre otros, VIDA SORIA, J.: *Régimen General y Regímenes Especiales en el sistema de la Seguridad Social española*, CCDT, 1972, N° 3, págs. 58 y 59, ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., pág. 78 y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: "La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social". *TS* n°. 131. 2001, pág. 34

ferroviarios, artistas, toreros, representantes de comercio, escritores de libros y futbolistas, en el Régimen General o en otros especiales, facultando al gobierno para decidir el régimen al que se debían integrar. La exposición de motivos del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, que dispuso la integración, señalaba que ante la ausencia de directrices de la Ley, la integración se había basado en el criterio del art. 10.5 de la LGSS: similitud del régimen integrado y máxima homogeneidad con el Régimen General. Todos se integraron en el Régimen General, excepto el de escritores de libros, que pasó a integrarse en el de Autónomos.

La supresión de estos regímenes se ha declarado, por un lado, porque los regímenes integrados fueron los que habían sido creados por norma reglamentaria, y no estaban previstos en el listado del art. 10 de la LGSS<sup>26</sup>, con dos salvedades, el de representantes de comercio (con alguna novedad en 2015 a la que haremos mención posteriormente), que sí aparecía, y la continuidad como especial del régimen de la minería del carbón, no previsto en la LGSS<sup>27</sup>. Y por otro, el escaso número de personas que encuadraban, salvo en el caso del de los trabajadores ferroviarios<sup>28</sup>, hacía absurdo el mantenimiento de una organización diferenciada de la protección. Pero no olvidemos que la integración de unos regímenes en otros, mantuvo transitoriamente peculiaridades de encuadramiento, recaudación, cotización y prestaciones; previó una integración paulatina y un periodo transitorio, conservando temporalmente normas formalmente derogadas<sup>29</sup>.

---

y ss. En palabras de ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA, la trascendencia de la distinción entre el Régimen General y los Regímenes Especiales no es exclusivamente de carácter organizativo puesto que el hecho de que un sujeto protegido lo sea a través de su incorporación al ámbito subjetivo de protección de uno u otro puede tener importantes repercusiones tanto en los que se refiere a cuestiones procedimentales (afiliación, solicitud de prestaciones,...) como en cuestiones financieras (forma de cálculo, cuantía de las cotizaciones, recaudación...) y de prestaciones (número, entidad, cuantía...). En *Compendio de Seguridad Social*, op. cit. págs. 72 y ss.

<sup>26</sup> BLASCO LA HOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MONPERLER CARRASCO, M<sup>a</sup> A., *Curso básico de Seguridad Social*, 2<sup>a</sup> ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2008, pág. 97.

<sup>27</sup> Decreto 298/1973, de 8 de febrero, sobre la actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón, de acuerdo con la Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento del Régimen General de la Seguridad Social. Orden de 3 de abril de 1973, para la aplicación y desarrollo del Decreto 298/1973, de febrero, sobre actualización del Régimen Especial de la Seguridad Social para la Minería del Carbón.

<sup>28</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., pág. 378.

<sup>29</sup> BLASCO LA HOZ, J. F. y otros, *Curso de Seguridad Social*, op. cit. pág. 97.



Ahora bien, a raíz de la reforma racionalizadora impulsada por la conocida Ley 26/1985 de 31 de julio, sobre pensiones (Disposición Adicional 2ª)<sup>30</sup>, el proceso de simplificación e integración avanza significativamente, corrigiendo algunas de las desafortunadas regulaciones precedentes y procediendo a una obligada reordenación.

Como vemos, ha sido siempre permanente y ha constituido un mandato legal (art. 10 LGSS) la predisposición a la unidad que debe regir la Ordenación del Sistema de la Seguridad Social, siendo el objetivo actual el de que la estructura de dicho sistema quede articulado en dos únicos regímenes, uno que integre a los trabajadores por cuenta ajena y otro a los trabajadores por cuenta propia, situación compatible con la coexistencia de sistemas especiales, dentro del régimen correspondiente, cuando las características del colectivo lo hagan necesario. Dentro de ésta tendencia, la DA 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto<sup>31</sup> (en adelante LAAMSS) hace desaparecer el Régimen Especial de Empleados de Hogar, pasando dicho colectivo a integrarse en el Régimen General, como un sistema especial.

## **2. CONSIDERACIONES SOBRE LA PLURALIDAD DE SISTEMAS ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ÁMBITO DE NUESTRO MODELO DE RELACIONES LABORALES**

En la Ley de Bases de 1963 se resolvió que a las personas no encuadradas en los regímenes especiales se les aplicarían las normas del Régimen General, sin perjuicio del establecimiento de sistemas especiales en materia de encuadramiento, afiliación y cotización (Base 3ª 12)<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> “Disposición adicional segunda.-El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley, procederá a integrar en el Régimen General o en otros Especiales, los Regímenes de Trabajadores Ferroviarios, de Artistas, de Toreros, de Representantes de Comercio, de Escritores de Libros y Futbolistas, fijando las formas y condiciones de la respectiva integración”.

<sup>31</sup> Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (disposición adicional 39 y disposición transitoria única). (BOE de 2 de agosto de 2011).

<sup>32</sup> Los Sistemas Especiales no incorporan ninguna novedad en la Seguridad Social española, siendo incluso anteriores a la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, ya que el primer precedente se remonta al año 1945 del que data la Orden de 28 de diciembre de 1945, creadora del Sistema Especial de la Naranja, modificado después por las Órdenes de 18 de noviembre de 1959, de 12 de diciembre de 1960, de 1 de noviembre de 1962 y de 14 de octubre de 1963.

Dos años más tarde se instaura el Sistema Especial para la Industria Resinera por medio de la Orden de 4 de octubre de 1947, actualizada por la Orden de 17 de marzo de 1953 y por la Orden de 3 de septiembre de 1973 vigente en la actualidad, con lo que éste se consolida como uno de los Sistemas Especiales con mayor tradición.

La Ley de Seguridad Social de 1966, en su artículo 11, regula la posibilidad de creación de sistemas en el Régimen General exclusivamente para las materias señaladas en la Ley de Bases, añadiendo una más, la recaudación, y dejando fuera las prestaciones. La Ley de Bases de la Seguridad Social de 1966 Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobado el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, solo preveía sistemas especiales en el marco del Régimen General; posteriormente, a partir del art. 11 del TR de la Ley General de Seguridad Social de 30 de mayo de 1974, los sistemas pueden producirse también en los Regímenes especiales.

Los sistemas especiales que se han ido creando con tal nombre, han sido todos del Régimen General: el de la industria resinera (Orden de 3 de septiembre de 1973), empresas de exhibición cinematográfica, salas de baile, discotecas y salas de fiesta (Orden de 17 de junio de 1980, sistema ampliado a los espectáculos taurinos por Orden de 24 de octubre de 1985), trabajadores habituales en servicios extraordinarios de hostelería (Orden 10 de septiembre de 1973), empresas de estudio de mercado y opinión pública (Orden 6 de noviembre de 1989), manipulado de frutas y hortalizas y conservas vegetales (Orden 30 de mayo de 1991; resulta de la unificación de dos, el de frutas y hortalizas de la Orden de 3 de mayo de 1971 y el de la industria de conserva de vegetales, de la Orden de 113 de febrero de 1974), manipulado y empaquetado de tomate fresco realizado por cosecheros-exportadores (Orden 24 de julio de 1976 y Orden 9 de diciembre de 1994).

---

Por Decreto del Ministerio de Gobernación de 5 de marzo de 1948 se funda el Sistema Especial para los Enfermos de San Lázaro, regulado por las Resoluciones de la Dirección General de Previsión de 16 de septiembre de 1954 y de 8 de marzo de 1965, finalmente derogado por la Disposición Final 5ª del Real Decreto 913/1980, de 21 de marzo sobre Denominación y Reorganización del Patronato de Rehabilitación Social del Enfermo de Lepra.

También cuenta entre los primeros Sistemas Especiales el de la Industria del Cáñamo, implantado por la Orden de 15 de noviembre de 1951, cuyo ámbito de aplicación se circunscribió exclusivamente a la provincia de Alicante.

Del mismo modo, la Orden de 16 de mayo de 1958, crea el Sistema Especial de la Industria Conservera, aplicable en principio exclusivamente a la provincia de Murcia, y que las Órdenes de 20 de agosto de 1965 y de 13 de febrero de 1974 hicieron extensible a las provincias de Alicante y Valencia.

La Orden de 17 de diciembre de 1960 publica el Sistema Especial de Frutos de Canarias, posteriormente integrado junto con en el Sistema Especial de Frutos Cítricos en el de Frutas y Hortalizas, regulado por la Orden de 3 de mayo de 1971. Y a través de la Orden de 8 de enero de 1963, se configura el Sistema de Aprovechamientos Forestales Madereros.

Como es fácilmente constatable, los sistemas especiales se encargan de establecer mecanismos para adaptar la regulación general a las dificultades técnicas que se pueden plantear en determinados colectivos<sup>33</sup>, y tienen en común el carácter eventual, discontinuo o de temporada de los trabajadores afectados o el que la actividad empresarial se realiza por temporadas o campañas<sup>34</sup>. La especialidad radica principalmente en que los actos de encuadramiento, cotización y recaudación se realizan en plazos más amplios que los comunes, lo que tiene estrecha relación con la intermitencia de los servicios objeto de regulación<sup>35</sup>. A pesar de exceder del marco de actuación limitado por el art. 11 de la LSS de 1974, en algunos Sistemas existentes también existen particularidades en materia de prestaciones<sup>36</sup>.

Recordemos que para algunas especialidades en materia de afiliación, altas, bajas, cotización y recaudación introducidas en el Régimen General y en los Especiales no han recibido el nombre de sistemas especiales<sup>37</sup>. En el Régimen del Mar hubo desde el comienzo peculiaridades en la cotización, reguladas en dos Órdenes Ministeriales de 25 de agosto de 1970. Una, por la que se establecían sistemas especiales de recaudación para determinadas categorías de trabajadores, y otra, por la que se aplicaban a los mismos trabajadores coeficientes correctores sobre las bases de cotización<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., GORELLI HERNÁNDEZ, J. y VILCHEZ PORRAS, M., en *Sistema de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 5ª edición, 2003, pág. 97.

<sup>34</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., pág. 387.

<sup>35</sup> En el sistema para la industria resinera (Orden 3-9-1973) el pago de las prestaciones tiene como especialidad que las prestaciones cuya base reguladora es el mes anterior al hecho causante, se pagan provisionalmente en una cuantía y se recalculan al final de la campaña; en el sistema de los fijos discontinuos en empresas de estudios de mercado y opinión pública (Orden 6-11-1989) se establecen los periodos de inactividad como situación asimilada al alta para asistencia sanitaria.

<sup>36</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., Art. 11 en *Comentario a la Ley General...*, op. cit., pág. 255.

<sup>37</sup> Se ha dicho que eran genuinos sistemas especiales que no han sido calificados de tales, ALARCÓN CARACUEL, M.R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio...*, op. cit. pág. 362.

<sup>38</sup> Recordemos que se amplía la acción protectora de cobertura obligatoria del régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos con la inclusión de las prestaciones de asistencia sanitaria para los supuestos de enfermedad común, maternidad y accidente, cualquiera que sea la causa que lo motive, y de incapacidad laboral transitoria, en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, según establece el art. único del Real Decreto 43/1984, de 4 de enero. Véase también la disposición adicional 13 del Real Decreto 9/1991, de 11 de enero, que introduce modificaciones en la acción protectora de este régimen especial.

En ocasiones, como en el caso de la integración del clero diocesano<sup>39</sup> en el Régimen General de la Seguridad Social por RD 2398/1977<sup>40</sup>, existen especialidades en la cotización y recaudación, aún cuando la forma de prestación de servicios es semejante al de cualquier otra prestación estable y continua de servicios por cuenta ajena<sup>41</sup>, y además también existen particularidades en las prestaciones<sup>42</sup> y en la acción protectora<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Sobre el alcance de la expresión clérigo diocesano, RODRÍGUEZ BLANCO, M., “Relevancia de la condición de ministro de culto a efectos de la Seguridad Social”, en *Relaciones Laborales*, Tomo I/2002, pág. 312, que cita la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 28 de septiembre de 1988 según la cual los clérigos que imparten docencia en las Facultades de estudios eclesiásticos de las Universidades de la Iglesia Católica, en las materias de Teología, Derecho canónico, Filosofía, Sagradas Escrituras e Historia de la Iglesia, realizan funciones pastorales por las que deben considerarse integrados en el campo de aplicación del art. 1 de la OM de 19 de diciembre de 1977.

<sup>40</sup> Compromisos asumidos en los Acuerdos de cooperación que el Estado español suscribió con las confesiones religiosas acatólicas en 1992 (aprobados por las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre) en los que, como se verá, se sientan las bases para ello. Estos Acuerdos de 1992 remiten al RD 2398/1977, de 27 de agosto, en virtud del cual se incluyeron los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica en el Régimen General de la Seguridad Social mediante su asimilación a trabajadores por cuenta ajena. La inclusión de los clérigos católicos y de los religiosos (RD 3325/1981, de 29 de diciembre) en el sistema de la Seguridad Social fue precedida de contactos entre la Iglesia Católica y la Administración, pero no se regula de forma expresa ni en los vigentes Acuerdos con la Santa Sede de 3 enero de 1979, ni se recogía en el antiguo Concordato de 27 de agosto de 1953.

<sup>41</sup> Las cotizaciones del clero se ingresan trimestralmente, la base de cotización es la mínima sin pagas extraordinarias (Orden de 19 de diciembre de 1977) y el tipo, el del Régimen General en cada momento. COLINA ROBLEDO, A., “La cotización de las empresas a la Seguridad Social”, *CISS*, 1998, pág. 90.

<sup>42</sup> Las prestaciones tenían diferencias importantes: ausencia de contingencias profesionales, exclusión de la incapacidad laboral transitoria, invalidez provisional, protección a la familia y desempleo.

<sup>43</sup> Respecto a la acción protectora a que tienen derecho los clérigos diocesanos de la Iglesia Católica, y en su caso sus familiares que tengan la condición de beneficiarios, será la correspondiente al Régimen General de la Seguridad Social, descrita en el art. 42 de la LGSS, con exclusión de la Incapacidad laboral transitoria (en la actualidad Incapacidad Temporal), protección a la familia y desempleo (art. 2.1 RD 2398/1977 y art. 2 OM de 19 de diciembre de 1977). La Circular 3-006, de 8 de marzo de 2001, aclara y completa estas previsiones normativas y excluye expresamente de la acción protectora la maternidad (que en 1977 formaba parte de la Incapacidad Laboral Transitoria, pero que en la actualidad es una prestación autónoma que se regula en los arts. 177 y ss. LGSS) y la protección de riesgo durante el embarazo, que se incluyó en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social (arts. 186 y ss. LGSS) por la Ley de conciliación de la vida laboral y familiar 39/1999, de 5 de noviembre, con la finalidad de proteger a la mujer trabajadora. Según esta circular la acción protectora que se dispensa a los clérigos de la Iglesia Católica también excluye la recuperación profesional (arts. 153 y ss. LGSS de 1994 que se derogan por la disposición derogatoria única) de la ley 52/2003, de 10 de diciembre).

En concreto, los clérigos de la Iglesia Católica y de las demás Iglesias y confesiones religiosas con acuerdo, han quedado integrados en el Régimen General de la Seguridad Social como asimilados<sup>44</sup>, dentro de determinadas condiciones, a trabajadores por cuenta ajena, al entender que su actividad pastoral al servicio de la confesión religiosa reunía las características necesarias para ello<sup>45</sup>. Esta asimilación en ningún caso responde a una supuesta naturaleza laboral de la relación jurídica que los une con la Iglesia o confesión religiosa, que, al contrario, no podrá calificarse de tal mientras se limite a la labor de asistencia religiosa y de culto o a cualesquiera otras inherentes a sus compromisos religiosos<sup>46</sup>. Por ello puede explicarse también que esa asimilación a trabajadores por cuenta ajena se haga con ciertas limitaciones, previstas en las normas que la regulan<sup>47</sup>.

Están incluidos, en cambio, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante RETA), con carácter obligatorio, los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, salvo los que realicen una actividad profesional que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los otros regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social<sup>48</sup>. Se

<sup>44</sup> Clérigos de la Iglesia Católica (RD 2398/1977 de 27 de agosto, por el que se regula la Seguridad Social del clero.), Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (RD 369/1999 de 5 de marzo, sobre términos y condiciones de inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social de los Ministros de Culto de las Iglesias pertenecientes a la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.), Rabinos de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España), los dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas (Ley 26/1992, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España (vigente hasta el 30 de Junio de 2017)).

<sup>45</sup> Frente a lo que sucedía en el momento de la incorporación de los clérigos de la Iglesia católica, en la actualidad no se efectúan fracciones de cuotas. No obstante, las correspondientes órdenes por las que se desarrollan las disposiciones sobre cotización a la Seguridad Social establecidas en las respectivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado contienen los coeficientes a aplicar en la cotización en determinados supuestos de limitación de la acción protectora, como convenio especial, empresas colaboradoras o empresas excluidas.

<sup>46</sup> STS de 14 de mayo de 2001 (rec. 192/1999); RODRÍGUEZ BLANCO, M., La relación entre el ministro de culto y su propia confesión. Paralelismos y diferencias entre la jurisprudencia española y la jurisprudencia inglesa, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 19, 2003, págs. 347-390.

<sup>47</sup> Hay que tener en cuenta que el art. 114.2 LGSS establece que la propia norma en la que se disponga la asimilación a trabajadores por cuenta ajena determinará el alcance de la protección otorgada.

<sup>48</sup> Lo que ocurrirá cuando el religioso ejerce una actividad ajena a su status, que se subsume dentro de la participación en la actividad productiva exigida por el art. 1.1 del ET (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Re-

trata también de un supuesto de simple asimilación, en este caso a trabajadores por cuenta propia, y por ello no se les exigen las mismas condiciones de inclusión en el Régimen que a otros colectivos<sup>49</sup>, sino las expresamente previstas para ellos en el RD 3325/1981, de 29 de diciembre<sup>50</sup>. Del mismo modo, debemos recordar, que en la inclusión de los religiosos y religiosas de la iglesia católica en el Régimen de Autónomos por el mencionado RD 3325/1981, de 29 de diciembre, se dispuso una fórmula de cotización que permitía simultanear el cobro de la pensión de jubilación con el pago de las cuotas para cubrir el periodo de carencia exigible, lo que constituye una modalidad diferente de cotización pero también de prestación, que comienza a percibirse antes de tener cubierto el periodo de carencia.

Respecto a las prestaciones a percibir, evidentemente parece lógica la exclusión de las situaciones de riesgo durante el embarazo y la maternidad, habida cuenta que, en todo caso, en la Iglesia Católica sólo el varón puede recibir válidamente la sagrada ordenación (c. 1024 del Código de Derecho Canónico); como lógica parece también la exclusión de la protección a la familia, dado que por los compromisos que adquieren los clérigos no van a tener hijos a cargo<sup>51</sup>. La exclusión de la Incapacidad Temporal y de la prestación por desempleo, por su parte, pueden tener su sentido sólo si se tiene en cuenta que el clérigo no tiene propiamente la consideración de trabajador, sino de asimilado<sup>52</sup>.

La opción del legislador de incluir a estos colectivos, en unos casos, en el Régimen General de la Seguridad Social y, en otros, en el RETA no ha estado exenta de controversia, especialmente porque no siempre se ha apreciado con claridad la concurrencia de datos objetivos para

---

fundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). No así cuando realicen actividades inherentes a sus compromisos religiosos como, por ejemplo, la enseñanza religiosa en un colegio de la propia orden o congregación religiosa (STC 63/1994, de 28 de febrero). LÓPEZ ANIORTE, M.C., *Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, *Aranzadi Social*, 1996, pág. 344.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M. J., GORELLI HERNÁNDEZ, J., VÍCHEZ PORRAS, M., *Sistema de Seguridad Social*, op. cit., pág. 496.

<sup>50</sup> Art. 1.2 RD 3325/1981 de 29 de diciembre. Requisitos a los que se refiere la STSJ de Asturias 1499/2002, de 17 de mayo.

<sup>51</sup> La única excepción vendría dada por los diáconos permanentes que estén casados; el supuesto es muy poco frecuente en la práctica, pero en estos casos debería flexibilizarse la norma para incluir la protección a la familia; para ello puede acudir analógicamente a lo previsto para los ministros de culto evangélicos, judíos y musulmanes, los cuales, como se expondrá, cuentan con esta protección.

<sup>52</sup> La normativa de Seguridad Social posibilita la limitación de la acción protectora en los casos en que la inclusión en la Seguridad Social se efectúa mediante la asimilación a trabajador por cuenta ajena (art. 155.2 de la LGSS).

llevar a cabo la asimilación, bien a trabajador por cuenta ajena, bien a trabajador por cuenta propia, que en cada caso era precisa para justificar el encuadramiento en el sistema de la Seguridad Social<sup>53</sup>. En este sentido no han faltado opiniones que han defendido que el legislador estaba llevando a cabo una inclusión constitutiva, de manera que sin la previsión normativa correspondiente estos colectivos nunca hubieran quedado incluidos en el sistema de la Seguridad Social<sup>54</sup>.

Por su lado, el RD 2621/1986 de 24 de diciembre<sup>55</sup>, integra cinco regímenes especiales en el Régimen General y un sexto en el Régimen de autónomos, pero no crea formalmente ningún sistema especial<sup>56</sup>, y usa el término “*modalidades de integración*” para expresar las especificidades de cada colectivo en materia de cotización y prestaciones<sup>57</sup>. Su

<sup>53</sup> VALDÉS DAL-RE, F., Estructura del sistema de Seguridad Social y protección de los trabajadores autónomos. RL n° 2. 1995, págs. 34-40. pág. Sin embargo, como desde la Ley de Bases de la Seguridad Social nuestro legislador ha venido reclamando la unidad del sistema de Seguridad Social y la necesaria desaparición de los Regímenes Especiales, que se producirá cuando se logre la paridad de derechos y prestaciones de los trabajadores, y, por otro lado, como los Regímenes Especiales no se han colocado en las disposiciones transitorias –como hubiera sido de esperar– hay quien ha negado que el legislador “*se planteara los regímenes especiales como algo puramente pasajero o accidental*”. VIDA SORIA, J.: *Régimen General y Regímenes Especiales...*, op. cit., pág. 53. En este mismo sentido se ha dicho que “*la fórmula de los regímenes especiales no fue concebida, pese a la declaraciones (legales y políticas) en sentido contrario, como algo temporal y transitivo; si así hubiera sido, se habría regulado dicha materia con un alcance restrictivo...*”. GONZALO GONZÁLEZ, B., FERRERAS ALONSO, F., GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ, E., de la PEÑA ROSINO, P. y TEJERINA ALONSO, J.I.: *La estructura actual de la Seguridad Social...*, op. cit., pág. 32.

<sup>54</sup> LÓPEZ ANIORTE, M. C. Ámbito subjetivo del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, *Aranzadi Social*, 1996, pág. 351, en relación a los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica, ha mantenido que ha sido la tendencia expansiva de la Seguridad Social la que ha obligado al legislador “*a forzar la noción de trabajo autónomo para dar cabida en el sistema a un colectivo, que de otro modo, pudiera haber permanecido indefinidamente al margen de la Seguridad Social*”.

<sup>55</sup> Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores Ferroviarios, Jugadores de Fútbol, Representantes de Comercio, Toreros y Artistas en el Régimen General, así como se procede a la integración del Régimen de Escritores de Libros en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

<sup>56</sup> Integró en el Régimen General a los siguientes Regímenes Especiales: trabajadores ferroviarios, regulado por Decreto 2824/1974, de 9 de agosto; jugadores profesionales de fútbol, establecido por Real Decreto 2806/1979, de 7 de diciembre; representantes de comercio, regulado por Decreto 2409/1975, de 23 de agosto; artistas, regulado por Decreto 2133/1975, de 24 de julio; toreros, regulado por Real Decreto 1024/1981, de 22 de mayo. Y en el Régimen de Autónomos el Régimen Especial de Escritores de Libros, regulado por Decreto 3262/1970, de 29 de octubre.

<sup>57</sup> Al respecto se ha dicho que “*es obvio que si se lograra totalmente la paridad de trato recomendada por el legislador, los regímenes especiales desaparecerían a través de su integración en el régimen general. Podría pensarse de esta manera que la existencia de tales*

Orden de desarrollo, de 20 de julio de 1987, al regular los procedimientos específicos de inscripción, alta, cotización y recaudación en cada sector, los nombra como variaciones<sup>58</sup>.

Debemos destacar, que normas como las que regulan la afiliación y cotización de los representantes de comercio tienen tanta o más especificidad que las de los colectivos incluidos sistemas especiales<sup>59</sup>, sin que haya ninguna diferencia en las prestaciones que reciben, por lo que teóricamente podía haberse creado un sistema especial para éste colectivo<sup>60</sup>.

---

*regímenes especiales sería meramente transitoria y provisional*". CASAS BAAMONDE, M. E., *Autónomos Agrarios y Seguridad Social*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1975, pág. 30; que "los Regímenes Especiales no sólo son, pues, excepcionales sino también transitorios; el destino final de la mayoría de ellos es, en la medida en que las condiciones técnicas lo permitan, su disolución en el Régimen General que, a estos efectos, funciona como centro de atracción y modelo". ALARCÓN CARACUEL, M. R. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., *Compendio de Seguridad Social*, op. cit., págs. 79 y 80; o que todos los Regímenes Especiales tienen "una cierta provisionalidad legal, dada su aproximación al régimen general como ideal de cobertura". ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J. L., *Instituciones de Seguridad Social, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos*, 2ª ed., 1967. Madrid., pág. 540.

<sup>58</sup> Sobre este ejemplo de integración de los Regímenes Especiales en el Régimen General y en otro Régimen Especial podemos ver a TEJERINA ALONSO, J.I., "La racionalización de la estructura de la Seguridad Social: La integración de regímenes especiales de ferroviarios, de artistas, de toreros, de representantes de comercio, de escritores de libros y de futbolistas", RSS, nº 31, 1986., págs. 65 y ss.

<sup>59</sup> RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran los regímenes especiales de la Seguridad Social de trabajadores ferroviarios, jugadores de fútbol, representantes de comercio, toreros y artistas en el régimen general, así como se procede a la integración de régimen de escritores de libros en el régimen especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, en relación con el art. 43 del RD 84/1996, de 26 de enero por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social; art. 31 del RD 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.

<sup>60</sup> Régimen Representantes de Comercio RD 708/2015 24 Julio. Debemos destacar, que en fechas muy recientes, se modifican diversos reglamentos en el ámbito de la Seguridad Social para aplicar la Ley 34/2014, quedando afectada Afiliación, Cotización y Prestaciones de los Representantes de Comercio. Desde el 1 de septiembre, a los representantes de comercio se les considera, a efectos del alta, baja y variación de datos, así como a efecto de la cotización a la Seguridad Social, como trabajadores incluidos en el Régimen General, contando como únicas especialidades en relación al resto de trabajadores por cuenta ajena las referidas a la base mínima de cotización y a la tarifa de cotización para contingencias profesionales. En Afiliación, el Empresario será el responsable de la comunicación a la TGSS de las altas, bajas y variaciones de datos a través de Sistema Red, desapareciendo la obligatoriedad por parte del Representante de Comercio. Las cuotas del Representante de Comercio deben ingresarse por parte de la empresa y con un código de cuenta de cotización distinto al que tenían asignado. La T.G.S.S realizará de oficio el proceso de modificación, a los Representantes de Comercio, causando baja de los actuales códigos de cuenta de cotización y alta en otro código de cuenta cotización. En Cotización, el Empresario será el obligado a cotizar, la Base de Cotización será



En este sentido, es necesario recordar, que a partir de la Orden de 6 de noviembre de 1989, que regula el sistema especial de las Empresas de estudio de mercado y opinión pública, no se habían creado sistemas especiales para actividades nuevas<sup>61</sup>. Por lo que el carácter minoritario de los Sistemas Especiales de Seguridad Social, dado su reducido ámbito de aplicación<sup>62</sup>, no hacía presagiar que terminaría convirtiéndose en la, no sabemos si acertada, pero al fin respuesta a la problemática unificación de los Regímenes Especiales. Nos planteamos lo de si acertada la decisión porque es una cuestión pendiente de dilucidar si éstos constituyen un gravamen o un privilegio, y si realmente contribuyen a una mayor fragmentación del sistema o a su posible unificación.

Los Sistemas Especiales han estado bastante olvidados, activándose tan sólo al plantearse determinados interrogantes, como si podría aplicarse a las empresas de trabajo temporal las normas que los regulan, a lo que la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, en su Circular de 11 de junio de 1999 respondió, que tan sólo era factible para los servicios extraordinarios de hostelería, ya que en el resto de Sistemas la empresa de trabajo temporal no cumple con los requisitos subjetivos exigidos por la normativa de cada unos de ellos<sup>63</sup>.

### 3. LA APARICIÓN DE NUEVOS SISTEMAS ESPECIALES COMO LÍNEA DE TENDENCIA

Las perspectivas de futuro parecen encaminarse a la ampliación de Sistemas Especiales como recurso para la unificación de los Regímenes Especiales, inclinándose el legislador por el artículo 10 de la LGSS

la mínima para este grupo de cotización (5) y ocupación y en Prestación, la I.T será abonada por el trabajador como antes, en la modalidad de Pago Directo.

<sup>61</sup> ALARCÓN CARACUEL, M. R.: Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del sistema de Seguridad Social, en VV.AA., *Reforma de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 339 y 340.

<sup>62</sup> VIDA SORIA, J., Régimen General y Regímenes Especiales en el sistema de la Seguridad Social española, *CCDT*, 1972, N° 3, págs. 49-61.

<sup>63</sup> La Orden de 10 de septiembre de 1973 creó este sistema especial exclusivamente de servicios extraordinarios de hostelería para las provincias de Madrid y Barcelona. La efectividad del mismo llevaba consigo la existencia de un convenio de colaboración entre el antiguo Instituto Nacional de Previsión y el también extinguido Sindicato Provincial de Hostelería. En la provincia de Barcelona no se llegó a firmar dicho convenio, por lo que el sistema especial no llegó a aplicarse. En la provincia de Madrid el convenio suscrito se denunció en el año 1993, si bien desde aquella fecha el Instituto de Empleo, Servicio Público de Empleo Estatal, colaboró con los empresarios hosteleros en labores de captación y formación de trabajadores de esta rama de actividad, así como en las gestiones para el trámite de altas y bajas en la Tesorería General de la Seguridad Social. Las competencias asumidas por el Instituto de Empleo, Servicio Público de Empleo Estatal en Madrid, se han transferido a los servicios correspondientes de la Comunidad Autónoma.

que aboga por estimar que con esta técnica pueden solventarse los problemas técnicos que las peculiaridades del colectivo afectado, del tipo de trabajo o índole del proceso productivo pudieran plantear, y del art. 11 LGSS que dispone *“En aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse Sistemas Especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de tales sistemas informará el Ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidos”*. Es decir, permite, como ya he indicado, la posibilidad de crear Sistemas Especiales, dentro de cualquiera de los Regímenes existentes, cuya configuración queda limitada taxativamente a las materias de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación, excluyéndose cualquier aspecto referente a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social.

Así pues, el Sistema de Seguridad Social español queda constituido por el Régimen General, los Regímenes Especiales y los Sistemas Especiales del Régimen General. Estos últimos no deben confundirse con los Regímenes Especiales, de hecho, se trata de conceptos prácticamente opuestos, pues mientras que la necesidad de establecer Regímenes Especiales se fundamenta en la existencia de señalados colectivos que deben ser objeto de una acción protectora diferenciada de la del Régimen General, con lo que éstos se caracterizan por sus peculiaridades con respecto a la acción protectora, las peculiaridades que justifican la existencia de los Sistemas Especiales, se deben ceñir a la gestión, esto es, al encuadramiento, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos, cotización o recaudación, quedando proscrita cualquier diferenciación referida a la acción protectora.

La principal diferencia con los Regímenes Especiales, es que aquí no existen especialidades en cuanto a las prestaciones otorgadas, es decir, la especialidad del Sistema estriba en materia de encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación, otorgando las mismas prestaciones que el Régimen dentro del cual se crea el Sistema Especial. Podríamos decir que el Sistema Especial de Seguridad Social, no cuenta con la “autonomía” característica de los Regímenes Especiales<sup>64</sup>, sino que se trata de un apartado dentro del correspondiente Régimen.

---

<sup>64</sup> En el sentido que están regulados en disposiciones especiales, que abarcan una serie de actividades profesionales que por su naturaleza, peculiares condiciones de tiempo y lugar o la índole de sus procesos productivos, exigen una regulación especial. (art. 10 LGSS).

Deducimos, que la justificación de los Sistemas Especiales se debe a la permanencia, desde antiguo, en ciertos sectores empresariales, de una serie de peculiaridades como la movilidad y temporalidad de los trabajadores, la realización de tareas de forma cíclica e discontinua, dificultando a la empresa el cumplimiento de la obligación en materia de afiliación tal y como está estructurada en el Régimen General<sup>65</sup>, así como al hecho de que, también como consecuencia de la singularidad de determinados sectores productivos, sea preciso establecer unas reglas distintas en cuanto a la forma de cotización<sup>66</sup>. Efectivamente, la diferencia entre sistema y régimen especial se desdibuja al servicio de procesos de integración en los que el grupo integrado mantiene distintas especialidades<sup>67</sup>.

### 3.1. EL CAMINO MARCADO POR EL SISTEMA ESPECIAL PARA TRABAJADORES DE CUENTA PROPIA AGRARIOS

El primer caso es el de los autónomos del Régimen Agrario que se integran en el RETA por Ley 18/2007, de 4 de julio. Se establece su integración con efectos al 1 de enero de 2008, y se crea el Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios. El encuadramiento en el sistema especial está en función de determinados parámetros de actividad, volumen de negocio y beneficio económico de la explotación (art. 2), y las diferencias con respecto a las normas generales del Régimen de Autónomos son, por una parte el tipo reducido de cotización de la persona titular de la explotación agraria cuando la base por la que ha optado es la mínima y, por otra, medidas específicas para incentivar el alta de sus familiares, con reducciones en la cotización (art. 3). Pero tengamos presente que en la norma de integración no existen particularidades en los requisitos y contenido de las prestaciones.

Hasta la fecha de publicación de ésta Ley, sólo existían Sistemas Especiales dentro del Régimen General, y del mismo modo la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, procede a integrar del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante la creación de un Sistema Especial para Trabajadores por

<sup>65</sup> MARTÍN VALVERDE, A., "El ordenamiento de la Seguridad: evolución histórica y situación actual" en AA.VV: *Jornadas técnicas sobre Seguridad Social*. Madrid. IELSS. 1984, págs. 50 y ss.

<sup>66</sup> GARCÍA MURCIA, J., CASTRO ARGÜELLES, M.A. y RODRÍGUEZ CARDO, I.A., "La estructura del sistema de la Seguridad Social y su proyectada reforma". *Foro de Seguridad Social* núms. 17 y 18. 2007. pág. 7.

<sup>67</sup> Según el estudio de CONCEPCIÓN SEVILLANO, J.L., *Los sistemas especiales del Régimen General de la Seguridad Social*, op. cit., págs. 54-57, recoge la doctrina hasta entonces existente sobre la cuestión del fundamento y ámbito de especialidad de los sistemas.

Cuenta Ajena Agrarios, con efectos al 1 de enero de 2012, creando un sistema especial.

Las particularidades del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios exceden del ámbito de lo dispuesto en el art. 11 del TRLGSS 1994<sup>68</sup> y se refieren a la situación de alta en periodos de inactividad, la conformación de la base de cotización, la cuantía de la base máxima, la de los tipos, y también a importantes variaciones en las prestaciones<sup>69</sup>.

Podríamos deducir de todo lo anterior, que éste sistema contraviene el art. 11 de la LGSS, que ha conservado en su redacción que, *“En aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación. En la regulación de tales sistemas informará el Ministerio competente por razón de la actividad o condición de las personas en ellos incluidos”*<sup>70</sup>, pero como en este caso, el sistema especial de los trabajadores por cuenta ajena agrarios se reguló por una norma con rango suficiente para cambiar disposiciones de la LGSS, no ha constituido ningún problema.

### 3.2. EL PRINCIPIO DE UNIDAD COMO EJE VERTEBRADOR DE LOS SISTEMAS ESPECIALES

Incomprensiblemente, el fundamento de la inclusión de los Sistemas Especiales en el Sistema español de Seguridad Social se sustenta en el principio de unidad, pues con esta fórmula el legislador parece tratar de evitar la mayor dispersión del Sistema, de modo que en aquellos casos en los que el colectivo no reviste diferencias excesivas, la eventual creación de un Régimen Especial se suple con la implantación de unas normas concretas en materias tasadas (encuadramiento, afiliación, cotización y recaudación) dentro del Régimen General o del Régimen Especial respectivo.

El sistema especial del Régimen General más actual ha sido el SEEH, integrado mediante la LAAMSS. En este caso, a diferencia del anterior,

<sup>68</sup> Norma derogada, con efectos de 2 de enero de 2016, por la disposición derogatoria única.1 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, a la que se hará referencia si procede.

<sup>69</sup> Entre otras, requisitos específicos para la jubilación anticipada, diferente cálculo de la IT y su pago directo durante toda la prestación y ausencia de integración de lagunas en la base reguladora de las pensiones.

<sup>70</sup> Primera redacción en 1966.

las variaciones se encuentran en la cotización y prestación, dentro de un plan de igualación gradual con el Régimen General. La integración mantiene algunas particularidades del sector, como la discordancia entre ingresos y base de cotización, la falta de cobertura de vacíos y la ausencia de la prestación de desempleo. Por lo que nos planteamos, hasta qué punto esta incorporación no es más que un paso, destacado pero insuficiente, en el proceso de igualar el Régimen Especial con el Régimen General.

Porque aunque no debemos olvidar, que las personas dedicadas al servicio del hogar familiar, desarrollan una prestación de servicios que se diferencia notablemente del trabajo asalariado ordinario, esa especificidad en materia laboral no ha de traducirse necesariamente en particularidades referentes a la Seguridad Social, pues se puede entender que no existe una conexión directa entre relación laboral especial y régimen especial de Seguridad Social<sup>71</sup>.

Recapitulando, en el momento actual nos encontramos que el Sistema de Seguridad Social está compuesto por el Régimen General y Regímenes Especiales, y que dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se incluyen también como Sistemas Especiales, colectivos con particularidades en materia de afiliación y cotización<sup>72</sup>, tal como prevé la LGSS. Encontrándose precisamente, desde el día 1 de enero de 2012, los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar<sup>73</sup>, objeto de éste estudio, integrados dentro del Régimen Ge-

<sup>71</sup> Como demuestra el hecho de que tras la “racionalización” de mediados de los 80 del siglo pasado la “especialidad” en ambas ramas –laboral y de Seguridad Social– sólo afectaba, precisamente, a los empleados de hogar, pues ni los trabajadores del mar, ni los agrícolas, ni los trabajadores de la minería del carbón tenían reconocido ese estatus, por más que las normas laborales contemplasen ciertas modulaciones.

<sup>72</sup> Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales. Sistema Especial de la Industria Resinera. Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública Sistema Especial Agrario. Sistema Especial para Empleados de Hogar.

<sup>73</sup> Como ya indicamos, en sus orígenes normativos, el servicio doméstico se circunscribía en el ámbito civil como un arrendamiento de servicios (artículos 1583 y ss. del Código Civil), quedando los empleados de hogar excluidos del ámbito de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944; no obstante, aun resultando paradójico, una Ley de aquel mismo año (de 19 de julio) disponía la extensión a los trabajadores domésticos de “los subsidios familiar y de vejez, seguro de accidentes del trabajo y de enfermedad”, norma que de ninguna manera fue llevada a la práctica. Será en 1959 (17 de marzo) cuando un Decreto creara el Montepío Nacional del Servicio doméstico y regule un régimen especial de Seguridad Social para estos trabajadores. Ver CLEOFÉ

neral, mediante la creación del Sistema Especial para Empleados de Hogar, que, como venimos comprobando a lo largo de este trabajo, presenta ciertas características peculiares debiendo añadirse otras específicas relacionadas con el tipo de actividad de que se trata: la convivencia empleador/a-empleada/o, la indeterminación de los servicios, la mayor subordinación, la exclusión de las actividades domésticas de la legislación laboral, la dificultad de estabilidad en el empleo o, incluso, la relación cuasifamiliar<sup>74</sup>. Tan singulares aspectos sólo pueden contribuir a hacer entendible, pero no justificable, la desprotección social de los empleados domésticos, dejada en gran parte a la voluntad del empleador o cabeza de familia, a las que se responde, desde el punto de vista de la Seguridad Social, con la creación de un Sistema Especial<sup>75</sup>.

#### 4. LAS RECOMENDACIONES DEL PACTO DE TOLEDO COMO PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA REGULACIÓN JURÍDICA ACTUAL

Desde la primera versión del Pacto de Toledo (1995), a las revisiones de 2003, 2007 y siguientes, la orientación hacia la simplificación y racionalización del Sistema de Seguridad Social ha sido una de las preocupaciones principales dentro del proceso reformista en que incide el Pacto.

Por lo que si nos remontamos nuevamente a las Recomendaciones del Pacto de Toledo de 1995<sup>76</sup>, aprobadas por el pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de ese año al dar el visto bueno al Informe de la Comisión de Presupuestos de 30 de marzo del mismo año, a partir de la Recomendación Sexta, de la que se haría eco el Acuerdo sobre la

SÁNCHEZ, D., Régimen especial de empleados de hogar, op. cit., pág. 416 y ss.; QUE-SADA SEGURA, R., El contrato de servicio doméstico, op. cit., pág. 217 y ss.; ALONSO OLEA, M., *Instituciones de Seguridad Social, Estudios de Trabajo y Previsión*, op. cit., pág. 250 y ss., y DE LA VILLA GIL, L.E. La relación laboral de carácter especial del Servicio..., op. cit., pág. 187 y ss.

<sup>74</sup> ALMANSA PASTOR, J.M., *Derecho de la Seguridad Social*, op. cit., pág. 313.

<sup>75</sup> VIDA SORIA, J.: *Régimen General y Regímenes Especiales...* op. cit., pág. 49. En este sentido se ha dicho que los Regímenes Especiales “*tratan de adaptar la realidad funcional y operativa de determinados entornos productivos al régimen de aseguramiento común*”.

<sup>76</sup> Proyecto de informe para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse» aprobado por unanimidad por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995. Recomendación 6 sobre «simplificación e integración de Regímenes Especiales», Informe de la ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. *Pacto de Toledo*. Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Colección Seguridad Social, núm. 15. Madrid. 1995, pág. 55. <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/110963.pdf> (consultado el 3/05/2017).

consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social<sup>77</sup>, al referirse a la simplificación e integración de regímenes especiales<sup>78</sup>; podemos comprobar que se pedía lo siguiente: *“La experiencia nos demuestra que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados. Por ello, y desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema, la Ponencia recomienda que se continúe con este proceso reduciendo de manera gradual el número de los regímenes actualmente existentes<sup>79</sup> y logrando la plena homogeneización del sistema público de pensiones, de manera que a medio o largo plazo todos los trabajadores y empleados queden encuadrados o bien en el régimen de trabajadores por cuenta ajena o bien en el de los trabajadores por cuenta propia, contemplando, no obstante, las peculiaridades específicas y objetivas de los colectivos encuadrados en los sectores marítimo-pesquero y de la minería del carbón, así como de los trabajadores eventuales del campo”<sup>80</sup>.*

Recordemos que en nuestro ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, el criterio de la fragmentación entre régimen “General” y regímenes “Especiales” se plasmó en la historia inmediata ya inicialmente en la Ley de Bases de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 (en adelante LBSS)<sup>81</sup>, y se mantiene después en la Ley Articulada de Segu-

<sup>77</sup> Acuerdo suscrito entre el Presidente del Gobierno y los Secretarios Generales de UGT y CCOO el 9 de octubre de 1996.

<sup>78</sup> Informe de la Ponencia para el análisis de los problemas estructurales del sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse. *Pacto de Toledo*, Madrid, Ed. MTSS, 1996.

<sup>79</sup> Recuérdese, por un lado, que el Acuerdo político social para la mejora y el desarrollo del Sistema de Protección Social de 2001 dedicaba el Cap. VII a la “Convergencia de regímenes especiales”, y que, por otro lado, el Acuerdo Político Social sobre medidas en materia de Seguridad Social, dedicada todo el cap. V a las “Reformas en la estructura del Sistema de la Seguridad Social”, en un sentido de avanzar en el proceso de simplificación y racionalización de la estructura de la Seguridad Social. Con lo cual se realizaba la línea evolutiva de la fragmentación a la convergencia y la simplificación de regímenes de Seguridad Social.

<sup>80</sup> La integración del colectivo de empleados de hogar en el Régimen General es el resultado, por tanto, de una recomendación que se ha ido aplicando a otros regímenes especiales, tales como los funcionarios de la Administración Local (1993), trabajadores por cuenta propia de la agricultura en el RETA (2008), así como los trabajadores por cuenta ajena de la agricultura en el Régimen General (2012), y que antes o después debía alcanzar al Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, que es como realmente se denomina. De hecho, en las últimas redacciones del art. 10.2 LGSS, tanto de la disposición adicional 40.ª.1 Ley 27/2011, como en la de la disposición final 1.ª.1 Ley 28/2011, con efectos ambas, de 1 de enero de 2012, ya no figura entre los regímenes especiales, el de Empleados de Hogar.

<sup>81</sup> En su exposición de Motivos, apartado II (“Acción Protectora de la Seguridad Social”), apartado “Dos”, establece que *“Al estructurar un sistema de Seguridad Social, la Ley amplía su campo de aplicación en el que quedarán encuadrados todos los españoles que*

ridad Social, Texto Refundido aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril (en adelante LASS) y Ley General de Seguridad Social en sus sucesivas versiones y revisiones (desde la primera de Texto Refundido aprobado por Decreto 2065/74, de 30 de mayo, hasta el actual Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre).

El 30 de septiembre de 2003, el Pleno del Congreso de los Diputados aprobaba el Informe de la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo que analizó el desarrollo de las recomendaciones del Pacto<sup>82</sup>, las actualiza e incorpora nuevas propuestas *“para afrontar los cambios habidos, desde 1995, en la realidad social e institucional de España”*<sup>83</sup>. Con respecto a la financiación, simplificación e integración de regímenes especiales<sup>84</sup>, el texto aprobado fue el siguiente: *“La Comisión constata que se ha iniciado la aproximación de las cotizaciones de determinados Regímenes Especiales respecto de los niveles de protección que en la actualidad disfrutan. La Comisión considera oportuno agilizar en mayor medida la labor iniciada a los efectos de establecer una protección social equiparable entre los diferentes regímenes”*<sup>85</sup>.

*reúnan las condiciones previstas en la base segunda, cuales quiera que sea su actividad profesional”. “Se respetarán, sin embargo, y aún se amplían, los regímenes cuya existencia es inexcusable en razón a los grupos de personas a que afectan o a la actividad que desarrollan. Todos estos regímenes sólo se enuncian en la Ley a los fines de una contemplación conjunta de la Seguridad Social, pero serán objeto, naturalmente, de la correspondiente regulación, en la que se tenderá a la máxima homogeneidad posible con los principios del régimen general”.*

Comprobamos como indica la normativa la intención de convertir en referente homogeneizador al Régimen General de la Seguridad Social que se confirma en la Base 3ª de la LBSS, que trata de aportar una justificación: *“En aquellas actividades profesionales en que se por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso, se establecerán regímenes especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes...”*. A partir de aquí la tendencia a la universalización de la cobertura se realizaría selectivamente, por dos vías alternativas: o bien la integración o asimilación hacia el Régimen General, o bien el encuadramiento en un Régimen Especial.

<sup>82</sup> BLASCO LAHOZ, J. F., *La reforma de la Seguridad Social: El Pacto de Toledo y su desarrollo*, op. cit., págs. 59 y ss., así como CABANILLAS BERMÚDEZ, J. M., *El pacto de Toledo. Análisis descriptivo del sistema nacional de la Seguridad Social en España*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, pág. 153 y ss.

<sup>83</sup> CARDENAL CARRO, M., El nuevo “pacto de Toledo”, *Aranzadi Social*, n.º. 13, 2003, pág. 9 y ss.

<sup>84</sup> Renovación del Pacto de Toledo (Informe de Evaluación de los resultados del Pacto de Toledo), Madrid, MTAS, 2003.

<sup>85</sup> Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) núm. 596, serie D, de fecha 2 de octubre de 2003. La aprobación del citado informe por el Pleno del Congreso de los Diputados tuvo lugar, tras la defensa de los diferentes votos particulares, en la sesión plenaria número 271 de 2 de octubre de 2003 con el siguiente resultado que se desprende del Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Pleno y Diputación Permanente), núm. 284: votos emitidos 239; a favor, 228; en contra, seis; abstenciones, cinco.



Así, bajo el criterio de que la igualdad de la acción protectora debe ser consecuencia de la igualdad en la aportación contributiva, la Comisión comienza constatando el inicio de la aproximación de las cotizaciones de determinados Regímenes Especiales en relación a los niveles de protección por ellos dispensados. Acto seguido la Comisión considera oportuno agilizar todavía más la equiparación de la protección social de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social mediante la eliminación de las disfunciones existentes entre dichos Regímenes y la aproximación de las cotizaciones. Esta equiparación deberá formalizarse, claro está, sin perder de vista las concretas peculiaridades de los distintos colectivos afectados “...*teniendo en cuenta las peculiaridades de los colectivos a quienes va dirigida con el fin de superar las desigualdades que pudiesen subsistir, sin olvidar la adecuada correspondencia que debe existir entre la aportación contributiva y el nivel de acción protectora dispensada*”<sup>86</sup>.

Asimismo, la Comisión estima que se debe impulsar la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia.

Por tanto, se puede constatar el carácter todavía incompleto del proceso de convergencia e integración de regímenes, ya que todavía pesan singularidades importantes, y lejos de solidificar en dos grandes regímenes públicos, como se postula en el proceso abierto por el Pacto de Toledo y sus revisiones (de trabajadores por cuenta ajena y de trabajadores autónomos), nos encontramos aún con la subsistencia de diversos regímenes especiales.

Así pues en el proceso racionalizador se subraya la tendencia a la unidad de la ordenación del Sistema de Seguridad Social como elemento de eficiencia y equidad<sup>87</sup>. Es de realzar que este proceso de racionalización interna ha conllevado una revalorización de la técnica organizativa instrumental denominada “Sistema Especial”, pues pasa ahora, a resultas de las sucesivas reformas, de la “marginalidad” a una mayor “centralidad” y presencia en la ordenación legal del Sistema de Seguridad Social.

Pues bien, con anterioridad a dicho proceso de simplificación, la Comisión había considerado necesario impulsar un análisis exhaustivo

<sup>86</sup> BENAVIDES VICO, A., *Análisis práctico de las prestaciones de la Seguridad Social*. Valladolid. 2008. Ed. Lex Nova. pág. 645.

<sup>87</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del pacto de Toledo”. *Revista de Derecho Social* n° 14. 2001, págs. 25-55.

de la situación actual de los Regímenes Especiales Agrario y del Mar y de los sectores económicos en ellos protegidos. Iniciado el proceso de integración, la Comisión consideraba indispensable que ésta se llevase a cabo de manera “*gradual y no traumática*”, y que se mantuviesen las especialidades que procedan con relación a cada uno de tales colectivos, estudiando el establecimiento de periodos graduales de integración y/o la posibilidad de que las mismas fuesen financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social<sup>88</sup>.

Así, la Comisión destacó las medidas aprobadas que han permitido ir equiparando los derechos de los trabajadores autónomos al Régimen General, e instaba a “...*seguir avanzando en el proceso de reconocimiento de la categoría de trabajadores autónomos en aras a conseguir su progresiva equiparación al Régimen General de la Seguridad Social*”<sup>89</sup>.

Ahora bien, el limitado y complejo proceso de equiparación iniciado entre los distintos Regímenes de la Seguridad Social, lo diga o no la Comisión en su informe, no puede llevarse a cabo sino de forma gradual, no traumática, y con respeto, siempre, de las especialidades que procedan en relación a todos y cada uno de los colectivos afectados en cuanto, de un modo u otro, resultarían afectadas las legítimas expectativas de derechos generadas en éste tiempo.

En este sentido y teniendo en cuenta que esta misma previsión se contemplaba ya en el Pacto de Toledo, se echa de menos el establecimiento de un horizonte temporal de referencia para la consecución definitiva de la tan anunciada simplificación, por otra parte ya prevista en el artículo 10.5 LGSS y en la Recomendación VI del Pacto de Toledo y reiterada, con mayor detalle, en los Acuerdos Sociales de 1996 [apartado i)] y de 2001 (apartado VII).

Aun así, la Comisión supeditaba este proceso de simplificación a un nuevo análisis de la situación actual de los Regímenes Especiales Agrario y del Mar. El informe aludía al “*establecimiento de períodos graduales de integración*” queriendo referirse, suponemos, a “*períodos graduales de equiparación*”. Todo ello porque “*la progresiva equiparación*” de la acción protectora de los distintos Regímenes aparecería constituida, como el instrumento elegido para la posterior simplificación de la actual estructura de la Seguridad Social.

<sup>88</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social”, en *Relaciones Laborales*, n.º. 24. 2001. págs. 11 y ss.

<sup>89</sup> BENAVIDES VICO, A., *Análisis práctico...* op. cit., pág. 645.

Por otra parte, el Acuerdo Político-Social sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, renueva la estrategia de racionalización de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social simplificando los regímenes especiales, y garantizando una mayor eficacia del principio de unidad en la tutela protectora otorgada<sup>90</sup>. Desde su versión originaria, hemos comprobado como el Pacto de Toledo, había recomendado que todos los trabajadores por cuenta ajena hubiesen integrados en el Régimen General (Recomendaciones 3ª y 6ª). Es ante todo una exigencia de equidad en la protección y en las obligaciones de cotización del Sistema<sup>91</sup>.

El proceso de racionalización de la estructura institucional de la Seguridad Social, no podrá culminar sino a través de un cierto período de transición. En la misma revisión del Pacto de Toledo de 2003 se percibe la complejidad del proceso de integración, al entender que debe de producir *“de manera gradual y no traumática, y que se mantengan las especialidades que procedan en relación a cada uno de tales colectivos, estudiando el establecimiento de períodos graduales de integración y/o la posibilidad de que las mismas sean financiadas, en parte, por el Sistema de Seguridad Social”*<sup>92</sup>.

La exigencia de racionalización y simplificación de la estructura diversificada viene de lejos, y no ha hecho sino acrecentarse en los últimos años, a la par que ha avanzado el proceso de reforma de la Seguridad

<sup>90</sup> BLASCO LAHOZ, J.F., *Regímenes especiales integrados en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 25 y ss.

Debemos precisar que su existencia y adecuación constitucional están convalidadas por la doctrina consolidada del TC. Así, la STC 268/1993 establece: *“Ciertamente, constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el artículo 14 de la CE en principio no alcanza a corregir las desigualdades existentes entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. La articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales se justifica por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren... (STC 173/1988 y AATC 78/1984, 112/1984, 123/1984, 460/1984, 94/1985, 552/1985, 590/1985, 987/1986, 1379/1987, 1015/1988, 241/1989, 341/1989 y 38/1995). Sin embargo, las SSTC 39/1992, 184/1993, han precisado que esta doctrina no puede aplicarse de manera automática a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos dispares, porque ello equivaldría a dejar al arbitrio del legislador o del Gobierno la eficacia del principio de igualdad...; debe irse más allá del dato puramente formal de la diversidad de ordenamientos jurídicos y comprobar si desde una perspectiva material esa diversidad responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyen suficiente justificación del tratamiento desigual...”*. Por otra parte, es doctrina del TC que *“la identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo constitucional”* (SSTC 103/1984, 27/1988, 184/1993, 377/1993).

<sup>91</sup> Acuerdo Político-Social sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, en *Boletín Informativo CARL*, núm. 5 (2006).

<sup>92</sup> Recomendación 4 del Pacto de Toledo, párrafo 6º.

Social<sup>93</sup>. Fue un empeño expreso de la Ley 193/1963, de Bases de la Seguridad Social. La “Base Tercera” (“Regímenes y sistemas especiales”), el mantener la diferenciación pero racionalizándola, pretendiendo otorgarle un justificado motivo<sup>94</sup> (“En aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos se hiciera preciso, se establecerán regímenes especiales para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social”) y exigiendo formalmente una cierta protección homogénea de los colectivos objeto de división institucional (“En la regulación de ambos regímenes se tenderá a la paridad de derechos y prestaciones con el régimen general”)<sup>95</sup>.

En esta misma trayectoria, el Informe de evaluación de los resultados del Pacto de Toledo de 2003 expresó que “debe impulsarse la labor de simplificación en orden a la existencia futura de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro, los trabajadores por cuenta propia”<sup>96</sup>. Es un proceso de transición de “largo” alcance, de larga duración<sup>97</sup>.

<sup>93</sup> APARICIO TOVAR, J., La evolución regresiva de la Seguridad Social en el periodo 1996-2002: Hacia el seguro y el asistencialismo, en *Revista de Derecho Social*, núm.19, 2002, pág. 21.

<sup>94</sup> BLASCO LAHOZ, J. F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M. A., *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, 12ª ed., Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 476.

<sup>95</sup> La estructura diversificada del Sistema se mantiene en los Textos posteriores (Texto Articulado de 1966, Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, y Texto Refundido de la LGSS, aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo). La última fase de ese período de formación histórica es la LGSS de 1994 (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social). En ella la “estructura del sistema de la Seguridad Social” se regula en el capítulo II “Campo de aplicación y estructura del sistema de la Seguridad Social” del Título I “Normas generales del sistema de la Seguridad Social”.

<sup>96</sup> Por su parte, el Título II Texto Refundido de la LGSS entra en la regulación del “Régimen General de la Seguridad Social”, aplicable a los trabajadores por cuenta ajena o asimilados (art. 136.1 LGSS). Y en esa línea de política legislativa se establece también que “De conformidad con la tendencia a la unidad que debe presidir la ordenación del sistema de la Seguridad Social, el Gobierno, a propuesta del MTAS, podrá disponer la integración en el Régimen General de cualquiera de los Regímenes Especiales correspondientes a los grupos que se relacionan en el apartado 2 del presente artículo, a excepción de los que han de regirse por Leyes específicas, siempre que ello sea posible teniendo en cuenta las peculiares características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del Régimen Especial de que se trate. De igual forma, podrá disponerse que la integración prevista en el párrafo anterior tenga lugar en otro Régimen Especial cuando así lo aconsejen las características de los Regímenes y se logre con ello una mayor homogeneidad en el Régimen General”. Manteniendo el carácter referente o paradigmático protector del Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>97</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., Los principios jurídicos de la Seguridad Social, en VV.AA., *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, coord. J. López López, Albacete, Ed., Bomarzo, 2005, pág. 17 y ss.

En el marco de las Recomendaciones 3ª y 6ª del Pacto de Toledo, constituye una exigencia de equidad que debe presidir el sistema de protección social la equiparación en prestaciones y obligaciones de los cotizantes del Sistema, simplificación su estructura de regímenes (Acuerdo de 2006).

En esa dirección de política racionalizadora del Sistema de Seguridad, el Acuerdo de 2006 (y las medidas introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, la Ley 27/2011 de 1 de agosto, la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, entre otras) continúa con la estrategia de racionalización de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social simplificando los regímenes especiales, e intenta garantizar una mayor eficacia del principio de unidad en la tutela protectora dispensada<sup>98</sup>.

La reforma en curso pretende avanzar en este campo simplificador y de convergencia. La idea de racionalizar la estructura interna del Sistema entiendo que obedece, a una razón de eficiencia en la gestión y a la razón social de búsqueda de la equidad y homogeneidad en el tratamiento de la protección social, en la línea de reforzar el criterio legal de que generalizar el tratamiento protector que se otorga actualmente al Régimen General de la Seguridad Social como ideal de cobertura y referente del proceso reformista que busca la convergencia entre los distintos regímenes públicos de Seguridad Social. El Régimen General se convierte así en paradigma y eje referente del Sistema de Seguridad Social en su conjunto<sup>99</sup>.

En el Acuerdo de 2006, se indicaba que *“Las partes firmantes del Acuerdo entienden que tiene que ser posible que con un período transitorio de entre quince y veinte años se produzca un tránsito armónico y de adaptación hacia el régimen general”* del colectivo de los Empleados de Hogar (Texto del Acuerdo 2006, pág. 26). El horizonte de la convergencia del Régimen Especial de Empleados de Hogar con el RGSS es que el primero *“confluya en el Régimen General cuando la identidad de tipos de cotización sea plena”* (Texto del Acuerdo 2006, pág. 64).

La Ley 18/2007, de 4 de julio, dando cumplimiento legal en gran medida al referido Acuerdo, avanzó en el proceso de simplificación y racionalización de la estructura interna del Sistema de Seguridad Social.

<sup>98</sup> La reforma de la estructura del sistema de la Seguridad Social, en VV.AA., La reforma de la seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, Madrid, *La Ley*, 2008, págs. 201 y ss.

<sup>99</sup> Art. 10.5, en la redacción dada por la Disposición final 1ª de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social.

En dicha Ley se establece la integración de los trabajadores por cuenta propia incluidos en el Régimen Especial Agrario en el RETA, con eficacia a partir del uno de enero de 2008 (art. 1 de la Ley 18/2007, de 4 de julio). Se crea un “*Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Propia Agrarios*” dentro del RETA (art. 2).

El Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado el 29 de diciembre de 2010 por la comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto<sup>100</sup>, tuvo el visto bueno del Pleno del Congreso de los Diputados celebrado el 25 de enero de 2011<sup>101</sup>.

Asimismo, la Comisión considera necesario promover, “*de manera gradual*”<sup>102</sup>, las medidas necesarias para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a los ingresos percibidos por los mismos. Y en particular propone terminar la integración definitiva de los siguientes regímenes especiales: agrario por cuenta ajena, de los trabajadores del mar y de los trabajadores al servicio del hogar familiar. En esta línea, la Comisión considera pertinente seguir avanzando en el proceso de convergencia y armonización entre el Régimen General y el Régimen de Clases Pasivas, “*que deberá hacerse de manera gradual y sin afectar a expectativas de derechos, ni a derechos legítimamente adquiridos*”<sup>103</sup>.

La Comisión entiende que han de incrementarse los niveles de transparencia e información a los trabajadores autónomos para permitir una elección responsable y adecuada de sus bases de cotización, con el objetivo de mejorar la suficiencia de sus pensiones futuras.

<sup>100</sup> [http://www.congreso.es/docu/comisiones/PactTole/153\\_000001\\_0000.pdf](http://www.congreso.es/docu/comisiones/PactTole/153_000001_0000.pdf) (consultado el 3/05/2017).

<sup>101</sup> La Recomendación número 4 se refiere nuevamente a la financiación, simplificación e integración de regímenes especiales, y su texto es el siguiente: “*La Comisión considera necesario culminar el proceso de simplificación en orden a la existencia de dos grandes regímenes en los que queden encuadrados, por un lado, los trabajadores por cuenta ajena y, por otro lado, los trabajadores por cuenta propia. Dentro de este contexto sería oportuno alcanzar una protección social equiparable entre estos dos regímenes.*” [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&D OCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=\(CDD201101310513.CODI.\)#\(Página24\)](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/PopUpCGI?CMD=VERLST&BASE=puw9&D OCS=1-1&DOCORDER=LIFO&QUERY=(CDD201101310513.CODI.)#(Página24)) (consultado el 30/05/2017).

<sup>102</sup> Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado el 29 de diciembre de 2010: “*...deben promoverse, de manera gradual, las medidas necesarias para aproximar las bases de cotización de los trabajadores autónomos a los ingresos percibidos por los mismos.*”

<sup>103</sup> Además, estima pertinente que “*...todas las medidas que desarrollen los acuerdos del Pacto de Toledo tengan en cuenta la realidad específica del trabajo autónomo, articulando para ello los mecanismos necesarios que permitan que los trabajadores autónomos participen en los procesos que les afecten.*”

La Comisión estima necesario adoptar las medidas oportunas para ampliar la cotización al sistema de Seguridad Social por cualquiera de los trabajos realizados en todos los sectores de actividad económica. Esto supondría extender la posibilidad de cotizar al conjunto del colectivo de becarios de postgrado, así como la inclusión, a través de un sistema ágil y sencillo, de todas las personas sujetas al Régimen Especial de trabajadores al servicio del hogar familiar, a partir de cualquier trabajo periódico.

## 5. ACUERDO SOCIAL Y ECONÓMICO DE 2 DE FEBRERO DE 2011 Y LA REVISIÓN DE CONTENIDOS

El 2 de febrero de 2011 se suscribió el Acuerdo Social y Económico (en adelante ASE) entre el gobierno y los agentes sociales más representativos<sup>104</sup>. El apartado II de la parte 1ª del ASE recoge las medidas de protección social (la reforma del régimen de pensiones) que el gobierno se comprometía a trasladar a un proyecto de ley para su aprobación, como así se produjo<sup>105</sup>. Uno de los epígrafes de este apartado II de la parte 1ª del ASE trata sobre la integración de regímenes en los siguientes términos: *“Los trabajadores por cuenta ajena del REASS se verán integrados en el Régimen General, a través de un Sistema que garantice la equiparación de sus prestaciones, habilitándose un periodo transitorio de evolución de las cotizaciones que garantice el mantenimiento de la competitividad de las explotaciones agrarias. Durante el proceso de tramitación parlamentaria de la reforma de la Seguridad Social se procederá a la revisión de la situación del Régimen Especial de Empleados de Hogar a los efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social”*.

El ASE de 2011, estableció entre sus prioridades el avance en la integración de Regímenes de Seguridad Social, especialmente respecto a la integración del Régimen Especial Agrario en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>106</sup>, y ya aludía a la revisión de la situación del Régimen Especial de Empleados de Hogar a los efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social. De nuevo, interesa destacar, que no sólo se trata de simplificar y racionalizar, sino también

<sup>104</sup> <http://www.upct.es/ce/documentos/Acuerdo%20social%20y%20economico%202%20de%20febrero%202011.pdf> (consultado el 12/04/2017).

<sup>105</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/SEN/BOCG/2011/BOCG\\_D\\_09\\_99\\_638.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/SEN/BOCG/2011/BOCG_D_09_99_638.PDF) (consultado el 13/03/2017).

<sup>106</sup> Con fecha 8 de marzo de 2011, se firma un Preacuerdo que contiene como parte integrante del mismo un Anexo I con el texto del borrador de Anteproyecto de Ley de Integración del REA en el Régimen General. [http://www.agroalimentaria.coo.es/comunes/recursos/21/doc84769\\_Preacuerdo\\_REASS.pdf](http://www.agroalimentaria.coo.es/comunes/recursos/21/doc84769_Preacuerdo_REASS.pdf) (consultado el 13/03/2017).

de tender a una mayor homogeneidad en el marco de una diversificación simplificada, es decir, se trata de que a pesar de la existencia de regímenes especiales, éstos miren de cerca al Régimen General como su referente e ideal de cobertura (disposición adicional 8ª de la Ley General de la Seguridad Social de 1994)<sup>107</sup>.

Tras alcanzar este principio de acuerdo e incorporar la necesaria modificación de carácter legal en el Proyecto de Ley citado, las partes seguirían negociando para culminar este proceso, tanto en materia de Seguridad Social como en lo que respecta a la regulación de la relación laboral especial de empleadas de hogar. Entre otras cuestiones, debía destacarse el proceso de negociación en lo que se refería a materias pendientes de desarrollo reglamentario, protección por desempleo y en la consideración de bonificaciones o reducciones para los empleadores por las cotizaciones que debieran soportar.

## **6. PROYECTO DE LEY SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y SUS PROYECCIONES DE FUTURO**

El proyecto de ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social<sup>108</sup> fue publicado el 1 de abril en el Boletín Oficial del Congreso de los Diputados y no incluía ninguna mención a dicha integración<sup>109</sup>. Fue en el trámite de presentación de enmiendas, elaboración del informe de la ponencia y aprobación del texto por la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso con competencia legislativa plena cuando se trasladó a la norma el acuerdo alcanzado el 27 de junio<sup>110</sup>. En el Senado se incorporan algunas modificaciones que no afectan al núcleo duro y sustancial del acuerdo gobierno-sindicatos<sup>111</sup> (quizás la más relevante es la no aplicación del

<sup>107</sup> Se modifica el apartado 1 por la disposición final 10.5 de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

<sup>108</sup> [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A\\_120-01.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_120-01.PDF) (consultado el 30/03/2017).

<sup>109</sup> AA.VV., “Jornadas sobre las reformas laborales de 2012 y su aplicación práctica.” *UPCO-ICADE*, 2012, págs. 87-104.

<sup>110</sup> Reforma Laboral 2012. *Análisis práctico del Real Decreto-Ley 3/2012 de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2012 (Dir. I. GARCÍA PERROTE- JR. MERCADER). (Dir. I. GARCÍA PERROTE- JR. MERCADER), *La regulación del mercado laboral*. Ed. Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 223-240.

<sup>111</sup> SALA FRANCO, T. y MOLERO MANGLANO, C., Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercados Laboral. Principales novedades respecto al RD-Ley 3/2012. *Observatorio de Recursos Humanos*, NÚM. 71, septiembre 2012, pág. 23 y ss.



régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167 de la LGSS con respecto a las contingencias profesionales del sistema especial).

Expresión de aquella voluntad unificadora es, entre otras, la disposición adicional 8ª de la Ley General de la Seguridad Social de 1994<sup>112</sup> (en adelante TRLGSS 1994), reflejo de cómo paulatinamente se van equiparando los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales al Régimen General en el ámbito prestacional<sup>113</sup>. Por lo que a los trabajadores autónomos se refiere, también a título de ejemplo, resulta significativa la ampliación de su acción protectora en materia de incapacidad temporal y el reconocimiento de las contingencias (antigua reivindicación de este colectivo profesional)<sup>114</sup>.

Han tenido que transcurrir más de 26 años desde que se dictara el RD 1424/1985, de 1 de agosto (en adelante RLESD), que regulaba la relación de carácter especial de los empleados del hogar; para que la *disposición adicional trigésimo novena de la de la LAAMSS*, que procedió a integrar el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>115</sup>, obliga a dictar el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre (en adelante RLESHF) que ahora nos ocupa, ya que aun *suponiendo un avance en materia de equiparación de derechos sociales de estos trabajadores con respecto al resto, presenta luces y sombras que es preciso analizar*.

## 7. EL PROCEDIMIENTO PARA LA INTEGRACIÓN Y SUS DIFICULTADES EN EL CONTEXTO NACIONAL

La LAAMSS, establece dicha integración en su Disposición adicional trigésimo novena, apartado 1. Integración del Régimen Especial de la

<sup>112</sup> Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>113</sup> MONTOYA MELGAR, A. *La reforma laboral de 2012: los fines y los medios*, en MONTOYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J. (dirs.), *Comentario a la reforma laboral de 2012*, Navarra, Ed. Civitas/Thomson Reuters, pág. 71.

<sup>114</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, C., La versión política de la reforma laboral permanente. La afectación del equilibrio del modelo laboral en *La Regulación del Mercado Laboral*. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. (dir.), 2012. Valladolid. Ed. Lex Nova, págs. 27-51.

<sup>115</sup> Sobre la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, PANIZO ROBLES, J. A., “Una nueva reforma de la Seguridad Social: Comentario a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, n.º. 343, págs. 140-147; SEMPERE NAVARRO, A. V., “Actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2011, BIB 2011/1396, apartado 20.

Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social: *“Con efectos de 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente”*<sup>116</sup>.

La integración de los empleados de hogar en el Régimen General se produce por un lado, con la pretensión de mejorar la protección de los trabajadores dedicados a esta actividad; por otro, como sabemos, la existencia de una permanente sospecha de fraude en un sector caracterizado por el trabajo encubierto, y esa mayor tutela se convierte, en cierto modo, en un incentivo que pretende vencer las reticencias a la regularización de una actividad en la que, por cierto, el elemento de extranjería, como hemos reiterado en varias ocasiones, debe tomarse sin duda en consideración. La reforma busca, entendemos que en último término, incrementar la recaudación del Sistema de Seguridad Social, aunque de momento no lo ha conseguido.

Resumiendo, desde el 1 de enero de 2012 el antiguo Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar desaparece<sup>117</sup>, quedando integrado en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>118</sup>, eso

<sup>116</sup> La Disposición Adicional 39<sup>a</sup> no agota, por tanto, las características del sistema especial, ya que prevé que la integración se hará en los términos y con el alcance indicado en la propia disposición y también con las peculiaridades que se determinen reglamentariamente. Tal desarrollo, se produce mediante el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE de 31 de diciembre de 2012).

<sup>117</sup> Pese a que no se dice expresamente, del análisis de la disposición adicional 39.<sup>a</sup> Ley 27/2011, de 1 de agosto, puede desprenderse que, a partir de 1 de enero de 2012, desaparecerá la tradicional distinción, en lo que afecta a la responsabilidad en la solicitud de la afiliación o altas de los empleados del REEH y en su cotización, según el tiempo de trabajo realizado en el hogar familiar. Es decir, en el caso en que el empleado de hogar prestaba sus servicios para un solo cabeza de familia, en su casa, durante un tiempo igual o superior a ochenta horas de trabajo efectivo al mes, el cabeza de familia era quien debía solicitar la afiliación, altas y bajas. En cambio, era el propio empleado de hogar, si prestaba servicios de forma parcial o discontinua para uno o varios cabezas de familia, procediendo únicamente el alta en el REEH, cuando los servicios que se prestaran tuvieran una duración mínima de setenta dos horas al mes, efectuadas, al menos, durante doce días en cada mes. Con la integración desaparece esa distinción y se crea un nuevo régimen jurídico.

<sup>118</sup> Es evidente que la integración responde al objetivo que se marca el art. 10 del TRLGSS 1994, en la redacción de la disposición final 1.<sup>a</sup>.1 L 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social, con efectos de 1 de

sí, atendiendo a sus peculiaridades, como sistema especial<sup>119</sup>. Estableciéndose un periodo transitorio, que finaliza en 2019, hasta culminar la plena integración de los empleados de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social<sup>120</sup>.

La creación de éste Sistema especial adolece, como se verá, de ciertos elementos esenciales, y en particular, creo se debe criticar la técnica legislativa utilizada, porque la creación del Sistema especial y su regulación esencial se contienen en una Disposición Adicional de una ley concebida para reformar las pensiones y contribuir a la viabilidad del Sistema. Tampoco se ha derogado el entramado normativo del REEH, y todo ello conduce a lógicas incertidumbres sobre el concreto marco jurídico que rige el nuevo SEEH, como analizamos al principio de este capítulo.

Resumamos aquí antes de continuar con el análisis, que en función de lo dispuesto en la LGSS, se limita, en principio, el acceso al sistema de Seguridad Social ya que permite que el Gobierno excluya a las per-

---

enero de 2012, según el cual reitera, en sus diversos apartados 3, 4 y 5, la idea de que los regímenes especiales deben tender en su regulación a la homogeneidad con el Régimen General. Ello no obstante, parece razonable que la excepción la encontremos en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA) por tratarse de una concepción del trabajo distinta del ámbito laboral.

<sup>119</sup> Fruto del Acuerdo de 27 de julio de 2011, entre la Confederación Sindical de CCOO, la UGT y el Gobierno de España, para la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General.

<sup>120</sup> La disposición adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que justamente lleva por título “Integración del régimen especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social”, que entra en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley, cuyo apartado 1 enmarca con claridad y precisión el alcance de la reforma, cual es la integración del personal al servicio del hogar familiar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir del próximo 1 de enero, integración que deberá sujetarse a los términos y con el alcance fijados en la propia ley, “y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente”. El apartado 2 regula las bases de cotización a la Seguridad Social a partir del año 2012 y entre los años 2013 a 2018, con la manifestación de que la plena equiparación entre ambos regímenes en materia de cotización se producirá el año 2019; igualmente regula los tipos de cotización aplicables para el sujeto empleador y para la persona trabajadora, con un incremento gradual de la cuantía fijada para el año 2012 que debe llevar a que, otra vez, el año 2019 el tipo de cotización y la distribución entre los sujetos de la relación laboral y de Seguridad Social sea la misma que en el régimen general. El apartado 3 regula las prestaciones a las que tendrá acceso el personal al servicio del hogar familiar y sus peculiaridades. Por fin, el número 4 regula los plazos de que disponen las partes para adecuarse al cambio en vigor desde el 1 de enero de 2012, fijándose el 1 de julio como fecha límite para su efectiva aplicación, en el bien entendido que a partir del día primero del mes siguiente al que se comunique el cambio será de aplicación la nueva normativa, y que hasta que ello no se produzca (con la fecha límite del 1 de julio) “se seguirá aplicando el régimen jurídico correspondiente al Régimen Especial de Empleados de Hogar”.

sonas cuya actividad por cuenta ajena pueda considerarse marginal, en atención a su jornada o su retribución, a instancia de los interesados<sup>121</sup>. La Ley de Seguridad Social de 1966 en su art. 62.3 preveía la exclusión solamente en el Régimen General. A partir del Texto Refundido de 1974, va a ser posible en todos los Regímenes de trabajadores por cuenta ajena (art. 7.5), pasando en los mismos términos al TRLGSS 1994 (art. 7.6). El Gobierno no ha hecho uso de su potestad más que en una ocasión, por Decreto 1382/1972, de 6 de mayo, por la que se excluye del campo de aplicación del sistema a los trabajadores de la empresa “*Sociedad de Fomento de la Cría Caballar de España*” que prestaban servicios en el Hipódromo de Madrid tan solo los días en los que se celebraban carreras de caballos, obligando aún así a asegurar la contingencia de accidentes de trabajo.

Las especialidades del sistema exceden en ocasiones los límites establecidos en el art. 11 LGSS, que al contemplar la posibilidad de establecer sistemas especiales en los Regímenes de Seguridad Social, permite exclusivamente, como ya he indicado, diferencias en el encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación<sup>122</sup>, lo que, sin embargo, no plantea problema en nuestro caso, al haberse regulado el sistema mediante norma del mismo rango.

### 7.1. LOS PLAZOS DE LA INTEGRACIÓN COMO ELEMENTO DECISIVO

La LAAMSS fue publicada el 2 de agosto, fecha en la que entra en vigor, aunque la efectividad de la integración se da a partir de fechas diferentes. La integración en el sistema especial y consecuente obligación de alta y cotización es inmediata para las contrataciones realizadas a partir del 1-1-2012, de acuerdo con la Disposición Final 12.1 de la LAAMSS.

La Disposición Adicional 39<sup>a</sup>.4 LAAMSS da un plazo de seis meses naturales, a contar del 1 de enero de 2012, para que “*los empleadores y las personas empleadas procedentes del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar que hayan quedado comprendidos*

<sup>121</sup> Art. 7.6 R.D. Legislativo 1/1994 de 20 de junio: “*No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores del presente artículo, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Empleo y Seguridad Social y oídos los Sindicatos más representativos o el Colegio Oficial competente, podrá, a instancia de los interesados, excluir del campo de aplicación del Régimen de la Seguridad Social correspondiente, a las personas cuyo trabajo por cuenta ajena, en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida*”.

<sup>122</sup> PANIZO ROBLES, J.A., “La seguridad social de las personas que prestan servicios en el hogar... op. cit., págs. 10-11.

*dentro del Régimen General de la Seguridad Social*” comuniquen a la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS) el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el sistema especial.

De la lectura de este precepto se desprende que en un plazo de 6 meses, esto es, desde el 1 de enero de 2012 hasta el 30 de junio de 2012, tanto los titulares del hogar como los empleados, debieron comunicar a la TGSS, que estaban encuadrados en el REEH y al mismo tiempo, hacer constar que cumplían con los requisitos exigidos para la inclusión en el citado Sistema Especial.

Con respecto al momento en que se inicia los efectos la integración, tal como establece el párrafo 2º de la DA 39ª.4. LAAMSS, la consecuencia de la comunicación es la plena aplicación de las normas reguladoras del sistema especial a partir del día primero del mes siguiente. El plazo concedido a los empleadores no tiene sentido considerando que la norma se publicó el 2 de agosto de 2011<sup>123</sup>, por lo que tuvieron un periodo de cinco meses en el que hacerse cargo de la nueva situación, pero continúa con una tradición en la regulación de las obligaciones del empleador doméstico<sup>124</sup>.

La redacción del precepto podría hacer dudar sobre el plazo a aplicar en el caso de quienes no estaban de alta en el REEH por no alcanzar las 72 horas mensuales de dedicación. No son personas procedentes del anterior régimen especial aunque sí estaban sujetas a sus normas. Por lo demás, no deja muy clara ésta cuestión el párrafo tercero de la DA 39ª.4 LAAMSS, que al establecer las consecuencias del incumplimiento de la obligación de comunicar a la TGSS las condiciones de inclusión solo se refiere a dos supuestos: el de quienes estaban ya de alta por cuenta ajena en el REEH y el de las trabajadoras que aparecían en él como discontinuas. No aparece el caso de la obligación totalmente nueva derivada de la aplicación de las normas del Régimen General, la de quienes por trabajar menos de las 72 horas no tenían acceso al REEH. Debería entenderse que la obligación de alta en este caso no tiene el plazo especial de seis meses, sino que está referida al 1-1-2012, fecha de efectos de la legislación aplicable.

<sup>123</sup> GETE CASTRILLO, P., “La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (y II)”, *RRLL*, n.º. 20, Quincena del 15 al 31 Oct. 2011, califica el plazo de extraña *vacatio legis*, que deja los efectos de la integración en manos del empleador, apdo. 1.

<sup>124</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir del 2012”. *RL* n.º. 22. Noviembre 2011, pág. 140.

Las consecuencias de la falta de comunicación en plazo, que finalizaba a fecha 1 de julio, son diferentes en el caso de las empleadas fijas y las discontinuas del REEH. Para las primeras, se procedió de oficio pasando a integrarlas en el sistema especial en el tramo superior de la escala de bases de cotización, lo que se entendió como una buena solución, de cara a incentivar el cumplimiento de la obligación de comunicar las circunstancias que dan lugar a la integración en el caso de salarios inferiores a los 700,11 € mensuales, supuesto en el que la declaración traía como consecuencia, una rebaja en las cotizaciones que se venían abonando.

## 7.2. LA APLICACIÓN DE PLAZOS EN EL CASO DE LAS EMPLEADAS FIJAS DISCONTINUAS DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

Para las personas que estaban de alta como discontinuas, la falta de comunicación en plazo suponía que “*quedarán excluidos de dicho Sistema Especial, con la consiguiente baja en el Régimen General, con efectos al 1 de julio de 2012*”. La baja en el Régimen General es *sui generis*, porque de acuerdo con el apartado 4 párrafo tercero de la DA 39ª LAAMSS, las normas reguladoras del Régimen General se aplican solamente a partir de la fecha de la comunicación del cumplimiento de las condiciones para el encuadramiento, mientras tanto el régimen jurídico aplicable es el del REEH.

Se ha entendido que esta disposición supone la tácita presunción *iuris tantum* de la cualidad de autónomas de las discontinuas y consecuente deber de darse de alta en el RETA<sup>125</sup>, posición, que desde nuestro punto de vista, parece difícil justificar. Con independencia del debate posible sobre la cualidad de cada relación doméstica de servicios (laboral o civil), la presunción *iuris tantum* sobre el carácter no laboral de la prestación supondría imponer la carga de la prueba a la trabajadora que pretendiese cambiarla, por lo que entiendo, que el punto de partida sería el contrario, es decir, quien estuvo de alta como trabajadora discontinua lo hizo al amparo del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico (en adelante Decreto RESD), que declaraba la subsidiariedad del Régimen General, lo que parece ser un

<sup>125</sup> SELMA PEÑALVA, A., “Inconcreciones en cuanto al régimen de Seguridad Social de los empleados de hogar”, *CEF*, Trabajo y Seguridad Social, núm. 350, mayo 2012, pág. 63. Cuestionando asimismo la cualidad laboral de la relación de servicios en el trabajo discontinuo, LANDA ZAPIRAIN, J.P., Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012, pág. 24.

reconocimiento tácito de que la relación de servicios que sirve de base a la integración en el REEH debe considerarse laboral.

Por esto, entiendo, que para proteger a las trabajadoras del hogar discontinuas, la TGSS podría haber acordado, requerir a los empleadores que aparecían como contratantes de las trabajadoras discontinuas, para que si fuese el caso, les diesen de alta en cumplimiento de la nueva legalidad, ya que los datos necesarios, nombre, apellidos, domicilio, documento identificativo y número de seguridad social obraban en poder de la TGSS, al ser la información que en su día habían proporcionado las trabajadoras discontinuas en el impreso de solicitud de su alta en el REEH.

Por otra parte, en el tránsito al sistema especial de hogar, se limita durante un tiempo la aplicación plena las normas del Régimen de integración, esto es lo que se hace en los apartados 3 y 4 de la DA 39<sup>a</sup> de la LAAMSS, al establecer la implantación gradual de las normas del Régimen General, tanto en materia de cotización como de prestaciones<sup>126</sup>.

En el caso específico de la integración del REEH en el Régimen General, ocurre que durante seis meses conviven dos regímenes aplicables al contrato de trabajo doméstico, con dos legislaciones vigentes y distintas susceptibles de aplicación a una misma realidad. La LAAMSS no contiene ninguna disposición que aborde la cuestión.

La Disposición Transitoria Única de la LAAMSS regula una materia relativa al sistema especial. Establece las bonificaciones que se concederán durante los tres primeros ejercicios de existencia del sistema, lo que es una mera regulación de futuro sobre la cotización en tres años determinados y no hace referencia a ninguna cuestión planteada por el tránsito entre regímenes.

A falta de una disposición transitoria que disponga otra cosa, habría que atenerse al contenido de la DA 39<sup>a</sup> LAAMSS, que establece la plena aplicación de las normas reguladoras del sistema especial a partir del día primero del mes siguiente al que se comuniquen a la TGSS el cumplimiento de las condiciones de integración en el mismo, lo que plantea el efecto inmediato de la nueva norma a hechos iniciados bajo la anterior legalidad.

<sup>126</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Formas de acceso al Sistema especial de Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social”, *RMESS*, nº 99, 2012, pág. 31.





## CAMPO DE APLICACIÓN DEL NUEVO SISTEMA ESPECIAL

El SEEH, como sabemos, es uno de los Regímenes especiales integrados en el Régimen General en donde se encuadran los trabajadores que presten servicios para el hogar familiar, con la exclusión de los trabajadores que presten servicios domésticos no contratados directamente por los titulares del hogar familiar, sino a través de empresas<sup>127</sup>, por tanto, se encuadran los trabajadores que presten servicios para el hogar familiar (bajo cualquiera modalidad de tarea doméstica), así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos<sup>128</sup>.

La DA 39ª LAAMSS no define el campo de aplicación del Sistema especial, sino que se limita a integrar en el Régimen General a quienes ya formaban parte del Régimen Especial, o a quienes en el futuro pudieran incorporarse al SEEH. Conviene recordar que el art. 2 del Decreto RESD declaraba comprendidos en el mismo a quienes se dedicasen a prestar *“servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia”*, dentro de *“la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar”* y percibiendo *“por este servicio un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea”*.

Durante la vigencia de ese régimen jurídico anterior se establecía una característica que diferenciaba el trabajo doméstico prestado a tiempo

<sup>127</sup> De acuerdo con lo previsto en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social y art. 251 LGSS.

<sup>128</sup> Apdo. 1.b) Art. 2 del Estatuto de los Trabajadores.

completo y el prestado a tiempo parcial a efectos de facilitar la gestión el Sistema de Seguridad Social, situando al empleado de hogar a tiempo parcial en una posición análoga a la de un trabajador autónomo en materia de actos de encuadramiento y cotización, ya que era el trabajador quien debía cumplir tales obligaciones.

A este respecto, exponer aquí, que a definición de trabajo a tiempo parcial no era coincidente con la del Estatuto de los Trabajadores, sino que el art. 49.1.2º RD 84/1996 afirmaba que *“se considerarán servicios prestados a tiempo parcial los que se presten durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el MTAS”*, introduciendo con esta remisión una nueva especialidad, que podríamos considerar, conectaba en cierta forma con la habilitación para la exclusión de las actividades marginales prevista en el art. 7.6 LGSS.

## **1. MODALIDADES DE TRABAJO DOMÉSTICO EN LA REGULACIÓN DEROGADA**

Bajo la vigencia del régimen jurídico precedente se establecía una significativa diferencia entre el trabajo doméstico prestado a tiempo completo y el prestado a tiempo parcial. Pese a que en ambos supuestos se celebraba un contrato de trabajo, y que el encuadramiento en el Régimen Especial no ofrecía dudas, a efectos de facilitar la gestión el Sistema de Seguridad Social situaba al empleado de hogar a tiempo parcial en una posición similar a la de un trabajador autónomo en materia de actos de encuadramiento y cotización, ya que era el trabajador quien debía cumplir tales obligaciones.

La definición de trabajo a tiempo parcial no coincidía con la del ET, sino que el art. 49.1.2º RD 84/1996, de 26 de enero, afirmaba que *“se considerarán servicios prestados a tiempo parcial los que se presten durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el MTAS”*, pero a juicio de García Ortega, la normativa no ofrece una denominación para este tipo de contrato, sino que recoge a lo sumo el nombre del objeto<sup>129</sup>, concluyendo que este contrato carece de *nomen iuris* propio.

Esta última remisión a superar el mínimo establecido, introducía otra peculiaridad adicional, que conectaba en cierta forma con la habili-

<sup>129</sup> GARCÍA ORTEGA, J., *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Ed. Bosch, 1990, pág. 64.

tación para la exclusión de las actividades marginales prevista en el art. 7.5 LGSS. Aunque con una justificación más difusa, quedaban excluidos del Régimen Especial los empleados de hogar que prestasen servicios durante menos de setenta y dos horas mensuales distribuidas en al menos doce jornadas al mes. El fundamento de tal exclusión, se encontraba en una antigua Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 9 de septiembre de 1971, sobre aplicación del Régimen de Seguridad Social a trabajos parciales o discontinuos<sup>130</sup>, que pretendía evitar que la afiliación y el alta en el Sistema pudiese suponer una carga demasiado gravosa para la trabajadora, y, sobre todo, impedir en la medida de lo posible, el fraude ocasionado por quienes aprovechaban las dificultades de control en ese ámbito para acceder al Sistema, fingiendo la realización de una actividad protegida<sup>131</sup>.

### 1.1. LA BARRERA DE LAS SETENTA Y DOS HORAS COMO LÍMITE DE REFERENCIA

Efectivamente, el Decreto RESD no establecía ningún límite a la dedicación que diese lugar al encuadramiento<sup>132</sup>, pero tal y como ya hemos indicado, las entidades gestoras de la Seguridad Social no han admitido el alta en el Régimen Especial a las trabajadoras discontinuas, si no existía una jornada mínima de 72 horas al mes, realizada al menos en 12 días de trabajo, por lo que si no se cumplía éste número de horas, el trabajador quedaba excluido del sistema<sup>133</sup>.

En relación con la exclusión del sistema de seguridad social de personas que no alcanzan un determinado nivel de dedicación, ha sido declarada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) acorde con la Directiva 79/7/CEE de 19 diciembre 1978<sup>134</sup>, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social siempre

<sup>130</sup> Circular 2045 de la TGSS, de 25 de noviembre de 1986.

<sup>131</sup> CUBAS MORALES, A., “Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar”, *Tribuna Social*, núm. 42, 1994, pág. 33.

<sup>132</sup> Antes del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social (BOE de 31 de diciembre de 2012), GARCÍA GONZÁLEZ, G., en “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, *Aranzadi Social*, n° 8, Diciembre 2011, pág. 4. Mantenía que se había producido su derogación tácita.

<sup>133</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A., “El Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar”. *Actualidad laboral*, n° 21-22/2011, pág. 1.

<sup>134</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31979L0007:ES:HTML> (consultado el 23/03/2017).

que el propósito de la norma sea razonable, asegurar la sostenibilidad del sistema<sup>135</sup>, y ajeno a un propósito discriminatorio aunque resulten afectadas muchas más mujeres que hombres<sup>136</sup>.

La limitación, como decimos, proviene de la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 de septiembre de 1971 (BOMT 31-1-1972)<sup>137</sup>, resolviendo de conformidad con la propuesta realizada por la Mutualidad Nacional del servicio doméstico sobre la interpretación a dar al art. 2.1.a) del Decreto RESD, entendiendo incumplido, de forma implícita, el requisito de “dedicación” que da lugar a la integración en el régimen.

Cuando se produce la primera Resolución, la Ley de Seguridad Social de 1966, de 21 de abril, no contenía previsión alguna sobre la competencia para delimitar la profesionalidad que da lugar al alta en el sistema en los regímenes especiales, pero a partir de la Ley General de la Seguridad Social de 1974, de 30 de mayo, el art. 7.5 encomendaba al Gobierno y no a un órgano administrativo de gestión el haber determinado los supuestos de exclusión.

Sin embargo, el contenido de la Resolución de 9 de septiembre de 1971 fue reiterado por la Dirección General del Régimen Jurídico de la Se-

<sup>135</sup> En éste sentido también la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) [Diario Oficial L 204 de 26.7.2006].

<sup>136</sup> Dos sentencias del TJCE de 14 de diciembre de 1995, referidas a diferentes situaciones de desprotección de seguridad social de los empleos inferiores a las 15 y 18 horas semanales en el derecho alemán, declaran la inexistencia de discriminación por razón de sexo, aún constatado que las disposiciones afectan a muchas más mujeres que hombres. El argumento de que “el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo” (Asunto C-444/1993), supone una importante flexibilización en la justificación de la discriminación sexual indirecta. LOUSADA AROCHENA, J.F., “La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al derecho de la seguridad social”, *AL*, nº 1.1996, págs. 217-236.

<sup>137</sup> Conforme a la Memoria del INP correspondiente al año 1971, el motivo de la propuesta por parte de la Mutualidad fue la constatación del sensible incremento del colectivo de asistentas en relación con las empleadas de dedicación exclusiva, a lo que se quiso poner freno. También en la Memoria del INP del año 1973, se constata el especial aumento de las asistentas en los mismos términos (pág. 202). De acuerdo con los gestores, al ser las asistentas normalmente casadas con cargas familiares, a diferencia de lo que sucedía con las fijas con dedicación exclusiva, a igualdad de cuota aquellas generaban una mayor carga de prestaciones periódicas en el régimen. Aún después de haberse dictado la Resolución, los órganos de la Mutualidad mantienen sus reticencias ante el incremento de las discontinuas, que “*al parecer consideran lo beneficiosas que resultan las prestaciones que se conceden con la vigente cuota*”.

guridad Social de fecha 5 de noviembre de 1985<sup>138</sup>. Al mantener la validez de la Resolución de 9 de septiembre de 1971, ésta Dirección General señalaba que ha de tenerse en cuenta que “*está en proyecto la modificación del Régimen*”, por lo que la solución se presentaba como algo provisional.

Pero en cambio, la vigencia de la Resolución se confirma por la Secretaría General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, en sucesivas respuestas a consultas de los años 1991, 2001 y 2008<sup>139</sup>. Esta última menciona el proyecto de integración del Régimen Especial en el Régimen General para justificar la demora de la entidad en pronunciarse sobre la vigencia del límite de 72 horas mensuales para el alta en el régimen.

Ya en su día el Tribunal Central de Trabajo (en adelante TCT) señaló que la prestación de servicios a tiempo parcial no invalidaba la nota de profesionalidad, en el caso de ser continuos y exclusivos<sup>140</sup>. Pero, sin embargo, al declarar la procedencia de las altas sí consideró aplicable la Resolución para delimitar el mínimo aceptable de la profesionalidad y habitualidad<sup>141</sup>. Como apreciamos, los tribunales entendieron tradicionalmente que la Resolución de 9 de septiembre de 1971 complementaba el Decreto RESD, y consagraron de tal modo la exclusión del trabajo marginal en este sector<sup>142</sup>.

No obstante, puede encontrarse doctrina judicial contraria a esa opción, y que hacía prevalecer el principio de jerarquía normativa<sup>143</sup> (como también defendía la doctrina científica<sup>144</sup>), pues la Resolución

<sup>138</sup> Transcrita en la Circular de la Tesorería General núm. 2-045 de 25.11 de 1986, *BISS* noviembre 1986.

<sup>139</sup> Según resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 15 de noviembre de 1991, reafirmada en consulta 3-2001, de 5 de enero de 2001, y en informe de 10-4-2008, doctrina administrativa 29/2008, de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones.

<sup>140</sup> STCT 14-7-1987 (rec. 242/1986).

<sup>141</sup> Así lo califica la STCT de 7-1-1987, que cita como antecedentes las STCT 24-6-1982, y 23-10-1984. La misma doctrina sostiene la TCT de 4-1-1989.

<sup>142</sup> SSTCT de 24-3-1982, 23-10-1984, 4-9 y 10-7-1986, 7-1, 19-5 y 10-6-1987.

<sup>143</sup> La STSJ de Cataluña de 25-10-2001 (rec. 503/2000). Así como la STSJ Castilla La Mancha, de 16-5-2005 (rec. 1928/2003), califica de dudosa la aplicabilidad de la Resolución.

<sup>144</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social, La Ley*, Madrid, 1999, págs. 250 y ss.; LUJÁN ALCARAZ, J., *El Régimen Especial de la Seguridad Social en los empleados de hogar*, núm. 5, *Cuadernos de Aranzadi Social*, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 43-44; SALAS MÉNDEZ, P., “¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar a tiempo parcial del régimen especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico?”, *AS*, Tomo IV, 2001, págs. 2988 y ss.

de 9 de septiembre de 1971 únicamente podía alcanzar valor interpretativo; su hipotética calificación como norma jurídica, con los efectos propios de estas, resultaba inviable, ya que ni siquiera fue objeto de publicación en el BOE.

En consecuencia, la exclusión del trabajo doméstico marginal se encontraba con una traba de legalidad evidente, debido a que la citada Resolución difícilmente puede colmar, en razón de la jerarquía normativa y de su falta de publicación oficial, la remisión efectuada por el art. 49.1.2º RD 84/1996, de 26 de enero, al reglamento en orden al establecimiento de un mínimo de horas de trabajo efectivo mensual que determine la inclusión o no en el Sistema de Seguridad Social. No obstante, la práctica administrativa no aceptó estos argumentos<sup>145</sup>, y se decantó por la exclusión del REEH del trabajo doméstico marginal<sup>146</sup>.

En todo caso, aunque la precisión hubiera estado contenida en una norma reglamentaria no es claro que pudiera justificarse más que un mero cambio de encuadramiento<sup>147</sup>, ya que en efecto, es posible que el REEH, o cualquier otro Régimen Especial, delimiten su extensión subjetiva restrictivamente, de modo que no admitiera el alta de todos los que formalmente prestasen servicios en el marco de una relación laboral al servicio del hogar familiar, pero entendemos que, en cualquier caso, la expulsión del sistema de Seguridad Social de determinados colectivos de trabajadores es una facultad exclusiva del propio Gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo, no pudiendo llevarse a cabo por una mera Resolución<sup>148</sup>.

Por otro lado, entre las sentencias que admiten las 72 horas mensuales como criterio de profesionalidad y deniegan el alta por ese motivo, se declaraba que el límite de las 72 horas no podía ser tachado de discriminatorio con respecto a las normas del Régimen General en función

<sup>145</sup> Resolución DGR Jurídico de la Seguridad Social de 25 de diciembre de 1986.

<sup>146</sup> TGSS, *Informe sobre el balance de la integración de los trabajadores del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Sistema Especial para Empleados de Hogar en el Régimen General* (septiembre 2012), pág. 6, disponible en:

[http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fprensa.empleo.gob.es%2FWebPrensa%2FdownloadFile.do%3Ftipo%3Ddocumento%26id%3D1770%26idContenido%3D729&ei=LAWmUOieFY6o0AX014GgAQ&usg=AFQjCNHuhGT\\_Ff0wBjlYt2REy-UW-JsKhw](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CB8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fprensa.empleo.gob.es%2FWebPrensa%2FdownloadFile.do%3Ftipo%3Ddocumento%26id%3D1770%26idContenido%3D729&ei=LAWmUOieFY6o0AX014GgAQ&usg=AFQjCNHuhGT_Ff0wBjlYt2REy-UW-JsKhw) (consultado 07/02/2017).

<sup>147</sup> Si la legislación de Seguridad Social históricamente ha señalado límites a la cobertura del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial (el trabajo a tiempo parcial marginal) actualmente ya no fija tales límites. Así como la STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001 (1146/2000).

<sup>148</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2005 (rec. 1928/2003).

de la existencia en el Régimen Especial de una cuota única independiente de las horas trabajadas, sistema de cotización distinto al del Régimen General<sup>149</sup>. Y en todo caso, la vigencia del límite de las 72 horas se justificaba en el hecho de que la Resolución de 9 de septiembre de 1971 fuese confirmada el 5 de noviembre de 1985, con lo que se admitía sin especial esfuerzo argumental<sup>150</sup>.

Recordemos que el control de la prestación real de servicios a partir de las 72 horas fue una pauta constante en la gestión del Régimen Especial<sup>151</sup>. La Circular del Instituto Nacional de Previsión 25/70, de 11 de julio, establecía la revisión anual del censo, práctica que aparece mencionada en posteriores circulares<sup>152</sup>, y pasa a ser quinquenal por Instrucción de la TGSS de 30 de diciembre de 1994, pero no hemos encontrado noticia alguna de campañas de las entidades gestoras para detectar la falta de alta en los supuestos que daban lugar al encuadramiento.

Verdaderamente, la falta de definición de lo que sea o no trabajo marginal es una dejadez legislativa<sup>153</sup>, que se ha ido supliendo por la vía de resoluciones administrativas que establecen requisitos de encuadramiento confirmados posteriormente por la jurisprudencia<sup>154</sup>. Ni siquiera el Ministerio de Trabajo podría establecer un umbral mínimo de dedicación que dejase la relación de trabajo fuera del sistema, dado que según el art. 7.5 LGSS, según he anunciado, ésta es una atribución del Gobierno<sup>155</sup>, que en el RD 84/1996, de 26 de enero, al reglamentar en su art. 49 la obligación de alta en el Régimen Especial de quienes se dedican al empleo doméstico, no realiza excepción alguna<sup>156</sup>.

<sup>149</sup> STSJ Madrid, de 14-1-1992 (rec. 4000/1991).

<sup>150</sup> Respectivamente, STSJ Cataluña, de 5-9-2002 (rec. 3208/2002); STSJ de Asturias, de 12-12-2003 (rec. 3321/2002).

<sup>151</sup> De acuerdo con la Memoria del INP de 1972, pág. 202, los años anteriores se revisaba el censo de personas discontinuas.

<sup>152</sup> La referencia a las revisiones del censo aparece también en el Oficio-circular 946, de 1-4-1980 de la Dirección General del INSS, que modifica el impreso para la declaración de servicios domésticos de carácter parcial o discontinuo, y se refiere al Oficio-circular 12.154, de 21-12-79 sobre revisión del Censo de Empleados de Hogar.

<sup>153</sup> TORTUERO PLAZA, J.L., Artículo 7, VV. AA., (Dir. Monereo Pérez y Moreno Vida), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Ed. Comares, Granada, 1999, pág. 159.

<sup>154</sup> LEONES SALIDO, J.M., "El trabajo marginal, una frontera por resolver", *Aranzadi Laboral* 2/2003, BIB 46/2003, pág. 6.

<sup>155</sup> LUJÁN ALCARAZ, J., *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, op. cit., pág. 64; BLASCO LA HOZ, J.F. y otros, *Curso de Seguridad Social*, op. cit., pág. 108.

<sup>156</sup> VAZQUEL MATEO, F., *Actualidad laboral*, N° 3, 1989, págs. 519-528.

Al dejar en manos del Ministerio de Trabajo la concreción del mínimo, se entiende que por motivos temporales (la Resolución de 9 de septiembre de 1971 y posteriores cuestionadas, son anteriores al año 1996) y por jerarquía normativa, no podrían prevalecer<sup>157</sup>. Como elemento interpretativo, a falta de norma específica, se señala el cambio que el sistema de seguridad social ha tenido en relación a la infraprotección social del tiempo parcial, al derogar las normas que limitaban los derechos de seguridad social del contrato de menos de 12 horas semanales<sup>158</sup>.

Se planteó que al no haberse realizado la exclusión del sistema de seguridad social de quienes trabajan menos de 72 horas mensuales por la vía del art. 7.5 LGSS, una parte de las personas excluidas del Régimen Especial por su dedicación parcial tendrían que estar de alta en el Régimen General<sup>159</sup>, lo que ponía en evidencia lo anómalo de la consideración como válido del citado límite<sup>160</sup>.

Al cuestionarnos si la limitación al alta en el tiempo parcial de menos de 72 horas mensuales podía haber tenido base en las razones que la STC 253/2004, de 22 de diciembre<sup>161</sup>, que tuvo para declarar la existencia de discriminación indirecta contraria al art. 14 CE en el sistema de cómputo de los periodos de carencia en el contrato a tiempo parcial que establecía la versión primera del art. 12.1 del ET de 1995, constatamos como el propio TC señala en esta sentencia que efectivamente “*el principio de contributividad que informa nuestro sistema de Seguridad Social implica que debe existir una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada por*

<sup>157</sup> STSJ de Cataluña de 25-10-2001 (rec. 2512/2001). Comentada por SALAS MÉNDEZ, P., “¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar... op. cit., pág. 79.

<sup>158</sup> Art. 12.3 ET, modificado por la Ley 10/1994, de 19 de mayo; disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social modificados por RD Ley 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad.

<sup>159</sup> RDL 18/1993, de 3 de diciembre, al establecer un límite horario a efectos de diferente trato en materia de cotización y prestaciones en el trabajo por cuenta ajena, lo situó en 12 horas a la semana o 48 al mes. El RDL 15/1998, de 27 de noviembre, derogó la figura y estableció la fórmula para el cómputo de los periodos trabajados a tiempo parcial en el Régimen General.

<sup>160</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.; LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M.A., *Régimenes especiales de Seguridad Social*, op. cit., pág. 323.

<sup>161</sup> Nueva doctrina que supone un indiscutible paso atrás en el proceso de equiparación de condiciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, STC 156/2014, de 25 de septiembre de 2014.



*los trabajadores lo que justifica, que el legislador establezca que la base reguladora de las prestaciones se calcule en función de lo efectivamente cotizado...*". Pero esta argumentación del TC resulta un tanto confusa, porque aun admitiendo que fuera necesaria la aplicación de un principio de contributividad en esta cuestión (ante la necesidad de que exista una proporcionalidad entre la prestación reconocida y la contribución económica realizada, tal y como señala el propio Tribunal), nos cabe la duda de cuando, por ejemplo dos trabajadores con una misma carrera de cotización y de contribución al sistema de Seguridad Social acaban cobrando pensiones diferentes por el simple hecho de que antes de una laguna de cotización uno tenía un contrato a tiempo completo y el otro un contrato a tiempo parcial<sup>162</sup>.

Hay que destacar, por todas estas razones, la importancia que tiene el cambio legislativo, en cuanto que establece la obligación de cotizar a la Seguridad Social desde la primera hora de prestación de servicios<sup>163</sup>; el progresivo incremento de las bases tarifadas de cotización hasta llegar a 2019, fecha en que deberá cotizarse de acuerdo a la normativa general, es decir el artículo 147 de la LGSS, disponiéndose claramente que la cotización no podrá ser inferior "*a la base mínima que se establezca legalmente*".

Así mismo, entiendo que las incertidumbres anteriores, han quedado completamente superadas tras la constitución del Sistema especial. Es cierto que la LAAMSS no delimita el campo de aplicación de dicho instrumento. El legislador parece haberse conformado con la aprobación del régimen jurídico de la relación laboral especial, considerando equivalentes los respectivos ámbitos subjetivos. El trabajo a tiempo parcial, con independencia de la jornada, está comprendido en el Sistema de Seguridad Social, y han de aplicarse las reglas espe-

<sup>162</sup> GALA DURÁN, C., La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial, en *Temas Laborales*, núm. 66. 2002, págs. 377-422.

<sup>163</sup> Según su dedicación en número de horas, es la responsabilidad en la obligación de cotizar, pues, de acuerdo con la nueva redacción de la disposición adicional 11.<sup>a</sup> bis 3 LGSS de 1994, con el nuevo Sistema Especial, ya no se exige como antes a los trabajadores pertenecientes al REEH que eran responsables de la obligación de cotizar, el requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación (en este caso de maternidad y paternidad) de que se hallaran al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social. Lo que significa que el único responsable del pago de las cotizaciones será el empleador; desapareciendo de ese modo, el régimen jurídico previsto en el REEH para los empleados de hogar que prestaban sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, consistente en el pago de las cotizaciones a su exclusivo cargo.

cíficas para esa clase de trabajo, como explícitamente advierte la DA 7ª.2 LGSS<sup>164</sup>.

## 1.2. LA CONSIDERACIÓN DEL TRABAJO MARGINAL TRAS LA REFORMA

Es curioso, por otra parte, que el legislador no se haya detenido expresamente sobre esta cuestión, ya que desde luego las dudas sobre la exclusión o no del trabajo marginal son evidentes, por lo que pasamos a analizarlas seguidamente.

El art. 49 RD 84/1996, de 26 de enero, pese a su modificación por el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, contiene la misma enigmática habilitación “*siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el Ministro de Trabajo e Inmigración*”.

No obstante, ese precepto se refiere explícitamente al REEH, y no al Sistema especial, sin que la aplicación analógica sea verdaderamente una opción técnica justificable. Podría argumentarse que el límite mínimo de la base de cotización durante 2012 (74,83 euros) indica claramente la voluntad del legislador, porque implica una retribución escasamente superior a un euro por cada una de esas 72 horas trabajadas, pero tampoco conviene olvidar que esa escala está diseñada para la retribución que debe abonar cada uno de los empleadores, mientras que las 72 horas mensuales deben computarse globalmente.

En todo caso, el cambio de filosofía parece claro, y a falta de una norma expresa, no cabe defender la exclusión del SEEH del trabajo doméstico marginal, que ni siquiera disfrutó de la moratoria de seis meses concedida para el trasvase entre el REEH y el nuevo Sistema especial, sino que la obligación de alta nació para ese colectivo con la creación del Sistema especial el 1 de enero de 2012. Los trabajadores domésticos con jornada marginal no eran susceptibles de integración, al no estar comprendidos en el REEH, y por tanto la obligación de alta surgía *ex novo*<sup>165</sup>.

## 2. LA INCLUSIÓN DEL TRABAJO CON JORNADA MARGINAL

La afiliación constituye el medio a través del cual se reconoce el carácter de sujeto de la relación jurídica de la Seguridad Social a efectos de la cobertura de su acción protectora.

<sup>164</sup> Se modifica el apartado 2 por la disposición adicional 40.3 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto.

<sup>165</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *Formas de acceso al Sistema especial de Empleados de Hogar...*, op. cit., pág. 31.

La DA 39ª LAAMSS no define el campo de aplicación del Sistema especial, sino que incluye en el Régimen General a quienes ya formaban parte del REEH, o a quienes en el futuro pudieran incluirse en este SEEH, por lo que conviene recuperar lo que el art. 2 del Decreto RESD, por el que, como hemos señalado, se regulaba el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, declaraba comprendidos en el mismo a quienes se dedicasen a prestar “*servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia*”, dentro de “*la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar*” y percibiendo “*por este servicio un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea*”.

Por consiguiente, el campo de aplicación de este régimen especial coincidía con el de la relación laboral especial, excepción hecha de los chóferes<sup>166</sup>, que como ya hemos indicado, el art. 136.2.J) LGSS declara comprendidos en todo caso en el Régimen General, pese a que eventualmente pudieran estar vinculados a su empleador por una relación laboral de carácter especial<sup>167</sup>. Hubiese sido clarificador, sin duda, que la inclusión en el mecanismo particular de protección (REEH o SEEH o en el Régimen General como trabajador ordinario) dependiese de la calificación como común o especial de la relación laboral, para poder evitar confusiones<sup>168</sup>.

### **3. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO ANTES DE LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RÉGIMEN GENERAL**

Para intentar dar respuesta a éstas cuestiones, tenemos que recurrir, como venimos haciendo, a la regulación anterior del servicio doméstico, el RLESD, y el Decreto RESD (sin dejar de lado al RD 84/1996, de 26 de enero<sup>169</sup>), en la que se contemplaban las dos modalidades de trabajo ya advertidas, para determinar quién era el sujeto obligado a solicitar el alta y el responsable de la cotización.

<sup>166</sup> “*Conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares*”.

<sup>167</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, *AL*, nº 6, 2012, pág. 656.

<sup>168</sup> RUANO ALBERTOS, S., “Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social... op. cit., pág. 11.

<sup>169</sup> Que aprueba el Reglamento General de inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas en la Seguridad Social, y en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que aprueba el Reglamento General de cotización a la Seguridad Social.

Por un lado, se hablaba de empleado discontinuo<sup>170</sup>, en cuyo caso, era el trabajador el sujeto obligado a solicitar el alta y sujeto responsable de la cotización, entendiéndose que cumplía con esa condición cuando el número de horas de trabajo al mes fuese inferior a ochenta<sup>171</sup>; y por otro lado, se aludía al trabajador que preste servicios con carácter exclusivo y permanente para un cabeza de familia<sup>172</sup>, entendiéndose por esos servicios fijos o permanentes cuando alcanzaban al menos la mitad de la jornada laboral habitual<sup>173</sup>, según el artículo 7 del RLESD, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (vigente hasta el 18 de Noviembre de 2011), jornada habitual que se fija en 40 horas semanales de conformidad con el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>174</sup>, siendo el cabeza de familia el sujeto obligado.

Bajo la vigencia del régimen jurídico anterior se establecía una significativa diferencia entre el trabajo doméstico prestado a tiempo completo y el prestado a tiempo parcial<sup>175</sup>. Pese a que en ambos supuestos se celebraba un contrato de trabajo, y que el encuadramiento en el Régimen Especial no ofrecía dudas, a efectos de facilitar la gestión el Sistema de Seguridad Social, situaba al empleado de hogar a tiem-

---

<sup>170</sup> Aquellos que prestaban servicios para un solo cabeza de familia durante un tiempo inferior a 80 horas al mes, pudiendo prestar servicios para varios cabezas de familia a la vez. La prestación mínima de servicios para el encuadramiento en el REEH era de 72 horas al mes durante, al menos, 12 días.

El Real Decreto-ley 29/2012 introduce una figura muy parecida, aunque no idéntica (jurídicamente hablando existen ciertas diferencias), a lo que la anterior normativa denominaba como empleados de hogar discontinuos. Por un lado se establece que los empleados de hogar que presten servicios con jornadas de trabajo inferior a las 60 horas mensuales, deberán asumir directamente su afiliación, alta, baja o comunicación de variaciones de datos ante la Seguridad Social, si así lo acuerdan con el empleador y por otro, en estos casos, el empleado de hogar será responsable del cotizar a la Seguridad Social, debiendo de percibir del empleador la parte correspondiente de la cuota a ingresar.

<sup>171</sup> Artículo 49 del RD 84/1996, de 26 de enero.

<sup>172</sup> La exclusividad se refiere a que las labores que realizan para el empleador doméstico sean solo domésticas.

<sup>173</sup> Artículo 46.1 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

<sup>174</sup> La jornada de trabajo en España hace referencia a la jornada de trabajo o jornada laboral que aparece regulada en el Estatuto de los trabajadores y que establece que la jornada legal máxima no podrá ser superior a las 40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual así como que el límite diario no podrá ser superior a 9 horas de trabajo efectivo. Por convenio colectivo se puede modificar este límite diario, siempre que se respete el tiempo de descanso entre jornadas.

<sup>175</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*. Capítulo XXVII. Los Regímenes Especiales..., op. cit... págs. 643-644.

po parcial, en una posición similar a la de un trabajador autónomo<sup>176</sup> (siempre en materia de actos de encuadramiento y cotización), ya que era el trabajador quien debía cumplir tales obligaciones<sup>177</sup>.

Se ha definido al trabajador fijo como aquél que se ha dedicado exclusivamente a los servicios domésticos para un titular del hogar familiar durante un tiempo igual o superior a 80 horas efectivas de trabajo al mes<sup>178</sup>. En cambio, el art. 2.1 del Decreto RESD vino a establecer los criterios mínimos a efectos de encuadramiento en el REEH, contratados con carácter “parcial y discontinuo<sup>179</sup>”, respecto a éste concepto que no era coincidente con el del Estatuto de los Trabajadores<sup>180</sup>. A tal efecto, se efectuó una consulta a la antigua Mutualidad Nacional de Empleados del Hogar, siendo como ya se anticipó, la resolución de 9 de septiembre de 1971, 5 de noviembre de 1985 y 25 de noviembre de 1986 de la Dirección General de la Seguridad Social la que fijó el criterio de reunir el requisito de 72 horas de trabajo, que se realizasen, al menos, durante 12 días en dicho mes, introduciendo el concepto de habitualidad y profesionalidad<sup>181</sup> por su equiparación de hecho con los autónomos como decimos, y en caso de no reunir estas jornadas se denegaba el alta en el REEH, existiendo, como hemos indicado en el epígrafe anterior, justificadas dudas sobre este tema, ya que no se entendía la razón para no considerar trabajo a tiempo parcial el que se situaba por debajo de las 72 horas al mes<sup>182</sup>.

Como sabemos, con anterioridad a la LAAMSS, se cotizaba sobre base tarifadas, con ello se producía una exclusión de las reglas de

<sup>176</sup> FERRADANS CARAMES, C., *El contrato de trabajo a tiempo parcial. Difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. págs. 119 y ss. y 248 y ss.

<sup>177</sup> CUBAS MORALES, A., *Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial...* op. cit., págs. 29 y ss.

<sup>178</sup> VIDA SORIA, J.A., *Régimen General y Regímenes Especiales en el Sistema*, op. cit., págs. 49 y ss.

<sup>179</sup> Circular 2045 de la TGSS, de 25 de noviembre de 1986.

<sup>180</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G., *La integración del régimen especial...* op. cit., pág. 201; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial...” op. cit., pág. 139; LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Bomarzo, Albacete. 2012, pág. 66-67; VELA DÍAZ, R.: *El nuevo Régimen de las personas Empleadas de Hogar. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, LABORUM, Murcia, 2012, pág. 115 y ss.

<sup>181</sup> DE LA VILLA GIL, L.E. y OTROS, *Derecho de la Seguridad Social. Régimen Especial de Empleados de Hogar*, por BADIOLA SÁNCHEZ, A. y LANTARÓN BARQUÍN, D., Ed. Tirant lo Blanch. 1997. págs. 617 y ss.

<sup>182</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2005.

trabajo a tiempo parcial del RD 1131/2002 de 31 de octubre, tras la ley 12/2001, de 9 de julio<sup>183</sup>, por lo que no se aplicaba el régimen jurídico del trabajo a tiempo parcial ni en cotización ni en materia prestaciones<sup>184</sup>.

Ahora, el RD 1131/2002, de 31 de octubre, deja fuera de su ámbito de aplicación en el art.1 del mismo, al Sistema Especial del Régimen General de Empleados de Hogar, a causa fundamentalmente del singular sistema de cotización de estos colectivos que equipara a estos trabajadores, en el ámbito prestacional, a los trabajadores a tiempo completo<sup>185</sup>, provocando con ello un efecto perjudicial, *“cual es la existencia de distintos regímenes jurídicos entre trabajadores que desarrollan su actividad en idénticas o parecidas condiciones, lo que dificulta enormemente la gestión de estos contratos y a la vez crea agravios comparativos, que además no tienen relevancia constitucional, pues el Tribunal Constitucional ya ha señalado que el art. 14 de la Constitución no incorpora una proscripción de los perjuicios ocasionados a los trabajadores”*<sup>186</sup>, tal y como examinaremos en epígrafes posteriores.

#### **4. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DE LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO TRAS LA INTEGRACIÓN DEL REEH AL SISTEMA ESPECIAL DEL RÉGIMEN GENERAL**

En este epígrafe profundizaremos en la modificación del régimen jurídico de la relación laboral especial del servicio doméstico de Seguridad Social y otros aspectos que puedan influir en la regulación jurídica de este sistema especial.

<sup>183</sup> *“...si por algo se caracteriza la normativa que se ocupa de esta materia es por su enorme inestabilidad. Desde su creación en 1980 por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, el trabajo a tiempo parcial ha recibido no menos de ocho regulaciones distintas. No parece lógica tanta modificación legal. La aplicación de las normas requiere un tiempo de conocimiento y de asimilación, un mínimo de estabilidad del que no ha gozado la normativa sobre el trabajo a tiempo parcial. Todo ello genera entre los operadores jurídicos encargados de aplicarla dudas e incertidumbre técnicas”*. GOÑI SEIN, J.L., La nueva regulación del trabajo a tiempo parcial tras la reforma de 2001, en AA.VV., coord. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación Colectiva para el año 2002*, Ed. Lex Nova, Madrid, 2002, págs. 82 y 83.

<sup>184</sup> RDL 15/1998 y RD 144/1999.

<sup>185</sup> Sobre Trabajo a tiempo parcial y protección social ver LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI JIMÉNEZ, D., *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*. 2ª Ed. Bomarzo. Albacete. 2014, pág. 136.

<sup>186</sup> ESCUDERO FERNÁNDEZ, R., “Propósitos y despropósitos de la Reforma Laboral de 2001”, *Relaciones Laborales*, nº 10, 2001, págs. 99 y ss.

#### 4.1. LA SITUACIÓN PARTICULAR DE LOS EMPLEADOS QUE PRESTEN SUS SERVICIOS DURANTE MENOS DE 60 HORAS MENSUALES POR EMPLEADOR TRAS LA REFORMA OPERADA POR RDL 29/2012, DE 28 DE DICIEMBRE

Desde la modificación de la LAAMSS, el titular del hogar familiar era el sujeto obligado en todos los supuestos, a presentar las solicitudes y comunicaciones de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los empleados de hogar. Una obligación que ha generado dificultades y reticencias, especialmente en el caso de las empleadas del hogar que prestan sus servicios durante un escaso número de horas semanales. Este supuesto afecta a un gran número de familias, y además hay también muchos hogares en los que los empleadores son personas mayores o con dificultades de movilidad e incluso para hacer gestiones burocráticas.

Con la modificación del Real Decreto 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleadas de Hogar y otras medidas de carácter económico y social<sup>187</sup>,

<sup>187</sup> Real Decreto 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleadas de Hogar y otras medidas de carácter económico y social. Artículo 2. Modificación del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. Cuatro. Con efectos desde 1 de abril de 2013, se añade un nuevo apartado 2 al artículo 43 y se modifica el actual apartado 2 de dicho artículo, que se numera como 3, quedando redactados ambos apartados en los siguientes términos: "2. *Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social que presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador, deberán formular directamente su afiliación, altas, bajas y variaciones de datos cuando así lo acuerden con tales empleadores. No obstante, estos últimos también podrán presentar la solicitud de baja en caso de extinción de la relación laboral. En el supuesto previsto en el párrafo anterior, los trabajadores deberán formalizar, asimismo, la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial, en cuyo caso la citada cobertura correspondería a la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar. Las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos presentadas por los empleados de hogar que hayan asumido la obligación de formular esos actos de encuadramiento también deberán ir firmadas, en todo caso, por sus empleadores. Las variaciones de datos que determinen o permitan un cambio del sujeto responsable del cumplimiento de las obligaciones a que se refiere este apartado, y de la consiguiente obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar, surtirán efecto a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se efectúe su comunicación. En las solicitudes de alta en este sistema especial, ya se formulen por el empleador o por el propio empleado de hogar, deberán figurar, además de los datos establecidos con carácter general, el código de la cuenta de la entidad financiera en la que ha de domiciliarse el pago de la cotización y los datos correspondientes al tipo de contrato de trabajo y al contenido mínimo del mismo, consistente en el número de horas de trabajo semanales, en el importe del salario pactado, tanto por hora realizada como mensual, incluida la parte proporcional de las pagas*

se traslada la responsabilidad de dichas obligaciones a los propios trabajadores, cuando así lo acuerden ambas partes. La nueva previsión supone una vuelta atrás a la reforma operada por la LAAMSS, pues, nuevamente, el trabajador podrá instar su afiliación, alta, baja o variación de datos en el Sistema, si bien requerirá el consentimiento del empleador, cuando hasta este momento, como digo, era una obligación exclusiva del empleador.

Es cierto que afecta únicamente a las empleadas de hogar que presten sus servicios durante un tiempo inferior a las 60 horas mensuales por empleador, y en este supuesto los empleadores quedan obligados a entregar a los trabajadores, en el momento de abonarles su retribución, la parte de cuota que corresponda a la aportación empresarial. De no hacerlo así, si al trabajador no se le abona la cotización correspondiente, el empleador será responsable subsidiario de la cotización empresarial y sólo quedará eximido si prueba que sí abonó a su trabajador la aportación empresarial para su correspondiente aportación a la Seguridad Social. Como observamos por tanto, la reforma flexibiliza el sistema especial al permitir la realización de los trámites por parte del empleado o del empleador.

Se debe tener en cuenta, que en el caso que se realice el cambio en la asunción de la obligación de encuadramiento y cotización a favor del empleado del hogar, los beneficios en la cotización reconocidos por la legislación a favor de los empleadores de hogar no resultarán de aplicación<sup>188</sup>. Esta previsión, entendemos que es importante, pues, cuando trabajador y empleador acuerden el cambio en las obligaciones de encuadramiento y cotización, a favor del empleado de hogar, dejarán de disfrutarse las bonificaciones que pudieran venir disfrutándose hasta

---

*extraordinarias, así como, en su caso, en el importe del salario mensual acordado en especie y en la existencia o no de pacto de horas de presencia y/o de horas de pernocta, junto con la retribución por hora pactada. 3. La afiliación, altas, bajas y variaciones de datos relativas a trabajadores incluidos en los demás sistemas especiales de los distintos regímenes de la Seguridad Social se sujetarán a las formalidades, plazos y demás condiciones establecidos en sus normas específicas”.*

<sup>188</sup> Recordemos que la Disposición Transitoria Única de la Ley 27/2011 preveía que, durante los años 2012, 2013 y 2014, se aplicaría una reducción del 20% a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y quedaran incorporadas a este sistema especial, siempre que la obligación de cotizar se hubiera iniciado a partir del 1 de enero de 2012. Esa reducción de cuotas se ampliaba con una bonificación hasta llegar al 45 % para familias numerosas, siempre que los empleados de hogar presten servicios de manera exclusiva y que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, ejercieran una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estuvieran incapacitados para trabajar.



la fecha<sup>189</sup>. Lógicamente, esta previsión, introducida como letra pequeña en una disposición transitoria, tiene un claro fin poco incentivador para que sea el empleador quien siga asumiendo dichas responsabilidades de encuadramiento y cotización en exclusiva.

Por último, como novedad en ese supuesto, los trabajadores deberán formalizar la cobertura de las contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social de su elección, salvo que sus empleadores ya tuvieran aseguradas dichas contingencias en otra entidad gestora o colaboradora, respecto a otros empleados, en cuyo caso correspondería la entidad gestora o colaboradora elegida por el titular del hogar familiar.

Sorprende, en principio, que sea el trabajador quien se ocupe de formular la solicitud de una cobertura tan propia de las empresas como es la que se refiere a las contingencias profesionales, sin embargo, en aras del principio de economicidad y eficacia, se establece que sea el empleado de hogar quien la formule. No tendría mucho sentido que, después de haber llegado al acuerdo de que sea el trabajador quien formule la solicitud de altas, variaciones de datos, bajas, etc., quien se encargue de la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales deba ser el empleador.

Respecto a la posibilidad que se le brinda al trabajador, en caso de acuerdo, de elegir libremente la cobertura, ya sea con la Entidad Gestora (INSS) o con la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, es una opción que nos parece interesante, pues la prima que deberá abonar el empleador será la misma en cualquier caso; sin embargo, quien eventualmente hará uso de la cobertura será el trabajador, por lo que resulta razonable que sea éste quien elija la entidad que le ofrecerá la cobertura por contingencias profesionales.

El único límite que se impone, como hemos señalado, tiene lugar en el caso de que el empleador ya tuviera aseguradas *“dichas contingencias respecto a otros empleados incluidos en este sistema especial”*. El propósito de esta previsión parece ser, el de evitar duplicidades en la cobertura por contingencias profesionales por parte del empleador. No obstante, repárese que no dice el precepto que deba suscribirse la cobertura con la entidad con la que tuviera asegurada a otros empleados de hogar, ya que la libertad de cobertura se traslada al empleador,

<sup>189</sup> Artículo 14 de la Orden ESS/86/2015, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

quien puede solicitar la cobertura con la entidad que desee, la que ya tenía suscrita (que entiendo será lo más frecuente), otra nueva o incluso, si llega a un acuerdo con el trabajador, la que éste elija.

## **5. LA PROBLEMÁTICA DE LOS ACTOS DE ENCUADRAMIENTO EN EL NUEVO MARCO NORMATIVO**

La DA 39ª de la LAAMSS no ofrece pautas precisas sobre el modo en el que debe procederse a los actos de encuadramiento, y desde luego no aclara si las obligaciones formales corresponden en todo caso al empleador, o si bien el trabajador debe hacer frente a las mismas en determinados supuestos, principalmente en casos de trabajo a tiempo parcial para varios empleadores. Parece evidente que ante la omisión de reglas específicas que deben aplicarse las pautas comunes, pero habría sido deseable mayor precisión normativa. No en vano, recordemos la integración de los trabajadores agrícolas en el Régimen General y en el RETA tuvo lugar a través de normas con rango legal que se preocuparon de detallar las condiciones de esa operación.

La integración del REEH en el Régimen General ha pecado seguramente de cierta precipitación, o quizás se vio perjudicada por un cambio de Gobierno que ha dificultado una adecuada transición. En todo caso, la técnica legislativa es criticable, porque no se entiende que el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, aprovechase para precisar algunos aspectos relativos a los actos de encuadramiento y a la cotización en el REEH y omitiese cualquier referencia al Sistema especial, máxime cuando esa norma entraba en vigor el 1 de enero de 2012, fecha de constitución, precisamente, del Sistema especial.

En cualquier caso, la aplicación de las reglas comunes del Régimen General implica que las obligaciones formales corresponden siempre al empleador, y no al trabajador, con independencia de cómo se configure su prestación de servicios. De este modo, el trabajo doméstico para varios empleadores dará lugar a una situación de pluriempleo ordinaria, en la que cada empleador (que habrá de obtener el pertinente código de cuenta de cotización) deberá proceder al alta (y el primero de ellos eventualmente a la afiliación), así como a comunicar las variaciones de datos y a solicitar la baja cuando proceda. Obviamente, no es éste un escenario donde el Sistema Red sea necesariamente exigible, y posiblemente ciertos trámites seguirán cumplimentándose en papel y no por vía telemática, al menos a corto y medio plazo.

## 5.1. TRABAJADORAS A TIEMPO PARCIAL Y FIJAS DISCONTINUAS

De acuerdo con el art. 3 del RLESHF, para lo no previsto en la norma, son aplicables las disposiciones del ET, en lo compatible con el carácter especial de la relación. Ajustándose, por tanto, a la clasificación del contrato doméstico por razón de la jornada, como a tiempo completo, parcial o fijo discontinuo.

La mayoría de los contratos de trabajo doméstico son de tiempo parcial. Las empleadas de hogar “por horas” trabajan frecuentemente en varios domicilios, con jornadas muy breves en cada uno<sup>190</sup>. El contrato de dos horas semanales no es algo inusual, de hecho la norma de cotización en el sistema especial, como ya indicamos, prevé tal eventualidad al haber establecido en su escala un primer tramo para salarios hasta los 74,83 € mensuales.

Todas las fórmulas del tiempo parcial están presentes, de acuerdo con una gama de necesidades muy diversa. Jornada que se desarrolla todos los días laborables de la semana durante varias horas al día; o bien uno o dos días por semana, normalmente sin llegar al límite diario de las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo del art. 34.3 del ET; o trabajo en jornadas irregulares a tiempo parcial que sigue el horario a turnos del empleador cuyos niños se cuidan, o trabajo en fines de semana en régimen interno o externo.

Respecto a los trabajos de temporada, a veces el servicio se presta para el cuidado de menores durante el curso escolar, o al contrario, exclusivamente durante los tres periodos anuales de vacaciones. En el trabajo doméstico para las familias o en el de cuidado a personas adultas los contratos de temporada más habituales son los del veraneo del empleador en una localidad distinta a la de residencia, de lo que resulta otro contrato de temporada, el de quien prestaba sus servicios en la vivienda habitual pero no en aquella a la que la familia se traslada en las temporadas vacacionales. También se da el que tiene por objeto la atención a personas ancianas que no se valen por sí mismas, cuando el cuidado se reparte a temporadas entre los hijos e hijas.

Los trabajos domésticos de temporada, se repiten o no en fechas ciertas. El trabajo discontinuo en fechas ciertas es una modalidad del contrato a tiempo parcial del art. 12.1 del ET, en la que el término de

<sup>190</sup> En la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha, casi un 30% de las empleadas trabajaban como Empleados de hogar discontinuos en Enero de 2017.

file:///C:/Documents%20and%20Settings/Concha/Mis%20documentos/Downloads/163077.pdf (consultado el 3/04/2017)

comparación es la jornada anual a tiempo completo. El trabajo discontinuo en fechas inciertas, es el que realmente se denomina así, según el art. 15.8 del ET<sup>191</sup>.

Ya sabemos que de acuerdo al art. 9 del RLESHF trabajo a tiempo parcial es el que se desarrolla en periodos inferiores a las 40 horas semanales, pero para el cómputo deberán tenerse en cuenta las horas de trabajo efectivo y las de presencia. Estas últimas, según el art. 9.2 no podrán exceder las 20 semanales y deben retribuirse con un salario no inferior al correspondiente a las horas ordinarias.

## 5.2. CONSIDERACIÓN DE LOS TIEMPOS DE PRESENCIA EN LA NUEVA REGULACIÓN

Efectivamente, se reconoce expresamente que los tiempos de presencia que se pacten entre las partes han de ser compensados con tiempos de descanso equivalente u objeto de retribución en los términos que se acuerden<sup>192</sup>, si bien la retribución económica no podrá ser inferior a la de las horas ordinarias y no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes<sup>193</sup>.

Por otro lado, recordemos que no se especifica su contenido más allá de estar a disposición, aunque durante las mismas no debe prestarse trabajo efectivo, lo que en la práctica resulta difícil de probar<sup>194</sup>, ya

<sup>191</sup> Para las vicisitudes de la cuestión de la definición de las dos figuras y sus consecuencias, ver ESCUDERO MORATALLA, J.F. y POYATOS i MATAS, G., *Trabajadores a tiempo parcial*, Ed. Bosch, 2002, págs. 80 y ss. y DEL REY GUANTER, S. y otros, *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de seguridad social*, Ed. La Ley 2003, págs. 189 y ss.

<sup>192</sup> Real Decreto 1620/2011. Artículo 9. Tiempo de trabajo. “1. La jornada máxima semanal de carácter ordinario será de cuarenta horas de trabajo efectivo, sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes. El horario será fijado por acuerdo entre las partes. Una vez concluida la jornada de trabajo diaria y, en su caso, el tiempo de presencia pactado, el empleado no estará obligado a permanecer en el hogar familiar”.

<sup>193</sup> Real Decreto 1620/2011. Artículo 9. Tiempo de trabajo. “2. Respetando la jornada máxima de trabajo y los periodos mínimos de descanso, el tiempo de presencia tendrá la duración y será objeto de retribución o compensación en los mismos términos que acuerden las partes. En todo caso, salvo que se acuerde su compensación con períodos equivalentes de descanso retribuido, las horas de presencia no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes y se retribuirán con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias”.

<sup>194</sup> Véase el supuesto analizado por la STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de mayo de 2005 (rec. 475/2004) en que no se probó el trabajo efectivo durante los tiempos de presencia, sino que la trabajadora confesó que lo dedicaba a conectarse a Internet. Muy similar es el de STSJ Galicia de 12 de noviembre de 1998. La dificultad de distinguirlos del trabajo efectivo sobre todo en empleados de hogar internos se pon de manifiesto en STSJ País Vasco de 24 de abril de 2001.

que el propio trabajo efectivo muchas veces consiste en cuidados, vigilancia, presencia, custodia. Entendemos por tanto, que esta figura del tiempo de presencia es una de las grandes lagunas predispone para la arbitrariedad del empleador, aunque se ha tratado de establecer en esta nueva legislación ciertas exigencias legales.

### 5.3. LAS PRESTACIONES EN ESPECIE Y SU INCIDENCIA EN LA BASE DE COTIZACIÓN

Como ya lo hacía la redacción anterior, el nuevo contenido del artículo 23 del RGCL delimita el concepto de percepción o retribución en especie, definiéndola como la utilización, el consumo o la obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, estableciendo unas reglas de valoración de las mismas, por lo que en los párrafos posteriores analizaremos los efectos de la inclusión de la misma en la base de cotización a la Seguridad Social.

#### 5.3.1. El tiempo de pernocta y su tratamiento en la normativa vigente

Empezaremos tratando el tiempo de pernocta, ya que el RLESHF mantiene la misma indefinición que tenía la norma de 1985. No aparece encuadrado en el artículo 9 sobre tiempo de trabajo, sino en el art. 5.4,c), dentro de los extremos que deberá contener el documento en el que se informa a la trabajadora de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral.

No se define la pernocta de ninguna manera, sus caracteres deben deducirse por omisión, es decir, no es tiempo de trabajo por lo que no es una obligación que tenga ninguna contraprestación. En cuanto a este último aspecto, según el proyecto de regulación del Ministerio de Trabajo de 10 de septiembre de 2007 no cabía descuento por alojamiento en el supuesto de obligación de pernocta y en este sentido, el apartado 14, d) de la Recomendación de la OIT señala la conveniencia de asegurar que no existe descuento en tal caso.

El RLESD, establecía en su art. 6 como salario aplicable el mínimo interprofesional, del que podía deducirse hasta un porcentaje del 45% en concepto de prestaciones en especie, como alojamiento y manutención. El salario en metálico era el valor de referencia para las dos pagas extraordinarias anuales, de cuantía, como mínimo, del salario en metálico de quince días naturales. Era también el módulo para calcular la indemnización por despido de 20 días por año y la de 7 días por año en caso de desistimiento, así como la correspondiente a los

7 ó 20 días por falta de preaviso, según la antigüedad fuese inferior o superior al año.

Durante la vigencia del RLESD, las resoluciones judiciales en las que se hace mención al salario en especie, solían producirse en los procedimientos de despido o desistimiento, con lo que se limitaban a establecer en los hechos probados, la cuantía del salario en metálico al que declaraban debía sumarse el salario en especie correspondiente al alojamiento y manutención, sin atribución de un valor concreto ya que no hubiese tenido trascendencia en el fallo<sup>195</sup>.

En reclamaciones de cantidad, la exigencia de acreditar un pacto sobre la retribución en especie era muy relativo, al entender tácitamente, que existía cuando el salario en metálico sumado al posible pago en especie se ajustaba al mínimo legal de acuerdo con la jornada<sup>196</sup>, o recordando que el pacto podía realizarse verbalmente<sup>197</sup>, aunque también existían resoluciones que exigían acreditar la existencia de un pacto expreso<sup>198</sup>.

En este sentido, deducimos que las reclamaciones sobre diferencias salariales por horas extraordinarias que hubiesen dado lugar a discutir sobre la obligación de un pacto expreso sobre el pago en especie habrán sido escasas, por su improbable perspectiva de éxito, ya que la parte empleadora podía calificar el exceso de jornada como tiempo de presencia que no estaba obligada a abonar, con lo que el debate legal sobre la cuantía y composición del salario recibido quedaba sin consecuencias.

La reforma del art. 26.1 del ET por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, redujo el porcentaje del salario en especie en las relaciones laborales especiales al 30%, sin que pudiese dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional<sup>199</sup>.

<sup>195</sup> Entre otras, las SSTSJ Cantabria, de 28-6-1995 (rec. 210/2013); Castilla La Mancha, de 12-5-2005 (rec. 475/2004); Extremadura, de 24-4-2007 (rec. 96/2007); y Madrid, de 4-6-2007 (1177/2007).

<sup>196</sup> Las SSTSJ Castilla-La Mancha de 25-3-2003 (rec. 623/2003), que modera el porcentaje de salario en especie que debe considerarse equitativo de acuerdo a los consumos, sin ninguna base en el acuerdo de las partes, que no existía; de Extremadura, de 29-4-1998, sentencia núm. 627, que lo estima también sin base en ningún acuerdo explícito; de Andalucía, de 6-11-1998 (rec. 1092/1998), que califica de “obvio” el pacto tácito por parte de quien no reclamó diferencias hasta la fecha del despido.

<sup>197</sup> STSJ La Rioja, 22-12-1989.

<sup>198</sup> Las SSTSJ País Vasco, de 7-4-2009 (rec. 423/2009); de 28-11-2006 (rec. 1717/2006), Cantabria, de 24-3-2010 (199/2010); Galicia, de 28-4-2009 (rec. 956/2006).

<sup>199</sup> Textualmente el segundo párrafo del art. 26 1 del ET dispone: “En ningún caso, incluidas las relaciones laborales de carácter especial a que se refiere el artículo 2 de esta Ley,

El art. 8.2 del RLESHF dispone que las percepciones salariales deben abonarse en dinero pero que *“en los casos de prestación de servicios domésticos con derecho a prestaciones en especie, como alojamiento o manutención, se podrá descontar por tales conceptos el porcentaje que las partes acuerden, siempre y cuando quede garantizado el pago en metálico, al menos, de la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo mensual y sin que de la suma de los diversos conceptos pueda resultar un porcentaje de descuento superior al 30 por 100 del salario total”*<sup>200</sup>.

*el salario en especie podrá superar el 30% de las percepciones salariales del trabajador, ni dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional”.*

<sup>200</sup> La norma reglamentaria aparentemente rebaja la garantía del ET. Éste sitúa el límite de lo que se puede deducir por salario en especie en el salario mínimo íntegro, es decir, referido a catorce mensualidades. El RD 1610/2011 señala el límite en el salario mínimo mensual, valor diferente, que no incluye las pagas extraordinarias.

El concepto de salario mínimo interprofesional ha suscitado numerosos debates en sede judicial con ocasión de definir la cuantía del subsidio de desempleo, el límite de la responsabilidad económica del FOGASA o la preferencia de los créditos salariales. En todos los casos, una norma utilizaba la expresión “salario mínimo interprofesional”, y el debate estaba en la inclusión o no de las pagas extraordinarias.

Se ha entendido por un sector de la doctrina judicial que cuando la ley no dice otra cosa el salario mínimo debe entenderse referido a su garantía mínima anual, SAP de Barcelona, de 29-6-2000, AC 2503 contiene una historia detallada de la evolución de la doctrina judicial en el orden social. En sentido contrario, a efectos del límite del privilegio de los créditos salariales del art. 32.1 ET, declaran que el valor de las dos pagas extraordinarias no entra en el concepto de salario mínimo: la SAP de Barcelona, de 26-5-2000, JUR 239619, y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil 5, de Madrid, de 21-3-2005, AC 740/2007, cuestión que no se discute en otros casos, admitiéndose de manera general. Postura favorable a esta interpretación por parte de la doctrina en SALMERÓN RÍOS, B., Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 38, 2002, págs. 152 y 174.

Queda por definir qué debe entenderse por “cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional” del art. 26.1 del ET, cuando el contexto en el que se analiza es la cantidad que el ET establece como garantía mínima de la retribución del trabajo, que una norma reglamentaria concreta para cada año en términos diario, mensual y anual. De haber querido el art. 26.1 del ET acotar la garantía del salario en metálico a alguno de los otros dos módulos, el diario o el mensual, hubiese debido señalarlo en la propia norma, que expresamente se refiere al salario de las relaciones laborales especiales.

La misma conclusión se deduce de la interpretación sistemática de la norma. El apartado 5 del art. 8 del DRLE 2011, dispone que para los empleados de hogar que trabajen por horas el salario mínimo de referencia será el que se fije en el Real Decreto por el que se fija anualmente el salario mínimo interprofesional para los trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar, que incluye todos los conceptos retributivos. Se añade que este salario mínimo se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas, manteniéndose dicha previsión actualmente (Art.

El RLESHF abandona el salario en metálico como módulo para el cálculo de las indemnizaciones en la relación laboral, que pasan a referirse al salario, lo que incluye el total de la remuneración del trabajo, por lo que el salario en especie, de existir, tendrá necesariamente que ser evaluado en dinero (en la normativa anterior, la cuantificación del salario recibido en especie no tenía ninguna trascendencia en materia de cotización al ser la base única e independiente de la remuneración).

La Recomendación 201 de la OIT sobre el trabajo decente de los trabajadores domésticos de 2011, propone en su apartado 14 b) que los Estados miembros calculen el valor monetario de los pagos en especie tomando como referencia criterios objetivos como el valor de mercado de las prestaciones, su precio de costo o los precios fijados por las autoridades públicas. En la posibilidad de abonar en especie un porcentaje de hasta el 30% del salario, el criterio objetivo está totalmente ausente; la cuantía de la reducción por pago en especie será diferente según el montante total del salario, que dependerá de cuestiones independientes de los consumos realizados, tales como la cualificación y experiencia profesional de la persona, o incluso la cantidad de horas de presencia realizadas.

Así, la valoración en dinero del salario en especie tiene consecuencias en la formación de la base de cotización, que estará constituida *“por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación que, con carácter mensual tenga derecho a percibir”* el trabajador (art. 147.1 LGSS), remuneración que comprende el salario en especie, de acuerdo con el art. 23 1 B) del reglamento de cotización. En el caso en que exista un pacto sobre abono en especie de una parte del salario, no existe duda jurídica sobre su integración en la base de cotización.

---

4 del Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017).

El art. 4.2 del RD 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012 fija en 5,02€ el salario para las empleadas de hogar que trabajen por horas, que incluye las pagas extraordinarias. Según el art. 4.3 *“en las cuantías del salario mínimo por días u horas fijadas en los apartados anteriores se computa únicamente la retribución en dinero, sin que el salario en especie pueda, en ningún caso, dar lugar a la minoración de la cuantía íntegra en dinero de aquéllas”*.

Entendemos, por tanto, que la disposición del art. 8.2 del DRLE 2011 no restringe el término salario mínimo. Por coherencia con lo dispuesto para el trabajo por horas, y porque como norma inferior no puede rectificar lo dispuesto en el art. 26.1 del ET. En el caso de que se entendiese que el término salario mensual quiere referirse a la exclusión de la prorrata de pagas extras, el art. 8.2 del DRLE 2011 sería en ese punto inaplicable al ir en contra del principio de jerarquía normativa.



Las prestaciones en especie previstas en el empleo doméstico, como digo, según el art. 8.2 del RLESHF, son el alojamiento y la manutención. La norma conceptúa como salario el alojamiento sin distinguir el supuesto de que responda a las exigencias de la prestación laboral, lo que sucede en el trabajo doméstico en régimen interno.

La obligación de pernocta no lleva, en principio, aparejada ninguna prestación de servicios, salvo la mera presencia física de la trabajadora en la habitación que tiene asignada, pero en supuestos de personas de edad avanzada es parte esencial del servicio contratado, incluso cuando la necesidad de intervenir a petición de la persona atendida es remota. En este caso debería haberse considerado que el alojamiento tiene carácter extrasalarial<sup>201</sup> al ser un instrumento necesario para realizar la prestación<sup>202</sup>, pero la norma ha optado por conferirle el carácter de salario, a lo que no es ajena la voluntad de rebaja del salario en metálico por esta vía.

El art. 9.2 del RLESHF obliga a retribuir las horas de presencia como mínimo según el valor de la hora ordinaria, por lo que a la cuantía a abonar por la jornada de trabajo se le sumará la del tiempo de presencia. Del total podrá descontarse lo pactado en concepto de salario en especie. En caso de que no exista pacto expreso, no cabrá darlo por existente ya que la parte empleadora está obligada, salvo en contratos de duración inferior a las cuatro semanas, a comunicar por escrito las condiciones del contrato, entre las que expresamente se citan las prestaciones salariales en especie, cuando se hayan convenido (art. 5.4. a RLESHF).

Por tanto, constituye salario la totalidad de las percepciones económicas, en dinero o en especie, que un trabajador recibe por la prestación profesional de sus servicios laborales (art. 26-1 ET). Tal como se ha señalado *“lo esencial del salario es que se reciba un beneficio económico como compensación del trabajo que se realiza”*<sup>203</sup>, por lo que la caracterización de la manutención como salario entendemos que es correcta, pero en ese caso el tratamiento de la prestación debe tener coherencia a todos los efectos. Es decir, cuando sea salario a efectos de retribuir el tiempo de trabajo, deberá incrementar la base de cotización. Si no lo es, deberá tratarse como un suplido o en todo caso como una prestación asistencial exenta de cotización, pero no olvidemos que entonces lo percibido no se podrá imputar a la remuneración del trabajo.

<sup>201</sup> Percepciones de carácter salarial y extrasalarial (art. 147 LGSS).

<sup>202</sup> Sobre el disfrute de la vivienda por razón del trabajo véase MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El salario en especie*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, 2002, pág. 75.

<sup>203</sup> STSJ País Vasco, 16-5-2000 (rec. 1013/2000), FJ. 2º.

Por otro lado, si aceptamos que pernoctar es pasar la noche en determinado lugar<sup>204</sup>, consideramos que se hubiese hecho necesario establecer el horario dentro del que la pernocta puede denominarse tal. De acuerdo con el art. 36.1 del ET, la noche es el tiempo que transcurre entre las 10 de la noche y las seis de la mañana, referencia que no parece válida para el empleo doméstico, en el que no se ha establecido ninguna otra.

El interés de la definición del tiempo de pernocta en el contexto de la relación especial es que el tiempo de presencia debe ser retribuido y que éste y el de pernocta se suceden el uno al otro. La norma no ha establecido la manera de delimitarlos. Hay que tener en cuenta que el art. 9.1 de RLESHF, en el segundo párrafo, determina que una vez concluida la jornada diaria y, en su caso, el tiempo de presencia pactado, el empleado no estará obligado a permanecer en el hogar familiar, con lo que no es irrelevante la cuestión de precisar cuál es la hora del día en que por virtud de la obligación de pernocta se le puede exigir la presencia en el domicilio, aunque no para prestar trabajo efectivo ni tiempo de presencia retribuido. La norma, de nuevo, deja la cuestión al pacto entre las partes, esto conlleva los innumerables problemas a la hora de determinar cuál ha sido dicho pacto.

La obligación de pernocta, sin duda está relacionada con el cuidado, y en el supuesto del trabajo interno puede solaparse teóricamente con la prestación en especie de alojamiento, pero su verdadero carácter queda en evidencia en el contrato de acompañamiento nocturno de personas con alguna discapacidad o simplemente de edad avanzada o el contrato de fin de semana que cubre la ausencia de la trabajadora interna o los familiares cuidadores que toman entonces su descanso<sup>205</sup>.

Al no estar definido cuál es el tiempo de trabajo en el contrato de acompañamiento nocturno y su carácter completo o parcial en los casos en que la permanencia en la vivienda alcanza las 40 horas semanales, pero no la prestación de servicios activa, a efectos de prestaciones de seguridad social la cuantía de la retribución será la que defina la jornada.

<sup>204</sup> De acuerdo al diccionario de la RAE “Pasar la noche en determinado lugar, especialmente fuera del propio domicilio”.

<sup>205</sup> Los programas de descanso para familiares cuidadores se llaman “de respiro” lo que es muy elocuente respecto de la situación que se vive en el cuidado de personas en situación de dependencia severa en su propio domicilio.

<http://salud.discapnet.es/Castellano/Salud/Salud%20Mayores/Paginas/Respirofamiliar> (consultado el 20-01-2017).

### 5.3.2 La manutención y su tratamiento en la normativa vigente

En lo que a la manutención se refiere, se ha sufrido una evolución en su consideración legal como salario en especie. Hasta el año 1997, la cobertura de los gastos ordinarios de manutención, bien dando una cantidad dinero con la que cubrirlos total o parcialmente, o mediante la fórmula del servicio directo total o parcialmente subvencionado, tenía la consideración de salario en especie<sup>206</sup>, al responder a la satisfacción de una necesidad alimenticia que existe con independencia de la prestación laboral y suponer un ahorro para quien lo recibe.

En este sentido, se puede encontrar la doctrina contraria, que consideraba que las prestaciones de manutención en especie o en dinero eran suplidos de carácter extrasalarial en los casos en los que en las horas de las comidas hubiese imposibilidad práctica de regreso al domicilio en función del horario laboral o al menos, coincidiesen con el turno de trabajo<sup>207</sup>, pero también se ha admitido en el caso de que la compensación económica por supresión del servicio de comedor se diese al final de la jornada<sup>208</sup>.

Para que este beneficio se considere salario en especie deberá ser una contraprestación más del trabajo, pues de otro modo es fácil su confusión con otras figuras como los servicios asistenciales otorgados por la empresa o los comedores existentes en algunas de ellas<sup>209</sup>. El debate sobre el carácter salarial o extrasalarial de la manutención perdió fuerza con la reforma del art. 23 del reglamento de cotización por el RD 1426/1997, de 15 de septiembre, que introdujo entre los conceptos asistenciales exentos en la base de cotización las entregas de productos rebajados en los comedores de empresa, teniendo la misma conside-

<sup>206</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., recoge la doctrina mayoritaria a favor del carácter salarial en el periodo anterior a la reforma de 1997 de la base de cotización, en Ayuda alimentaria y cotización a la Seguridad Social, *AL* núm. 1, 2005, pág. 14. La doctrina clásica del TCT se recoge en la sentencia de 29-3-1989, RTC 154, que declara el carácter salarial de la cena gratuita que reciben los trabajadores de un casino en base a que la prestación satisface una necesidad desvinculada del trabajo.

<sup>207</sup> La STSJ de Madrid de 1-4-1993 (rec. 1394/1991) declara no salarial la ayuda de comedor en metálico que sustituye el servicio en especie al trasladar la empresa a otra localidad.

<sup>208</sup> STSJ Madrid, 5-10-1999 (rec. 3060/1999). En el supuesto de los trabajadores a quienes se había trasladado el centro de trabajo y suprimido el servicio de comedor, la cantidad entregada como compensación es extrasalarial; es salarial la que se entrega a los trabajadores de la misma empresa que trabajan en el centro de la ciudad y nunca habían disfrutado del servicio.

<sup>209</sup> GARCÍA ARCE, M.C. y PRIETO JUÁREZ, J.A., *Acción Social en la Empresa*. Trotta. 2004. pág. 297.

ración las fórmulas indirectas de servicio de comedor. En la posterior reforma por RD 1890/1999, de 10 de diciembre, se dispone que esté exenta de cotización la entrega dineraria que por convenio colectivo sustituye al servicio de comedor, en la cuantía de la legislación tributaria. La exención del art. 23.2.F.b) 3 se produce siempre que se cumplan los requisitos del art. 45 del Reglamento del IRPF de 31 de marzo de 2007<sup>210</sup>, lo que añade la condición de que la prestación se realice únicamente los días laborables. La doctrina de lo contencioso-administrativo califica la ayuda de comida como concepto asistencial y por lo tanto exento siempre que se justifique su abono con carácter indemnizatorio, en días de trabajo y vinculada a una jornada que impide la comida en el propio domicilio<sup>211</sup>. Así, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid de 1 octubre de 2008 establece que *“La causa del complemento es proveer al trabajador de la comida o cena que ha de realizar en días de trabajo, de manera que si el complemento está vinculado a una determinada necesidad, la misma aparece, en función de los horarios de trabajo del operario, con independencia de la modalidad contractual utilizada. Esto es, el derecho aparece solamente cuando el trabajador haya de realizar su comida o cena fuera de su domicilio, en cuyo caso dicha manutención se recibe en el establecimiento de hostelería, salvo que éste no se encuentre en condiciones de prestarla, para cuyo caso se prevé su sustitución por un importe en metálico. Por otra parte, pese a las manifestaciones de las partes, ha de recordarse que la naturaleza salarial de esta prestación no es disponible y que la inclusión del servicio de comedor en la base imponible del impuesto sobre la renta y en la cotización a la Seguridad Social está regulada, respectivamente, en el artículo 45 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y en el artículo 23.2.F.b.3º del Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social”*.

<sup>210</sup> Ello se explica diferenciando entre rentas dinerarias o en especie. Con respecto a estas últimas (rentas obtenidas en frutos o géneros y no en dinero, tales como la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda), el artículo 45 del Reglamento del IRPF dispone: *“1. A efectos de lo previsto en el artículo 42.2.c) de la Ley del Impuesto, tendrán la consideración de entrega de productos a precios rebajados que se realicen en comedores de empresa las fórmulas directas e indirectas de prestación del servicio, admitidas por la legislación laboral, en las que concurren los siguientes requisitos: 1º Que la prestación del servicio tenga lugar durante días hábiles para el empleado o trabajador. 2º Que la prestación del servicio no tenga lugar durante los días que el empleado o trabajador devengue dietas por manutención exceptuadas de gravamen de acuerdo al art. 9 de este Reglamento”*.

<sup>211</sup> SSTSJCA Madrid, 13-2-2009 (rec. 677/2006) (FJ.4º) y 28-11-2003 (rec. 1512/2000); Aragón, 29-6-2007 (rec. 615/2007); Valencia, 11-12-2003 (rec. 3503/1997) (FJ 2º).

A partir de la reforma del art. 23 del Reglamento de cotización de 22 de diciembre de 1995, se puede seguir planteando la cuestión del carácter salarial del servicio directo o indirecto de manutención en el ámbito de los acuerdos entre las partes a efectos de cálculo de indemnizaciones, pero no como parte de la base de cotización<sup>212</sup>.

Sin embargo, en el sector de hostelería<sup>213</sup>, en el que la prestación de manutención se da normalmente mediante servicio directo<sup>214</sup>, los convenios colectivos le reconocen carácter de salario en especie<sup>215</sup> y los tribunales se han ajustado a la calificación del convenio de la prestación de manutención, tanto para reconocerle carácter salarial como asistencial<sup>216</sup>, dando por bueno el acuerdo de convenio por el que la manutención pasa de ser un concepto salarial a considerarse extrasalarial, sin otro cambio en su régimen que la calificación de las partes<sup>217</sup>.

Para la calificación de la ayuda de comida como salarial se ha propuesto como línea divisoria el que la prestación aparezca desvinculada de las necesidades de la empresa<sup>218</sup>, caso en el que tendría carácter de simple remuneración del trabajo.

En el empleo de hogar, si las dos horas para las comidas principales no son de obligada presencia en la vivienda, la manutención es una forma de remuneración ajena a las necesidades del servicio y, por tanto, parte del salario<sup>219</sup>. Si la presencia en la vivienda es obligada durante ese

<sup>212</sup> MARTÍNEZ EMPERADOR, R., Régimen jurídico del salario, en AA.VV. *Comentarios a las Leyes Laborales: el Estatuto de los Trabajadores*, dir. BORRAJO DACRUZ, E., Madrid 1982, Tomo VI, Ed. EDERSA, pág. 20.

<sup>213</sup> CONVENIO COLECTIVO DE HOSTELERÍA DE LA PROVINCIA DE CIUDAD REAL (2013-2014) "Artículo 42. -Manutención. Los/as trabajadores/as que presten su servicios en establecimientos que sirvan comidas y/o cenas, y cuyo horario de trabajo coincida con el servicio de comidas y/o cenas, tendrán derecho a manutención que percibirán como compensación salarial en especie, con cargo a la empresa y durante los días que presten sus servicios". BOP Ciudad Real nº 136 de 30 de julio de 2013.

<sup>214</sup> GARCÍA ARCE, M.C. y PRIETO JUAREZ, J.A., *Acción Social* op. cit. pág. 297.

<sup>215</sup> LLOMPART BENASSAR, M., El salario en la negociación colectiva del sector de la hostelería, *Información Laboral-jurisprudencia*, vol. 5/2004, pág. 11.

<sup>216</sup> STS de 20-5-1992 (rec. 1634/1991), con referencia a la calificación del CC, declara la naturaleza salarial de la manutención que reciben los trabajadores alojados en las empresas de hostelería para las que prestan servicios. Igual el TSJ Cataluña, de 20-2-2006 (rec. 128/2005).

<sup>217</sup> STSJ Madrid, de 5-3-1998 (rec. 263/1997). La voluntad de las partes al calificar la naturaleza de las percepciones alimenticias resulta en ocasiones decisiva, tal como señala MARTÍN JIMÉNEZ, R., *Salario en especie*, op. cit., pág. 86.

<sup>218</sup> MARTÍN JIMÉNEZ, R., *El salario en especie*, op. cit., págs. 85-87.

<sup>219</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., ALFONSO MELLADO, C., *El salario*, Valencia 1994, Ed. Tirant lo Blanch, pág. 81 y ss.

tiempo, las dos horas son tiempo de presencia y el valor de los productos que se entregan gratuitamente, la manutención, entendemos podría tener carácter asistencial. En cuanto a la cotización, será obligada si forma parte del salario, en caso contrario, comprendo que estará exenta de la base de cotización sin límite en su cuantía, de acuerdo con el art. 23.2.F, b, 3 del Reglamento de cotización de 22 de diciembre, en tanto que es una prestación directa de servicio de comedor.

## **6. REPERCUSIÓN EN LA COTIZACIÓN EN EL CASO DEL CONTRATO A TIEMPO PARCIAL**

En el contrato doméstico a tiempo parcial, la base de cotización mensual será la del tramo correspondiente al salario percibido en el mes, con la prorrata de pagas extraordinarias, en su caso. Si el trabajo no se desarrollase todos los días, aun así, la base se formará con los conceptos computables en el mes. En la prestación de servicios a tiempo parcial según una pauta irregular e incierta (como ejemplo puede servirnos el caso de quienes cuidan niños para personas que tienen trabajo a turnos, y trabajan cuando se les llama) la parte empleadora podría dar de alta y de baja a la persona durante los periodos en los que no trabaja, pero no estaría obteniendo ninguna ventaja de tal operación<sup>220</sup>.

Según el art. 65.2 del Reglamento de cotización, de 22 de diciembre<sup>221</sup>, la base mínima en el contrato a tiempo parcial no podrá ser inferior al resultado de multiplicar las horas trabajadas en el mes a que se refiere la liquidación de cuotas por el valor mínimo de la hora establecido por el Ministerio de Trabajo.

La base mínima es la que cumple lo dispuesto en el art. 8 del RLESHF, que establece para el empleo de hogar en jornada completa el salario mínimo interprofesional a razón de 707,70 € (2017)<sup>222</sup> y dos pagas extras de la misma cuantía, o la cantidad que resulte a prorrata de ser la jornada inferior. El criterio sobre mínimos en el tiempo parcial en éste Sistema Especial será que no cabe atribuir un tramo inferior al

<sup>220</sup> La distinción entre parcialidad horizontal, la que se produce cuando la jornada semanal es inferior al tiempo completo en el sector con prestación de servicios todos los días y la parcialidad vertical, cuando la prestación de servicios no se da todos los días, no tiene consecuencias a efectos de cotización, siempre que a lo largo del mes haya actividad laboral que dé lugar a cotización a la seguridad social.

<sup>221</sup> 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.

<sup>222</sup> Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017.

que corresponde en función del salario mínimo aplicable de acuerdo a la jornada; por lo que no será el resultado de multiplicar las horas realizadas por el valor mínimo de la hora.

El sistema de tramos no sigue lo dispuesto en el art. 65.2 del Reglamento; las retribuciones de la franja alta de cada tramo se corresponden con un número de horas a salario mínimo superior a la base que se les adjudica. Aún cuando la Disposición Adicional 39ª.2.a) 4º señale que las normas del art. 109 del TRLGSS 1994<sup>223</sup> se aplicarán en éste Sistema Especial a partir de 2019, la salvedad debe entenderse referida solamente al sistema de tramos establecido en su ordinal 1º, ya que como sabemos, los demás ya han sufrido modificaciones.

Desde el momento inicial de éste Sistema Especial es de aplicación el art. 109.1 TRLGSS 1994, según el cual para la base de cotización se tomará el salario que tenga derecho a percibir el trabajador o el que efectivamente perciba de ser éste superior; por tanto, un salario por debajo del mínimo legal no daría lugar a una base de cotización de un tramo inferior.

## **7. TRABAJADORAS EN SITUACIÓN DE PLURIEMPLEO**

La concesión de un plazo de seis meses a partir del 1-1-2012 para dar de alta en el sistema especial a quienes venían prestando servicios para varios empleadores como discontinuas, entendemos que crea algunas situaciones no previstas legalmente, como analizaremos en los siguientes párrafos.

La DA 39ª LAAMSS no contemplaba la incorporación parcial al sistema especial en el periodo de los seis meses de transición, suponiendo implícitamente que no hay más que dos situaciones: la pertenencia al REEH según sus propias reglas o el paso al sistema especial.

Una de las situaciones no previstas es la que se da cuando la trabajadora que venía cotizando como discontinua consigue un nuevo empleo que se añade a los anteriores, en el que la obligación de dar de alta por parte del nuevo empleador es inmediata y tiene sus efectos desde el inicio de la relación laboral. El nuevo empleador está obligado a dar de alta en el sistema especial a la trabajadora que contrata por primera vez con anterioridad a que comience la prestación de servicios, sin que ninguna norma transitoria exceptúe su obligación.

<sup>223</sup> Art. 147 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

Pero de acuerdo con una decisión administrativa no publicada<sup>224</sup>, la TGSS no admitía el alta si la trabajadora no se da de baja como discontinua, lo que incluía dejar de cotizar por los empleos que estaban dando lugar al alta en el REEH. La discontinua dejaba de abonar la cuota única de seguridad social sobre la base máxima, de 748,20 €, y pasaba a tener una base de acuerdo con el tramo que le correspondía según sus ingresos con el empleador que le dio de alta, con las cargas de cotización repartidas según dispone la DA 39ª LAAMSS, dejando de cotizar para todas las contingencias en sus restantes empleos de carácter doméstico.

Otra posible situación sería la que aparece cuando uno solo de los empleadores de la trabajadora discontinua cuya relación es anterior al 1-1-2012 estaba dispuesto a dar de alta sin esperar a agotar el plazo concedido, y el otro o los otros querían atrasar el cumplimiento de su obligación utilizando el plazo. En principio, la consecuencia de la comunicación del cumplimiento de las condiciones para la integración en el sistema especial es la plena aplicación de las normas del mismo desde el día primero del mes siguiente, con las demás consecuencias descritas para el caso anterior. El tiempo de trabajo para él o los restantes empleadores que habían decidido agotar el plazo, quedaba sin cobertura de seguridad social por falta de sujeto obligado a cotizar, ya que de forma inexplicable no existía norma que obligue al empleador que lo era antes del 1 de enero 2012 a dar de alta en el sistema antes del 1 de julio de 2012.

## **8. ALTERNATIVA EN LA NORMA: POSIBILIDAD DE ACOGERSE A UN CONVENIO ESPECIAL**

La solución que le quedaba a la trabajadora de hogar discontinua era la suscripción de un convenio especial, para una situación no contemplada en ninguna de las modalidades de convenio de la Orden 2865/2003, de 13 de octubre, que regula el convenio especial en el sistema de la seguridad social. La clase de convenio que podía encajar en la situación era el del art. 22 de la Orden 2865/2003, de 13 de octubre, cuya función es permitir a los trabajadores contratados a tiempo parcial completar su cotización hasta la base mínima de cotización a tiempo

<sup>224</sup> De acuerdo con el Informe de 23-11-2011 de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, citado en la Instrucción de la Subdirección General de Afiliación y Procedimientos Especiales de la TGSS, titulada Trabajadores del Régimen Especial de Empleados de Hogar incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social como Sistema Especial, sin fecha.



completo, aún cuando la situación laboral efectiva en este caso, como hemos indicado anteriormente, pudiera ser la de una dedicación superior incluso a la que generarían los ingresos de 700,11 € mensuales que daban lugar a la base equivalente a la mínima del Régimen General<sup>225</sup>.

La base de cotización para el Convenio, de acuerdo con el art. 6 b) y c) de la Orden 2865/2003, de 13 de octubre, será la diferencia entre la que corresponde al contrato a tiempo parcial y la base mínima de cotización del Régimen de Autónomos, a la que tras aplicar el tipo único cotización en el Régimen General para contingencias comunes se le multiplicará el coeficiente del 0,94, establecido en el art. 22.1 a) de la Orden 2865/2003, de 13 de octubre. En consecuencia, la cuota resultante de la suscripción del convenio especial hubiese supuesto cotizar por una base y tipo superiores a las del sistema especial<sup>226</sup>.

Por otra parte, el convenio especial no cubriría los subsidios por incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, maternidad y paternidad. En caso de producirse tales contingencias, la base de cotización a efectos de la prestación hubiese sido el promedio de las bases correspondientes al tramo en el que se inserta el salario percibido y cotizado en los tres meses anteriores al hecho causante, con lo que durante el periodo de los seis meses se producía una infraprotección, aún con convenio especial.

En los supuestos en que la trabajadora estuviese de alta como fija con un empleador y resultase contratada por otro más, la Instrucción de la Secretaría General de Afiliación y Procedimientos Especiales de la TGSS permitía dar el alta en el sistema especial<sup>227</sup>, simultaneando la pertenencia con el REEH como trabajadora fija con un empleador y el alta en el sistema especial con el otro o los otros. No entendemos que exista ninguna justificación al haberse considerado posible la pertenencia simultánea en este supuesto no lo haya sido en los restantes.

<sup>225</sup> Tramo quince de retribución mensual en el SEEH para 2012. Art. 14 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero.

<sup>226</sup> En años anteriores ha sido más notable, pero no obstante, en 2017, la base mínima del RETA es 893,10 € al mes, frente a los 825,66 del tramo 8 del sistema especial. El tipo de contingencias comunes es el 29,80 %, frente al 27,60 % del SEEH. Hasta el quinto tramo de cotización, inclusive, la trabajadora que suscribe el convenio y además cotiza a tiempo parcial en el sistema de hogar tendrá que pagar una cuota superior a la que abonaba como discontinua.

<sup>227</sup> Según la Instrucción ya citada, de la Subdirección General de Afiliación y Procedimientos Especiales de la TGSS, Trabajadores del régimen especial de hogar incluidos en el régimen general de la seguridad social como sistema especial.

En este caso, se cotizaría sobre dos bases, la del REEH y la del sistema especial. La del REEH sería única de 748,20€, tanto para empleados del hogar continuos como discontinuos, con independencia del salario percibido, que podía ser inferior; y la del sistema especial sería la correspondiente al tramo salarial, con lo que la Instrucción de la TGSS podrá traducirse en una recaudación superior a la que resultaría de la aplicación de la nueva norma a las dos relaciones.

## **9. COTIZACIÓN Y RECAUDACIÓN EN EL NUEVO RÉGIMEN REGULADOR**

Respecto de la cotización, el Sistema especial implica un cambio radical en el formato tradicional. Como es sabido, la cotización se limita a los conceptos de contingencias comunes y profesionales, sin que el trasvase hacia el Régimen General haya propiciado un cambio de escenario. En efecto, en este nuevo Sistema especial no se prevé la cotización por los conceptos de recaudación conjunta, pues la protección del FOGASA no se extiende a este ámbito [art. 3.b) RLESHF], al que también son ajenas las reglas sobre formación profesional, y del catálogo de la acción protectora queda excluido el desempleo, y en principio, en mi opinión tampoco se prevé una cotización adicional por horas extraordinarias.

En el cálculo de la base de cotización sí se aprecian novedades relevantes, pues se prescinde del clásico mecanismo de cuotas fijas (con bases y tipos predeterminados) para buscar una correspondencia entre las bases de cotización y los salarios reales, pero no de la misma forma que en el Régimen General, con el fin de facilitar la gestión.

La forma de cálculo de las bases de cotización en el Régimen General conlleva cierta complejidad, y su extrapolación al ámbito del trabajo doméstico no siempre resulta sencilla, porque los sujetos obligados y responsables carecen de conocimientos técnicos y la externalización de esa actividad a través de asesorías o gestorías no es una opción viable por evidentes razones económicas.

El legislador, entendemos que buscando simplificar el método de cálculo y dotarlo de previsibilidad ha configurado un sistema de bases de cotización por tramos de salario, de modo que la identificación de la base de cotización resulte sencilla para la entidad gestora y únicamente sea menester aplicar el tipo. La DA 39<sup>a</sup>.2 del TRLGSS 1994, el art. 120.4 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, y el art. 14 de la Orden ESS/184/2012, de 2 de febrero, establecen quince tramos de retribución (y por tanto quince

posibles bases de cotización para 2012, si bien posteriormente, como ahora veremos, fueron modificados).

El tramo depende de la retribución mensual, incluida en su caso la retribución por horas extraordinarias respecto de las contingencias profesionales para los trabajadores a jornada completa, pero en ningún caso para los trabajadores a tiempo parcial (DA 7<sup>a</sup>.3 TRLGSS 1994), como se desarrollará en el epígrafe siguiente. Además, el art. 14 de la Orden de cotización, de 9 de febrero<sup>228</sup>, exige la suma de la prorrata de las pagas extraordinarias, en coherencia con el Régimen General, operación de cierta complejidad técnica de la que seguramente debiera haberse prescindido para evitar complicaciones de gestión innecesarias.

Somos conscientes de que las retribuciones en este sector son, como regla general, reducidas, y por ello entendemos que prevé tramos no especialmente generosos, máxime cuando la cantidad establecida como base única para 2011 en el REEH (art. 16 Orden TIN/41/2011) coincide precisamente con el tramo 15<sup>o</sup> del SEEH para 2012. Así se explica sin dificultad que el incremento del número de altas en el SEEH en relación con el REEH no se haya visto acompañado de un aumento de los ingresos, pues la aplicación de los tramos deriva en la práctica en una cuota a ingresar más reducida, porque el tipo, como se verá, se ha mantenido, y la base de cotización media es menor.

La comparación entre las bases de cotización del SEEH y del REEH requiere ser matizada, porque la base de cotización en el REEH no dependía ni del salario percibido ni del número de empleadores, y por tanto de contratos. En cambio, en el Sistema especial cada empleador debe hacer frente a la obligación de cotizar aplicando el tramo correspondiente, lo que en definitiva supone que la suma global de las cuotas a ingresar podría ser ostensiblemente superior a la que habría de satisfacerse en el REEH en caso de trabajadores domésticos que prestasen servicios parciales o discontinuos para varios empleadores.

## **10. SISTEMA DE TRAMOS Y AJUSTE A LA SITUACIÓN REAL**

Por un lado, como hemos adelantado ya, deja de utilizarse el sistema tarifado de cotización consistente en la aplicación de una base úni-

<sup>228</sup> Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2017. (BOE de 11 de febrero de 2017).

ca de cotización<sup>229</sup>, estableciéndose un nuevo criterio asimilado al del Régimen General más cercano al salario percibido por el empleado, durante un período gradual y transitorio hasta su aplicación plena. En este sistema especial, tras la modificación del artículo 4 del Reglamento General de Recaudación de las Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, el ingreso de la cotización deberá realizarse “obligatoriamente” mediante el sistema de domiciliación en cuenta<sup>230</sup>, por lo que será la propia Administración la que

<sup>229</sup> Según el art. 26.1 segundo párrafo LGSS de 1994, no era exigible la presentación de los documentos de cotización, entre otros, del REEH. En cambio, en la nueva redacción del citado artículo (25), se elimina este Régimen Especial de los que no eran exigibles de ser presentados, sin que se hayan sustituido por el nuevo Sistema Especial para Empleados de Hogar, por lo que deberán presentarse en el plazo reglamentario los indicados documentos de cotización que afectan a los empleados de hogar contratados por el empleador. No obstante, tratándose de cantidades previsible por establecerse en función de unos tramos salariales, quizá se podrían considerar como “cuotas fijas”, como señala el segundo párrafo del apartado 1 del art. 26 LGSS de 1994, y ser excluidos de la obligación de presentar los documentos de cotización. Si se optara por esta posibilidad, debería establecerse reglamentariamente de forma expresa.

Ahora bien, esta posibilidad únicamente sería posible, si así se dispusiera, durante el período transitorio, pues a partir de 2019 se equipara de forma plena al Régimen General, por lo que en todo caso a partir del citado año se exigirá la presentación de documentos por parte del empleador.

<sup>230</sup> Desde el 1-1-2013, en el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el RGSS, el ingreso de la cotización debe realizarse obligatoriamente mediante el sistema de domiciliación en cuenta, abierta en una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora de la Seguridad Social. La modificación de la cuenta en que esté domiciliado el pago de las cuotas de este sistema especial va a tener efectos el mismo mes en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 1 y 10 de cada mes, y a partir del mes siguiente a aquel en que se comunique, de formularse la comunicación entre los días 11 y último de cada mes. Asimismo, el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social se modifica en un doble sentido:

a) Por otro lado, se consideran presentados dentro del plazo reglamentario los documentos de cotización correspondientes al RETA y los relativos a las cuotas fijas de convenios especiales, del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y de los Sistemas Especiales para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y para Empleados de Hogar, establecidos en el RGSS, que correspondan a períodos posteriores a la presentación del alta en los supuestos en que ésta proceda.

b) Por otro lado, se va a dictar providencia de apremio, sin previa reclamación de deuda o acta de liquidación, entre otros supuestos por falta de ingreso de las cuotas relativas a trabajadores en alta en el RETA y de las cuotas fijas de convenios especiales, del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar y de los Sistemas Especiales para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios y para Empleados de Hogar, establecidos en el RGSS, así como de cualquier otra cuota fija que pudiera establecerse.

Al mismo tiempo, el Art. 4. Tres. Del Real Decreto 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleadas de Hogar y otras medidas de carácter económico y social añade una nueva disposición adicional, la octava, con la siguiente redacción: “*Disposición adicional octava. Domiciliación del*

liquide y domicilie la cantidad que calcule en la cuenta corriente, entendemos que todo ello para evitar la necesidad de rellenar ningún boletín de cotización al empleador.

Según lo dispuesto en el art. 23.1 del Reglamento para el Régimen General, de 22 de diciembre, la base de cotización estará constituida por los salarios que tenga derecho a percibir la trabajadora o los que perciba efectivamente de ser superiores. Por tanto, la adjudicación del tramo tiene como presupuesto el que los salarios recibidos alcancen al menos el mínimo establecido y esta referencia salarial será el sueldo mínimo para adjudicar el tramo de cotización.

Se preveía un periodo transitorio de acercamiento de la base de cotización al salario real, comenzando en el año 2013 con un nuevo tramo en la escala, el 16º, que sería la del tramo 15º incrementada en un 5%, correspondiendo a retribuciones superiores a la base mínima del Régimen General en ese ejercicio. En los años sucesivos, hasta llegar al 2019, las bases de todos los tramos se incrementarían en la misma proporción que la base mínima del Régimen General en cada año, salvo el tramo 16, que se incrementaría en el 5% anual. Y a partir de 2019, se seguirán las normas generales del art. 147 de la LGSS para el cálculo de las bases de cotización<sup>231</sup>.

Este sistema de tramos, fue modificado por el Real Decreto 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleadas de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, estableciendo que en el año 2013, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determina-

---

*pago de cuotas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar. En el Sistema Especial para Empleados de Hogar establecido en el Régimen General de la Seguridad Social, el ingreso de la cotización deberá realizarse obligatoriamente mediante el sistema de domiciliación en cuenta, abierta en una entidad financiera autorizada para actuar como oficina recaudadora de la Seguridad Social.*

*La modificación de la cuenta en que esté domiciliado el pago de las cuotas de este sistema especial tendrá efectos el mismo mes en que se comuniquen, de formularse la comunicación entre los días 1 y 10 de cada mes, y a partir del mes siguiente a aquel en que se comuniquen, de formularse la comunicación entre los días 11 y último de cada mes”.*

<sup>231</sup> A partir del año 2019, como hemos indicado, de acuerdo con la DA 39ª, 2,a) 4, las bases de cotización comienzan a determinarse de acuerdo con el art. 147 de la LGSS, por lo que las horas extras pasan a formar parte únicamente de la base por contingencias profesionales. En el Régimen General debe entenderse que la norma continúa vigente únicamente para el contrato a tiempo completo por obra de la reforma del RDL 3/2012. Por el contrario, en el sistema especial, en virtud de la exclusión contenida en el DF 9.4, la formación de la base en el contrato a tiempo parcial y en el contrato a tiempo completo no tienen un tratamiento distinto. Por tanto, las prestaciones también seguirán las normas que distinguen las bases según la existencia de horas extraordinarias.

rían con arreglo a una nueva escala de ocho tramos<sup>232</sup>, en función de la retribución percibida por los empleados de hogar con la proporción de pagas extraordinarias.

La nueva escala de cotización, supone una reducción a ocho tramos de la escala originaria de cotización, introducida por la LAAMSS, que abarcaba hasta quince tramos. El efecto más importante, podemos advertir que lejos de la simplificación del método de cálculo, es el incremento de la recaudación que se producirá con dicha medida, puesto que, con la reducción de los tramos, se abarcan mucha más escala de retribución que supondrá cotizar en menos escala (ocho tramos) lo que antes se preveía cotizar en una escala de retribuciones más amplia (quince tramos), produciendo un claro efecto recaudatorio, menos ajustado que el anterior; por las menores bases de cotización a optar en función de la retribución percibida, que supondrá un claro perjuicio a aquellos empleados del hogar que presten sus servicios a tiempo parcial por horas, que por lo general venían cotizando por las escalas intermedias.

Por otra parte, me parece importante destacar que el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece en su Disposición Final 9.1 que las horas extraordinarias en el contrato a tiempo parcial se tomarán en cuenta para la determinación de la base de cotización tanto por contingencias comunes como profesionales.

En cuanto a la repercusión en prestaciones, según la Disposición Final 9.3 RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, la integración de las horas extras en la base servirá para determinar la base reguladora de las prestaciones por contingencias comunes, por lo que debe entenderse que se hará sin variar su método de cálculo.

Con respecto a las profesionales, se aplicará la norma vigente, que tanto para la IT, como para las pensiones hace la media con las del año

<sup>232</sup> Bases 2013:

1. ° Hasta 172,05.....	147,86
2. ° Desde 172,06 hasta 268,80 .....	244,62
3. ° Desde 268,81 hasta 365,60 .....	341,40
4. ° Desde 365,61 hasta 462,40 .....	438,17
5. ° Desde 462,41 hasta 559,10 .....	534,95
6. ° Desde 559,11 hasta 655,90 .....	631,73
7. ° Desde 655,91 hasta 753,00 .....	753,00
8. ° Desde 753,01 .....	790,65

anterior al hecho causante, por lo que deberán aparecer diferenciadas en los documentos de cotización.

En este sentido, podemos advertir que el texto del apartado 2.a) 1º de la DA 39ª de la LAAMSS *“En el año 2012, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán con arreglo a la siguiente escala (...)”*, plantea como primera duda si la base es única para todas las contingencias o en el caso de que existiesen horas extras se aplica la norma general del art. 147.2. e). En caso afirmativo, según la cuantía de las horas extras los tramos de cotización serían distintos, aplicándose los tipos para contingencias comunes y profesionales sobre dos bases diferentes.

Para aclarar estas dudas, el apartado 4 de la Disposición Final 9ª del RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, excluye de la citada Disposición Final al sistema especial de empleados de hogar<sup>233</sup>, por lo que debe entenderse que la remuneración de las horas extraordinarias se integra en la base indiferenciadamente con el resto de la retribución, tanto en la cotización de los contratos a tiempo completo como en el tiempo parcial, ya que la DA 39ª de la LAAMSS no hace ninguna distinción entre jornada ordinaria y extraordinaria en relación a la retribución percibida que determina la inserción en el tramo para la cotización.

La exclusión en el sistema especial de las horas extras para el cálculo de la base por contingencias comunes en el tiempo parcial estimamos merece una valoración negativa, ya que supone injustificadamente una cuantía inferior en las prestaciones.

## **11. LA BASE DE COTIZACIÓN EN EL TRABAJO “POR HORAS” Y SU SEGUIMIENTO POR LA ADMINISTRACIÓN**

En el supuesto del servicio doméstico “por horas” la remuneración se fija por las partes a un tanto la hora, en el que normalmente están incluidos todos los conceptos retributivos, incluido el abono de las vacaciones<sup>234</sup>.

<sup>233</sup> También el sistema especial de trabajadores por cuenta ajena agrarios, trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial del Mar y de los de la Minería del Carbón.

<sup>234</sup> La norma distingue varios casos, dependiendo de cuántos días al año trabaje el empleado en el hogar del empleador y de cuántas horas semanales dure ese trabajo:

Si siempre trabaja 40 horas semanales, se habla de jornada completa.

Si trabaja menos de 40 horas semanales pero acude al domicilio 120 días al año o más, se habla de tiempo parcial.

Si acude al domicilio menos de 120 días al año, se considera que trabaja por horas.

La posibilidad de abonar las vacaciones prorrateando su importe en el salario a lo largo de los meses de duración del contrato, aparece en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal<sup>235</sup>, la cual en su art. 11.1, párrafo tercero establece que en la remuneración de los trabajadores en misión de las empresas de trabajo temporal deberá incluirse la parte proporcional correspondiente a las vacaciones<sup>236</sup>. Entendemos que se trata de una disposición imperativa, aunque el art. 41.2 del V Convenio Colectivo del sector<sup>237</sup> dispone que a los trabajadores de puesta a disposición contratados temporalmente se les podrá abonar la compensación económica correspondiente a la falta de disfrute de vacaciones mediante su prorrateo mensual durante toda la vigencia del contrato de trabajo, salvo que la duración del mismo, o la sucesión de contratos sin solución de continuidad, sea de un año o superior.

La segunda norma que menciona el pago de las vacaciones prorrateadas en los salarios mensuales es el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012<sup>238</sup>, que sigue la pauta de años anteriores<sup>239</sup>. Al fijar el salario mínimo de los temporeros del campo cuya relación laboral no exceda de 120 días y el de los empleados de hogar que trabajen por horas, se refiere a la prorrata de las vacaciones, pero el tratamiento que se da a la cuestión en cada uno de los casos es distinto. Y esto, porque en el salario mínimo de los temporeros, fijado por día, se incluye la prorrata de las pagas extraordinarias, retribución de domingos y festivos, pero no las vacaciones, que según el RD de 30 de diciembre, deben abonarse de acuerdo con el art. 38 del ET, salvo que no existiera coincidencia entre el período de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato. Pero en el caso de las trabajadoras domésticas por horas, la cuantía que se fija anualmente incluye todos los conceptos, también las vacaciones.

<sup>235</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C., *Las empresas de trabajo temporal en España*. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia. 1994, pág. 15 y ss. CRUZ VILLALÓN, El marco jurídico de las empresas de trabajo temporal, en *La Reforma Laboral de 1994* (Alarcón Caracuel, coord.). Ed. Marcial Pons. Madrid. 1994, págs. 95 y ss.

<sup>236</sup> Con fecha 20 de junio de 2015, se ha publicado en el BOE en el Reglamento de las empresas de trabajo temporal (Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo).

<sup>237</sup> BOE 8-2-2008.

<sup>238</sup> Para 2017, ver el Real Decreto 742/2016, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2017.

<sup>239</sup> A partir del Real Decreto 100/1983, de 10 de enero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 1983, para los temporeros del campo, y luego a partir del Real Decreto 2474/1985, de 27 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1986 para los empleados de hogar por horas.



Es preciso advertir que la alusión al abono de las vacaciones a los temporeros del campo “... de acuerdo con el art. 38 del ET” no se refiere a la manera de retribuir las, o a la cuestión de si pueden abonarse anticipadamente con el salario mensual<sup>240</sup>, porque nada de ello se regula en el artículo citado. Se refiere a la imposibilidad que el apartado 1 del artículo en cuestión establece de sustituirlas por compensación económica, y así se ha pronunciado el TS interpretando el art. 38 del ET en contratos temporales inferiores al año<sup>241</sup>, doctrina que entendemos que no debía ser aplicable a los contratos de mayor duración.

Del mismo modo, el art. 7.2 del Convenio 132 de la OIT sobre vacaciones pagadas impone al empleador el deber de abonarlas de manera anticipada, salvo acuerdo entre las partes. Y, en este sentido, la práctica nacional de abonar los salarios en las fechas habituales de remuneración de los salarios cumple la finalidad de la norma, con lo que no habría incumplimiento del Convenio.

Sí existe, en cambio, incumplimiento del Convenio en la forma de pago del trabajo doméstico por horas, dado que en los contratos de un año o duración superior las vacaciones disfrutadas se cobrarán a lo largo de todo el año en la prorrata del salario/hora, antes y después del periodo de su disfrute. Además, transcurrido el plazo de las vacaciones, que suele ser de 30 días consecutivos, la trabajadora no recibirá su salario hasta que transcurra otro mes de trabajo, lo que contradice la finalidad del Convenio, que es la protección económica completa del periodo de descanso.

Por lo demás, no debemos olvidar, que la Directiva 88/2003, de 4 de noviembre, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo establece en su art. 7 el derecho a las vacaciones retribuidas, de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció en sentencia de 16 de marzo de 2006 sobre si la forma de pago de las vacaciones mediante su prorrateo en los salarios del año se ajustaba a las disposiciones de la Directiva 93/104, de 23 de noviembre, antecedente

<sup>240</sup> SEMPERE NAVARRO, A. y otros, *Jornada laboral, vacaciones, permisos y suspensión del contrato de trabajo*, Ed. Thomson Aranzadi, 2005. pág. 161.

<sup>241</sup> La STS de 5-11-2002 (rec. 1226/2011), y en la misma línea la STS de 30-4-1994 (rec. 2446/1993), FJ. 4 “... la inclusión de la prorrata de vacaciones no ha de entenderse como una compensación económica a la renuncia del derecho de vacar (lo que no permite el apartado primero de dicho precepto, ni tampoco el Convenio 132 de la O.I.T., que también se invoca), pues, dado el carácter retributivo del período vacacional, la prorrata de vacaciones, tratándose de contratos inferiores al año, no es más que una forma de pago anticipado de las mismas”.

de la actual sobre ordenación del tiempo de trabajo, que regulaba de la misma manera la cuestión del abono de las vacaciones<sup>242</sup>. En lo que aquí interesa, la sentencia señala que *“la obligación de retribuir las vacaciones tiene como objetivo colocar al trabajador, durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los periodos de trabajo”*, lo que no se cumple con el sistema de retribución “por horas” del empleo doméstico. De acuerdo con el artículo 3, la Directiva 88/2003, de 4 de noviembre, no incluye el empleo doméstico en su campo de aplicación, pero entendemos, que cabría aplicar el criterio a la hora de interpretar el derecho a las vacaciones remuneradas que reconocen el RLESHF y el Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, el art. 147.1 de la LGSS en su tercer párrafo establece que las percepciones correspondientes a las vacaciones no disfrutadas al final de la relación laboral deberán cotizarse como liquidación complementaria a la del mes de finalización del contrato<sup>243</sup>. Esta disposición se incorporó a la LGSS con la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social<sup>244</sup>. A su vez, el cuarto párrafo del art. 147.1 LGSS hace una excepción a esta obligación de cotización complementaria en los supuestos en los que *“... mediante ley o en ejecución de la misma, se establezca que la remuneración del trabajador debe incluir, conjuntamente con el salario, la parte proporcional correspondiente a las vacaciones devengadas”*, caso en el que deberán aplicarse las normas generales de cotización<sup>245</sup>.

<sup>242</sup> Sentencia comentada por TAPIA HERMIDA, A., “El derecho a disfrutar vacaciones anuales retribuidas”, CEF, RTSS, n.º. 280, julio 2006, págs. 97-120.

<sup>243</sup> El pago anticipado de las vacaciones presenta un problema en el campo de la seguridad social. Si se cotiza su cuantía formando parte de la base de cotización de los meses en los que hay trabajo efectivo, el periodo cotizado disminuye.

<sup>244</sup> La nueva obligación de cotizar aparte las vacaciones tiene un aspecto favorable a las personas con contrato temporal al alargar sus periodos de cotización, y a la vez es una medida que iguala el tratamiento de la cotización en el contrato temporal y el indefinido. El cambio parece haber tenido otro propósito, pues fue acompañado de una reforma del desempleo por Ley 45/2002, de 12 de diciembre, añadiendo al art. 209 de la LGSS un apartado 3, según el cual el nacimiento del derecho a la prestación de desempleo se produce una vez transcurrido el periodo de vacaciones no disfrutadas.

<sup>245</sup> La compensación en metálico de las vacaciones retribuidas y no disfrutadas, el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social, al hacer referencia a las situaciones asimiladas a la de alta, indica de modo expreso: *“la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”*. Asimismo, y durante este período subsiste la obligación de cotizar para la empresa, estableciéndose en el artículo 147 de la citada norma un sistema específico de cotización para la retribución correspondiente a este período, al indicar que *“las percepciones correspondientes a vacaciones*

De la interpretación sistemática del reformado art. 147.1 y 2 LGSS parece desprenderse que para que surja el deber de cotizar, debe efectuarse un desembolso, atribución patrimonial o aportación económica empresarial que tenga como destinatario directo al trabajador<sup>246</sup>, se sigue por tanto, vinculando formalmente el deber de cotizar al carácter retributivo de las prestaciones recibidas por el trabajador, el duro tenor de la LGSS art. 147.2 impide finalmente considerar exentas de cotizar las prestaciones extrasalariales, atendiendo a su carácter no retributivo<sup>247</sup>.

La norma es solamente de aplicación a las empresas de trabajo temporal (en adelante ETTs), cuya norma reguladora, la Ley 14/1994, de 1 de junio, que ya he mencionado, establece en su art. 11.1 que los trabajadores puestos a disposición deberán recibir con su salario mensual la prorrata de pagas extras y vacaciones<sup>248</sup>. No hay ninguna otra disposición legal que establezca tal obligación para otra clase de empresas o ramas de actividad<sup>249</sup>.

*anuales devengadas y no disfrutadas y que sean retribuidas a la finalización de la relación laboral serán objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de la extinción del contrato. La liquidación y cotización complementaria comprenderán los días de duración de las vacaciones, aun cuando alcancen también el siguiente mes natural o se inicie una nueva relación laboral durante los mismos, sin prorrateo alguno y con aplicación, en su caso, del tope máximo de cotización correspondiente al mes o meses que resulten afectados”.*

<sup>246</sup> La Disposición Final Tercera del Real Decreto-Ley 16/2013 de 20 de diciembre, modifica el artículo 147 de la LGSS en cuanto a los conceptos computables en la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social se refiere. Conforme a lo anterior, se definen como conceptos incluidos en la base de cotización, entre otros, los siguientes: La totalidad del importe abonado a los trabajadores por pluses de transporte y distancia., Mejoras de las prestaciones de Seguridad Social, salvo las correspondientes a la incapacidad temporal., Asignaciones asistenciales, salvo las correspondientes a gastos de estudios del trabajador o asimilado, cuando vengan exigidos por el desarrollo de sus actividades o las características del puesto de trabajo., La totalidad de los gastos normales de manutención y estancia generados en el mismo municipio del lugar del trabajo habitual del trabajador y del que constituya su residencia.

<sup>247</sup> El viejo listado legal de prestaciones exentas de la obligación de cotizar se ha visto profundamente afectado en un triple sentido, y con ello también tácitamente las exenciones previstas en la normativa reglamentaria de desarrollo (RD 2064/1995 art.23, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

<sup>248</sup> SÁNCHEZ DE LEÓN, L., “Las empresas de trabajo temporal como nueva herramienta de gestión”. *Dirección y Progreso* n° 140, marzo-abril 1995, págs. 65-67. LÓPEZ BALAGUER, M., *Contrato de trabajo y remuneración en la nueva regulación de las Empresas de Trabajo Temporal*. Ed. Tirant lo Blanch, 2000. Valencia. págs. 64 y ss.

<sup>249</sup> En los contratos temporales del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios, las bases mínimas para la cotización por jornadas reales que la Orden de Cotización establece tienen incluida la parte proporcional de las vacaciones, de acuer-

Al plantear cómo debe cotizarse en el trabajo doméstico que se retribuye por horas, hay una falta de definición sobre en qué caso el trabajo es por horas y si hay diferencia, y cuál, con el trabajo a tiempo parcial. El RLESHF continúa utilizando la expresión “*por horas*” en su art. 8.5, sobre retribuciones, sin definirla y mencionando en los apartados 1 y 5 del mismo artículo dos situaciones de trabajo a tiempo parcial. En el apartado 1 del artículo mencionado señala que quienes trabajen en jornada inferior a las 40 horas semanales cobrarán el salario mínimo en proporción a su jornada. En el apartado 5 de dicho artículo, que para los que trabajen por horas el salario mínimo de referencia será el de los eventuales y temporeros, que incluye todos los conceptos retributivos.

El precepto es comparable al RLESD sobre retribuciones, por lo que la cuestión se ha planteado ya con la norma anterior. La doctrina no se ha pronunciado sobre un límite preciso referido a la jornada de trabajo, sino sobre los criterios que distinguirían a los dos tipos de trabajadores a tiempo parcial. Se ha entendido que por horas están todos los que no trabajan a tiempo completo, para otra posición doctrinal los “*por horas*” serían quienes prestan servicios ocasionales<sup>250</sup>. La expresión “trabajo por horas” se ha utilizado con independencia de la duración de la jornada, como sinónimo de trabajo discontinuo<sup>251</sup>, precisamente el Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre Medidas en materia de Seguridad Social utilizaba éste término.

El salario mínimo por hora que establece el art. 8.5 del RLESHF remite a las normas sobre salario mínimo y señala que en tal precio por hora están incluidos todos los conceptos retributivos<sup>252</sup>. A efectos de cotización, lo que interesa es que la norma no obliga a incluir la parte

do al art. 42 del Reglamento de Cotización, pero se refiere específicamente a actividades eventuales del campo.

<sup>250</sup> CUEVA PUENTE, M<sup>a</sup>.C., *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Valladolid, Lex Nova, 2005. Con prólogo de VALDÉS DAL RÉ, F. en págs. 320-321 recoge las diferentes posiciones. La autora defiende que el término acoge a las trabajadoras a tiempo parcial cuyos servicios no tienen una entidad temporal apreciable.

<sup>251</sup> PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., “La integración de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social”, AS. n° 8, 2011, pág. 11.

<sup>252</sup> DOLADO, J.J., y FELGUEROSO, F., “Los efectos del salario mínimo: evidencia empírica para el caso español”, *Moneda y Crédito*, n° 204, 1997, págs. 213-263. GONZÁLEZ GÜEMES, I., “Los efectos del salario mínimo sobre el empleo de adolescentes, jóvenes y mujeres: evidencia empírica para el caso español”, *Cuadernos Económicos de ICE*, n° 63, 1997, págs. 31-48. GONZÁLEZ GÜEMES, I., JIMÉNEZ MARTÍN, S. y PÉREZ DOMÍNGUEZ, C., “Los efectos del salario mínimo sobre el empleo juvenil en España: nueva evidencia con datos de panel”, *Revista Asturiana de Economía*, n° 27, 2003, págs. 147-168.

proporcional de las vacaciones en el salario del “trabajo por horas”, que sería el supuesto del art. 147.1 LGSS tercer párrafo, que establece la obligación general de cotizar las vacaciones al final del contrato y establece en su cuarto párrafo una excepción concreta que no atañe a la relación laboral del servicio doméstico.

Cuando un contrato dura todo el año natural, el incluir las vacaciones en la base de cotización de cada mes y en consecuencia no cotizarlas en la fecha de su disfrute genera un vacío de cotización. Problema que incluso para los contratos de puesta a disposición de las ETTs ha sido corregido por el art. 41.2 del Convenio Colectivo estatal del sector, para el caso de las relaciones laborales que se extienden durante todo el año natural.

El art. 13 del Reglamento de cotización, sobre duración de la obligación de cotizar<sup>253</sup>, dispone que ésta se mantendrá por todo el período en que el trabajador o asimilado, comprendido en el campo de aplicación de los distintos Regímenes del sistema de la Seguridad Social, desarrolle su actividad, preste los servicios determinantes de su inclusión en los mismos, o se encuentre en situación jurídica conexas con dicha actividad o servicios. El art. 38 del ET habla de “*el periodo de vacaciones retribuidas*”, que entendemos es una situación ligada al contrato de trabajo<sup>254</sup>.

Por otra parte, el art. 23.1, B del mismo Reglamento establece, que los periodos de descanso computables como de trabajo, forman parte de la base de cotización en el Régimen General<sup>255</sup>. La fecha en la que se cotizan los conceptos no es disponible por las partes en el sistema de Seguridad Social. El art. 16.2.1 del Reglamento señala que las liquidaciones de cuotas que recaigan sobre bases de cotización deben referirse al mes natural a que se refiera su devengo, lo que querría decir que la base de cotización de las cantidades que corresponden a las vacaciones deberían cotizarse en el mes en el que se disfrutaran.

En el cálculo de las bases de cotización en el empleo doméstico, cuando las horas de trabajo llevan incluido el abono de las vacaciones, lo que deberá hacerse es sumar todas las cantidades que se prevé abonar

<sup>253</sup> PÉREZ INFANTE, J.I., “Análisis económico de la financiación de la Seguridad Social española”. *Ekonomiaz*, nº 38, 2º cuatrimestre, 1997, págs. 190-237.

<sup>254</sup> Sobre éste tema se puede consultar VV.AA.: Monográfico sobre el régimen jurídico del derecho a vacaciones, *Tribuna Social*, núm. 38. 1994.

<sup>255</sup> BLASCO LAHOZ, J.F. y PIÑEYROA DE LA FUENTE, A.J., *La última reforma de la Seguridad Social. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 32 y ss.

durante el año en función de las horas contratadas, y dividir la suma entre doce<sup>256</sup>, que serán las cuantías que servirán de referencia para establecer el tramo de cotización que corresponde<sup>257</sup>. En otro caso, se generaría una laguna de cotización que no se integra y una situación de no alta durante el periodo que no responde a la realidad del contrato.

## 12. DETERMINACIÓN DE LA BASE EN EL TRABAJO DISCONTINUO EN LOS SUPUESTOS DE FECHA CIERTA O INCIERTA

Como punto de partida debemos advertir que la DA 3ª del RD 1131/2002, de 31 de octubre<sup>258</sup>, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, añadió el nº 3 al art. 65 del Reglamento de cotización, estableciendo la fórmula de cotización de “... *los trabajadores con contrato a tiempo parcial que hayan acordado con su empresa que la totalidad de horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados periodos de cada año, percibiendo todas las remuneraciones anuales o las correspondientes al periodo inferior de que se trate en esos periodos de trabajo concentrado*”. Dispone que los trabajadores deben permanecer en alta en el Régimen de seguridad social correspondiente a la actividad en tanto no se extinga su relación laboral y subsista la obligación de cotizar.

El art. 65.3.1º RD 1131/2002, de 31 de octubre, establece que para el cálculo de la base de cotización se hará una previsión de la remuneración total a recibir a lo largo del año o el periodo que proceda si es inferior<sup>259</sup>. Y de acuerdo con el 65.3.2º RD 1131/2002, de 31 de octubre, la cantidad se prorrateará entre los doce meses o el periodo inferior, en su caso determinando de ese modo la base de cotización mensual<sup>260</sup>.

<sup>256</sup> RODRÍGUEZ, M.J., GORELLI, J y VÍLCHEZ, M., *Sistema de la Seguridad Social*. Ed. Tecnos, Madrid. 8ª Edición. 2007, Tema 8.

<sup>257</sup> No hay indicación sobre cómo debe cumplimentarse el impreso TA.2/S-0138, de solicitud de alta, baja o variación de datos del SEEH, en el supuesto de abono del salario con prorrateo de las vacaciones a lo largo de once meses del año, con lo que debe suponerse que multitud de empleadores domésticos sobre cotizarán en el año 2012, al cargárseles en cuenta todos los meses una cuota calculada sobre la cantidad declarada erróneamente como mensual.

<sup>258</sup> El contenido de este Real Decreto está afectado por la nueva regulación de la jubilación parcial, en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.

<sup>259</sup> MERINO SENOVILLA, H., *El trabajo a tiempo parcial*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1994, pág. 88, 113 y 145.

<sup>260</sup> La regulación actual del contrato a tiempo parcial puede originar en la práctica que el trabajador acuerde con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar anualmente, por razón de su contrato a tiempo parcial, se presten de forma

La cotización se realizará con independencia de que la remuneración se perciba íntegramente en los periodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo de todo el año, aún en el periodo en que no hay actividad<sup>261</sup>.

Sobre el cálculo de la base de cotización conforme a las reglas anteriores, el art. 65.3.3º RD 1131/2002, de 31 de octubre, dispone que la base mensual no podrá ser inferior al importe de la base mínima de cotización vigente en cada momento para los contratos a tiempo parcial, de acuerdo con el apartado 2 del mismo artículo. Este apartado dispone que en el trabajo a tiempo parcial la base no puede ser inferior al resultado de multiplicar las horas realmente trabajadas en el mes a que se refiere la liquidación de cuotas por la base mínima por hora establecida en la Orden de cotización<sup>262</sup>. La norma no guarda cohe-

concentrada en determinados periodos de cada año, con percibo de las correspondientes remuneraciones totales dentro de los mismos o bien de forma prorrateada a lo largo del año, permaneciendo inactivo el tiempo restante. En tales supuestos, si bien resulta claro que, de acuerdo con la normativa de carácter general vigente al respecto, el trabajador debe permanecer en alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad mientras no se produzca la extinción de su relación laboral, aunque el tiempo de trabajo lo concentre exclusivamente en ciertos periodos del año, sin embargo se vienen suscitando dudas en lo que se refiere al alcance de la obligación de cotizar en los supuestos indicados.

En tal sentido, y conforme a las reglas generales de la cotización en la Seguridad Social, se aplica a los supuestos señalados el criterio de considerar que las remuneraciones que debe percibir el trabajador parcial por los periodos del año en que concurre la prestación de trabajo, derivada de su contrato a tiempo parcial, lo son en función del mantenimiento de su relación laboral durante todo el ejercicio y, en consecuencia, se establece la subsistencia de la obligación de cotizar a lo largo del mismo y mientras no se extinga dicha relación laboral, a cuyo efecto aquellas remuneraciones habrán de prorratearse entre los doce meses del año o, en su caso, del inferior número de meses de que se trate, tanto si se perciben sólo en los periodos concentrados de trabajo, como de forma prorrateada a lo largo del año.

<sup>261</sup> Por otra parte, el Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto [actualmente, Ley 1/2014, de 28 de febrero], para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, ha dado nueva redacción, con efectos de 4-8-2013, a la regla segunda y al párrafo c) de la regla tercera del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS, para determinar, respectivamente, los periodos de cotización necesarios para acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad y la cuantía de las pensiones de jubilación y de las de incapacidad permanente derivada de enfermedad común. La letra a) de la regla tercera del apartado 1 ha sido redactada de nuevo por la disposición final tercera de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

En consecuencia, los preceptos de este Real Decreto que estén relacionados con las modificaciones indicadas deben entenderse derogados en la actualidad, salvo para los supuestos previstos en la disposición final duodécima.2 de la Ley 27/2011.

<sup>262</sup> BORRAJO DACRUZ, E., Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social, en AAVV, *Trabajo a tiempo parcial y horarios flexibles*, Ed. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social,

rencia con lo que está regulando, que es precisamente la acumulación de horas de trabajo en unos meses y la ausencia de trabajo efectivo en otros, con lo que la distribución homogénea de bases de cotización a lo largo del año traerá como consecuencia que bases de cotización y horas trabajadas no coincidan.

Por lo demás, y según el art. 65.3.4º del Reglamento, si al final del ejercicio de que se trate o, en su caso, cuando termine la relación laboral, el trabajador hubiese percibido remuneraciones que no se ajusten a las bases de cotización por defecto o por exceso<sup>263</sup>, la empresa deberá ingresar las cuotas adeudadas dentro del mes de enero del año siguiente o al mes siguiente de la extinción del contrato, o solicitar, en su caso, la devolución de las cuotas indebidamente ingresadas.

Por otra parte, no se debe olvidar que el nº 3 de la Disposición Adicional 3ª del RD 1131/2002, excluye del sistema de cotización recogido en el apartado 3 del art. 65 a “... *los trabajadores fijos discontinuos a que se refiere el artículo 15.8 del ET*”<sup>264</sup>. Se ha interpretado que los trabajadores excluidos no son los fijos discontinuos propiamente dichos, los de temporada incierta, sino la otra clase, a los que también menciona el art. 15.8, cuando dispone que “... *a los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido*”. El fundamento de la interpretación está en que la exclusión de los discontinuos de temporada incierta no era precisa y por tanto carecía de sentido en el marco de una norma que trata sobre el contrato a tiempo parcial<sup>265</sup>.

A su vez, por RD 335/2004, de 27 de febrero, se añade el párrafo segundo del art. 65.6 del Reglamento<sup>266</sup>, que viene a resolver el problema del personal estatutario que prestaba servicios de atención continuada en los Servicios de Salud, y reclamaba que se le mantuviese el alta du-

Madrid, 1979, pág. 16, 17, 32 y 33, publicado también en la *Revista de Política Social*, nº 120, octubre-diciembre, 1978, pág. 47 a 69.

<sup>263</sup> GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, “Jornada reducida y trabajo a tiempo parcial: una perspectiva histórica”, *Tribuna Social*, nº 87, 1998, pág. 46 y ss.

<sup>264</sup> GARCÍA ORTEGA, J., *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Ed. José M. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 65. TÁRRAGA POVEDA, J., *Los fijos discontinuos y el Derecho del Trabajo*, Ed. PPU, Barcelona, 1991, pág. 23 y ss.

<sup>265</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La protección social de los...* op. cit., pág. 18.

<sup>266</sup> Real Decreto 335/2004, de 27 de febrero, por el que se modifican el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, y el Real Decreto 2930/1979, de 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa de primas para la cotización a la Seguridad Social por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.



rante los días de la semana o el mes en los que no prestaban servicios efectivos<sup>267</sup>. La disposición se refiere explícitamente al personal citado y lo que establece es la posibilidad de que permanezcan en alta y sin cotización en los casos en que el periodo de inactividad sea superior al mes natural, siempre que no exista un pacto de prestación de servicios en periodos concentrados. Debe entenderse que se está refiriendo a la concentración de las horas anuales contratadas en jornadas irregulares, propias de la clase de actividad.

En el caso de que el contrato de trabajo doméstico (parcial o discontinuo), en el que las interrupciones de la actividad se produzcan por periodos superiores al mes, la baja en el sistema será obligada hasta que la actividad se reanude. La DA 7ª del TRLGSS 1994 remite al módulo mensual para la cotización a tiempo parcial<sup>268</sup>, y el art. 65 del Reglamento de cotización, establece como regla general que la dinámica de la obligación de cotizar se refiere al mes, con las excepciones de su apartado 3. De acuerdo al art. 69 del Reglamento de recaudación, quien mantuviese de alta a una persona en el mes en que no presta servicios se vería obligada a cotizar por la base mínima correspondiente a su jornada.

La posibilidad de aplicar el art. 65.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, en supuestos distintos a los dos que regula, la jubilación parcial con contrato de relevo y los servicios del personal estatutario de los Servicios de Salud, no se ha discutido por la doctrina probablemente porque no tiene consecuencias prácticas<sup>269</sup>. En general, los trabajadores discontinuos de temporada cierta en el Régimen General no tienen interés en ser tratados como trabajadores a tiempo parcial (en adelante TTP) con prestación concentrada de trabajo, que supondría mantener el alta y la cotización todo el año, ya que encuentran más beneficiosa la baja en la seguridad social que abre la situación legal de desempleo y la posibilidad de percibir la prestación o el subsidio en los meses en los que están inactivos, de acuerdo con el art. 267.1.d) de la LGSS<sup>270</sup>.

<sup>267</sup> La Sala de lo Social del TS declaró reiteradamente la cuestión competencia del orden contencioso-administrativo, entre otras, en SSTS 10-11-2003 (rec. 3819/2002) y 30-1-2004 (rec. 1505/2003), pero en los antecedentes y fundamentos de las resoluciones se refleja el problema.

<sup>268</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Trabajo a tiempo parcial y contrato de relevo, en AAVV, *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, pág. 65.

<sup>269</sup> Actualizado por el Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como de la jubilación parcial.

<sup>270</sup> No olvidemos, y aunque no afecta a lo analizado, que se modificó el apartado 1.4 por el art. 15.1 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, art. 15.1 del Real Decreto-Ley

En el caso del sistema especial de empleados de hogar, carente de la prestación de desempleo, el periodo de inactividad con baja en la Seguridad Social crea un vacío de cotización y sitúa en las mismas condiciones a los trabajadores discontinuos de temporada cierta del art. 12.2 del ET y los de temporada incierta del art. 15.8 del ET<sup>271</sup>. La situación de inactividad entre temporadas es una situación asimilada al alta del art. 36.7 del Reglamento de inscripción de empresas, que tendría eficacia para el acceso a las prestaciones de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, en las que se aplicarían los periodos de carencia propios de la situación de alta a la fecha del hecho causante, pero no permitiría acceder a otras.

Respecto a la gestión de las altas y las bajas en el sistema en el caso de las discontinuas o las trabajadoras a tiempo parcial, debiera ser posible la permanencia de alta sin cotización que el art. 65.6 del Reglamento prevé para el personal estatutario de los Servicios de Salud, con el fin de simplificar la gestión evitando bajas y altas en el sistema especial en el supuesto de trabajadoras fijas.

Finalmente, y en cuanto a la Incapacidad Temporal, de acuerdo con el art. 4 de la Orden de 13 de octubre de 1967, la percepción está condicionada al alta real en la fecha del hecho causante, con lo que no podrá accederse a la prestación en el periodo de inactividad. Para el acceso a las prestaciones de maternidad y paternidad, de acuerdo con el art. 4.9 de RD 295/2009, de 6 de marzo, que las regula, el hecho causante que se produce entre temporadas da lugar al inicio de cobro de la prestación al reanudarse el periodo previsto de actividad.

### 12.1. LAS BASES EN SITUACIÓN DE PLURIEMPLEO DENTRO O FUERA DEL SISTEMA ESPECIAL

Las personas que presten servicios domésticos tendrían un tope de cotización en el sistema especial, que sería el correspondiente al tramo quince, equivalente en el año 2012 a la base mínima de cotización en el Régimen General. Inicialmente se planteó la cuestión de si el tope era un límite máximo absoluto en el SEEH o estaba referido a cada relación laboral.

---

5/2006, de 9 de junio, art. 1.2 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre y por el art. 1.2 del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo.

<sup>271</sup> VALVERDE ASENSIO, A.J., *La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 38 y 39; CRUZ VILLALÓN, J., "Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos", *Tribuna Social* n° 85, 1998, pág. 35.

El art. 9.1.2 del Reglamento de cotización distingue entre límites absolutos y relativos de las bases de cotización<sup>272</sup>. El absoluto es la base máxima común a todas las actividades y categorías comprendidas en el Régimen de que se trate, el relativo es el límite de la categoría o actividad profesional. Según el art. 9.1.3 del Reglamento<sup>273</sup>, en el pluriempleo la suma de bases no puede superar el máximo absoluto establecido, y en caso de hacerlo deberá distribuirse el tope máximo entre todos los sujetos de la obligación de cotizar, no pudiendo ninguno de los obligados cotizar por una fracción superior a la base máxima de la categoría profesional del trabajador<sup>274</sup>.

La norma creadora del sistema especial no aclaró si el límite de la base situado en el tramo quince era absoluto o relativo a cada empleo, duda que se basa en la especialidad que mantiene el sistema dentro del Régimen General, ya que en caso contrario el límite sería relativo.

Se ha entendido que hasta el año 2019, fecha en la que la fórmula de cotización seguirá las normas del art. 109 de la LGSS, la base máxima también en el pluriempleo es la fijada para el tramo de cotización más alto en el sistema especial en cada momento, interpretación que podía compartirse dada la ambigüedad del texto<sup>275</sup>.

Se aclara posteriormente esta cuestión con la Orden de Cotización para 2012, de 2 de febrero de 2012 en su art. 14.1, al señalar que los tramos de cotización de la escala se determinan en función de la retribución en cada relación laboral. Y respecto a la cuantía de la retribución a tener en cuenta, se señala que deberá incrementarse con la prorrata de las pagas a que tenga derecho el trabajador.

<sup>272</sup> Art. 9.1.2. “Dicho límite máximo de las bases de cotización será único para todas las actividades, categorías profesionales y contingencias comprendidas en el Régimen o en los Regímenes de que se trate y se aplicará cualquiera que sea el número de horas trabajadas, incluidos los supuestos de pluriempleo, pero no los de pluriactividad”.

<sup>273</sup> Art. 9.1.2. “En los supuestos de pluriempleo, el límite máximo absoluto se distribuirá entre todos los sujetos de la obligación de cotizar en proporción a las retribuciones abonadas en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador en situación de pluriempleo o conforme al criterio que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, sin que, respecto de las contingencias comunes, la fracción del tope máximo que se asigne a cada empresa o sujeto obligado pueda ser superior a la cuantía de la base máxima de la categoría profesional del trabajador a que se refiere el apartado 3 del presente artículo”.

<sup>274</sup> QUIRÓS HIDALGO, J.G.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H., “La reforma de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 16. 2008, págs. 18 y ss.

<sup>275</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G., La integración del régimen especial... op. cit., pág. 7.

Para el prorrateo de bases en el pluriempleo, el art. 9.1.3 del Reglamento 2064/1995 se refiere a distribución en función de las retribuciones abonadas en cada una de las empresas en que preste sus servicios el trabajador en situación de pluriempleo o conforme al criterio que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social<sup>276</sup>. Lo anterior plantea la necesidad de una regulación adecuada al nuevo sistema de cotización, en el que se defina si la medida de referencia para realizar la prorrata es la cuantía de la retribución, según la norma del Régimen General, o la base del tramo correspondiente.

En el caso de que se desarrolle simultáneamente actividad en el sistema especial y en cualquier otra actividad del Régimen General, no se ha definido qué norma habría de seguirse en la formación de la base de cotización; de la definición del art. 9.1.4 del Reglamento 2064/1995, de 22 de diciembre, se desprende que se está en presencia de un supuesto de pluriempleo. La cuestión del reparto de las bases cuando exceden la máxima es muy improbable que se suscite en la práctica pero de ocurrir no sería intrascendente, ya que la aplicación de las normas del sistema especial a una parte de la base sería más restrictiva (como el caso de la integración de lagunas) que la aplicada a la otra parte, con lo que la prorrata en la que desapareciese un porcentaje de la base correspondiente al Régimen General tendría una consecuencia en la rebaja de prestaciones. En los supuestos de pluriactividad, la desigual protección entre regímenes no tiene tal consecuencia, al no prorratearse las bases.

### **13. LA BASE Y EL TIPO DE COTIZACIÓN EN RELACIÓN CON LAS CONTINGENCIAS PROTEGIDAS**

Por otro lado, no se distingue entre bases de cotización por contingencias comunes y por contingencias profesionales<sup>277</sup>, sino que se

<sup>276</sup> Para consultar la regulación general puede consultarse BLASCO LAHOZ, J.F. y otros *Curso de Seguridad Social I: Parte General*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 305.

<sup>277</sup> Para la cotización por contingencias profesionales, según la disposición adicional 53.ª LGSS, incorporada por la disposición final 3.ª.9 Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, con efectos de 1 de enero de 2011 ya se amplió la acción protectora del REEH, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Reconociéndose las prestaciones que, por las mismas, están previstas para los trabajadores incluidos en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente. Sobre esta cuestión, véase el comentario de PANIZO ROBLES, J. A., "La Seguridad Social al inicio de 2011 (Comentarios a la Ley 39/2010, de Presupues-

considera la misma base tanto para unas como para otras contingencias<sup>278</sup>.

Existiendo un paulatino incremento de los tipos de cotización por contingencias comunes desde el 22% de 2012 (18,30% a cargo del empleador y 3,70 % a cargo del empleado)<sup>279</sup>, hasta llegar en 2019 a la aplicación del mismo tipo de cotización que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el Régimen General de la Seguridad Social<sup>280</sup>.

tos Generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 335, febrero 2011. Sobre la base de cotización que corresponda según lo indicado en la escala anterior, se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas aprobada por la disposición adicional 4.<sup>a</sup> L 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador; tal disposición fue modificada por la disposición final 13.<sup>a</sup> L 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, en la redacción dada por la disposición final 8.<sup>a</sup> L 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Concretamente, corresponde al Código CNAE núm. 97, titulado: Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico, cuyos tipos de cotización sobre la base de cotización que corresponda a cargo exclusivo del empleador son del 0,65 % en IT y del 0,45 % en IMS. Concretamente, corresponde al Código CNAE núm. 97, titulado: Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico, cuyos tipos de cotización sobre la base de cotización que corresponda a cargo exclusivo del empleador son del 0,65 % en IT y del 0,45 % en IMS. En total, 1,10 %.

Con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, se prevé que no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el art. 126 LGSS, según se dispone en el apartado 3 de la disposición adicional 53.<sup>a</sup> LGSS. Tal régimen de responsabilidades hace referencia al incumplimiento por parte del empresario de las obligaciones de afiliación, altas y bajas y de cotización, que no exigirá responsabilidad, respecto al pago de las prestaciones.

<sup>278</sup> Así pues, se abandona la cotización tarifada única establecida en el REEH, que suponía el pago de una cuantía mensual fija, con independencia de la jornada y del salario del trabajador, y se adopta el criterio que se aplica en el Régimen General, en virtud del cual las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinan en función de la retribución percibida por los empleados de hogar.

<sup>279</sup> Desde el año 2013 hasta el año 2018 el tipo de cotización se incrementará anualmente en 0,90 puntos porcentuales, fijándose su cuantía y distribución entre empleador y empleado en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. En 2015 el 24,70, un 20,60 en empleador y un 4,10 el trabajador.

<sup>280</sup> Sin duda, el mayor cambio que tiene lugar con la integración del REEH al Sistema Especial de Empleados de Hogar es su forma de cotización. La novedad en la forma de cotizar se encuentra en el período transitorio de cotización que se establece hasta 2019. Consiste en la aplicación de la base de cotización asignada en función del tramo que le corresponde a cada trabajador según el salario que percibe. Por lo que respecta al tipo de cotización aplicable, se establece el mismo tipo que anteriormente, pero se va incrementando cada año hasta alcanzar el tipo de cotización previsto para el Régimen General. En las bases de cotización, la idea es ir acercando el tipo de cotización previsto en el REEH al establecido en el Régimen General, tanto para contingencias comunes (en el que se establece un período gradual y transitorio, que irá incrementando el tipo

Para la cotización por contingencias profesionales seguía aplicándose el 1,10%; a cargo exclusivo del empleador, hasta que con efectos desde 1 de abril de 2013, se modifica el apartado 1 del artículo 11 del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social<sup>281</sup>, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre: “1. *La cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de los empresarios, de los trabajadores por cuenta propia y de los empleados de hogar que hubieran asumido el cumplimiento de tal obligación, en los términos establecidos en este reglamento, se efectuará mediante la aplicación de los tipos de cotización que correspondan a las actividades económicas de empresas y trabajadores y a las ocupaciones o situaciones de estos últimos, conforme a la tarifa de primas vigente*”<sup>282</sup>. A este respecto, se aplica la tarifa de primas disposición adicional cuarta Ley 42/2006, de 28 de diciembre<sup>283</sup>, en redacción dada por la disposición final décima novena, de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, (clave epígrafe 97) siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador<sup>284</sup>. En concreto, el tipo será del 1,10% (0,65% para IT, y 0,45% para incapacidad permanente y muerte y supervivencia).

#### 14. LA EXTENSIÓN DE LA PROTECCIÓN POR CONTINGENCIAS PROFESIONALES

Dentro de la lógica de la equiparación progresiva con el régimen general, la disposición final tercera, nueve, de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, añadió al TRLGSS 1994 una DA 53<sup>a</sup>, con un gráfico título: “*extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores*

---

de cotización cada año hasta 2019), como para las contingencias profesionales, sin que en este último caso se haya previsto ninguna gradualidad en su aplicación, sino que, en principio, se aplica directamente desde 2012 la misma tarifa de primas que en el REEH en 2011.

<sup>281</sup> Art. 3. Uno del Real Decreto 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleadas de Hogar y otras medidas de carácter económico y social.

<sup>282</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *Las Mutuas y la gestión en la Seguridad Social*. Albacete. Ed. Bomarzo. 2006, pág. 45 y ss.

<sup>283</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., Comentarios a los artículos 125 y 126 de la Ley General de la Seguridad Social. AA.VV. *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, (Alarcón Caracuel, Coord.). Pamplona. Ed. Aranzadi. 2001, pág. 907 y ss.

<sup>284</sup> BLASCO LAHOZ, J.F., *Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*. (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios y Legislación). Valencia. Ed. Tirant lo Blanch. 1998, pág. 602 y ss.

*incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*". En virtud de dicha disposición, los empleados de hogar debían disfrutar de las especialidades aparejadas a las contingencias profesionales con efectos de 1 de enero de 2011, ya que con anterioridad cualquier contingencia se consideraba común.

El desarrollo reglamentario se demoró casi un año, hasta la aprobación del RD 1596/2011, de 4 de noviembre<sup>285</sup>. Por esta razón, con efectos del 2 de enero de 2012 se consideraron protegidas en este Régimen las contingencias derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, en los mismos términos que a los trabajadores del Régimen General. Ello iba a suponer, por una parte, que estos trabajadores tendrían las mismas prestaciones que los trabajadores por cuenta ajena, y, por otra, que se extendían a este colectivo los conceptos de accidente de trabajo y de enfermedad profesional propios del trabajo por cuenta ajena.

Esta extensión, como se puede comprobar, tomaba como referencia el Régimen General, y por ello los conceptos de accidente de trabajo y de enfermedad profesional se remiten explícitamente a los arts. 156 y 157 LGSS<sup>286</sup>, y dentro del catálogo de la acción protectora se recoge la prestación por lesiones permanentes no invalidantes<sup>287</sup>. Debe entenderse, sin duda, que el empleado de hogar podría solicitar cualquier otra prestación aparejada a las contingencias profesionales, como por ejemplo la indemnización especial a tanto alzado que se reconoce en el contexto de las prestaciones por muerte y supervivencia (art. 227 LGSS), pero debemos contar con que el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, es una norma diseñada para el REEH, sin que pueda propugnarse su aplicación directa en el nuevo Sistema especial, con las dificultades que en tal caso se suscitan.

En este orden, la DA 39ª LAAMSS, como parece razonable, consolidó esa extensión, aclarando que dentro del catálogo de la acción protectora del nuevo Sistema Especial se recogen las especialidades más ca-

<sup>285</sup> RD 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésimo tercera de la LGSS de 1994, Texto refundido aprobado por el RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el REEH.

<sup>286</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *El accidente de trabajo en el Sistema de Seguridad Social* (Su contradictorio proceso de institucionalización jurídica), Ed. Atelier, Barcelona, 2007, págs. 33 y ss.

<sup>287</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., *La Cobertura de las Contingencias Profesionales en el Sistema Español de Seguridad Social*, Aranzadi. Cizur Menor-Navarra, 2006, págs. 27 y ss.

racterísticas de las contingencias profesionales, y que desde luego es obligatorio contribuir a la financiación de las prestaciones que puedan derivarse de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. En concreto, se refiere a las contingencias profesionales en materia de cotización y de posibles responsabilidades empresariales por incumplimiento de las obligaciones formales.

Debemos tener en cuenta a éste respecto, que si el titular del hogar realiza una actividad en la misma provincia por la que se le haya asignado un Código de Cuenta de Cotización, “*las contingencias profesionales del Empleado de Hogar, y las derivadas de incapacidad temporal de contingencias comunes en su caso, serán obligatoriamente cubiertas por esa Mutua de AT y EP*”<sup>288</sup>, y que en situaciones de pluriempleo es posible que haya implicadas varias entidades colaboradoras, además de la entidad gestora, lo que entendemos que introduce ciertas complicaciones burocráticas.

En materia de cotización la DA 39<sup>a</sup> LAAMSS establecía, como ya señalamos, la escala de bases de cotización en quince tramos, tanto para contingencias comunes como para contingencias profesionales<sup>289</sup>, pero no aclara si se produce o no una exclusión de las horas extraordinarias de la base de cotización<sup>290</sup>. Se podría especular que la compensación económica por horas extraordinarias debía computarse para determinar el montante de la retribución e identificar así el tramo aplicable. Sin embargo, el tiempo de trabajo va a resultar determinante, toda vez que la Ley 3/2012, de 10 de febrero, admitió que la retribución por horas extraordinarias realizadas por los trabajadores a tiempo parcial incidiese en las bases de cotización y en las bases reguladoras de las prestaciones, en los términos recogidos en la DA 7<sup>a</sup>.3 LGSS<sup>291</sup>.

Esas reglas, no alcanzan a todos, ya que de ellas se ven excluidos explícitamente los trabajadores comprendidos en el Sistema especial de

<sup>288</sup> TGSS, *Informe sobre el balance de la integración de los trabajadores del Régimen Especial de Empleados del Hogar en el Sistema Especial para Empleados de Hogar en el Régimen General* (septiembre 2012), pág. 47.

<sup>289</sup> GÁRATE CASTRO, J., “El aseguramiento en el régimen general de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, 1990-3, págs. 531 y ss.

<sup>290</sup> COLINA ROBLEDO, A., *La cotización de las empresas a la Seguridad Social*, Ed. CISS. Valencia, 1998, págs. 13 y ss.

<sup>291</sup> Véase RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial («BOE» 27 noviembre). Así como los arts. 246 y 247 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.



empleados de hogar. Ello supone, por tanto, que la retribución percibida por los empleados de hogar a tiempo parcial en concepto de horas extraordinarias<sup>292</sup> no puede computarse a efectos de determinación del tramo que corresponde para la identificación de la base de cotización, de modo que la base de cotización por contingencias comunes y profesionales debe ser idéntica para este colectivo.

En cambio, ninguna peculiaridad se contempla para los trabajadores a tiempo completo, lo que debería suponer una diferencia de trato, de forma tal que en la retribución computable a efectos de cotización se incluyan las horas extraordinarias en materia de contingencias profesionales, y no en caso de contingencias comunes. Parece por tanto dar a entender la DA 39ª LAAMSS citada, que las bases de cotización por ambas contingencias coincidirán, pero ya que en dicho precepto no se precisa el concepto de retribución en este Sistema especial, es necesario auxiliarse por las normas generales que definen los conceptos retributivos computables en materia de cotización (art. 147 LGSS y art. 23 RD 2064/1995).

No obstante, es posible que la retribución por horas extraordinarias no implique un aumento de la base de cotización por contingencias profesionales en este Sistema Especial, por no exceder del umbral previsto para el cambio de tramo, donde observamos una diferencia patente con las reglas comunes del Régimen General, pues como sabemos, las horas extras (cuando se pagan, porque recordemos que la ley dice que deben cambiarse por descanso, no pagarlas, salvo que no quede más remedio) tienen un tratamiento especial<sup>293</sup>, porque no se tienen en cuenta para “contingencias comunes”, “formación” o “desempleo”, pero sí que se tienen en cuenta para accidentes y enfermedad laboral<sup>294</sup>. El carácter ordinario o extraordinario de la retribución debe comunicarlo el em-

<sup>292</sup> Se consideran horas extraordinarias las que se realizan por encima de la duración máxima de la jornada de trabajo ordinario. su número y su remuneración deberán ser estipuladas en el contrato, y podrán ser compensadas mediante periodos equivalentes de descanso retribuido. El régimen de las horas extraordinarias de los empleados del hogar (art. 9.3 del RD 1620/2011, de 14 de noviembre) es el establecido en el Estatuto de los Trabajadores (art. 35, salvo lo previsto en el apartado 5), por lo que su número no podrá ser superior a 80 al año, y en el caso de empleados del hogar con una jornada anual inferior a la jornada máxima de 40 horas a la semana, el número de horas extraordinarias se reducirá en la proporción correspondiente.

<sup>293</sup> SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M., *Las horas extraordinarias y su cotización a la Seguridad Social*, Ed. Lex Nova. Valladolid, 2004, págs. 27 y ss.

<sup>294</sup> TATAY PUCHADES, C., *Empleo y Seguridad Social. La incidencia del desempleo, el empleo informal y las nuevas formas de empleo en la cobertura y la financiación de los Sistemas de Protección Social*, OISS. Madrid, 2002, págs. 181 y ss.

pleador a la Entidad Gestora<sup>295</sup>, lo que nuevamente, vuelve a ser una dificultad de tramitación, con las consecuencias que tal gestión conlleva, por ello, entiendo que sería muy ventajoso para el empleador, que las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales coincidiesen siempre en este SEEH, aunque entendemos que lo más acertado sería que el legislador evitase éstas lagunas, que conducen los silencios normativos sobre cuestiones, a mi entender, tan relevantes.

En relación con el tipo, se remite, como decimos, a la *“tarifa de primas aprobada por la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007”* y se declara sujeto obligado y responsable exclusivamente al empleador. Como ya se dijo, el tipo será del 1,10% (0,65% para IT, y 0,45% para incapacidad permanente y muerte y supervivencia), pues la tarifa de primas asigna tal tipo a las *“actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico”*<sup>296</sup>.

#### 14.1. EXONERACIÓN POR RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

Al margen de la cotización, la DA 39<sup>a</sup> de la LAAMSS, en su apartado 3, letra e), efectúa una sorprendente remisión a la DA 53<sup>a</sup> TRLGSS 1994<sup>297</sup>, precepto que en el SEEH debiera ser inaplicable, ya que esa disposición fue añadida por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, y que se ajusta al REEH. Esta remisión conlleva cierta dificultad interpretativa por su tenor literal *“... con respecto a las contingencias profesionales del Sistema especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, según lo dispuesto en el apartado 3 de la disposición adicional quincuagésima tercera de esta misma Ley”*<sup>298</sup>.

La exoneración de responsabilidades en orden a las prestaciones derivadas del incumplimiento de las obligaciones relativas a los actos

<sup>295</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., “La relación especial del servicio del hogar familiar, El estatus de los Trabajadores, 20 años después”, *REDT*, núm. 100, 2000, págs. 151-176.

<sup>296</sup> Código CNAE-2009 número 97.

<sup>297</sup> *“Con respecto a las contingencias a que se refiere la presente disposición, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.”* Esta disposición adicional ha sido añadida, con efectos de 1-1-2011, por la disposición final tercera. nueve de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

<sup>298</sup> Actualizado por el art. 251.c) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

de encuadramiento es nuevamente un privilegio más basado en las especiales características del empleador<sup>299</sup>, y así, el legislador parece admitir que en este ámbito los incumplimientos pueden generar consecuencias menos gravosas que en otros sectores<sup>300</sup>, porque, parece que establecer el mismo régimen de responsabilidades para una empresa que para el titular de un hogar familiar puede llegar a ser desproporcionado.

Por tanto, efectivamente a tenor literal de las normas, la voluntad del legislador parece clara, su intención ha sido realizar una integración parcial del Régimen de Empleados de Hogar dentro del Régimen General, garantizándoles las coberturas de prestaciones derivadas de contingencias profesionales, y excluyendo el régimen de responsabilidades del cabeza de familia ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social.

Sin embargo a pesar de la normativa referida, y ante el alcance social de esta regulación, consideramos necesario plantear si realmente ha sido esta la voluntad del legislador o más bien ha sido un olvido. Ya que de todo lo anterior se deduce que la DA 39<sup>a</sup> de la LAAMSS excluye la aplicación del art. 167 LGSS, en principio no como medida *ex novo*, sino “según lo dispuesto” en la DA 53<sup>a</sup> TRLGSS 1994, por lo que podría interpretarse que sería voluntad del legislador que las peculiaridades previstas en el REEH para las contingencias profesionales acompañen a los empleados de hogar en su integración en el Sistema especial.

Y por otro lado, nos planteamos si es ajustada a derecho esta diferencia en orden al Régimen de Responsabilidades que se aplica en ambas situaciones. No podemos obviar que ante supuestos de hechos iguales, las consecuencias jurídicas prevista en las normas son distintas, por ello no concebimos por qué a una empresa se le hace responsable de abonar la prestación de incapacidad temporal o permanente del traba-

<sup>299</sup> GALA DURÁN, C., *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Pamplona. Ed. Aranzadi, 1997, págs. 97 y ss. Ya que la afiliación al Sistema de Seguridad Social, por sí sola o en unión de otros requisitos, constituye el título jurídico para la adquisición de derechos y el nacimiento de obligaciones en materia de protección social. A través de la afiliación se traslada a la entidad gestora o colaboradora la responsabilidad de proteger al trabajador, de tal manera que de no cumplirse la obligación legal de afiliar el empresario mantiene su responsabilidad.

<sup>300</sup> MIÑARO YANINI, M., “El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación, Revista Jurídica de Doctrina y Jurisprudencia Laboral, Sindical y de Seguridad Social”, *Actualidad Laboral*, N° 9 septiembre de 2013, págs. 1194 y ss.

jador cuando ha incumplido las obligaciones de alta / cotización y al cabeza de familia, no<sup>301</sup>.

Para dar solución a estos últimos interrogantes tendremos que estar a la futura jurisprudencia que nazca al respecto, teniendo en cuenta que la legislación que excluye el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales del Régimen de Empleadas de Hogar es relativamente de reciente creación<sup>302</sup>. Pero no obstante, entendemos que estas reglas deberían ceder ante la remisión en bloque al Régimen General, que debe prevalecer sobre el marco jurídico del antiguo REEH<sup>303</sup>.

De momento, las ocasionales sanciones administrativas parecen suficientemente disuasorias, entre otras cosas, porque la nueva regulación ha propiciado un cambio importante, al convertir en responsable de éstos actos a quienes antes se limitaban únicamente a pagar la retribución correspondiente. En cualquier caso, esa inaplicación del art. 167.3 LGSS<sup>304</sup> perjudica principalmente al Sistema de Seguridad Social, ya que la entidad gestora no puede ejercer el derecho de repetición, y no al trabajador, que disfrutará de las particularidades vinculadas a las contingencias profesionales, como son el alta presunta o de pleno derecho, o el principio de automaticidad de las prestaciones, entre otras<sup>305</sup>.

Debemos precisar aquí, que la exoneración sólo alcanza a las contingencias profesionales, y por tanto sí se generaría responsabilidad en

<sup>301</sup> Ante estas situación, nos planteamos la siguiente pregunta ¿Qué está sucediendo en aquellos casos que la retribución de la empleada ha ido incrementándose y no se ha puesto en conocimiento de la TGSS?, La empleada de hogar no se dará cuenta de lo que la falta de comunicación por parte del empleador de dicha variación le puede afectar, hasta que necesite una prestación por el INSS.

<sup>302</sup> GARCÍA BLASCO, J., *Infracciones y sanciones en materia laboral*. Un comentario a la Ley 8/1988, de 7 de abril, Ed. Civitas, Madrid, 1989, pág. 57. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El nuevo marco legal de la potestad sancionadora de la Administración en el orden social”. *Relaciones Laborales*, núm.11, 1988, págs. 552 y ss.

<sup>303</sup> GARCÍA VIÑA, J., *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*, Ed. Comares, 2009, págs. 131 y ss. Como ejemplo de las posibles consecuencias decir que la DA 39ª Ley 27/2011 no se pronuncia. En relación con el recargo de prestaciones del art. 123 TRLGSS 1994, que debería resultar de aplicación, por la aparente remisión en bloque al Régimen General.

<sup>304</sup> Véase el art. 45 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>305</sup> SELMA PENALVA, A., “Novedades en el régimen de Seguridad Social de los empleados de hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas”, *AL*, nº 2, 2012, págs. 156 y ss.; en contra, PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., “La integración de los empleados de hogar en el Régimen... op. cit.

caso de contingencias comunes<sup>306</sup>. El régimen de responsabilidades legalmente previsto no es coincidente, porque desde luego la falta de alta en supuestos de contingencias comunes supone que la Entidad Gestora no está obligada al pago, y el trabajador deberá reclamar directamente al empleador los daños y perjuicios causados.

Y para terminar, hay que recordar en este sentido, que la extensión de la acción protectora a las contingencias de origen profesional beneficia indirectamente a los trabajadores extranjeros en situación irregular, pues permite acudir a la doctrina jurisprudencial, incorporada al art. 42 RD 84/1996 por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, y que reconoce el derecho de los trabajadores extranjeros en situación irregular a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales<sup>307</sup>. En cambio, quedarían excluidos de tal protección los extranjeros con autorizaciones aparentemente en regla, pero que hayan falseado su identidad para obtenerlas<sup>308</sup>.

## 15. BONIFICACIÓN Y REDUCCIÓN DE CUOTAS CON MOTIVO DE LA INTEGRACIÓN EN EL SISTEMA

La cuota a ingresar por el empleador puede minorarse en determinados casos. Es cierto que como regla general las relaciones laborales de carácter especial quedan excluidas del programa de fomento del empleo (art. 6 Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo), pero la DT Única de la LAAMSS establece una reducción del 20% de la cuota a ingresar durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014 “(...) siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social”. Se ha considerado que la duración y cuantía de la reducción de cuotas es insuficiente para promover el alta por parte de los nuevos obligados<sup>309</sup>.

Con todo, resulta algo confuso la interpretación de este precepto. En un principio, da la impresión de que solo se aplicarán las reducciones a quienes se incorporan de inicio al Sistema Especial, sin proceder del REEH. Sin embargo, no se dice que no pueda beneficiarse este colec-

<sup>306</sup> MUÑOZ MOLINA, J., “Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar”, *Relaciones laborales* n° 4, 2013. págs. 77-97.

<sup>307</sup> SSTS de 9-6 y 29-9-2003 (rec. 4217/2002 y 3003/2002).

<sup>308</sup> STS de 21-1-2010 (rec. 106/2009).

<sup>309</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112, de 2011, pág. 75.

tivo, sino que queden incorporadas en el Sistema Especial, siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General. Ahora bien, según consulta en la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, la interpretación que debe darse a la disposición, es la que se anticipaba en un al principio más acorde con la literalidad de la redacción, es decir, solo se aplica la reducción del 20% de la cotización que corresponda a quienes se contrate y por los que se inicie la cotización desde la fecha de la integración al Sistema Especial para Empleados de Hogar el 1 de enero de 2012.

La configuración literal de esta bonificación (nótese que el precepto alude a “incorporación” y no a “integración”, y que la precisión de la fecha del 2 de agosto quizá conlleve un efecto *ultra vires*) podría conducir a extinciones contractuales seguidas de nuevas contrataciones con el fin de beneficiarse de la reducción<sup>310</sup>, lo que desde luego no era el espíritu de la norma, y se acerca peligrosamente al fraude de ley, especialmente cuando esa extinción contractual y la nueva contratación se realicen con el mismo trabajador, lo que ha sucedido frecuentemente en la práctica, si bien en el momento de proceder nuevamente al alta se identificaba como empleador a una persona distinta, normalmente el cónyuge de quien figuraba como empleador previamente.

No obstante, en un contexto de confusión normativa, en el que la DA 39ª LAAMSS no aclaraba verdaderamente quienes eran los beneficiarios de la reducción, y donde, en los primeros momentos, ni la Entidad Gestora podía ofrecer una información suficientemente precisa a los interesados, parecía desproporcionado aplicar las consecuencias del fraude de ley. Además, el cambio de “titular del hogar familiar” debería ser irrelevante, porque si el mismo empleado de hogar presta servicios de forma continuada, en el mismo hogar, para los mismos convivientes, la relación laboral no se rompe, con independencia de la persona concreta que se identifique como empleador.

Evidentemente, si los posibles beneficios fiscales o de Seguridad Social que conlleva la contratación, dependen únicamente del nombre que formalmente aparece reflejado como empleador, entendemos que estas posibles disfunciones, se podrían explicar por alguna carencia en la configuración de la norma, y a nuestro parecer, sería desproporciona-

<sup>310</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Formas de acceso al Sistema especial... op. cit., págs. 34-35.

do calificar como fraudulenta esa conducta<sup>311</sup>, máxime cuando, como se ha dicho, la interpretación *ab initio* resultaba muy confusa.

Eso sí, aunque confusa la interpretación, lo que queda claro es, que quienes estuvieran encuadrados en el REEH antes de 1 de enero de 2012, al estar ya obligados a cotizar antes de esa fecha no tendrán derecho a la reducción a partir de ese momento. En tal supuesto es cuando el empleador, para beneficiarse de esta reducción, podrían haber dado de baja en el REEH, antes de 1 de enero de 2012, y dar el alta en el Sistema Especial a partir del 1 de enero de 2012, pero para poder evitarlo, solo tendrán dicha reducción los empleadores que hayan contratado, bajo cualquier modalidad contractual, y dado de alta en el Régimen General a un empleado de hogar a partir del 1 de enero de 2012, por lo que era necesario que el empleado no hubiera figurado en alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar a tiempo completo, para el mismo empleador, dentro del período comprendido entre el 2 de agosto y el 31 de diciembre de 2011<sup>312</sup>.

Por tanto, los contratos formalizados con arreglo a la nueva normativa con aquellos trabajadores que estuvieran dados de alta en el citado periodo, pagándose su propia cotización, por prestar servicios a tiempo parcial a varios empleadores, sí darán derecho a la reducción de cuotas. Pero en todos los casos de empleadores y personas empleadas procedentes del REEH las reducciones, como hemos adelantado, sólo serán de aplicación desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se comunique a la TGSS el cambio de encuadramiento, el cual debía efectuarse dentro del plazo que finalizó el día 30 de junio de 2012.

Al respecto, hay que recordar como ya hicimos, que con efectos 1 de abril de 2013, los beneficios en la cotización, reducciones y bonificaciones a cargo del empleador, ya no serían de aplicación en los supuestos en que los empleados de hogar, que prestan sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador asuman el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación, en este sistema especial, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional segunda del RD Ley 29/2012, de 29 de diciembre.

<sup>311</sup> El último inciso de la Ley 27/2011 persigue evitar el fraude de ley por parte de quienes pretendiesen simular un cese con la consiguiente baja en el REEH de quien ya venía prestando servicios en exclusiva para el mismo empleador, para darle de alta en el sistema especial como una nueva contratación con el fin de obtener la reducción.

<sup>312</sup> Véase la nota al apartado 2.c) de la disposición adicional trigésima novena.

Por otra parte, la primera duda que surgió fue la de si la reducción del 20% se refería a la cuota de las dos partes o únicamente la de la parte empleadora. En principio debiera haber alcanzado a todas las cuotas, al no hacerse distinción, pero al hablar de cotizaciones devengadas por la contratación de personas, parecía apuntar a la parte empleadora, esta circunstancia quedaría aclarada posteriormente, confirmando que se refería a la cuota empresarial<sup>313</sup>.

Otra cuestión que se planteó relacionada con el tema analizado, fue la de cuáles eran los casos en los que existía reducción. La referencia a reducciones a las cotizaciones devengadas “*por la contratación*” planteó la duda de qué sucedía con las contrataciones previas a la vigencia de la ley, y a esta cuestión la doctrina dio distintas respuestas. Por una parte, se entendió que no tendrían reducción, de acuerdo con la literalidad del precepto y la interpretación que del mismo hacía la Secretaría de Estado de la Seguridad Social<sup>314</sup>. Pero también otra parte de la doctrina realizó una interpretación diferente, en base al conjunto de la disposición<sup>315</sup>, que hablaba de reducción “*siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social*”, por lo que la condición de la reducción sería que la obligación de cotizar se iniciase posteriormente al 1 de enero de 2012, independientemente de la fecha del contrato.

Respecto a los contratos anteriores a la integración, entiendo que la reducción era aplicable a los casos en que la obligación de cotizar nacía a consecuencia de la nueva regulación, como sucedía en el caso de las personas que no habían podido estar anteriormente de alta por trabajar jornadas por debajo de las 72 horas mensuales, con 12 días de trabajo.

En otros supuestos, como el caso de las personas en régimen de pluriempleo doméstico, en cuya situación la persona obligada a cotizar era la trabajadora, no hubo duda sobre la aplicabilidad de la reducción según una interpretación finalista de la norma, por más que la ambigüedad de la expresión “*siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen (...)*” no fijase

<sup>313</sup> Orden ESS/8672015, de 30 de Enero. Durante 2015 será aplicable una reducción del 20 % en la cuota empresarial por contingencias comunes, para contrataciones a partir del 01/01/2012, siempre y cuando el empleado/a no hubiera figurado en alta en Régimen Especial de Empleados de Hogar a tiempo completo, para el mismo empleador/a, dentro del periodo comprendido entre el 2 de agosto y el 31 de diciembre de 2011.

<sup>314</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Aspectos prácticos de la integración... op. cit., nota 21.

<sup>315</sup> PANIZO ROBLES, J.A., “La seguridad social de las personas que prestan servicios... op. cit., págs. 41-42.



claramente si la obligación debía ser nueva para la parte empleadora o para ambas.

Sobre el particular, la Orden de cotización de 2 de febrero de 2012 definió en su art. 14.4 los términos de la reducción de cuotas del 20%, aclarando que se realiza sobre la aportación empresarial por contingencias comunes, lo que supone una aplicación restrictiva de lo dispuesto en la norma de rango superior, que en su Disposición Transitoria Única disponía la reducción sobre las “cotizaciones devengadas”, en este sentido consideramos que tendría que haber incluido las correspondientes a las contingencias profesionales, y podría también haber acogido las cotizaciones de la parte obrera.

Finalmente, en nuestra opinión lo que no parece lógico es, que en el marco de una política de aflorar el empleo sumergido, las personas que estaban de alta como fijas del REEH antes de la integración no tuviesen reducción, conocida la enorme cantidad de empleo no declarado en el sector, no parece equitativa la privación de la reducción precisamente a quienes venían cumpliendo sus obligaciones legales<sup>316</sup>.

Por lo demás, de la confusa nota sobre las novedades de la Orden de Cotización para 2012 emitida por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, que tiene el carácter de interpretación auténtica<sup>317</sup>, interpreto que la voluntad del legislador ha sido beneficiar a no a todos los empleadores, ya que exceptúa solamente a los que ya venían cotizando en el REEH, porque entiende no tendrán ningún gravamen nuevo en la materia.

### 15.1. POSIBLE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO ANTE LA NOVACIÓN DEL CONTRATO

De lo expuesto en los epígrafes anteriores podemos advertir, que la condición que aparentemente establece el art. 14.4 de la Orden de cotización sobre la contratación a partir del 1-1-2012, no existe realmente, pues bastaba entonces con haber suprimido la mención a la contrata-

<sup>316</sup> Son críticos con la exclusión de los contratos anteriores LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “Las claves de la reforma de la seguridad social. Análisis práctico de la Ley 27/2011”, *El Derecho*, 2011, pág. 343.

<sup>317</sup> Nota del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 13-2-2012, bajo el titular El gobierno aprueba nuevas bonificaciones (sic) de cuotas para empleadores de trabajadores domésticos, decía: “Además, se crea la bonificación del 20 por cien de las cuotas para quienes empleen trabajadores domésticos discontinuos aunque el alta se hubiera formalizado en el extinguido Régimen Especial de Empleados de Hogar, antes del 1 de enero de 2012. Es decir, esta bonificación se aplicará sin excepciones, tanto si se dio de alta al trabajador discontinuo en el anterior Régimen Especial como si se ha hecho en el actual Sistema Especial del Régimen General”.

ción y haberla dejado en el alta a partir de 1-1-2012, ya que la norma es clara en este sentido, la contratación bonificada es la que se produce en los contratos realizados a partir de la fecha indicada.

El señalar una fecha inicial ficticia, que no se corresponde con la real podría no tener trascendencia en la medida en que es una renuncia de derechos sin causa legal. Pero sí la tiene en la relación laboral doméstica, en la que normalmente no se cuenta con los medios ordinarios de prueba que permitan acreditar la verdadera antigüedad, con lo que el contrato escrito se puede convertir en un obstáculo añadido, como tendremos ocasión de analizar a continuación.

Consecuencia colateral de la exigencia de presentar un contrato realizado a partir del 1-1-2012, ha sido en más de una ocasión la renegociación a la baja de condiciones de trabajo, condiciones que aparecen por primera vez documentadas, pero al faltar constancia escrita de las condiciones anteriores, no existen elementos suficientes que permitan contrastar ambas situaciones para resolver si existe una novación del contrato y en qué términos.

La novación en estos casos, consiste habitualmente en la reducción del salario para reequilibrar el coste sobrevenido que para la parte empleadora tienen las nuevas obligaciones en materia de Seguridad Social, manteniéndose la jornada y el resto de las condiciones de la prestación de servicios<sup>318</sup>. En este caso, al no existir norma impeditiva de la renuncia a derechos preexistentes, no hay obstáculo legal al acuerdo<sup>319</sup>.

Pero en caso de no existir conformidad, se plantea la duda sobre la posible aplicabilidad del art. 41. 1, d) del ET sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, en su versión por RDL 3/2012, de 10 de febrero que permite al empleador reducir el salario pactado en el contrato individual de trabajo por razones económicas<sup>320</sup>.

En el ámbito de la extinción del contrato en el sector objeto de este estudio, el art. 11.1 del RLESHF remite al art. 49 del ET con algunas excepciones, una de ellas la extinción por causas objetivas, con fundamento en que resultan incompatibles con su naturaleza. Se ha enten-

<sup>318</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, P., *La novación extintiva por cambio de objeto*, Granada, Ed. Comares, 1999, págs. 226 y ss.

<sup>319</sup> Ya que no es el tema principal de este estudio, en relación con la novación modificativa ver el art. 1.204 CC.

<sup>320</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D., "Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo". *Revista Actualidad Laboral*, nº 21-22 (Diciembre 2012), págs. 2099-2121. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., La modificación sustancial de las condiciones de trabajo: ejes de su configuración en el oscuro art. 41 ET. *Aranzadi Doctrinal*. nº 3. 2009. págs. 141-177.

dido que la exclusión de esta causa se debe a la voluntad del legislador de ofrecer al empleador con problemas económicos la vía del desistimiento, cuya indemnización es de siete días por año para los contratos anteriores al 1 de enero de 2012 y de doce días en los posteriores (art. 11.3 y DT 1ª del RLESHF), menos costosa que la de veinte días del despido objetivo.

Entendemos que el supuesto de poder aplicarse el art. 41.1,d) del ET, se estaría interpretando que las causas objetivas pueden argumentarse para la reducción del salario pero no son de obligada alegación cuando la decisión del empleador es extinguir el contrato por las mismas causas, momento en el que puede ampararse en la figura del desistimiento<sup>321</sup>. Se estaría entonces ante una decisión unilateral, por parte del empleador, por aplicar en su interés, lo menos favorable de cada normativa.

## 15.2. LA REDUCCIÓN DE CUOTAS PARA FAMILIAS NUMEROSAS

Como punto de partida hay que recordar que la Ley 40/2003, de 18 de noviembre<sup>322</sup>, establecía en su art. 9 que la contratación de cuidadores de familias numerosas<sup>323</sup>, dará derecho a una bonificación del 45% de las cuotas a cargo del empleador<sup>324</sup>, en este Régimen Especial<sup>325</sup>, en las condiciones que se estableciesen reglamentariamente<sup>326</sup>. La definición

<sup>321</sup> En relación con este tema ver ÁLVAREZ MORENO, M. T., *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Madrid. Ed. Edersa 2000. ARROYO AMAYUELAS y M. EBERS, E, (2008), «Heiniger» y las sanciones en la infracción del deber de información sobre el derecho de desistimiento ad nutum (Sentencia TJCE de 13 de diciembre de 2001, Asunto C-481/99), en *Evolución y Tendencias del Derecho Europeo*, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, núm. 9, págs. 407-442.

<sup>322</sup> <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-674> (consultado el 17/06/2017).

<sup>323</sup> En términos generales, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. No obstante, la ley equipara a familia numerosa las familias constituidas en otros términos y establece las condiciones para reconocer y mantener el derecho a ostentar la condición de familia numerosa y, en función del número de hijos u otras consideraciones, las clasifica en categoría especial y general.

<sup>324</sup> Dichas bonificaciones serán financiadas, conjuntamente y con cargo a los presupuestos del Servicio Público Estatal de Empleo, en un 25 por ciento, y de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el 75 por ciento restante.

<sup>325</sup> Artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

<sup>326</sup> Siempre que los ascendientes o el ascendiente en caso de familia monoparental (Art. 2.3 Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas: "A los efectos de esta Ley, se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos. Se equipara a la condición de ascendiente la persona o personas que, a falta de los mencionados

de familia numerosa se refiere siempre al número de hijos e hijas a cargo. La medida no llegó a implementarse hasta que el RD 1621/2005, de 30 de diciembre definió las condiciones de la bonificación<sup>327</sup>.

En la actualidad, según el apartado 2 b) 2 de la DA 39<sup>a</sup> LAAMSS, será de aplicación en el sistema especial la bonificación de cuotas por la contratación de cuidadores en familias numerosas en los términos que ya se venían aplicando en el REEH<sup>328</sup>. La reducción de cuotas resulta por tanto compatible además “*con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas*”, en los términos del art. 9 de la Ley 40/2003<sup>329</sup>.

*en el párrafo anterior, tuvieran a su cargo la tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo de los hijos, siempre que éstos convivan con ella o ellas y a sus expensas”.)* ejerzan una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar, requisito que no será necesario si la familia numerosa es de categoría especial (cinco hijos o más, o cuatro en el caso de que al menos tres procedan de adopción, acogimiento o parto múltiple), solo se exigirá que uno de los ascendientes trabaje fuera del hogar, no los dos.

<sup>327</sup> Tendrán la consideración de cuidadores, “*las personas físicas al servicio del hogar familiar en las que el objeto de su relación laboral especial esté constituido por servicios o actividades prestados en el hogar de familias numerosas que tengan oficialmente reconocida tal condición al amparo de dicha ley, y que consistan exclusivamente en el cuidado o atención de los miembros de dicha familia numerosa o de quienes convivan en el domicilio de la misma*”.

<sup>328</sup> La bonificación de cuotas de la Seguridad Social por la contratación de cuidadores en familias numerosas, en los términos y con el alcance legalmente establecidos, resultará de aplicación respecto al Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social.

La disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, relativa a la exclusión de beneficios en la cotización a dicho Sistema, establece lo siguiente: “*Los beneficios en la cotización reconocidos por la legislación vigente a favor de los empleadores de hogar no resultarán de aplicación en el supuesto en que los empleados de hogar que presten servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador asuman el cumplimiento de las obligaciones en materia de encuadramiento, cotización y recaudación en dicho sistema especial, en los términos previstos en los artículos 43.2 del Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y 34 bis del Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre*”.

<sup>329</sup> Artículo 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. “*La contratación de cuidadores en familias numerosas dará derecho a una bonificación del 45 por ciento de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador en las condiciones que legal o reglamentariamente se establezcan, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, definidos en los términos previstos en el apartado 3 del artículo 2, ejerzan una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar. Cuando la familia numerosa ostente la categoría de especial, para la aplicación de este beneficio no será necesario que los dos progenitores desarrollen cualquier actividad retribuida fuera del hogar. En cualquier caso, el beneficio indicado en el primer párrafo de este artículo sólo será aplicable por la contratación de un único cuidador por cada unidad familiar que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa*”.

Por su parte, la Disposición Transitoria Única de la Ley LAAMSS, después de incorporar las bonificaciones de cuotas para las nuevas altas, establece que *“Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas, en los términos de las reducciones y bonificaciones que ya se viene aplicando en este Régimen Especial”*. Lo que significa que a las familias numerosas que de todas formas hubiesen tenido derecho al beneficio de una rebaja del 45% de la cuota empresarial para contingencias comunes, no se les acumulan ambos beneficios<sup>330</sup>, el general del 20% y el del 45%, sino que el total solo puede alcanzar el 45%<sup>331</sup>. Después de analizar esta disposición, el único sentido que encuentro a ésta frase podría ser diferenciar que la reducción del 20% corre a cargo de los fondos de la Seguridad Social y el 25% restante de los del Servicios Públicos de Empleo.

Pero para añadir confusión al tema tratado, el art. 14.4 de la Orden de cotización para 2012 señala que *“lo establecido en este apartado (se refiere a la reducción de cuotas) será igualmente de aplicación con respecto a la bonificación prevista, para las familias numerosas, en la citada disposición transitoria”*, porque de la redacción parecería que sólo las nuevas altas podrán disfrutar de la bonificación del 45%.

Si bien, no es así, ya que quienes cotizaban en 2011 con bonificación la mantienen, porque continúa vigente el art. 9 de la Ley 40/2003, de 18

<sup>330</sup> La misma interpretación da GARCÍA GONZÁLEZ, G., en “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro, op. cit., pág. 13.

<sup>331</sup> Disposición transitoria única de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. *“Durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, se aplicará una reducción del 20 por 100 a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y queden incorporadas en el sistema especial a que se refiere la disposición adicional trigésima novena de esta Ley, siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45% para familias numerosas, en los términos de las reducciones y bonificaciones que ya se viene aplicando en este Régimen Especial”*. Mediante la Ley 48/2015, de 29 de octubre Disposición adicional 87ª. Reducción de cotizaciones en las personas que prestan servicios en el hogar familiar se prorrogan durante el ejercicio 2016 y en 2017 por el Art. 14 de la Orden ESS/106/2017, de 9 de febrero, los beneficios en la cotización a la Seguridad Social reconocidos en dicha Disposición Transitoria Única. Debemos precisar en este sentido, que tras la publicación de los Presupuestos Generales del Estado para 2017, se produjo la desaparición del beneficio mencionado, puesto que dicha Ley ya no contemplaba la vigencia de la normativa que habilitaba el disfrute del mismo, por lo que la reducción del 20 por ciento dejó de aplicarse con efectos del 1 de julio de 2017 hasta el 30 de agosto de 2017, según el criterio mantenido por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, no obstante, se recupera a partir del 1 de septiembre de 2017 y hasta el 31 de diciembre de 2018 mediante la DA 1ª, Real Decreto-ley 14/2017, de 6 de octubre.

de noviembre, de protección a las familias numerosas. Significa, por tanto, que los empleadores titulares de familia numerosa cotizantes en el sistema especial (con la excepción ya comentada) verán reducidas sus cotizaciones en un 20% y bonificadas en otro 25%, mientras que quienes no tengan el beneficio verán rebajado el mismo 45% de la cuota pero solo como bonificación. Ahora bien, como sabemos, *la diferencia entre reducción y bonificación en la práctica para el beneficiario no existe, su diferencia no es otra que la reducción se realiza a cargo de la Seguridad Social (por lo que la Seguridad Social ingresará menos dinero), mientras que la bonificación es a cargo del Servicio Público de Empleo (la Seguridad Social no ingresa menos dinero, ya que la bonificación irá a cargo de un presupuesto de otro Departamento).*

La bonificación en la cotización es posible, siempre que las tareas del empleado de hogar consistan en atender a los hijos de la familia numerosa. La condición de familia numerosa, como he indicado, viene dado por el número de hijos e hijas, o en su caso hermanos en caso de orfandad; no hay bonificación para la contratación del cuidado de personas en situación de dependencia<sup>332</sup>, aunque el beneficio se podría obtener siempre que la persona atendida formase parte una familia numerosa.

El beneficio, está condicionado a que ambos progenitores trabajen fuera del hogar<sup>333</sup>, por cuenta ajena o propia, o estén incapacitados para trabajar, salvo en el caso de familias numerosas de categoría especial<sup>334</sup>. El funcionamiento de la bonificación sigue las normas generales sobre obligación de estar al corriente del pago de las cuotas y la sanción de pérdida de las bonificaciones de las cuotas no pagadas en plazo, pues la falta de ingreso en plazo reglamentario de estas cuotas, determinará la pérdida automática de esta bonificación respecto de las

<sup>332</sup> Tal como advierte LUJÁN ALCARAZ, J., “La protección de las familias numerosas desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, AS núm. 19/2005, nota al pie 22, está prevista la posibilidad de extender el beneficio en el apartado 10.2 de la Disposición adicional quincuagésima de la Ley 30/2005, de 29 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2006, que autoriza al Gobierno para extender las bonificaciones previstas en art. 9 LPFN “respecto de la contratación de trabajadores dedicados al cuidado de personas dependientes y discapacitados en el hogar familiar.”

<sup>333</sup> La Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones emitió el informe 133/2006 en el que indicaba que si el trabajo de los ascendientes no se desempeñaba “fuera del hogar” (trabajo a domicilio, teletrabajo, etc.) no existía derecho a esa bonificación. Asimismo, el trabajo fuera del hogar tiene que desarrollarse de manera efectiva, sin que sea excepción a la regla general la situación de excedencia por cuidado de hijo de uno de los cónyuges (Informe 175/ 2006).

<sup>334</sup> Según el art. 4 de la norma, tienen categoría especial: las familias de cinco o más hijos y las de cuatro hijos de los cuales al menos tres procedan de parto, adopción o acogimiento permanente o preadoptivo múltiples.

cuotas correspondientes a periodos no ingresados en dicho plazo. Para la doctrina, sin embargo, la cuantía de las bonificaciones y su duración han sido consideradas insuficientes como estímulo para hacer aflorar el empleo sumergido del sector<sup>335</sup>.

Por último, debe tenerse en cuenta que para acceder a la bonificación es necesario que el empleador acredite ante la Administración de la TGSS correspondiente, la condición de familia numerosa<sup>336</sup>, acompañada de una declaración firmada por el empleado de hogar en el sentido de que, su actividad en el hogar consiste exclusivamente, en el cuidado o atención de los miembros de dicha familia numerosa, o de quienes convivan en el domicilio de la misma. Del mismo modo, el empleador está obligado a comunicar en el plazo de seis días cualquier modificación que afecte al disfrute de la bonificación<sup>337</sup>, la cual tendrá efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se produzca.

### 15.3. OTRAS BONIFICACIONES COMUNES AL RÉGIMEN GENERAL

Tanto en la reducción de cuotas para el mantenimiento del empleo de mayores de 59 años de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos del Estado para 2012, como la de mayores de 60 años de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, o la prevista en el RD 1917/2008, de 21 de noviembre, para la inserción socio-laboral de mujeres víctimas de violencia de género, que remite a la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo, cuyo art. 6 excluye las bonificaciones de cuotas en las relaciones laborales especiales<sup>338</sup>.

Por el contrario, sí que son de aplicación los supuestos regulados en el RD Ley 11/1998, de 4 de septiembre que bonifica el 100% de las cotizaciones empresariales en los contratos de interinidad durante el periodo de maternidad, paternidad y acogimiento, riesgo durante el

<sup>335</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>.A., “Reformas en materia de protección social e impacto de género: ... op. cit., pág. 75.

<sup>336</sup> Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba lo Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas. Artículo 5. Bonificación de cuotas de la Seguridad Social por la contratación de cuidadores en familias numerosas. La bonificación solo es aplicable a un único cuidador por unidad familiar.

<sup>337</sup> Art. 5 del RD 1621/2005, de 30 de diciembre. Estas bonificaciones quedarán automáticamente en suspenso o se extinguirá cuando dejen de concurrir temporal o definitivamente las condiciones establecidas para su concesión.

<sup>338</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.A., “La afiliación, altas, bajas y cotización en el Sistema especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar”, *AL*, n° 13-14, 2012, pág. 1543.

embarazo y la lactancia natural. También se bonifican al 100% las cuotas de la persona sustituida a partir del RD Ley 5/2001, de 2 de marzo. Al repartirse las cargas del sistema especial de acuerdo al Régimen General, no se presenta ya ningún problema aplicativo. Estas bonificaciones, entiendo, favorecen la estabilidad de las mujeres en el empleo, ya que suponen el reparto de los costos de la maternidad en un círculo más amplio que la empresa y la trabajadora afectada<sup>339</sup>.

Así mismo, hay que recordar que las reducciones o bonificaciones mencionadas anteriormente, no excluyen la aplicación de otros posibles beneficios, como la exención prevista en el art. 112 bis LGSS para quienes continúen prestando servicios una vez alcanzada la edad ordinaria de jubilación y acrediten el suficiente tiempo de cotización como para disfrutar de una pensión en cuantía del 100% de la base reguladora, o la bonificación dirigida a los *“contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo o ejercitado su derecho a la movilidad geográfica o al cambio de centro de trabajo”*<sup>340</sup> contemplada en el art. 21.3 LO 1/2004, de 28 de diciembre<sup>341</sup>.

<sup>339</sup> Las bonificaciones deberían extenderse a la cotización durante la IT que dure más de un mes. La incapacidad temporal puede tener una duración de 365 días prorrogables por otros 180 si durante ellos se presume que la trabajadora puede ser dada de alta médica sin curación (art. 169.1 de la LGSS). La obligación de cotizar subsiste durante todo el periodo, que puede llegar a los 545 días (art. 174.3 de la LGSS).

<sup>340</sup> LAAMSS. Artículo 2. Exención parcial de la obligación de cotizar.

Se introducen las siguientes modificaciones en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Uno. Se da nueva redacción al artículo 112 bis, en los siguientes términos:

*«Artículo 112 bis. Cotización con 65 o más años. 1. Los empresarios y trabajadores quedarán exentos de cotizar a la Seguridad Social por contingencias comunes, salvo por incapacidad temporal derivada de las mismas, respecto de aquellos trabajadores por cuenta ajena con contratos de trabajo de carácter indefinido, así como de los socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas, siempre que se encuentren en alguno de estos supuestos: 65 años de edad y 38 años y 6 meses de cotización. 67 años de edad y 37 años de cotización. En todos los casos citados, a efectos del cómputo de años de cotización no se tomarán en cuenta las partes proporcionales de pagas extraordinarias.*

*2. Si al cumplir la edad correspondiente a que se refiere el apartado anterior el trabajador no tuviere cotizados el número de años en cada caso requerido, la exención prevista en este artículo será aplicable a partir de la fecha en que se acrediten los años de cotización exigidos para cada supuesto.*

*3. Las exenciones establecidas en este artículo no serán aplicables a las cotizaciones relativas a trabajadores que presten sus servicios en las Administraciones públicas o en los Organismos públicos regulados en el Título III de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado».*

<sup>341</sup> Se puede consultar GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*. (Dir. Mercader Urquina, J.R.). Ed. Lex Nova. 2015, pág. 877 y ss.



## 16. EL SUPUESTO DEL TRABAJO NO DECLARADO

Los estudios tradicionales sobre el trabajo no declarado han abordado este fenómeno desde el enfoque de las teorías de la modernización<sup>342</sup>. La tesis básica planteada es que el empleo irregular o informal es un “atraso” propio de épocas pasadas o de países “subdesarrollados”, en la medida en que estaría vinculado a formas de producción que ya no tienen lugar en el contexto de las sociedades modernas<sup>343</sup>. Una afirmación que no se sostiene sin embargo empíricamente cuando se constata, a través del análisis comparado<sup>344</sup>, la persistencia e incluso el crecimiento del trabajo no declarado en las sociedades más avanzadas. El trabajo no declarado no es por tanto una excepción, sino un fenómeno que registra en la actualidad una presencia significativa<sup>345</sup>. En este sentido, es posible apuntar diferentes factores generales que contribuyen a explicar la existencia del trabajo no declarado en las sociedades con un mayor grado de desarrollo económico y social<sup>346</sup>.

<sup>342</sup> Definición de la Comisión Europea “*cualquier actividad retribuida que sea legal en cuanto a su naturaleza pero que no sea declarada a las autoridades públicas, teniendo en cuenta las diferencias en el sistema regulador de los Estados miembros*” (Comisión Europea, 1998 y 2007). La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) propone una definición similar, utilizando el término de trabajo oculto para referirse a trabajo “*que a pesar de no ser ilegal en sí, no ha sido declarado ante una o más autoridades administrativas*” (OCDE, 2004). La Organización Internacional del Trabajo (OIT) enmarca por su parte el TND en el concepto más amplio de economía informal, definido como “*toda actividad económica realizada por el trabajador y una unidad económica que –por la ley o en la práctica– no está cubierto, o está insuficientemente cubierto por un arreglo formal*” (OIT, 2002). Esta definición incluye el concepto de trabajo no declarado tal como lo entiende la CE y además incluye al trabajador que a veces se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la legislación laboral (por ejemplo, el trabajador doméstico o agrícola).

<sup>343</sup> PFAU-EFFINGER JENSEN, P. H. AND FLAQUER, L., Formal and informal work in European societies a comparative perspective, en PFAU-EFFINGER, B., FLAQUER L, y JENSEN, PH (Eds): *Formal and Informal Work in Europe. The Hidden Work Regime*. London, New York: Routledge. 2009, págs. 27 y ss.

<sup>344</sup> BRINDUSA, A. y VÁZQUEZ VEGA, P., Economía sumergida. Comparativa Internacional y Métodos de estimación, en VVAA. *Implicaciones de la economía sumergida en España. Círculo de Empresarios*. 2010, págs. 17 y ss.

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op\\_20150908\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20150908_01.pdf) (consultado el 23/02/2017).

<sup>345</sup> AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA; INSPECCIÓN DE TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL (2010): Plan integral de prevención y corrección del fraude fiscal, laboral y a la seguridad laboral (disponible en [www.mtin.es](http://www.mtin.es)).

<sup>346</sup> Comisión Europea 1998 Comunicación de la Comisión sobre el trabajo no declarado. COM (98) 219 y 2007 Intensificar la lucha contra el trabajo no declarado. COM (2007) 628; Consejo Económico y Social 1999 Informe por propia iniciativa, sobre la economía sumergida en relación a la quinta recomendación del Pacto de Toledo; OIT 2002 El trabajo decente y la economía informal.

De lo apuntado anteriormente se deduce, que el corolario político de este argumento es que la mejor vía para incentivar el afloramiento de la economía sumergida sería promover una mayor liberalización de la actividad económica<sup>347</sup>, incluyendo medidas como la reducción de los impuestos y las contribuciones empresariales a la seguridad social, y la disminución de los estándares en materia de derechos sociolaborales<sup>348</sup>.

Convirtiéndose así esa mayor tutela, en cierto modo, en un incentivo que pretende vencer las reticencias a la regularización de una actividad en la que, por cierto, el colectivo extranjeros, ha de tomarse sin duda en consideración, ya que es un grupo especialmente sensible y vulnerable el que constituye el colectivo de trabajadores inmigrantes y, de forma más destacada, las personas que se encuentran en situación administrativa irregular.

En enero de 2014, el Parlamento Europeo adoptó una resolución para mejorar las condiciones laborales en Europa<sup>349</sup>. En su resolución, el Parlamento señala los efectos adversos del trabajo no declarado sobre la calidad de las condiciones laborales. Por tanto, pide a los responsables políticos y a los agentes sociales que lideren la lucha contra el trabajo no declarado. Ese mismo mes, la Comisión Europea publicó su análisis sobre Empleo y Desarrollo Social en Europa en 2013. El trabajo no declarado es uno de los temas principales de este documento de trabajo sobre la economía sumergida en la Unión. El documento llega a la conclusión de que no solamente se debe luchar contra las actividades no declaradas, sino que estas deben convertirse en trabajo regularizado<sup>350</sup>.

<sup>347</sup> ARRAZOLA, M.; HEVIA, J.; MAULEÓN, I.; y SÁNCHEZ, R., “Estimación del volumen de economía sumergida en España”, en *Cuadernos de Información Económica*, n° 220, 2011, págs. 81-88.

<sup>348</sup> BRINDUSA, A. y VÁZQUEZ, P. (2010): *Economía sumergida. Comparativa Internacional...* op. cit., págs. 17-44.

<sup>349</sup> P7\_TA-PROV (2014)0012. Comisión Europea (2014). Eurobarómetro especial 402: trabajo no declarado en la Unión Europea, Comisión Europea, Bruselas. Parlamento Europeo (2014). Inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales. Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014 sobre el tema “inspecciones de trabajo eficaces como estrategia para mejorar las condiciones laborales en Europa” (2013/2112(INI)).

<sup>350</sup> Medir las dimensiones de la economía sumergida resulta una tarea complicada, ya que por definición se trata de una realidad oculta. En general, los métodos que se pueden usar para determinar el alcance de la economía sumergida pueden agruparse en métodos directos, indirectos y la estimación a través de modelos. La mayoría de estos métodos pretende expresar las dimensiones de la economía sumergida en forma de porcentaje del producto interior bruto.

Según se desprende de los informes realizados en Europa, el servicio a domicilio es un sector, en general, con una alta proporción de informalidad y con una mayoritaria incidencia entre las mujeres, por tratarse de una actividad económica altamente feminizada<sup>351</sup>.

En España, se han desarrollado diferentes políticas para el control y lucha contra el fraude en la economía sumergida y el empleo irregular. Examinando, los procedimientos desarrollados por la Administración en los últimos años cabe mencionar actuaciones en diferentes ámbitos como los sucesivos Planes anuales integrados de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, la constitución del Observatorio del Fraude para el análisis y corrección de las irregularidades en materia laboral y de Seguridad Social entre la Tesorería General de la Seguridad Social y la propia Inspección de Trabajo y Seguridad Social, el Plan de Acción sobre empresas ficticias y altas fraudulentas y el Plan Integral de Prevención y Corrección del Fraude Fiscal, Laboral y a la Seguridad Social, aprobado por el Consejo de Ministros del 5 de marzo de 2010, en el que junto a los citados organismos también participa la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

En los primeros meses 2011, surge la elaboración por parte del gobierno de un plan extraordinario de medidas dirigidas a fomentar la regularización y control del empleo sumergido<sup>352</sup>. Un plan puesto en marcha con una notable urgencia y celeridad, dicho sea de paso, y que se justificó por el gobierno *“en la medida en que se estima inaplazable la recuperación de niveles más aceptables de competencia empresarial y de protección social de los trabajadores, así como la contribución al restablecimiento del equilibrio presupuestario público, como medio de propiciar con inmediatez el mayor y más justo crecimiento económico y la consiguiente creación de empleo”* (del preámbulo del Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril)<sup>353</sup>.

La reforma busca, en último término, incrementar la recaudación del Sistema de Seguridad Social, aunque de momento no lo ha conseguido. La creación del Sistema especial adolece, como hemos visto, de

<sup>351</sup> Entre otros, Cabo et al. 2005, IWAK 2011, Kvist et al. 2009.

<sup>352</sup> Real Decreto-Ley 5/2011 de 29 de abril de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de la vivienda (BOE, 6/5/2011).

<sup>353</sup> Las organizaciones sindicales CCOO y UGT, realizaron una valoración conjunta que fue muy crítica sobre este plan, considerando que no iba a aflorar ni a mejorar la protección de los trabajadores, ni a aumentar los ingresos públicos, ni a eliminar la competencia desleal entre empresas. Observaciones conjuntas de CCOO y UGT al segundo borrador del Real Decreto Ley de medidas para el afloramiento y el control del empleo sumergido (28/4/2011).

ciertos déficits, y en particular, en el momento actual, debe criticarse la técnica legislativa, muy poco ortodoxa, porque la creación del Sistema especial y su regulación esencial se contienen, como hemos reiterado, en una Disposición Adicional de una ley concebida para reformar las pensiones y contribuir a la viabilidad del Sistema, entendemos poco coherente, siendo un tema tan delicado el que trataba.

## LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y SU NUEVO RÉGIMEN DE COBERTURAS

El concepto de protección social<sup>354</sup> se puede explicar, en palabras de Álvarez Alcolea y De Val Tena como “*aquella actividad desarrollada por sujetos y entidades, públicas o privadas, en orden a otorgar prestaciones a favor de personas que se encuentran en una situación de necesidad, sin que para llegar a ser beneficiarios se requiera obligatoriamente una previa aportación equivalente a las mismas*”<sup>355</sup>. En éste mismo sentido, como sabemos, las instituciones encargadas de la gestión de la protec-

---

<sup>354</sup> Según el art. 42 de la LGSS, la acción protectora del sistema de la Seguridad Social comprenderá:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo.
- b) La recuperación profesional, cuya procedencia se aprecie en cualquiera de los casos que se mencionan en el apartado anterior.
- c) Prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; invalidez, en sus modalidades contributiva y no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración.

Las prestaciones económicas por invalidez y jubilación, en sus modalidades no contributivas, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título II de la presente Ley.

Las prestaciones por desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial, se otorgarán de acuerdo con la regulación que de las mismas se contiene en el Título III de esta Ley.

- d) Prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva.

- e) Las prestaciones de servicios sociales que puedan establecerse en materia de reeducación y rehabilitación de inválidos y de asistencia a la tercera edad, así como en aquellas otras materias en que se considere conveniente.

<sup>355</sup> ÁLVAREZ ALCOLEA, M. y DE VAL TENA, A.L., *Manual de Derecho de la Protección Social*, Murcia, *Laborum*. 2003. pág. 21.

ción social son públicas de ámbito estatal, autonómico y local aunque también participan entidades no públicas, como son las mutuas de seguridad social<sup>356</sup>.

Hasta la entrada en vigor del RLESHF, las prestaciones reconocidas para la afiliación en el extinto REEH estaban destinadas a cubrir las situaciones de jubilación y contingencias comunes, mientras que la maternidad no estaba regulada<sup>357</sup>, aplicándose la normativa laboral común<sup>358</sup>.

## 1. PECULIARIDADES DE LA ACCIÓN PROTECTORA Y SUS EFECTOS

La remisión al Régimen General en materia de prestaciones implica que el catálogo de la acción protectora del Régimen General es apli-

<sup>356</sup> NAVARRO, V. y QUIROGA, Á. *La protección social en España*, en Vicenç Navarro (Director): *La situación social en España*, Barcelona: Programa en Políticas Públicas y Sociales-Universidad Pompeu Fabra, *Fundación Francisco Largo Caballero y Biblioteca Nueva*. 2005, tomo I, pág. 45. SEMPERE NAVARRO, A.V. Las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales: organización, composición y funciones. La colaboración gestora de las empresas individuales, en AA.VV. (Gonzalo González, B. y Nogueira Guastavino, M., dirs.): *Cien años de Seguridad Social*, Ed. Muprespa, Madrid, 2000, pág. 504 y ss.

<sup>357</sup> Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre. SECCIÓN 2ª. PRESTACIONES EN PARTICULAR. Artículo 28. *Alcance de la acción protectora*.

1. A los empleados de hogar comprendidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico y, en su caso, a sus familiares o asimilados, se les concederán, en la extensión, términos y condiciones que se establecen en el presente Decreto y disposiciones de aplicación y desarrollo, las prestaciones siguientes:

- a) Asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad y accidente.
- b) Prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria.
- c) Prestaciones por invalidez.
- d) Prestaciones económicas por vejez.
- e) Prestaciones económicas por muerte y supervivencia.
- f) Prestaciones económicas de protección a la familia y de profesión religiosa.
- g) Beneficios de asistencia social.
- h) Prestaciones y servicios sociales en atención a contingencias y situaciones especiales.

2. Las prestaciones derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia, se otorgarán con la misma amplitud, términos y condiciones que en el Régimen General, salvo en lo que específicamente se regula en el presente Decreto y disposiciones de aplicación y desarrollo.

<sup>358</sup> Decreto 2346/1969, Artículo 30. *Incapacidad laboral transitoria. La prestación económica por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad, maternidad o accidente se otorgará en los supuestos durante el tiempo y con los requisitos que la regulan en el Régimen General. No obstante, en los casos de enfermedad y accidente esta prestación económica se comenzará a percibir desde el vigésimo noveno día, contado a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente.*

cable al SEEH, con la explícita excepción del desempleo. Ello supone, destacadamente, la extensión de modalidades o prestaciones hasta ahora desconocidas para los empleados de hogar, como la jubilación anticipada o la jubilación parcial<sup>359</sup>. Ciertamente es que el acceso a alguna de estas prestaciones se antoja complejo en la práctica<sup>360</sup>, ante los trámites que conlleva, por ejemplo en el caso de la jubilación parcial, al existir obligación de contratar a un relevista y ajustar el tiempo de trabajo y las bases de cotización<sup>361</sup>.

La remisión al Régimen General no impide que se configure alguna particularidad en este SEEH, que en conjunto supone una mejora de la tutela en relación con la dispensada en el REEH, sin perjuicio como indicamos, de que los empleados de hogar continúan excluidos de la protección por desempleo<sup>362</sup>, a la espera “*de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*”<sup>363</sup>.

Concretamente, la DA 2ª RLESHF, preveía la constitución de un grupo de expertos con el fin de analizar, entre otros aspectos, “*la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera*”, si bien se concedía al Gobierno un plazo muy amplio para adoptar las pertinentes medidas, ya que dicho plazo concluía el 31 de diciembre de 2013<sup>364</sup>. Al margen de esa eventual, y futura, ampliación de la ac-

<sup>359</sup> GARCÍA GONZÁLEZ, G., “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, AS, nº 8, 2011, págs. 197-215.

<sup>360</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M. y RABANAL CARBAJO, P., *Derecho de Seguridad Social*. Parte General, Ed. Cinca. Madrid, 2004, págs. 108 y ss.

<sup>361</sup> MARTÍNEZ MORENO, C., La pensión de jubilación con cómputo recíproco de cotizaciones, en LÓPEZ CUMBRE, L. (Coordinadora), *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Ed. Iustel. Madrid, 2007, págs. 1703 y ss.

<sup>362</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “Una propuesta de reforma de las prestaciones por desempleo”. *Fundación Alternativas*. Documento de Trabajo 19/2003. 2003, págs. 15-50.

[http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio\\_documentos\\_archivos/xmlimport-gHY8jo.pdf](http://www.fundacionalternativas.org/public/storage/laboratorio_documentos_archivos/xmlimport-gHY8jo.pdf) (consultado el 03/05/2017). DESDENTADO BONETE, A. y DE LA PUEBLA PINILLA, A., La reforma de la protección de desempleo en la Ley 45/2002 en AA.VV. (I. García Perrote, coord.), *La ley 45/2002, de reforma de la protección de desempleo*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2003, págs. 17-90.

<sup>363</sup> Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (Integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General).

<sup>364</sup> Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre. Apartado 3 de la Disposición adicional segunda. Evaluación de impacto, régimen de extinción del contrato y protección por desempleo. *El Gobierno, teniendo presente la evaluación a que se refiere el apartado 1 y*

ción protectora, las peculiaridades del nuevo SEEH afectan, en primer lugar, a las reglas sobre trabajo a tiempo parcial, en segundo lugar, al subsidio de IT, y en tercer lugar al cálculo de la base reguladora de las pensiones de IP y jubilación.

### 1.1. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

El tiempo de trabajo es un elemento que estructura las condiciones laborales de las personas, determina su dedicación y la organización de sus tiempos vitales. El tiempo de trabajo y su distribución tienen importantes consecuencias en la salud, la conciliación de la vida personal y laboral y condiciones de vida de las personas, por lo que siempre ha sido uno de los ejes clave de las relaciones laborales y, por lo tanto, objetivo de la negociación colectiva.

El legislador laboral también ha introducido cambios en la regulación contractual del trabajo a tiempo parcial<sup>365</sup>. Ha sido la principal apuesta de las políticas de empleo, por su incidencia en el reparto y la redistribución del empleo, pero también porque permite satisfacer necesidades de flexibilidad laboral y objetivos de política social, facilitando el compatibilizar pensión y salario<sup>366</sup>.

En relación con el trabajo a tiempo parcial, resultan de aplicación las conocidas reglas previstas en la DA 7ª TRLGSS 1994, y desarrolladas en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, y que, a efectos del cumplimiento de los períodos de carencia exigen la conversión de las horas efectivamente trabajadas en días teóricos de cotización<sup>367</sup>, y para ello las horas trabajadas a tiempo parcial deben dividirse entre cinco. Este método de cómputo sólo resultará de aplicación a partir de 2019 en el SEEH.

---

*el informe del grupo de expertos a que se refiere el apartado 2, adoptará con anterioridad al 31 de diciembre de 2013 y previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las decisiones que correspondan sobre las cuestiones señaladas en el apartado anterior.*

<sup>365</sup> En el año 2013 ya se habían introducido dos importantes reformas en materia laboral y de Seguridad Social a través de la Ley 11/2013, de 26 de julio (LA LEY 12432/2013), de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (que recoge con escasos cambios el contenido del RDL 4/2013, de 22 de febrero (LA LEY 2190/2013), del mismo título), y el RDL 11/2013, de 2 de agosto (LA LEY 12957/2013), para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

<sup>366</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, págs. 86 y ss.

<sup>367</sup> PRADAS MOTILLA, R., “El contrato de trabajo a tiempo parcial”, en *Documentación Laboral*, 2001, n. 64, pág. 5.



A los exclusivos efectos de precisar las horas trabajadas a tiempo parcial el legislador prescinde de exigencias acreditativas o documentales a las partes, y establece la siguiente fórmula: las horas efectivamente trabajadas serán el resultado de dividir la base de cotización que corresponda en el SEEH por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General<sup>368</sup>. El resultado, se dividirá entre cinco, obteniéndose el número de días teóricos de cotización, salvo en las pensiones de IP y jubilación, donde ese resultado debe multiplicarse por 1,5.

Pero como era previsible, dicho método de cálculo se modificó, ya que la STJUE de 22-11-2012 (caso Elbal Moreno, asunto C-385/11)<sup>369</sup> consideró que la fórmula de conversión de las horas trabajadas en días teóricos de cotización contenida en la DA 7ª TRLGSS 1994 incurría en discriminación indirecta por razón de sexo. En ese escenario, una opción segura sería la identificación día trabajado-día cotizado, como sucede en la protección por desempleo.

Al parecer del Juez de lo Social que planteó la cuestión prejudicial, dicha normativa vulneraría, desde el punto de vista constitucional, el principio de igualdad en dos concretas vertientes, por un lado, lesionando el principio de igualdad desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad estricta, dificultando injustificadamente el acceso de los TTP a la protección social, al exigir a estos trabajadores unos períodos de actividad más extensos para reunir el requisito de carencia y por otro, vulnerando el artículo 14 de la CE, desde la posible discrimina-

<sup>368</sup> CALLEJO GALLEGOS, J., "Estrategias temporales: relaciones entre tiempo de trabajo remunerado y el tiempo de trabajo doméstico", *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 23/1.2005, págs. 175-204.

<sup>369</sup> <http://diarioeuropeo.com/asunto-c-385-11-sentencia-tribunal-justicia-sala-octava-2-noviembre-2012-peticion-decision-prejudicial/> (consultado el 30/04/2017). La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, celebrado el 6 de junio de 1997, que se fija en el anexo de la Directiva 97/81/CE de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DO 1998, L 14, p. 9), en su versión modificada por la Directiva del Consejo 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998 (DO 1998, L 131, p. 10) («Acuerdo marco»), del artículo 157 TFUE, del artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 05 de julio 2006 sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DO 2006 L 204, pág. 23), y del artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (DO 1979, L 6, pág. 24). La petición se presentó en el litigio entre la Sra. Elbal Moreno y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en relación con el derecho a una pensión de jubilación. En este sentido, SENTENCIA 61/2013, de 14 de marzo de 2013, entre otras.

ción indirecta por razón de sexo, pues el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino<sup>370</sup>.

Dicho esto, conviene acercarse a éste caso concreto para hacernos una idea de la trascendencia del supuesto, ampliable a gran parte de la población española que está actualmente contratada bajo la modalidad de un contrato de trabajo a tiempo parcial; así, en aplicación del artículo 161<sup>371</sup> y de la disposición adicional séptima del TRLGSS 1994, de ello se desprende que, para alcanzar los 15 años de carencia exigidos como mínimo para acceder al derecho de mantenerse en un contrato de trabajo a tiempo parcial de 4 horas/semana, dicha trabajadora tendría que cotizar 100 años para acceder a una pensión de jubilación de, en este caso, 112,93 €/mes<sup>372</sup>.

Esta situación de desprotección se reproduce en todas las prestaciones del Sistema de Seguridad Social que requieran período de carencia, viéndose agravada la desprotección cuanto mayor es el plazo de carencia exigido<sup>373</sup>.

El Juzgado remitente planteó la cuestión desde una doble vertiente del principio de igualdad, pero que a efectos prácticos y al objeto que aquí interesa puede resumirse en que se pretendía dilucidar, desde la perspectiva del Derecho comunitario, si dicha normativa afectaba, por un lado, a todos los trabajadores sujetos a un contrato a tiempo parcial y, por otro, en caso de que esa apreciación no fuera considerada por el Tribunal, por no ser este hecho contrario al Derecho Comunitario, que afectara únicamente a las mujeres trabajadoras con este tipo de contrato.

En el primer caso, por entender que las consecuencias de la regulación nacional sitúan a todos los trabajadores a tiempo parcial en general ante una situación menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo<sup>374</sup>. En el segundo caso, desde la vertiente del principio de

<sup>370</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BARAMONDE, M.E., "Contratación a tiempo parcial y flexibilidad del tiempo de trabajo en la nueva reforma laboral (RDL 16/2013, de 20 de diciembre)", *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014, págs. 1-27.

<sup>371</sup> Art. 205 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>372</sup> Auto 115/2010, de 4 de julio de 2011 (Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona).

<sup>373</sup> A menor jornada, mayor tiempo se necesita para cubrir el período de carencia mínima exigido. A menor jornada, menor sueldo, menor cotización y menor pensión.

<sup>374</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., "El trabajo a tiempo parcial en el Real Decreto Ley 16/2013, de 20 de diciembre". *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 162, 2014, pág. 134.

igualdad de trato, por considerar que concurre una discriminación indirecta sólo afectante a las mujeres<sup>375</sup>.

Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desestimó la primera vertiente, con lo que su fallo no es de aplicabilidad general a todos los trabajadores contratados a tiempo parcial, como categoría general, sino que, por el contrario, entiende que sí corresponde apreciar aquella situación de discriminación respecto del colectivo femenino.

Declara en el fallo que *“El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder, en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada”*. Es decir, aún reconociendo que es una situación peyorativa, solo reconoce la infracción por el hecho de que la gran mayoría de trabajadores lo sean del mismo sexo, el femenino.

Dicho esto, conviene recordar brevemente una serie de cuestiones relacionadas con el tema tratado que nos ayuden a entender el alcance de semejante declaración: por un lado, en qué contexto se enmarca la igualdad de trato<sup>376</sup> y, por otro, qué trascendencia práctica tiene el que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) reconozca que una normativa nacional se opone al Derecho Comunitario.

### 1.1.1. Principio de igualdad y disposiciones de Derecho Comunitario

Dentro de estos conceptos nuevos, y a los efectos que aquí interesan, se encuentra el principio de igualdad de trato. Este concepto ha sido

<sup>375</sup> GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., La contratación laboral temporal: balances y perspectivas. En AAVV, *La temporalidad laboral como problema jurídico: diagnósticos y soluciones*, Coord. F.J Gómez Abelleira, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 13-60.

<sup>376</sup> El artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE dispone: *“1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:*

- *El ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos.*
- *La obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones.*
- *El cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones”*.

introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (art. 3), y se ha definido como “*la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo*”. Pero es que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, a su vez, tomó esta definición de la Directiva 76/207/CEE, refundida esta última en la actual Directiva 2006/54/CE.

Así, la igualdad de trato tiene dos prohibiciones concretas, la discriminación directa y la discriminación indirecta (que es la que ha tomado como base el TJUE para su decisión en el Asunto que se trata).

La primera se refiere a la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de forma menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo; por ejemplo y, según el artículo 8 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo<sup>377</sup>, cualquier trato desfavorable a las mujeres en relación con el embarazo o la maternidad.

La segunda, al decir del artículo 6.2 de la meritada ley orgánica, se refiere a la situación en la que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra sitúa a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a otras del sexo contrario, a salvo de una justificación objetiva atendiendo a que concurra una finalidad legítima y que los medios para alcanzar esa finalidad sean adecuados y necesarios.

Según el TJUE, para la prueba de impacto peyorativo de esa regla aparentemente neutra, no basta con aportar como medio de prueba el concreto número de personas afectadas (dato cuantitativo), sino que además debe relacionarse con el número de trabajadores en activo existentes en el país y con la proporción de trabajadores masculinos y femeninos.

Por último, conviene recordar el principio de igualdad de oportunidades, el cual, junto con el de igualdad de trato, informa el ordenamiento jurídico, debiendo observarse en la interpretación y aplicación de las normas<sup>378</sup>. Tiene su fundamento en el artículo 9.2 de la CE<sup>379</sup>,

<sup>377</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A. y ÁLVAREZ ALONSO, D., *La igualdad efectiva de mujeres y hombres a partir de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo*, Ed. Thomson-Civitas. Madrid 2007, pág. 116.

<sup>378</sup> BAYLOS GRAU, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 1. 1998, pág. 21.

<sup>379</sup> Art. 9.2 CE: “*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

que exige a los poderes públicos poner los medios para que todas las personas alcancen una ciudadanía plena en los aspectos político, civil y social<sup>380</sup>, este último en conexión con el art. 1.1 de la CE<sup>381</sup>, cláusula constitucional del Estado Social, una de cuyas instituciones es el sistema de la Seguridad Social<sup>382</sup>, y al mismo tiempo, encuentra también desarrollo infraconstitucional en la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad, de 22 de marzo, y que se traduce, en contraposición a la igualdad formal preconizada por el artículo 14 de la CE, en una igualdad material, efectiva, sirviendo de base, por tanto, a las medidas de acción positiva (discriminación positiva) respecto de aquellos grupos o colectivos en cuyos miembros concurren rasgos de pertenencia inmodificables, transparentes y que no dependen de la libre elección del sujeto, que se podrían considerar generadores para estigmatizar socialmente.

Debemos tener en cuenta, no obstante, que no existe reconocido constitucionalmente un derecho subjetivo de trato diferente, de esta forma se ha pronunciado el TC: “...es doctrina constitucional reiterada que el derecho a igualdad que consagra el artículo 14 CE ni otorga un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ya que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual, siendo ajeno al ámbito de este precepto la llamada discriminación por indiferenciación”<sup>383</sup>.

<sup>380</sup> Que, al ser –según la literalidad de ese artículo 14 CE– “criterios generales de actuación de los Poderes Públicos”, se incluye, en consecuencia, al Poder Judicial, lo que se compadece con el artículo 15, donde se dice que “el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos” –y la palabra “todos” no puede ser, a los efectos aquí tratados, más significativa–. De este modo, el Poder Judicial se encuentra vinculado por esos criterios generales de actuación y por el principio de transversalidad, que se sitúan claramente más allá de la igualdad de trato para comprender asimismo la igualdad de oportunidades. Todo lo cual confirma claramente la interpretación sostenida en el texto principal acerca del artículo 4 de la LOIEMH. STS de 21.12.2009 (rec. 201/2009), desde la perspectiva de la correcta aplicación del artículo 4 de la LOIEMH, destacada por RUBIO CASTRO, A., La integración del principio de igualdad de oportunidades en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas: el artículo 4 de la LOIEMH, en *Estudio sobre la aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. Generalitat de Catalunya – Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada / Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 2011, págs. 43-46.

<sup>381</sup> BALAGUER CALLEJÓN, F., *El Estado social y democrático de derecho, significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social*, Comentario a la constitución socio-económica de España (coord. Por Cristóbal Molina Navarrete, José Luis Monereo Pérez, María Nieves Moreno Vida), Ed. Comares. 2002. pág. 114.

<sup>382</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *El derecho a la Seguridad Social*, VV. AA., (Dir., Monereo Pérez, José Luis y Moreno Vida, M<sup>a</sup> Nieves), Comentarios a la constitución socio-económica de España, Ed. Comares 2002, pág. 1477.

<sup>383</sup> Entre otras las STC 181/2000, 21/2001, de 29 de enero, 49/2002, de 25 de febrero y 156/2003, de 15 de septiembre.

Siendo esto así, también es verdad, que en el caso concreto que se trata de un régimen altamente feminizado, la doctrina del TJCE y del TC referidas a la discriminación indirecta podría haber constituido un buen campo de aplicación pues se daban todas las notas que la citada jurisprudencia exige para la aplicación de la citada doctrina<sup>384</sup>, pero declarada la constitucionalidad de la existencia de regímenes jurídicos diferentes, sólo la intervención normativa podía acabar con esta injustificable diferenciación<sup>385</sup>.

Por todo ello, se puede advertir que el fallo estimatorio lo ha sido por reconocer la efectiva situación de discriminación indirecta en que se encuentran las mujeres en el mercado de trabajo español. Únicamente baste mencionar aquí que no son de aplicación al caso el resto de normas comunitarias aducidas por el Juez de instancia<sup>386</sup>, por entender que se está ante una pensión que no se aplica a una categoría particular de trabajadores<sup>387</sup>, sino que dicha pensión de jubilación es la más general de las pensiones reguladas en el Derecho español<sup>388</sup>.

<sup>384</sup> Apartado 4 del artículo 119 del Tratado CE: “...al adoptar las medidas mencionadas en el apartado 4 del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral”.

Actualmente, el marco comunitario básico en esta materia es el que establecen los arts. 2 (la promoción de la igualdad entre sexos como uno de los objetivos de la Comunidad); 3.2 (transversalidad del principio de igualdad); 13 (posibilidad de adopción de acciones frente a la discriminación); 137.1 y 141 de la versión consolidada del Tratado. Interesa ahora recordar que el art. 137.1, letra i) dispone que, a fin de lograr alcanzar los objetivos establecidos en el art. 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de “la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”. Por su parte, en el art. 41.3 se establece que el Consejo “adoptará medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. Y, en especial, ha de mencionarse el tenor del art. 141: “Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

<sup>385</sup> *Un lugar justo para el empleo de hogar y sus trabajadoras*. Pliego de propuestas coordinado por UN-INSTRAW. Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la promoción de las Mujeres, INSTRAW, 2010.

<sup>386</sup> Art. 157 TFUE, Cláusula 4 del Acuerdo Marco Anexo a la Directiva 97/81/CE y art. 1 de la Directiva 2006/54/CE.

<sup>387</sup> Ap. 24 de la sentencia, Asunto C-385/11.

<sup>388</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., “El debate actual para la reforma de pensiones”. *Temas Laborales*. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, 1996, (40) págs. 87-123.

Con lo cual, corresponde al Juzgado de lo Social, una vez recibida la notificación del fallo, inaplicar las disposiciones nacionales controvertidas y llenar esa laguna con las normas disponibles en el momento. Habrá que estar pendiente de la sentencia que recaiga y, en su caso, de los sucesivos recursos, en caso de que los haya, para ver en qué medida se adopta una sentencia acorde con la normativa en cuestión. Recuérdese que la regla general es el período de 15 años de carencia como requisito para generar el derecho a la pensión de jubilación<sup>389</sup>.

La indemnización a favor de los trabajadores interinos al finalizar su contrato.

Debemos tratar aquí, por la actualidad del asunto, de las posibles consecuencias de la sentencia del TJUE, de 14 de septiembre de 2016<sup>390</sup>, sobre indemnización en supuestos de interinidad, ya que hasta ese momento, este tipo de contrato en la legislación española no tenía indemnización prevista, declarando por tanto dicha Sentencia discriminatoria nuestra legislación, al no reconocer a los trabajadores interinos una indemnización equivalente a la de los trabajadores “*ijos comparables*” por la extinción de su relación laboral<sup>391</sup>. En este sentido, el TJUE concluye que “*la normativa española, que no prevé indemnización alguna para la finalización del contrato de interinidad, pero sí lo hace para otros contratos temporales yijos constituye una diferencia injustificada de*

<sup>389</sup> DURÁN HERAS, A., “Mujeres y pensiones en España”. *Economía y Sociología del Trabajo*, nº 13-14; 1991, págs. 144-152.

<sup>390</sup> Asunto C-596/14. La sentencia recoge el supuesto de una trabajadora que prestó servicios desde febrero de 2003 como secretaria en diversas subdirecciones del Ministerio de Defensa, al amparo de varios contratos de interinidad. En concreto, la relación laboral duró 9 años y medio. Y por ello, la trabajadora, no conforme con la decisión empresarial de finalización anticipada de su contrato de interinidad, interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social, considerando que su contrato había sido celebrado en fraude de ley. El Juzgado de instancia desestima la demanda, pero el TSJ de Madrid suspende el procedimiento y plantea al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones prejudiciales.

<sup>391</sup> La legislación española prevé varios tipos de indemnizaciones en caso de despido o finalización de contrato: Trabajadores indefinidos: 33 días por año de servicio, en caso de despido disciplinario improcedentes (art. 54 E.T.) y 20 días por año de servicio en caso de despidos colectivos (art. 51 E.T.), o por determinadas causas objetivas, fundamentalmente económicas, técnicas, organizativas o de producción, (art. 52 E.T.). Trabajadores con contratos de duración determinada, excepto contrato interino y formativos: 12 días por año de servicio (art. 15 E.T.) y (art. 49 E.T.). Trabajadores con contrato de interinidad y contratos formativos: no tienen indemnización de ningún tipo. Por lo que sería aplicable al presente caso la directiva 1999/70 relativa al acuerdo marco sobre trabajo de duración determinada que en su cláusula 4 establece: “*Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadoresijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas*”.

*trato en relación con los trabajadores interinos, respecto de los trabajadores fijos”.*

Utiliza el Tribunal la Cláusula 4.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que establece: *“Principio de no discriminación. Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”.* Tal y como la define la Directiva, debemos prestar atención que se trata de un trabajador con contrato indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice trabajo idéntico o similar, tanto a nivel de cualificación como funciones. Por tanto, el punto de comparación que generaría discriminación, sería compararse con un trabajador indefinido de tu centro de trabajo que realice las mismas funciones<sup>392</sup>.

El TJUE también le da respuesta, aunque dando un pequeño rodeo, al conjunto de contratos temporales, así en el apartado 38 de la sentencia de 14 de septiembre de 2016, dice de forma literal: *“En cambio, las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada, como la que menciona el tribunal remitente en la cuarta cuestión prejudicial, no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo marco (auto de 11 de noviembre de 2010, Vino, C-20/10, no publicado, EU: 2010:677, apartado 57)”.*

Por tanto, es el mismo TSJU quien de forma indirecta, reconoce que el resto de contratos de duración determinada no están incluidos en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación del Acuerdo Marco de 18 de marzo de 1999 y que figura en el anexo de la Directiva 1999/70 CE, al tener fijada una indemnización por extinción del contrato y tener el mismo tratamiento de igualdad que el resto de trabajadores fijos al darse las circunstancias previstas en el art. 52 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores y producirse la extinción de su contrato no por expiración del término de mismo sino por causas objetivas.

<sup>392</sup> En concreto, para el TJUE es clave, y así lo dice expresamente, el hecho de que la trabajadora estuviese durante 7 años consecutivos haciendo las mismas tareas que la trabajadora sustituida, haciendo el mismo trabajo que la trabajadora a la que reemplazó. Y de ahí se puede, según el TJUE, evidenciar la comparación entre el trabajador temporal y el fijo.



Recordemos, que tres semanas después de la publicación de la sentencia del TJUE, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que fue quien planteó las cuestiones prejudiciales ante el TJUE, dicta un pronunciamiento en el que adopta el mismo criterio que el mantenido por el Tribunal Europeo<sup>393</sup>.

Es necesario señalar también, que el TSJ del País Vasco, siguiendo el criterio marcado por el TJUE, ha dictado ya dos sentencias, elevando a 20 días la indemnización por fin de contrato temporal<sup>394</sup>. Por ello, el TSJ del País Vasco ha generalizado el alcance de la reciente resolución del TJUE también para el resto de contratos temporales (no solo para el contrato de interinidad). La novedad de la segunda sentencia es que, al contrario que en las sentencias citadas con anterioridad, la sentencia recoge el supuesto de un trabajador que prestaba servicios para una empresa del sector privado (y no para una Administración Pública, como sucedía en las anteriores sentencias). Con esta decisión, la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco, de un plumazo, extiende

<sup>393</sup> En concreto, se trata de la Sentencia del TSJ de Madrid, de 5 de octubre de 2016, primera sentencia de un Tribunal español que aplica el criterio adoptado por el TJUE en su sentencia de 14 de septiembre de 2016.

El TSJ de Madrid establece que, en el supuesto recogido por la sentencia, la finalización del contrato de interinidad tuvo lugar por causas objetivas (en concreto, por la incorporación de la trabajadora sustituida, que generó un excedente de personal, constituyéndose así una causa objetiva por razones organizativas del artículo 52 ET). Por tanto, puesto que si la contratación no hubiese sido temporal, sino “fijo comparable”, la trabajadora habría tenido derecho a una indemnización de 20 días por año trabajado (indemnización que corresponde en los supuestos de despido objetivo), el TSJ concluye que la trabajadora debe percibir igual indemnización que la que correspondería a un trabajador “fijo comparable” de extinguirse su contrato por causas objetivas.

<sup>394</sup> Sentencia del TSJ del País Vasco, de 18 de octubre de 2016, que recoge el supuesto de una trabajadora que prestaba servicios para la Fundación Vasca de Innovación e Investigación (dependiente del Departamento de Salud del Gobierno Vasco) que, a la finalización de su contrato temporal por obra o servicio (no se trataba, por tanto, de un contrato de interinidad como en las anteriores sentencias), recibió una compensación de 12 días tras tres años de contrato y recurrió ante la justicia. La sentencia de la Sala de lo Social establece una indemnización de 20 días por año trabajado para la trabajadora, pese a que considera que su contrato era de carácter temporal, y entiende que la indemnización debe ser la misma que la que tendría un trabajador fijo comparable, despedido por causas objetivas. Por tanto, el TSJ eleva de 12 días por año a 20 la indemnización concedida en este tipo de contratos.

Ese mismo día, el 18 de octubre de 2016, TSJ del País Vasco ha dictado otra sentencia en la que equipara la indemnización por finalización de contrato temporal, a aquella que correspondería abonar a los trabajadores fijos (20 días por año de servicio). En esta sentencia el Tribunal extiende también al sector privado la elevación de las indemnizaciones de los contratos temporales. En concreto, establece una indemnización de 20 días a la finalización de un contrato por obra o servicio determinado en una empresa privada que, en este caso concreto, se dedicaba a la prestación de servicios de conserjería, limpieza y mantenimiento.

la resolución del TJUE al resto de contratos temporales, aplicándolo tanto en el sector público como en el sector privado.

Entiende el TSJ del País Vasco, que hubo una diferencia de trato injustificada al indemnizar menos a este trabajador por el hecho de tener un contrato temporal, y concluye que la resolución europea explica que el problema de distinción indemnizatoria no se da entre categorías de trabajadores temporales -interinos frente a obra y servicio, por ejemplo sino entre los trabajadores insertos en un concepto más global, cual es el de los contratos de duración determinada frente a los trabajadores fijos, pero al respecto, tendremos que esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre esta diferencia de trato y ver el alcance que esta decisión pueda suponer para un posible cambio de éste sistema especial.

### 1.1.2. Principios de primacía y de interpretación conforme

Dentro de los principios básicos de relación entre el ordenamiento europeo y el interno, se encuentran los principios de primacía y de interpretación conforme.

El principio de primacía implica la preferencia del ordenamiento jurídico comunitario sobre el nacional en caso de conflicto, lo que lleva a la exclusión de la norma interna incompatible con la comunitaria, inclusive de rango constitucional. No obstante, tal primacía en determinados países no es asumida pacíficamente por sus respectivos Tribunales, ya sea TC o Tribunal Supremo. Se desplaza la norma nacional, pero no se elimina. Desde una dimensión administrativa (INSS), supone la inaplicación y la revisión de actos firmes contrarios al Derecho comunitario<sup>395</sup>.

El principio de interpretación conforme implica la obligación de los jueces nacionales de interpretar el Derecho interno a la luz del Derecho europeo<sup>396</sup>. No obstante, este último encuentra su esfera de acción en el ámbito de los instrumentos europeos carentes (por definición o eventualmente) de eficacia directa, ya sea -en el caso de las Directivas- porque no cumplen las condiciones requeridas<sup>397</sup>, ya sea -en el caso

<sup>395</sup> Informe del Consejo de Estado “Inserción del derecho comunitario en el derecho español” 14 de febrero de 2008. <http://www.consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf> (consultado el 29/04/2017).

<sup>396</sup> MEDINA ORTEGA, M., *La Comunidad Europea y sus Principios Constitucionales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pág. 25, y, en general, el capítulo I: “La Comunidad Europea como forma de organización política”.

<sup>397</sup> Que sean suficientemente precisas e incondicionales, así como que haya expirado el plazo, o bien se produzca ausencia, insuficiencia o deficiencia en la adaptación.

del *soft law*<sup>398</sup>— por que tales instrumentos se caracterizan por su naturaleza no vinculante<sup>399</sup>, ya sea porque estén desprovistas de eficacia directa en el Derecho originario (materia penal).

Así pues, todo induce a pensar que nos encontramos en el primero de los supuestos aludidos (principio de primacía), caracterizado por el hecho de que la obligación de inaplicación impuesta a los jueces nacionales no se condiciona a la previa eliminación de la norma interna por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional (doctrina *Simmenthal*, Asunto C-106/77). El TJUE sostiene que el órgano jurisdiccional interno ha de dejar sin aplicación, en virtud de su propia autoridad e iniciativa, toda disposición contraria al Derecho Comunitario, sin esperar a su derogación o declaración de inconstitucionalidad.

La actuación judicial, por tanto, se limitará normalmente a declarar una norma inaplicable al caso concreto, pero no la elimina *per se* del ordenamiento jurídico, salvo que en su caso se tratara de una norma de rango reglamentario y estuviera en cuestión la legalidad de la misma.

Con esta última explicación queda cerrado el círculo de consecuencias que presumiblemente se derivarán de la sentencia comentada, de tal manera que como era previsible en fechas próximas el legislador se vio abocado a abordar un cambio normativo de urgencia mediante el RDL 11/2013, de 2 de agosto, modificado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los TTP y otras medidas urgentes en el orden económico y social, los trabajadores que tengan contratos a tiempo parcial han igualado sus condiciones a los que trabajan a tiempo completo, a la hora de acreditar el periodo mínimo de cotización que permita acceder a la pensión de jubilación. Hasta esa fecha, como vengo diciendo, el cómputo se realizaba en función de las horas trabajadas, incluyendo las ordinarias y las complementarias.

El Decreto introdujo nuevas pautas para determinar los periodos de cotización, en los casos en que se hayan tenido contrataciones a tiempo parcial. El nuevo procedimiento de cálculo se basa en el “coeficien-

<sup>398</sup> Este término puede encontrarse últimamente en algunos textos comunitarios, de cualquier lengua original, no sólo inglesa, con un sentido de “...*derecho de naturaleza incierta, menos vinculante, menos seguro, que se traduce en una armonización ficticia y una transposición aleatoria [de las normas] en los ordenamientos nacionales*”. Informe del Sr. Cot sobre el documento COM(97) 626, “Legislar mejor” (A4-498/98); Resolución del Parlamento Europeo de 18.12.1998 (DO C 98 de 9.4.1999, p. 5).

<sup>399</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de derecho administrativo general*. Ed. Iustel 2009. Pág 176.

te de parcialidad” y “coeficiente global de parcialidad”. Se calcularán conforme a este sistema los periodos de cotización necesarios para acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad<sup>400</sup>.

### 1.1.3. Análisis de la inconstitucionalidad del sistema con el que se calculan los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial

El Tribunal Constitucional, declaraba en su sentencia 61/2013, de 14 de marzo (cuestión de inconstitucionalidad 5862/2003)<sup>401</sup> “*inconstitucional y nulo*” el sistema con el que se calculan los periodos de cotización en los contratos a tiempo parcial cuando se solicita el cobro de una pensión contributiva<sup>402</sup>, dando la razón en el reconocimiento de

<sup>400</sup> Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. 1. Para calcular el periodo cotizado cuando han existido contrataciones a tiempo parcial se calcula en primer lugar el periodo en el que el trabajador ha estado de alta bajo esta modalidad de contrato, aunque se corresponda con distintas jornadas. 2. A continuación se calcula el porcentaje que supone la jornada a tiempo parcial realizada con respecto a la que hubiera correspondido a jornada completa, lo que nos dará un número que se denomina coeficiente de parcialidad. 3. Ese coeficiente se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período. Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones. 4. Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, es decir, el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. 5. El período mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad.

<sup>401</sup> La mujer tenía acreditados 18 años de cotización, once de ellos en jornada a tiempo parcial, pero insuficientes para cumplir los requisitos. Un caso parecido, el de una trabajadora de la limpieza que había cotizado 18 años a tiempo parcial, fue el que llevó a la justicia europea a dictaminar que la normativa española era discriminatoria. Para determinar el periodo cotizado a fin de causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, la norma dice que se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia “en días teóricos de cotización”. Para ello, prosigue la ley, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de 1.826 horas anuales. Además, para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5, resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización, sin que pueda computarse un número de días cotizados superior al que correspondería de haberse realizado la prestación de servicios a tiempo completo.

<sup>402</sup> Este método de cómputo, vigente en la Ley General de Seguridad Social desde 1998, ya fue cuestionado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando dictó esta

las prestaciones a los trabajadores a tiempo parcial<sup>403</sup>, ante la inaplicabilidad de la normativa derivada de la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11, Elbal Moreno). El TC ha hecho suya la interpretación de la justicia europea y considera que la regla de cálculo contenida en la normativa española “lesiona” el derecho a la igualdad (artículo 14 CE) y es “discriminatoria” por razón de sexo, ya que la mayor parte de los TTP en España son mujeres.

Estas reglas para determinar los periodos de cotización vienen recogidas en la disposición adicional séptima de la LGSS. Durante unos años, de 1994 a 1998, la redacción dada a este artículo era distinta y ya el TC, en una sentencia de diciembre de 2004<sup>404</sup>, se opuso en su momento a la regulación antigua al entender que el trato que se dispensaba a los TTP y a tiempo completo no era igualitario.

Aunque la redacción se cambió, ahora el TC cree que estas reglas de cálculo “no consiguen evitar los resultados especialmente gravosos y desmesurados a que la norma puede conducir”. Razona el TC que esa previsión legal vulnera el artículo 14 CE, en su vertiente del principio de igualdad, porque carece de una justificación razonable que guarde la debida proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida, ya que dificulta el acceso a la protección de Seguridad Social de los TTP (que necesitan trabajar más tiempo que los trabajadores a tiempo completo para cubrir la misma carencia exigida) y en su vertiente de la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida de que los contratos a tiempo parcial predominan principalmente en el empleo femenino.

Ante la necesidad de una inevitable reforma de la DA 7 TRLGSS 1994, que debía ir más lejos de la reforma a la que se refería, en un plazo que fue incumplido<sup>405</sup>, se debía dar respuesta a cuestiones imprescindibles

---

sentencia de 22 de noviembre de 2012 en la que calificaba de discriminatorio el trato que daba la legislación española a los trabajadores a tiempo parcial respecto a los contratados a tiempo completo.

<sup>403</sup> El Alto Tribunal ha dictado esta sentencia a raíz de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, derivada a su vez del caso de una trabajadora a la que le fue denegada una pensión contributiva de jubilación por no haber reunido el periodo mínimo de cotización de 15 años exigido para ello.

<sup>404</sup> STC 253/2004, de 22 de diciembre.

<sup>405</sup> Ley 27/2011. Disposición adicional vigésima novena.- Cotización de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos. El Gobierno presentará, en el plazo de un año y previa discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de ley que mejore la consideración de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos.

para que los jueces nacionales pudieran cumplir su cuestión jurisdiccional dado el efecto directo que la STJUE de 22 de noviembre de 2012 tenía sobre todos los asuntos que, en esta materia, pudieran conocer. Por ello, se establecen nuevas reglas para acreditar los periodos de cotización<sup>406</sup> y así la nueva regulación será aplicable, en los términos

En el citado proyecto de ley se incluirán, entre otras, las siguientes reformas:

- a) Medidas que modifiquen la regulación laboral del contrato de trabajo a tiempo parcial, en unos términos que promuevan el necesario equilibrio entre las necesidades de flexibilidad y adaptabilidad, requeridas por las empresas, y las demandas de estabilidad y seguridad en el empleo, demandadas por las personas trabajadoras.
- b) Revisión de los incentivos a las empresas para la utilización de la contratación indefinida mediante esta modalidad de contratos.
- c) Mejora de la protección social del trabajo a tiempo parcial, en particular mediante el incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente.

<sup>406</sup> La nueva redacción de la regla segunda del apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social dispone: a) Se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos. A tal efecto, el coeficiente de parcialidad, que viene determinado por el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable, se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada periodo. Al número de días que resulten se le sumarán, en su caso, los días cotizados a tiempo completo, siendo el resultado el total de días de cotización acreditados computables para el acceso a las prestaciones. b) Una vez determinado el número de días de cotización acreditados, se procederá a calcular el coeficiente global de parcialidad, siendo este el porcentaje que representa el número de días trabajados y acreditados como cotizados, de acuerdo con la regla a) precedente, sobre el total de días en alta a lo largo de toda la vida laboral del trabajador. En caso de tratarse de subsidio por incapacidad temporal, el cálculo del coeficiente de parcialidad se realizará exclusivamente sobre los últimos cinco años. Si se trata del subsidio por maternidad y paternidad, el coeficiente global de parcialidad se calculará sobre los últimos siete años o, en su caso, sobre toda la vida laboral. c) El periodo mínimo de cotización exigido a los trabajadores a tiempo parcial para cada una de las prestaciones económicas que lo tengan establecido, será el resultado de aplicar al período regulado con carácter general el coeficiente global de parcialidad. En los supuestos en que, a efectos del acceso a la correspondiente prestación económica, se exija que parte o la totalidad del período mínimo de cotización exigido esté comprendido en un plazo de tiempo determinado, el coeficiente global de parcialidad se aplicará para fijar el periodo de cotización exigible. El espacio temporal en el que habrá de estar comprendido el período exigible será, en todo caso, el establecido con carácter general para la respectiva prestación. A efectos de la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, el número de días cotizados que resulten de lo establecido en el segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda (mencionada anteriormente), se incrementará con la aplicación de coeficiente del 1,5, sin que el número de días resultante pueda ser superior al periodo de alta a tiempo parcial. El porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora se determinará conforme a la escala general a que se refiere el apartado 1 del artículo

que la misma establece, a las prestaciones de la Seguridad Social que con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley hayan sido denegadas por no acreditar el periodo mínimo de cotización exigido y a las prestaciones cuya solicitud se encuentren en trámite.

## 1.2. EL SUBSIDIO DE INCAPACIDAD TEMPORAL

En cuanto a las peculiaridades relativas a las prestaciones en sentido estricto, el subsidio de incapacidad temporal presenta las mayores modificaciones, por cuanto era inevitable mejorar la regla tradicional del REEH, que sólo permitía percibir el subsidio por contingencias comunes a partir del vigésimo noveno día de baja. El nuevo SEEH copia, a efectos de contingencias comunes, la regla que para el subsidio por contingencias profesionales se había establecido en el art. 5 RD 1596/2011, de 4 de noviembre y que permite disfrutar del subsidio “*a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive*”<sup>407</sup>, pago este último equivalente al que corresponde al empleador ordinario en el Régimen General durante los días cuarto a decimoquinto de IT<sup>408</sup>. La DA 39<sup>a</sup> LAAMSS precisa que “*el pago de subsidio por incapacidad temporal causado por los trabajadores incluidos en este sistema especial se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo*”, aunque esta es una regla, lógicamente, que se refiere a la prestación que corra a cargo de la entidad gestora o colaboradora, y por tanto que entra en juego a partir del noveno día. Las normas de cálculo de la base reguladora y los porcentajes no han merecido atención del legislador, de modo que se aplicarán las reglas del Régimen General<sup>409</sup>.

---

163 y la Disposición Transitoria Vigésima Primera de la Ley General de la Seguridad Social, con la siguiente excepción: cuando el interesado acredite un período mínimo de cotización inferior a quince años, considerando la suma de los días a tiempo completo con los días a tiempo parcial incrementados y estos últimos con el coeficiente del 1,5, el porcentaje a aplicar sobre la respectiva base reguladora será el equivalente al que resulte de aplicar a 50 el porcentaje que represente el periodo de cotización acreditado por el trabajador sobre quince años.

<sup>407</sup> GARCÍA NINET, J.I., La incapacidad temporal, en A. OJEDA AVILÉS (Coordinador), *La incapacidad temporal*, Ed. Tecnos. Madrid, 1996, págs. 14-15.

<sup>408</sup> MUÑOZ MOLINA, J., *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Ed. Aranzadi. Cizur Menor-Navarra, 2005, págs. 23 y ss.

<sup>409</sup> GASCÓ VIDAL, F.J., La base reguladora de la prestación por incapacidad temporal, en OJEDA AVILÉS, A. (Coordinador), *La incapacidad temporal*, Ed. Tecnos. 1996, págs. 305-309.

### 1.2.1. Mejoras en la protección por incapacidad temporal: el punto de inflexión tras la reforma

La prestación de Incapacidad Temporal en este sector, no entró en vigor de manera inmediata. La Disposición Final Primera núm. 1 del Decreto RESD estableció que la prestación de IT entraría en vigor el 1 de enero de 1971; el núm. 2 de la Disposición Final Primera permitía que durante el año 1970 la trabajadora que causase baja por ILT permaneciese en situación asimilada al alta mediante el pago de las cuotas a su costa, de conformidad con el sistema que para tal situación prevé la norma.

Del mismo modo, según el art. 30 del Decreto RESD, la IT se otorgaba en los supuestos, durante el tiempo y con los requisitos que la regulan en el Régimen General. Al no distinguir el Régimen entre riesgos comunes y profesionales, en el REEH no estaba protegido el periodo de observación por enfermedad profesional, del art. 128 1. b) del TRLGSS 1994<sup>410</sup>, que es parte de la prestación de IT en el Régimen General. La postura contraria se ha defendido por entender que el Decreto RESD no exceptúa la prestación y según su art. 30 debe tener la misma amplitud que en el Régimen General<sup>411</sup>.

El requisito de estar de alta en el momento del hecho causante es común al resto de regímenes, con la diferencia de que en el REEH a efectos de IT no puede existir la situación de percepción de la prestación de desempleo como situación asimilada al alta. El requisito se ha flexibilizado en el supuesto de quien fue dado de baja por su empleador con efectos retroactivos al día anterior a ser baja por IT<sup>412</sup>.

La prestación de IT derivada de accidente de cualquier clase, incluso el sufrido mientras se realizaba trabajo doméstico, requiere la situación de alta en el momento del accidente. No obstante, se admitía la aplicación del mecanismo del alta de pleno derecho en el caso de accidente laboral en base al art. 30 Decreto RESD, que disponía que la prestación económica por ILT se otorgaría en los supuestos, durante el tiempo y con los requisitos del Régimen General con lo que esta

<sup>410</sup> MUÑOZ MOLINA, J., *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, op. cit., pág. 46. Véase art. 169 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>411</sup> CLEOFÉ SÁNCHEZ, D., Régimen especial de empleados de hogar VV.AA., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales...*, op. cit., pág. 438.

<sup>412</sup> STSJ Cataluña de 26-11-2011 (rec. 444/2011).



concreta prestación sería excepción al principio del art. 22.3<sup>413</sup>, que disponía que las prestaciones en caso de accidente serían las mismas que el Régimen otorgue para el accidente no laboral, lo que exigía el alta en el momento del hecho causante.

El periodo de carencia exigido para la IT derivada de enfermedad común es de 180 días en los últimos cinco años, igual que en el Régimen General<sup>414</sup>. El periodo de carencia en el accidente deja de requerirse para la IT en el REEH a partir de que el art. 14 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, dejase de exigirlo para el accidente no laboral en el Régimen General, lo que se refleja el Oficio-Circular 7/27, de 25 de septiembre de 1972, de la Subdelegación General de Seguros del INSS.

Una vez aceptado el presupuesto descrito, se cuestionó como tratar la invalidez provisional. El art. 28.2 del Decreto RESD establecía que las prestaciones del REEH se darán con la misma amplitud, términos y condiciones que en el Régimen General, salvo en lo previsto expresamente en la norma. El TCT declaró que la prestación de invalidez provisional derivada de un accidente de trabajo en el REEH no tenía ninguna exigencia de periodo de carencia<sup>415</sup>, al no contener la norma especial ninguna previsión sobre la materia, por lo que debía aplicarse lo dispuesto para el Régimen General en el entonces art. 94.4 de la LGSS<sup>416</sup>.

En los casos de enfermedad y accidente, la prestación económica es del 75% de la base reguladora<sup>417</sup>. La base al inicio era la tarifa mínima de los trabajadores mayores de 18 años y posteriormente aquella sobre la que se cotizará. El porcentaje del 75% coincidía con el del Régimen General, que pasó en este Régimen a ser del 60% en el tramo del cuarto a vigésimo día por RD 53/1980, de 11 de enero. El cambio no tuvo consecuencias en el REEH<sup>418</sup>, porque la prestación no se comenzaba a percibir hasta el vigésimonoveno día, desde la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente (art. 39 del Decreto 2346/1969).

<sup>413</sup> DUEÑAS HERRERO, L. J., Contingencia y prestación de incapacidad temporal en Blanco Martín, J. M., *Las Incapacidades laborales: Un punto de vista práctico* Ed. Lex Nova 2005. págs. 31-120.

<sup>414</sup> TORTUERO PLAZA, J.L. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., *La incapacidad temporal. Régimen jurídico y negociación colectiva*, Fundación Mapfre. Madrid, 1996, págs. 34-35.

<sup>415</sup> STCT de 10-5-1983.

<sup>416</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Prólogo en J. Muñoz Molina *La Incapacidad temporal como contingencia protegida por la seguridad social*. Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor 2005. págs. 15-17.

<sup>417</sup> SALA FRANCO, T., *La incapacidad temporal para trabajar derivada de enfermedad o accidente*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005, págs. 83 y ss.

<sup>418</sup> Oficio-Circular núm. 927 de 29-3-1980, de la Dirección General del INSS.

La doctrina ha calificado este plazo de excesivo, desproporcionado e injustificado<sup>419</sup>. En éste sentido, se ha señalado que el periodo de espera de 28 días contradice las normas internacionales<sup>420</sup>. El Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de la Seguridad Social, mantiene en su art. 18.1º que la prestación económica por enfermedad debe concederse durante todo el transcurso de la contingencia, a reserva de que su duración puede limitarse a veintiséis semanas en caso de enfermedad y con posibilidad de no pagarse durante los tres primeros días. Por su parte, el Convenio entró en vigor en España el 29 de junio de 1989<sup>421</sup>, pero su cumplimiento no exige amparar a todos los asalariados, sino al menos al 50%. El Código Europeo de Seguridad Social de 16-4-1964, ratificado por España en 1994, mantiene en su art. 18 el nivel de protección de la norma de la OIT respecto a la IT, pero su art. 15 permite extender la protección únicamente a una parte de la población<sup>422</sup>, con lo que la exclusión del empleo de hogar no significa que se pueda considerar como incumplimiento de la norma<sup>423</sup>.

La regulación de la prestación en el REEH fue calificada de discriminación indirecta en el Informe de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 1995, sobre la aplicación de la Directiva 79/7/CEE de igualdad de trato de hombres y mujeres en los regímenes legales de seguridad social. Se señala que el Estado Español está incumpliendo la Directiva y se dice textualmente que *“la norma del Régimen de servicio doméstico según la cual la prestación económica por incapacidad*

<sup>419</sup> LUJÁN ALCARAZ, J., El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, op. cit., pág. 110, MUÑOZ MOLINA, J., *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, op. cit., pág. 172.

<sup>420</sup> VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.; QUESADA SEGURA, R., *Manual de Seguridad Social*, Ed. Tecnos, 2014, pág. 480; FARGAS FERNÁNDEZ, J., “La prestación por Incapacidad Temporal de los empleados de hogar: ni legal ni constitucional”, *RRL* núm. 22, sección cuestiones prácticas, quincena 16-30 noviembre, 1998, pág. 1443; BLASCO LA HOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J. y MOMPALER CARRASCO, M<sup>a</sup>.A., Regímenes especiales de la Seguridad Social, op. cit., pág. 375.

<sup>421</sup> El Convenio se adoptó el 28-6-1952, España lo ratificó el 17-5-1988 y se publicó en el BOE de 6-10-1988 y la fecha de entrada en vigor consta en la propia norma.

<sup>422</sup> Art. 15 del Código Europeo de Seguridad Social de 16-4-1964. Con una de estas tres alternativas, protegiendo como mínimo: categorías de asalariados que constituyan el 50% de todos los asalariados; o al 20% de la población activa; o a todos los residentes cuyos recursos durante la contingencia no excedan de una cantidad.

<sup>423</sup> VIVES CABALLERO, M., en “Código europeo de Seguridad Social: comentarios a su contenido y a su ratificación por España”, en *RRL*, tomo I, 1995, pág. 1367 y ss., comenta la norma sin mención alguna a la notable diferencia entre sus estándares y los del régimen del empleo de hogar.

*laboral transitoria comienza a partir del 29 día de enfermedad, constituye discriminación indirecta*<sup>424</sup>.

Con la legislación actual de éste colectivo<sup>425</sup>, la percepción de subsidio por incapacidad temporal, en supuestos de enfermedad común o accidente no laboral, como hemos apuntado, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo (como hemos indicado en párrafos anteriores, con la legislación anterior no se percibía hasta el vigésimo noveno día), disponiendo la reforma además que este abono estará a cargo del empleador (desde los días cuarto al octavo ambos inclusive).

Además, el pago del subsidio por incapacidad temporal causado por los trabajadores incluidos en este Sistema Especial se efectuará, al igual que anteriormente en el REEH, directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo<sup>426</sup>.

Es un inconveniente para los trabajadores que presten servicio a varios empleadores tener que solicitar en cada una de las entidades que cubran el pago de la incapacidad temporal el citado abono, por no existir pago delegado. Pero eso sólo ocurrirá en procesos de IT superiores a ocho días.

Como también es algo que puede conllevar un perjuicio no poder cambiar la base de cotización por procedimientos telemático, ya que si cada mes que cambie el salario, y por lo tanto la base de cotización, se ha de ir en persona a comunicarlo, puede ocurrir que muchos cambios dejen de hacerse, especialmente si son a bases más altas de las que se tienen declaradas. Del día 1 al 3 no existe subsidio, del 4 al 20 cobrará el 60% de la base reguladora, siendo el empleador el obligado al pago del 4 al 8 y la Entidad Gestora del 9 al 20, A partir del día 21, será el 75% de la base reguladora por parte de la entidad Gestora en régimen

<sup>424</sup> Ver INFORME DE LA COMISIÓN sobre la aplicación de la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978 en España y Portugal (situación en diciembre de 1994), COM (95) 418 final, 11-9-1995, pág. 19.

<sup>425</sup> Con la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto supuso la integración de dicho colectivo en el Régimen General de la Seguridad Social a partir del 1 de enero de 2012. Esta Ley fue ampliada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre por el que se establecieron las características laborales del colectivo y por el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, de extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar.

<sup>426</sup> Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal: Disponible en la World Wide Web: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/rd575-1997.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd575-1997.html) (consultado el 3/05/2017).

de pago directo al empleado de hogar. Cuando la IT es motivada por enfermedad común, se exige para tener derecho a percibir el subsidio haber cotizado durante un período de 180 días dentro de los 5 años inmediatamente anteriores al hecho causante<sup>427</sup>. En caso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional<sup>428</sup>, el subsidio será el 75% de la base reguladora y se cobrará desde el día siguiente al de la baja<sup>429</sup> por la Entidad Gestora en régimen de pago directo<sup>430</sup> al empleado de hogar, en este caso, cuando la IT sea motivada por accidente (sea o no laboral) o enfermedad profesional no se exige requisito de carencia.

En el caso de TTP la prestación se abonará durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal, sin que ello afecte al cómputo del período máximo de duración de la situación de incapacidad temporal que, en todo caso, se realizará por referencia al número de días naturales de permanencia en la misma. Estará constituida por la base de cotización correspondiente al mes anterior al de la baja médica, dividida entre 30. Dicha base se mantendrá durante todo el proceso de IT, incluidas las correspondientes recaídas, salvo que se produzca un cambio en la base única de cotización, en cuyo caso, se tendrá en cuenta esta última. En éste caso, el cómputo de este período de carencia se rige conforme a unas reglas específicas<sup>431</sup>.

<sup>427</sup> LÓPEZ INSUA, B.M., *La incapacidad temporal en el sistema de Seguridad Social*. Ed. Comares. 2014, pág. 127 y ss.

<sup>428</sup> Tiempos estándar. Herramientas de gestión en seguimiento de incapacidad temporal (Parte II): Disponible en la World Wide Web: [http://www.ibermutuamur.es/spip.php?page=revistaBIP&id\\_rubrique=101](http://www.ibermutuamur.es/spip.php?page=revistaBIP&id_rubrique=101) (consultado el 8/04/2017)

<sup>429</sup> Según el Real Decreto-ley 29/2012, si empleador y trabajador han acordado la asunción de obligaciones por parte de éste último cuando la prestación de servicios es inferior a 60 horas mensuales, el trabajador debe formalizar asimismo la cobertura de contingencias profesionales con la entidad gestora o colaboradora de la seguridad Social, salvo que el empleador ya tuviese aseguradas dichas contingencias respecto de otros trabajadores, en cuyo caso la cobertura corresponderá a la entidad gestora o colaboradora vigente ya elegida por el empleador.

<sup>430</sup> BENAVIDES, F.G.; SÁEZ, M.; BARCELÓ, M.A.; SERRA, C; MIRA, M., *Incapacidad Temporal: estrategias de análisis*. Ed. Gac Sanit. 1999, págs. 185-190.

<sup>431</sup> *Este contenido se encuentra pendiente de adaptación a las modificaciones introducidas por el RDL 11/2013 de 2 de agosto de 2013, consecuentemente las fórmulas y reglas de cálculo especificadas para los supuestos de trabajadores a tiempo parcial únicamente son válidas para los subsidios de IT iniciados con anterioridad al 4 de agosto de 2013.*

*Se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización:*

### 1.2.2. El control de la IT como factor determinante en el seguimiento de la prestación

Por Oficio Circular 30/70, de 30 de noviembre, la Subdelegación General de Seguros del INP daba las instrucciones necesarias para la gestión de la ILT en el REEH, disponiendo que los partes médicos de baja solamente se debían extender por los facultativos en el caso de que se pronosticase una baja de duración superior a los 28 días (instrucciones 8ª y 9ª), por lo que los restantes partes no se llegaban a producir, con la consiguiente falta de control sobre la enfermedad en el sector.

La Orden de 6 de abril de 1983 establece el procedimiento de control de la ILT de los trabajadores del Régimen General y de todos los regímenes especiales, sin exclusión. La empresa es la responsable de hacer llegar al INSS los partes de alta y baja, constituyendo la falta de colaboración en la gestión una falta sancionable<sup>432</sup>. La DA 3ª de la norma previó la implantación gradual en los Regímenes especiales, no llegando a alcanzar la obligación a los empleadores del REEH.

Las situaciones de IT de los trabajadores domésticos durante los primeros 28 días de la baja, derivaran de enfermedad o accidente, no contaban con ninguna vía de control por el sistema de seguridad social hasta el año 1997<sup>433</sup>, cuando se establece la obligación por parte del servicio público de salud de enviar copia del parte de baja a la entidad gestora por el art. 2.2 del RD 575/1997, de 18 de abril, que regula determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal.

Así, en su Orden de desarrollo de 19 de junio de 1997, el art. 5.1 establece la obligación de las personas encuadradas en el RETA y el REEH

1. *El número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por 5, equivalente diario del cómputo de 1826 horas anuales.*

2. *El período de 5 años, dentro del que han de estar comprendidos los 180 días, se incrementará en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.*

3. *En el caso de empleados de hogar a tiempo parcial existe una especificidad adicional para el cálculo de las horas efectivamente trabajadas a los efectos del cómputo del período de carencia:*

4. *Las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización divididas por el importe de la base mínima horaria del Régimen General.*

<sup>432</sup> El Reglamento General de Faltas y Sanciones del Régimen General de la Seguridad Social, aprobado por Decreto 2892/1970, de 12 de septiembre, art. 4.1.2.g) tipifica como falta grave incumplir las obligaciones de colaboración con la Seguridad Social.

<sup>433</sup> MERCADER UGUINA, J.R., "El control de la incapacidad temporal (historia de una sospecha)", *Relaciones laborales*, nº 1, 2004, págs. 403-430.

(sin distinción de fijas y discontinuas) de enviar los partes de baja, confirmación y alta dentro de los cinco días siguientes a su emisión. Sin embargo, según las instrucciones verbales de las entidades gestoras, los partes de baja y confirmación deben entregarse simultáneamente a la fecha de solicitud de la prestación.

Por otra parte, el hecho de que no existiera prestación en las cuatro primeras semanas tenía como consecuencia el que las personas interesadas no solicitaran el parte de baja más que cuando preveían una IT con más de 28 días de duración. Esta cuestión práctica tenía como consecuencia que recaídas en el sentido sanitario no lo son en el legal, debido a la falta de parte de baja en el primer periodo de enfermedad o accidente.

### 1.2.3. La cotización durante la IT y los factores de especialidad respecto del régimen ordinario

Como en el resto de regímenes, y de acuerdo con los arts. 13 y 14 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, durante la IT se mantiene la obligación de cotizar en tanto no se produzca el cese en el trabajo o la actividad<sup>434</sup>.

La especialidad del REEH, era que durante la IT se producía el traslado de la obligación de cotizar a la parte trabajadora. La TGSS<sup>435</sup>, en respuesta de fecha 4 de octubre de 2005 a una consulta, declara subsistente la obligación de cotizar de la trabajadora doméstica fija durante la IT sin derecho a prestación por falta de periodo de carencia, aunque añade que la obligación finalizaría en caso de producirse el cese en la actividad<sup>436</sup>.

Siguiendo ésta línea, desentona la Resolución de 23 de febrero de 1996 de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, señala con respecto al RETA que la baja en la actividad y consecuente cese de la obligación de cotizar no

<sup>434</sup> GARCÍA NINET, J.I. y VICENTE PALACIO, A., La incapacidad temporal y la incapacidad permanente. En: SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *El modelo social de la Constitución española de 1978*. Madrid: MTAS, 2003, págs. 865 y ss.

<sup>435</sup> Art. 46.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de Diciembre, reglamento general sobre, cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad social. Hay que tener en cuenta que durante el tiempo que dura la baja por enfermedad o accidente no laboral, hay que seguir cotizando a la Seguridad Social, sin embargo esa cotización corre en su totalidad por cuenta de la trabajadora, incluido el mes en el que se emite el alta. El mes en el que se inicia la baja tiene que cotizar el empleador.

<sup>436</sup> Ref. CISS. JC079211.

impiden el mantenimiento de la percepción del subsidio correspondiente<sup>437</sup>.

El motivo de ésta discrepancia, probablemente sería la facilidad de las personas del servicio domestico a declararse de baja en la actividad sin ningún trámite especial más que su propia manifestación, lo que no sucede en el RETA<sup>438</sup>, en el que el acto de darse de baja en la actividad exige baja en la licencia fiscal y, sobre todo, una nueva alta en el caso de proseguirse la actividad una vez terminada la situación de IT, en cuyo caso no se estaría ante un cese sino una suspensión no exenta del deber de cotizar<sup>439</sup>.

### 1.3. LAS PENSIONES DE INCAPACIDAD PERMANENTE Y JUBILACIÓN

Respecto de las pensiones, las fórmulas de cálculo no varían, de modo que la base reguladora de la pensión de jubilación se hallará a partir de las bases de cotización de los últimos ciento ochenta meses<sup>440</sup> (o de los que correspondan en aplicación de la DT 5ª TRLGSS 1994, en función del año en que se produzca el hecho causante), y la base reguladora de las pensiones de IP por enfermedad común exigirá tomar en consideración las bases de cotización de los noventa y seis meses anteriores al mes previo al hecho causante (o los meses, menos, que corresponda para trabajadores menores de 52 años).

No obstante, la DA 39ª LAAMSS dispone la inaplicación de los mecanismos de integración de lagunas propios de las pensiones de IP y jubilación en el Régimen General al cálculo de dichas pensiones en el SEEH. Se trata de una inaplicación temporal entre 2012 y 2018, de modo que a partir de 2019 los empleados de hogar se encontrarán equiparados con el resto de colectivos comprendidos en el Régimen General también en este aspecto. La exclusión del procedimiento de

<sup>437</sup> *Catálogo de Resoluciones Administrativas*, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, edición de mayo 1997, pág. 368.

<sup>438</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; AGRA VIFORCOS, B.; TASCÓN LÓPEZ, R. y ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La protección social de los autónomos y de los trabajadores del campo. (Un estudio de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social con mayor incidencia en la Comunidad Autónoma de Castilla y León)", *Revista de Investigación económica y social de Castilla y León*, núm. 4, 2001, págs. 119 y ss.

<sup>439</sup> Considera no aplicable para la prestación de IT del RETA de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Orden de 24-9-1970, de desarrollo del RETA, por el que se limita la habitualidad hasta el segundo mes natural siguiente a la suspensión, en base a que la prestación no existía en la fecha de la norma, MUÑOZ MOLINA, J., *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, op. cit., pág. 150.

<sup>440</sup> Art. 209 LGSS.

integración de lagunas se justificaría porque en el REEH tampoco era de aplicación tal beneficio, y el legislador ha considerado conveniente, por motivos financieros, evitar incrementos de las bases reguladoras de prestaciones durante el tiempo inmediatamente posterior al trasvase entre el REEH y el SEEH.

La Entidad Gestora ha interpretado esa regla como *“cualquiera que sea el régimen competente para resolver o el trabajo realizado por el causante en último lugar, las mensualidades que, a partir de la de enero de 2012, estén comprendidas en el período de cálculo de la base reguladora de las pensiones antes mencionadas, durante las cuales no haya habido obligación de cotizar, no serán objeto de la integración prevista en los artículos 140.4 y 162.1.2 LGSS cuando son posteriores a un cese en la actividad [...] de empleados de hogar, o a una baja en el [...] SEEH”*<sup>441</sup>.

El precepto, no obstante, plantea un problema adicional, pues esa limitación temporal podría significar que la regla especial –con independencia de su significado preciso– sólo será operativa cuando el hecho causante se produzca entre 2012 y 2018.

No obstante, también cabe interpretar que es una regla aplicable a las lagunas de cotización producidas en estos años y que resultará de aplicación a pensiones causadas posteriormente. Esta segunda interpretación parece más ajustada al tenor literal de la DA 39ª Ley 27/2011.

### 1.3.1. La cuestión de la integración de lagunas

El cómputo de los períodos de cotización en este sector se hará únicamente de los realmente cotizados, durante el período 2012 -2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivadas de contingencias comunes y de jubilación<sup>442</sup>.

<sup>441</sup> Criterio 7/2012, de 2 de agosto.

<sup>442</sup> Desde el año 2012 hasta el año 2018, a efectos del cómputo de los períodos de cotización necesarios en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad, y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veinte seis horas anuales, Según establece la regla segunda a) del apartado 1 de la disposición adicional 7ª LGSS [a la que expresamente se remite la letra a) del apartado 3 de la disposición adicional 39ª Ley 27/2011], cuyo apartado 2 de la citada disposición adicional 7ª LGSS de 1994 expresamente señala que *“dichas reglas serán igualmente aplicables a los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, establecido en el Régimen General de la Seguridad Social”* (redacción de la disposición adicional 43ª Ley 27/2011). Pues bien, para ello las



Según interpretación de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social (en la nota informativa sobre la reforma, de 27 de diciembre de 2011, ya citada), se considera que incluso en los supuestos en los que por obra del cómputo recíproco de cotizaciones las prestaciones se causen en el Régimen General, las bases correspondientes a periodos en el REEH se calculan según las normas de este régimen. De aplicarse, la interpretación entraría en contradicción con la actual regulación sobre cómputo recíproco de cotizaciones<sup>443</sup>.

El art. 9.2 del TRLGSS 1994 prevé la totalización de los periodos de permanencia en cada uno de los Regímenes de la Seguridad Social, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias<sup>444</sup>. La normativa reglamentaria vigente en la materia no ha derogado las disposiciones del REEH<sup>445</sup>. La pensión se causará en el régimen en que se esté de alta a la fecha de la solicitud, siempre que se reúnan todos los requisitos (entre ellos el periodo de carencia), en caso de no reunirlos, la causará en el régimen en el que cotizó anteriormente, y en su defecto en otro en el que los reuniese; en el supuesto de que no hubiese reunido los requisitos en ningún régimen aisladamente considerado, se otorgará en el régimen en el que se acrediten mayor número de cotizaciones<sup>446</sup>.

En relación a prestaciones distintas a las pensiones referidas en el art. 26.2, el art. 26.4 del Decreto RESD dispone que la totalización de cuotas servirá para la cobertura de los periodos de carencia que se exijan

---

horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1º, 2º y 3º del apartado 2.a) de la disposición adicional 39ª Ley 27/2011, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.

<sup>443</sup> El art. 26.1 del Decreto 2346/1969 solo reconocía el cómputo recíproco con el Régimen General, el REASS y el Régimen especial de Trabajadores Ferroviarios. El art. Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre, sobre cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes especiales de la seguridad social establece el cómputo de cotizaciones entre regímenes especiales que sin tenerlo reconocido expresamente en sus normas particulares coincidan en tenerlo establecido con el Régimen General, por lo que extiende la comunicación de cuotas también con el RETA, Minería del Carbón y Trabajadores del Mar.

<sup>444</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, J.M., *Invalidez permanente y Seguridad Social*, Ed. Civitas. Madrid, 1982, págs. 40 y ss.

<sup>445</sup> El art. 26.1 del Decreto 2346/1969 establece la totalización de los periodos cotizados en diferentes regímenes para el derecho a las prestaciones y el 26.2 establece un orden de prioridades para el reconocimiento de las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia, definiendo el régimen que debe reconocer la pensión, aplicando sus propias normas.

<sup>446</sup> Aplicando el art. 26,2 c) del Decreto 2346/1969, la STSJ Cataluña de 2-9-1997 (rec. 259/1997).

en el régimen en el que se conceda la prestación, que será siempre aquél en el que el empleado de hogar estuviese de alta en la fecha del hecho causante, y siempre que tuviese derecho a la prestación según las normas de éste último. Por lo que las cuotas del REEH podrían computarse para una prestación de incapacidad temporal en el Régimen General según las normas de este último<sup>447</sup>.

Las disposiciones coinciden con lo dispuesto posteriormente en el RD 691/1991, de 12 de abril sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social, norma que es solo aplicable cuando uno de los regímenes es el de clases pasivas<sup>448</sup>.

Hasta la fecha, la doctrina administrativa se había ajustado a lo expuesto, declarando que para calcular la base reguladora deben integrarse los vacíos subsiguientes a los periodos de alta o asimilados en un régimen que prevea la cobertura de vacíos y en el supuesto de los periodos posteriores al alta en regímenes que no los prevean, se integrarán o no en función del régimen que reconozca la pensión<sup>449</sup>.

Tal como ya ha sido señalado por Ballester Pastor<sup>450</sup>, las normas del cómputo recíproco pueden tener efectos perversos en el caso de cumplirse todos los requisitos para lucrar la pensión en un Régimen competente que sea menos favorable que otro en el que también se tuviese periodo de carencia, pero tienen también el efecto contrario. En el caso del cómputo de los periodos cotizados en el REEH, la cobertura de vacíos del periodo cotizado en el régimen especial se puede producir en función de que la pensión se cause en un régimen que los cubre, lo que sucederá en dos supuestos. Cuando la solicitud de pensión se produce siendo el régimen que tiene cobertura el último en el que se acreditan cotizaciones, siempre que se reúna en dicho régimen el periodo de carencia. O cuando no reuniendo el periodo de carencia en ningún régimen, el que tiene cobertura sea aquél en el que se cuenta con mayor periodo de cotización.

<sup>447</sup> MARTÍN PUEBLA, E., *La protección social de la incapacidad permanente para el trabajo*, Ed. Comares Granada, 2000, págs. 139 y ss.

<sup>448</sup> BALLESTER PASTOR, M.A., *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social*, Ed. La Ley, 2007, pág. 30.

<sup>449</sup> Resolución de la DGOSS de 27 de noviembre 1997 e Instrucción 3.6 Cir. DGINSS 3/1998, de 10 de marzo, citadas en BARRIOS BAUDOR, G. y SEMPERE NAVARRO, A., *La jubilación en el Régimen general de la Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, 2000, pág. 115.

<sup>450</sup> En referencia a los supuestos posibles en el RETA, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., "El cómputo recíproco de cotizaciones como vía de coordinación interna entre regímenes del sistema de la Seguridad Social", *Tribuna Social* 176-177, 2005, págs. 27-28.

La redacción del apdo. 3,d) de la DA 39<sup>a</sup> de la LAAMSS, al referirse sobre las pensiones “*causadas por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial*”, no se pronuncia sobre una posible derogación de las normas ya existentes sobre comunicación de cuotas entre el sistema especial de hogar y el Régimen General, porque entendemos que iría en el sentido contrario al proceso de acercamiento de regímenes, que es esencialmente el objetivo de la integración.

Según la norma vigente sobre cobertura de vacíos en el Régimen General [arts. 197.4 y 209.1.b) LGSS] en la cotización correspondiente al contrato a tiempo completo<sup>451</sup>, durante el año 2012 los periodos durante los que no existiera obligación de cotizar se integrarían con la base mínima de cotización del grupo que la tuviese más baja, que era equivalente a la máxima del sistema especial de empleados de hogar<sup>452</sup>.

### 1.3.1.1. Un nuevo supuesto de regulación transitoria

A partir del 1 de enero de 2013 a raíz de la reforma operada por la LAAMSS, el sistema de integración de lagunas varía con una fórmula que intenta desagraviar el alargamiento en 10 años del periodo de cómputo para la base reguladora de la pensión de jubilación, que según el nuevo art. 162 de la LGSS pasa a ser el promedio mensual de los 25 años anteriores al hecho causante, en un proceso gradual que termina el año 2022.

El nuevo sistema de integración beneficia a quienes tienen bases superiores a la mínima en el periodo de los treinta y seis meses previos al período que ha de tomarse para el cálculo de la base reguladora, porque se les computarán para integrar las bases mes a mes. En los siguientes veinticuatro meses, se integrarán con las bases mínimas del periodo y para el resto de los vacíos de cotización, con el 50% de la base mínima vigente a la fecha de la integración.

A quienes provienen del REEH y se integran en el SEEH la nueva regulación no les favorece ya que se empieza a aplicar en 2018, a partir de entonces, cuando puedan integrar lagunas, lo harán en los primeros treinta y seis meses con unas bases topadas y sin relación con el sala-

<sup>451</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D.; “La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011”. *Aranzadi social*, n.º. 7/2011 (Estudio). Pamplona, 2011, pág. 4.

<sup>452</sup> PÉREZ ALONSO, M. A.; “La nueva pensión de jubilación y otras formas en el sistema de seguridad social”. *Aranzadi Social*, n.º. 9/2012 (Estudio) Aranzadi, Pamplona, 2012, pág. 4. En el mismo sentido, TORTUERO PLAZA, J. L.; “La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley «sobre actualización, adecuación y modernización»: aspectos básicos”. *Aranzadi Social* n.º. 5/2011. Aranzadi, Pamplona, 2011, pág. 12.

rio, en los siguientes veinticuatro meses con las mínimas y posteriormente con el 50% de éstas.

El método que establece la LAAMSS compensa una elevación de las bases a utilizar en un periodo con su reducción en otro, lo que no puede aplicarse a quien ha cotizado como REEH y SEEH.

Según todas las modificaciones existentes, desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los empleados de hogar respecto de los períodos cotizados en este Sistema Especial solo se tendrán en cuenta los períodos realmente cotizados, no aplicándose la integración de lagunas en la forma prevista en los arts. 197.4 y 209.1.b) LGSS, en la redacción de los arts. 3.3 y 4.3, respectivamente, de la LAAMSS<sup>453</sup>. En este sentido, no ha variado la situación, pues en el REEH tampoco se producía la integración de lagunas en las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, según las diferentes redacciones de la Disposición Adicional 8ª TRLGSS 1994<sup>454</sup>.

No obstante, se encargó al Gobierno para que realizara una evaluación sobre la fórmula de integración de lagunas, en el plazo de un año, a contar desde el 1 de enero de 2013, según la DA 8ª LAAMSS, “*En función de los resultados de dicha evaluación (continúa la citada disposición), se habrán de llevar a cabo las adaptaciones, modificaciones y cambios que resulten precisos para corregir las distorsiones que tal evaluación haya evidenciado, y que permitan la incorporación de cotizaciones anteriores al período de cómputo como elemento de integración de lagunas*”<sup>455</sup>. Se trata de una encomienda llamativa ya que el Gobierno deberá hacer una valoración de impacto de una norma que aún no había entrado en vigor (lo haría, como tantas veces se ha repetido, a partir del 1 de enero de 2013); lo que coloca esas valoraciones en el terreno de las hipótesis y de las proyecciones teóricas. Resulta, en fin,

<sup>453</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D.; *La reforma de la jubilación: comentarios a la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág. 33.

<sup>454</sup> Redacción de la citada disposición adicional 8ª LGSS de 1994 correspondiente a la disposición adicional 1ª.4 Ley 28/2011, que modifica los apartados 2 y 4, así como la correspondiente a la redacción de la disposición final 8ª Ley 27/2011, que modifica su apartado 1.

<sup>455</sup> Desde el año 2012 hasta el año 2018, cualquiera que sea el régimen competente para resolver o el trabajo realizado por el causante en último lugar, las mensualidades que, a partir de la de enero de 2012, estén comprendidas en el periodo de cálculo de la base reguladora de las pensiones, durante las cuales no haya habido obligación de cotizar no serán objeto de la integración prevista en los artículos 197.4 y 209.1.b) LGSS cuando sean posteriores o baja en el SEEH.

paradójico que se ordene al Gobierno hacer una estimación que, en buena técnica legislativa, debería haberse hecho antes de aprobar la regla, demorando la evaluación de su aplicación real y de sus efectos hasta que la norma no haya entrado en vigor y se haya aplicado un cierto periodo de tiempo. En todo caso, podría interpretarse que la disposición adicional octava de la LAAMSS lo que hace es deslegalizar esta materia, al permitir al Gobierno introducir adaptaciones, cambios y ajustes mediante su potestad reglamentaria. Cuestión ésta bastante preocupante, de ser cierto.

### *1.3.1.2. Algunos problemas no resueltos*

Nuevamente podemos comprobar como existen diferencias de tratamiento que afecta a los empleados de hogar, al excluirlos de la posibilidad de integrar las lagunas de cotización acaecidas en el cálculo de la base reguladora de la prestación con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años<sup>456</sup>, beneficio aplicable a los demás trabajadores por cuenta ajena del Sistema de la Seguridad Social cualquiera que sea el Régimen protector en el que se hallen encuadrados. Difícilmente puede justificarse esta grave e incomprensible limitación, por cuanto que junto al estancado sistema de cotización se amplía el período de consideración para calcular la base reguladora de la misma manera que en el Régimen General pero exceptuando de éste el referido beneficio.

### *1.3.1.3. Periodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial*

Los trabajadores con contrato a tiempo parcial, de relevo y fijos discontinuos están protegidos por la Seguridad Social frente a la totalidad de las situaciones y contingencias previstas en su régimen de previsión social. Esta protección se rige por el principio de asimilación del trabajador a tiempo parcial al trabajador a tiempo completo, si bien con determinadas particularidades, dictadas con objeto de hacer compatibles el principio de contribución propio del sistema de Seguridad Social con los de igualdad y proporcionalidad.

La normativa que regula la protección social de los TTP ha sufrido una dilatada evolución, y las sucesivas modificaciones realizadas han logrado con distinta intensidad una integración suficiente de estos trabajadores en los sistemas de protección social preexistentes<sup>457</sup>. La técnica

<sup>456</sup> PÉREZ ALONSO, M<sup>a</sup>., La nueva pensión de jubilación y otras reformas en el sistema de Seguridad Social, op. cit., págs. 147 y ss.

<sup>457</sup> DESDENTADO BONETE, A., y TEJERINA ALONSO, J.I., "Contrato a tiempo parcial y prestaciones de la Seguridad Social", *Tribuna Social*, núm. 85, 1998, pág. 89,

legislativa seguida ha generado cierta inseguridad jurídica, ya que sin rigor sistemático se han adoptado modificaciones, a modo de parches, sobre esta materia en distintas normas de rango legal o reglamentario cuyo contenido específico en ocasiones no es la protección social de los TTP<sup>458</sup>.

Esta protección social también ha sido objeto de diversos pronunciamientos jurisprudenciales que, sin embargo, no han conseguido superar las inadaptaciones del sistema general de la Seguridad Social a esta modalidad contractual, han dificultado el acceso efectivo de los TTP a la protección social, esencialmente contributiva, y han generado cierta inseguridad jurídica a los afectados. Las mayores dificultades han surgido en torno al cómputo de los períodos de carencia, cuya regulación, actualmente, aún presenta ciertas inadaptaciones. La mayor desprotección de los TTP existió entre los años 1994 y 1998, en los cuales se aplicó una normativa que imponía una doble proporcionalidad, en la base de reguladora y en los períodos de carencia. Definitivamente esta perjudicial regulación, que va más allá del principio de contributividad, ha sido declarada por el TC, en diciembre de 2004, inconstitucional y fuente de una discriminación indirecta por razón de género (siendo reiterado por las STC 49 y 50/2005, de 14 de marzo).

En este sentido, el TC también incidió en la discriminación indirecta de la mujer, porque al limitar el acceso a las pensiones a los TTP, se está limitando en mayor medida a las mujeres, al representar éstas el 75% del colectivo de trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial<sup>459</sup>.

---

que se plantea dos alternativas en torno a la integración de los TTP en los sistemas de protección social preexistentes, señalando los problemas que pueden surgir de cualquiera de ellas: La aplicación estricta del principio de proporcionalidad y con ello el surgimiento de unos derechos demasiado reducidos, y abocados a la protección asistencial. La aplicación del principio de igualdad y la concesión de ciertas medidas de acción positiva, mediante cotizaciones artificialmente altas que forman derechos artificialmente elevados, y que pueden desincentivar el recurso de los empresarios a esta modalidad contractual.

<sup>458</sup> Por ejemplo, tras la aprobación del RD 144/1999, se realizan diversas reformas de este tipo. El artículo 65 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General de Cotización, relativo al modo de cotizar de los TTP, es modificado por el artículo 2 del RD 1278/2000, de 30 de junio, relativo a la adaptación de determinadas disposiciones de Seguridad Social para su aplicación a las sociedades cooperativas; así como a una nueva corrección del mismo artículo y precisiones sobre los subsidios por maternidad y riesgo durante el embarazo a tiempo parcial en el RD 1251/2001, de 16 de noviembre, de prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo.

<sup>459</sup> El TC también incidió en la discriminación indirecta de la mujer, porque al limitar el acceso a las pensiones a los trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial, se está limitando en mayor medida a las mujeres, al representar éstas el 75% del colectivo de trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial.

Así mismo, y de acuerdo con el art. 7.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente por causas comunes y de jubilación, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en la fecha en que se interrumpió o extinguió la obligación de cotizar<sup>460</sup>. El número de horas contratadas en el empleo doméstico se computa según la base del tramo correspondiente al salario percibido, dividido entre el valor mínimo de la base de cotización por horas, lo que en algunos casos se traducirá en un número de horas superior al realizado. Esta situación no se produce en el Régimen General, en el que el número de horas realmente trabajado cada mes constituye parte de la información que la empresa comunica a la TGSS en cumplimiento de sus obligaciones de cotización.

La falta de actuación de los distintos gobiernos y de los agentes sociales en regular esta situación, hasta la fecha, llevó a que el Tribunal Constitucional mediante la sentencia del nº 61/2013, de 14 de marzo de 2013, declarase la inconstitucionalidad y por tanto la nulidad de la regla segunda recogida en el apartado 1 de la Disposición Adicional Séptima de la Ley General de la Seguridad Social, referida a la forma de acreditar los periodos de cotización por los TTP.

### 1.3.2. El fallo de la STSJ de Cantabria de 23 septiembre 2015 (rec. 485/2015)

Hemos seleccionado esta sentencia por la importancia que tiene al rechazar la limitación de la DA 39ª de la LAAMSS, para que solamente opere en los supuestos en que la pensión se causa en el SEEH, pero no, cuando se acreditan todos los requisitos para el acceso de la pensión en el Régimen General, es decir, que ha de tratarse de una empleada de hogar, en el momento de causar la pensión, que es la condición actual, y no pasada, como sucede cuando en el momento del hecho causante se trata de un trabajador perteneciente al Régimen General.

Por las consideraciones que se recogen en los fundamentos jurídicos, el TSJ de Cantabria, en su Sentencia de 23 de septiembre de 2015, resuelve un supuesto de integración de lagunas de cotización existentes

<sup>460</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., *La jubilación parcial tras la reforma de 2013*, Ed. Lex Nova, 2013, pág. 56 y ss.

en el periodo de determinación de la base reguladora, correspondiente a una situación de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, causada en el Régimen General, si bien el periodo a integrar comprendía un periodo posterior a una baja en el SEEH.

Frente a la posición de la Entidad gestora, para quien la aplicación del beneficio de la integración de las lagunas de cotización ha de sujetarse a las condiciones de trabajo que se tenían en el momento de la baja, en orden a mantener la continuidad de esas mismas condiciones (de modo que si esas condiciones se daban en el SEEH no es posible aplicar las lagunas cotización), el TSJ de Cantabria considera que, al tratarse de una pensión causada en el Régimen General, ha de aplicarse la integración de las lagunas cotización.

Entendemos que el tribunal entra a valorar que desde la entrada en vigor de la Ley 26/1985, de 31 de julio, se incorporó en el ordenamiento de la Seguridad Social, el mecanismo de integración de las lagunas de cotización<sup>461</sup>, consistente como sabemos en “rellenar” con las cuantías de la base mínima de cotización aquellas mensualidades, dentro del periodo de determinación de las bases reguladoras de las pensiones de incapacidad permanente, derivada de enfermedad común, y de jubilación, durante las que no hubiese existido la obligación de cotizar<sup>462</sup>.

En su configuración inicial, el mecanismo de integración de las lagunas de cotización no se aplicaba a las pensiones causadas en los Regímenes de trabajadores por cuenta propia, así como para los trabajado-

<sup>461</sup> El mecanismo de integración de las lagunas de cotización fue una contrapartida al incremento de los periodos de determinación de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y de jubilación, producido por la Ley 26/1985 frente a la legislación precedente.

<sup>462</sup> Desde el 1 de enero de 2013 (y conforme a lo establecido en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, con las modificaciones introducidas por la disposición final vigésima. Uno de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral) la forma de proceder a la integración de las lagunas de cotización es la siguiente:

- Las primeras cuarenta y ocho mensualidades se integran con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento.
- El resto de mensualidades con el 50 % de dicha base mínima.
- En los supuestos en que en alguno de los meses, la obligación de cotizar exista solo durante una parte del mismo, procede la integración por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer periodo no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada, en cuyo caso, la integración alcanza hasta esta última cuantía.

Para el ejercicio 2015, el importe mensual de la base mínima de cotización es de 756,60 euros.



res agrarios por cuenta propia, ni tampoco en el Régimen Especial de Empleados de Hogar (REEH).

Así, dentro del proceso de simplificación de la estructura del sistema de la Seguridad Social y de integración de Regímenes especiales, la disposición adicional trigésima novena de la LAAMSS procedió a la integración del anterior REEH en el Régimen General, a través del SEEH, previéndose que las personas incluidas en el mismo tendrían derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, salvo algunas peculiaridades<sup>463</sup>.

Por ello, y atendiendo a tales peculiaridades, como ya hemos advertido, se encuentra la regla de que, desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de enfermedad común y de jubilación causadas por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este SEEH, solo se tienen en cuenta los periodos realmente cotizados, sin que resulte de aplicación el beneficio de la integración de las lagunas de cotización.

En la interpretación que da la Entidad gestora al precepto indicado, no cabe aplicar el beneficio de la integración de las lagunas de cotización, cuando los periodos a integrar sean posteriores a un alta en el SEEH, con independencia de que la pensión se cause en ese sistema especial o directamente en el Régimen General.

Esta tesis es rechazada por la STSJ de Cantabria, para la que la limitación de la disposición adicional trigésima novena de la LAAM-

<sup>463</sup> Disposición final duodécima de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Además de la peculiaridad respecto de la integración de las lagunas de cotización, las peculiaridades son las siguientes:

Desde el año 2012 hasta el año 2018, a efectos de los periodos de cotización, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se han de determinar en función de las bases de cotización al SEEH, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.

- El subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abona a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive.
- El pago de subsidio por incapacidad temporal causado por los trabajadores incluidos en este sistema especial se efectúa directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.
- En relación con las contingencias profesionales, no es de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones (art. 167 LGSS).
- La acción protectora no comprende la correspondiente al desempleo.

SS únicamente opera en los supuestos en que la pensión se causa en el mencionado sistema especial, pero no cuando (como sucede en el caso que se enjuicia) se acreditan todos los requisitos para el acceso a la pensión en el Régimen General, es decir, que ha de tratarse de una persona empleada de hogar, en el momento de causar la pensión (condición actual) y no pasada, como sucede cuando en el momento del hecho causante se trata de un trabajador perteneciente al Régimen General.

En consecuencia, no se puede aplicar la limitación de la disposición adicional trigésima novena de la LAAMSS, ligada al SEEH, a quién, de forma esporádica ostentó en el pasado, más o menos reciente, la condición de empleado de hogar, pero que ello no implica causar la pensión de incapacidad permanente en esa condición.

Para el TSJ de Cantabria aceptar la tesis del INSS implicaría adoptar una interpretación “*contra beneficiario*”, por cuanto que por un escasísimo periodo de tiempo cotizado en el SEEH (43 días sobre un total de 3.883, es decir, el 1,12 %) se reduciría la base reguladora en un 24,5 % (resultado de no aplicar la integración de las lagunas de cotización en el periodo debatido), viéndose penalizado el interesado por haber trabajado con una “*sanción*”, que no hubiese tenido de no haber trabajado en ese periodo de 43 días.

Por todo ello, para el TSJ de Cantabria<sup>464</sup> es el Régimen en el que se causa la pensión el que determina la aplicación o no del beneficio de la integración de las lagunas de cotización, con independencia de que esas lagunas de cotización fuesen subsiguientes a un periodo de cotización en un Régimen o sistema especial, en el que no se prevea ese beneficio, y más cuando ese periodo de cotización es irrelevante dentro de la “*carrera de cotización*” del interesado.

De todo lo anterior queda de manifiesto, la importancia del régimen que resuelve el acceso de la pensión de jubilación, a ser distintas tanto la modalidades de acceso en cada uno de los regímenes, como la forma de calcular la pensión y que la no integración de lagunas evidentemente, crea unos importantes perjuicios económicos a las personas que se ven excluidas de esta posibilidad.

Del análisis de jurisprudencia sobre este tema, parece ser predominante la interpretación de que para la integración o no de lagunas se tendrá en cuenta el régimen que resuelve la pensión, cabe destacar,

<sup>464</sup> Que se apoya en otros pronunciamientos como las STSJ de Cantabria de 16 de enero de 2013 (rec. 590/2002) o de 29 de julio de 2014 (rec. 496/2014).

que en ninguna de ellas se cuestiona si resolviendo uno u otro régimen se integran o no las lagunas, sino cuál es el régimen de debe resolver.

### 1.3.3. Análisis del requisito de estar al corriente en el pago y efectos en caso de incumplimiento

A efectos de percibo de la prestación de IT es requisito inexcusable estar al corriente en el pago de las cuotas en el momento del hecho causante<sup>465</sup>. Por resolución administrativa se acordó aplicar al personal discontinuo del REEH el mecanismo de invitación al pago del RETA<sup>466</sup>, régimen en el que las entidades gestoras tenían fijado su procedimiento para la reclamación de cuotas pendientes de pago en la prestación de IT<sup>467</sup>.

Además, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, introdujo la DA 11ª bis en el TRLGSS 1994, estableciendo para todos los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes especiales y para los trabajadores del REEH responsables de la obligación de cotizar, el requisito de estar al corriente en el pago de cuotas para el reconocimiento de la prestación de maternidad y paternidad<sup>468</sup>.

Repetida doctrina jurisprudencial sobre incapacidad temporal en el RETA mantiene que el mecanismo de invitación al pago se refiere solamente a las prestaciones en las que una norma lo establece expresamente y también a las existentes al momento de regularse la figura en el RETA<sup>469</sup>, entre las que no figuraba entonces la IT<sup>470</sup>.

<sup>465</sup> MARTÍNEZ LUCAS, J.M., La cotización en las situaciones de incapacidad temporal y maternidad, en OJEDA AVILÉS (Coordinador), *La incapacidad temporal*, op. cit., págs. 310 y ss.

<sup>466</sup> El procedimiento de invitación al pago en el RETA se fija en Resolución de la Secretaría General para la Seguridad Social de 17-6-1986, Circular 2/032, de 4 de agosto de la TGSS.

<sup>467</sup> Posteriormente el RD 2110/1994, de 28 de octubre, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o Autónomos, Agrario y de Empleados de hogar, en su art. 3.2 estableció para el RETA la exigencia de estar al corriente en el pago de cuotas para el cobro de la prestación de IT, sin reserva de ulterior oportunidad de cumplir la condición.

<sup>468</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 1997, págs. 105 y ss.; y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico laboral y de Seguridad Social*, Ed. CES, Madrid, 2004, págs. 167 y ss.

<sup>469</sup> SSTs de 28-5-2003 (rec. 3046/2002); de 30-9-2004 (rec. 1170/2004); de 24-1-2006 (rec. 3691/2004) y de 4-10-2006 (rec. 1765/2005).

<sup>470</sup> El RD 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la

Éstas vacilaciones en si el ámbito de aplicación de la norma era o no para el REEH, se mantiene para éste régimen hasta la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social. La norma añade la DA 39ª al TRLGSS 1994<sup>471</sup>, estableciendo como condición de acceso a las prestaciones económicas de la Seguridad Social el estar al corriente en el pago de las cotizaciones por parte de todos los trabajadores que sean responsables de su ingreso, siendo de aplicación el mecanismo de invitación al pago del art. 28.2 del Decreto regulador del RETA<sup>472</sup>.

#### 1.4. LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL

La maternidad, entendida en sentido amplio e incluyendo los períodos de embarazo, parto, puerperio y lactancia, es objeto de tutela al más alto nivel en el orden interno, internacional y comunitaria. El fundamento de tan intensa y extensa protección radica en su trascendental e insustituible función social.

Nuestra Constitución dedica a esta materia el art. 39.2, (ubicado entre los principios rectores de la política social y económica), donde se declara que *“los poderes públicos aseguran... la protección integral de los hijos..., y de las madres, cualquiera que sea su estado civil”*.

En el orden internacional son numerosos los Tratados y Convenios que con mayor o menor intensidad regulan este tema, entre los que cabe destacar el Convenio núm. 103 de la OIT, sobre protección de la maternidad<sup>473</sup>, y la Carta Social Europea, que vio la luz en Turín en

---

prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, dispone en su art. 12 que será requisito indispensable para el reconocimiento del derecho a la prestación por incapacidad temporal que el interesado se halle al corriente en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social, sin perjuicio de los efectos de la invitación al ingreso de las cuotas debidas *“en los casos en que aquella proceda”*, lo que en principio, no aclara demasiado el debate.

<sup>471</sup> En virtud de esta Disposición, este requisito se universaliza para todas las prestaciones causadas por sujetos que sean responsables del ingreso de sus cotizaciones (sea o no autónomo, en caso de serlo, sea cual sea su Régimen de encuadramiento, y para cualquier prestación de carácter contributivo, ya sea de origen común o profesional). Según diversos autores, ahora es una “norma común”, DESDENTADO BONETE, A. y TEJERINA ALONSO, J.L. “La acción protectora del régimen especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”, Lex Nova, Valladolid, 2004., pág. 212 y BARRIOS BAUDOR, G. (coord.), “Tratado del trabajo autónomo”, Aranzadi, Pamplona 2009, pág. 400.

<sup>472</sup> El INSS entendió que se seguía exceptuando la prestación de IT, respecto a lo que la STS de 22 de septiembre de 2009 (rec. 4509/2007), en un supuesto del RETA, se pronuncia declarando que la norma no distingue entre prestaciones, con lo que es de aplicación a todas.

<sup>473</sup> Revisado en 1952, y ratificado el 20 de agosto de 1966.

1961<sup>474</sup>. Y, en fin, en lo que se refiere al Derecho Comunitario, destacan dos importantísimas Directivas: la 92/85/CEE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia<sup>475</sup>; y la 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre permiso parental.

En lo que a esto se refiere, la Seguridad Social ha tratado dicha cuestión desde la óptica de la mujer trabajadora<sup>476</sup>, por lo que, además de las cuestiones sanitarias, básicamente ha puesto el acento en las prestaciones económicas motivadas por la suspensión del contrato de trabajo, a causa de la maternidad<sup>477</sup> y, en una fase posterior, en los casos de riesgo durante el embarazo<sup>478</sup>, configurando estas dos situaciones –el embarazo y la maternidad– como contingencias propias y separadas de la enfermedad<sup>479</sup>, teniendo en cuenta que el objetivo básico de

<sup>474</sup> Art. 8 de la Carta social Europea. Declara que las trabajadoras, en caso de maternidad, tienen derecho a una protección especial en su trabajo, concretado en un descanso mínimo de doce semanas.

<sup>475</sup> Téngase en cuenta que esta es la décima Directiva dictada en cumplimiento del art. 16.1 de la Directiva Marco 89/391/CEE, del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

<sup>476</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad*, op. cit., págs. 105 ss.; y GARRIGUES GIMÉNEZ, A., *La maternidad y su consideración jurídico laboral y de Seguridad Social*, op. cit., págs. 167 y ss.

<sup>477</sup> Para la doctrina no puede hablarse, en propiedad, de una suspensión del contrato de trabajo, ya que en los supuestos de maternidad como en las demás situaciones a que se refiere el artículo 45 ET, el contrato está vigente (como lo demuestra el hecho de que durante ese período de suspensión se pueda despedir); más correctamente lo que se suspenden son las prestaciones que se derivan del contrato de trabajo (tanto la realización de servicios por parte del trabajador, como la de abono de salarios por parte del empresario). GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La protección por maternidad: análisis normativo en derecho del trabajo y de la seguridad social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 1997, págs. 32 y ss.

<sup>478</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de Seguridad Social*, Ed. Aranzadi Cizur Menor-Navarra, 2002, págs. 71 y ss.

<sup>479</sup> Hasta la reforma de 1994, la maternidad, en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social, se incardinaba dentro de la entonces incapacidad laboral transitoria. Va a ser la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (mediante la inclusión en la Ley General de la Seguridad Social de un nuevo Capítulo el IV.bis, del Título II-) la que establezca una nueva contingencia de la Seguridad Social, la de maternidad. De igual modo, la problemática que se originaba en los casos en que la realización de un determinado trabajo presentase riesgo para la trabajadora embarazada, y la misma no pudiese ser trasladada en la empresa a un puesto de trabajo compatible (en aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales) se desenvolvía, de forma inadecuada, por la vía de la incapacidad temporal. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la concilia-

la Seguridad Social era asegurar que las trabajadoras mantuviesen sus retribuciones<sup>480</sup>, cuando pierden temporalmente las mismas, a causa de tener que cesar temporalmente en su actividad, a causa del embarazo o de la maternidad<sup>481</sup>.

Por tanto, la prestación por maternidad completa la protección que el ordenamiento jurídico brinda al hecho de la maternidad. Y para concretar en qué términos y bajo qué condiciones se despliega la protección que otorga la prestación, es necesario analizar los supuestos que generan el derecho al disfrute del descanso por maternidad<sup>482</sup>. El principal efecto que la maternidad produce sobre el contrato de trabajo es la suspensión del mismo por parto, adopción o acogimiento, tal y como establece el art 48.8 ET<sup>483</sup>. Durante ese período de suspensión, los trabajadores que cumplan los requisitos exigidos por la Ley recibirán un subsidio a cargo de la Seguridad Social.

En lo que aquí interesa, se constata que esta prestación no tiene particularidades en SEEH, siendo de pago directo por la entidad gestora (no procediendo el pago delegado del mismo), que en el tiempo parcial calcula la prestación sobre el promedio de los doce últimos meses cotizados, de acuerdo al art. 6 del RD 1131/2002, de 31 de octubre. Así se recoge en el certificado de empresa que para el Régimen General debe acompañar a la solicitud de la prestación. Sin embargo, el certificado para el sistema de hogar solo recoge la información de los últimos tres meses.

El art. 9 de la LAAMSS añade una DA sexagésima a la LGSS, que titula beneficios por cuidado de hijos. Por lo que aquí interesa<sup>484</sup> dispone, que a todos los efectos, salvo el de cumplir periodo mínimo de cotiza-

---

ción de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante, LCVF) estableció una nueva contingencia de la Seguridad Social la de riesgo durante el embarazo.

<sup>480</sup> MARTÍNEZ MORENO, C., “Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de Seguridad Social: Algunas cuestiones pendientes”, *Aranzadi Social*, 2000-V, págs. 943 y ss.

<sup>481</sup> Desde esta vertiente, la Directiva 92/85/CEE reconoce a la trabajadora, en tanto dure el permiso de maternidad, su derecho a mantener su remuneración o a obtener una prestación de Seguridad Social adecuada, si bien estableciendo la obligación de que la misma ha de ser, como mínimo, la que se recibiría en caso de cese temporal en la actividad, a causa de pérdida de la salud.

<sup>482</sup> RIVAS VALLEJO, M.P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, Elcano, Ed. Aranzadi, 1999, pág. 267.

<sup>483</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad a la luz de la LO 3/2007”. *Relaciones Laborales-revista crítica de teoría y práctica*, núm. 5. 2008, págs. 37-60.

<sup>484</sup> El beneficio no es solo para el parto, también se refiere a adopción y acogimiento.

ción exigido, se computará como cotizado el periodo de interrupción de la cotización derivado de la extinción de la relación laboral producida entre los nueve meses anteriores al nacimiento y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. El periodo reconocido comienza en 112 días por cada hijo y se irá gradualmente ampliando hasta 270 días por hijo en el año 2019, sin poder acumularse más de cinco años de cotización ficticia por beneficiario. En caso de controversia se reconocerá el derecho a la madre<sup>485</sup>.

Esta posibilidad, la entendemos como una solución parcial a la pérdida de cotizaciones en el empleo doméstico en el despido en situación de embarazo, por maternidad o con ocasión del ejercicio de los derechos de conciliación, aunque al no ser una situación asimilada al alta, en principio, no resuelve los problemas que tal falta ocasiona para el acceso a las prestaciones.

Por último, y en relación con la sustitución de trabajadores que tengan suspendido su contrato de trabajo durante los periodos de descanso por maternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o suspensión por paternidad<sup>486</sup>, adopción, acogimiento preadoptivo o permanente en los términos establecidos en los artículos 48.4 y 48 bis del ET<sup>487</sup>, los incentivos no son contemplados por la TGSS en el SEEH<sup>488</sup>, por lo que no existe

<sup>485</sup> La disposición presenta el problema aplicativo de que no se ajusta a las reformas habidas en las leyes civiles, por las que existen unidades familiares de dos mujeres progenitoras. En el caso de los nueve meses anteriores al nacimiento evidentemente está hablando de maternidad biológica, pero salvado ese periodo en el resto del tiempo y situaciones se plantea el problema expuesto.

<sup>486</sup> LOUSADA AROCHENA, J. F. (coordinador), *Ley de igualdad y contrato de trabajo*, Ed. Francis Lefebvre, SA, Madrid, 2007, pág. 239.

<sup>487</sup> A partir de 1 enero 2015 Artículo 48 bis redactado por el artículo 1 de la Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida (BOE 7 octubre). Téngase en cuenta que la mencionada Ley 9/2009, de 6 de octubre, entrará en vigor el 1 de enero de 2015, conforme establece la disposición final vigésima segunda de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE 26 diciembre). LÓPEZ TERRADA, E., *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, pág. 114.

<sup>488</sup> Artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. RD 2720/98, de 18 de diciembre (BOE de 8 de enero de 1999), modificado por el apartado 2 de la Disposición Final primera del R. D. 1251/2001, de 16 de noviembre (BOE de 17 de noviembre). RD Ley 11/98, de 4 de septiembre (BOE de 5 de septiembre). Ley 39/99, de 5 de noviembre (BOE de 6 de noviembre). Disposición Final 1ª del RD 1251/2001, de 16 de noviembre (BOE de 17 de noviembre). Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (BOE de 23 de marzo). Tendrán derecho a una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social, incluidas las de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta.

bonificación de cuotas en los contratos de sustitución maternidad de las empleadas de hogar, así como tampoco se admite el contrato de interinidad al objeto de aplicar la bonificación en la cotización por la trabajadora sustituta, que actualmente, está en vigor el contrato de Interinidad, que comentamos, para sustituir al resto trabajadores por cuenta ajena durante el periodo de descanso por maternidad<sup>489</sup>. Esos contratos dan derecho a una bonificación del 100% en las cuotas empresariales de la Seguridad Social (incluidas las de accidente de trabajo y enfermedades profesionales) y en las aportaciones empresariales de las cuotas de recaudación conjunta (desempleo, formación profesional y FOGASA) de la trabajadora sustituida y del sustituto<sup>490</sup>, por lo que habría que pagar dos cuotas de Seguridad Social menos la cuota obrera de la embarazada que sería a su cargo y se la descontarían en el pago directo<sup>491</sup>. Esta incidencia está pendiente de resolver por la TGSS.

#### 1.4.1. Derechos asociados a la maternidad y el cuidado de hijos

Las reducciones de jornada por “cuidado de hijos” pasan a tener su reflejo en la cotización a la seguridad social<sup>492</sup>, con lo que de llegar a realizarse la reducción, se elevará al 100% la base correspondiente al tiempo trabajado, hasta dos años por cuidado de hijos y un año para otras personas de la familia.

Comienza a ser de aplicación el art. 161.6 de la LGSS por lo que el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo será considerado período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad<sup>493</sup>. Este periodo de las 16 semanas de cobertura

<sup>489</sup> RODRÍGUEZ COPÉ, M. L., *La suspensión del contrato de trabajo*, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004, pág. 133.

<sup>490</sup> RIVAS VALLEJO, P., *La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*, op. cit., págs. 72 y 73.

<sup>491</sup> BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “La suspensión de la relación de trabajo por maternidad y por paternidad... op. cit., pág. 38.

<sup>492</sup> Desde el 22 de diciembre de 2013, por aplicación del artículo 1.4 del Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se amplía en cuatro años el periodo de tiempo en el que las madres trabajadoras pueden solicitar una reducción de jornada para el cuidado de los hijos, como sucede ya en la Administración.

<sup>493</sup> GARCÍA VIÑA, J., La mejora de las prestaciones de maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo en la negociación colectiva, en VV.AA., *La Seguridad Social en el siglo XXI*, Ediciones Laborum, Murcia, 2008, págs. 273 y 274.



del periodo de descanso maternal una vez extinguido el contrato es compatible con el reconocimiento del periodo establecido en la DA 60ª del TRLGSS 1994<sup>494</sup>.

El problema del art. 161.6 LGSS es que la atribución de cotización del periodo no lleva consigo la situación asimilada al alta para el percibo de prestaciones. El art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, sobre situaciones asimiladas al alta, no la incluye y tampoco hay ninguna otra disposición que recoja la cuestión. En el caso del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, al reglamentar la excedencia que el art. 237.1 y 2 de la LGSS reconoce para el cuidado de familiares<sup>495</sup>, se precisa su alcance en el art. 6 del RD 1335/2005: *“es una situación de alta para la jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad”*. La omisión de una disposición en el mismo sentido para el supuesto del art. 161.6 LGSS<sup>496</sup>, indica que no es una situación asimilada al alta.

#### 1.4.2 El riesgo durante el embarazo y su reconocimiento en el sistema de tutela

La prestación no tiene ninguna particularidad en el sistema especial. En el tiempo completo la base reguladora es la de cotización del mes anterior a la baja, en el tiempo parcial el promedio de las bases de los tres meses anteriores, y el pago es directo por parte del INSS, sobre el 100% de la base reguladora.

Al ser una prestación de pago directo, según el art. 5 en relación con el 1, b del RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, el promedio diario de las bases los tres meses anteriores se realiza dividiendo la suma entre todos los días naturales, y no el de los días efectivamente trabajados.

En función de la gran tasa de pluriempleo existente en el sector, será de aplicación el art. 34.2,b) del RD 295/2009, de 6 de marzo, que prevé la situación de baja por riesgo en unos trabajos y no en otros, ya que las tareas objeto de cada contrato pueden ser muy diferentes. En ese

<sup>494</sup> BARCELÓN COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M. G., “El impacto de la Ley para la Igualdad en el marco de la normativa de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, nº 91/2007, págs. 234 y 235. Esta Disposición adicional fue introducida por el apartado uno del artículo 9 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social («BOE» 2 agosto).

<sup>495</sup> Artículo 237 LGSS. Prestación familiar en su modalidad contributiva.

<sup>496</sup> Artículo 165 LGSS. Condiciones del derecho a las prestaciones.

caso solo se abonará la prestación sobre las bases de cotización de los trabajos en suspenso.

De acuerdo con el art. 68.6 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, durante la suspensión por riesgo durante el embarazo el empleador continúa obligado a abonar la cuota de seguridad social a su cargo, pero la cotización tendrá una bonificación del 100% de la cuota empresarial, siempre que se contrate otra trabajadora, por cuya contratación con contrato de sustitución también habrá una bonificación del 100% de la cuota empresarial<sup>497</sup>. Según la DA 2 de la Ley 12/2001, la bonificación de la trabajadora sustituida se producirá solamente en el tiempo en que coincidan ambos contratos. Entendemos, que no parece muy adecuado introducir en el contrato de trabajo doméstico tal exigencia, propia de las medidas de fomento del empleo porque, sobre todo en trabajos de cuidado, es posible que la ausencia provisional de la persona cuidadora no pueda ser sustituida de inmediato, lo que no debería penalizarse.

La prestación se solicita por la trabajadora, que debe acompañar un certificado del empleador que es el mismo que el que debe utilizarse para la IT.

### 1.5. CAMBIOS LEGISLATIVOS EN LA PRESTACIÓN POR JUBILACIÓN: ANÁLISIS CRÍTICO

En España, en agosto de 2012, existían 177.405 pensionistas a cuenta del Régimen Especial de Empleados del Hogar, 14.126 hombres y 163.279 mujeres, siendo la cuantía de la pensión de jubilación, por término medio, de 531,14 para los hombres y de 510,02 € para las mujeres y en el caso de incapacidad permanente, de 503,44€ y de 498,03 € respectivamente. Las pensiones de viudedad, orfandad y a favor de familiares oscilaban de media entre los 290 y los 400 €<sup>498</sup>.

Llama la atención que siendo muchas más las mujeres, el 98%, con pensión de jubilación ordinaria en este sector cobren una pensión media de jubilación inferior a la de los hombres.

El total de pensionistas del Sistema de la Seguridad Social de entonces era de 8.934.220 de personas, 4.351.163 hombres y 4.582.850 mujeres, que cobraban una pensión mensual media de 1.036,51 € y 636,95 €

<sup>497</sup> Art. 1 del RD-ley 11/1998, de 4 de septiembre y DA 2 de la Ley 12/2011.

<sup>498</sup> Fuente: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es). Empleo del Hogar. Numero de pensiones en vigor y pensión media por sexo y clase. 1 de agosto de 2012.

respectivamente<sup>499</sup>, siendo la que correspondía al Empleo del Hogar la más baja de todos los regímenes.

Según los datos de agosto de 2012, las pensiones medias que obtenían por jubilación las empleadas y empleados del hogar no llegaban en absoluto a la cuantía de la pensión mínima para el año 2012, en el marco del Sistema de la Seguridad Social, que era de 763,60 € mensuales para personas que han cumplido los 65 años y tienen cónyuge a su cargo; de 618,90 € para personas que componen una unidad familiar unipersonal y de 587,00 € si se tiene cónyuge, pero no a cargo. Esta pensión se obtiene siempre y cuando no se superen unos ingresos mínimos anuales: 8.157,57 € con cónyuge a cargo y de 6.993,14 € sin cónyuge a cargo<sup>500</sup>.

### 1.5.1. La pensión por jubilación contributiva ordinaria

El 1 de enero de 2013 entró en vigor el Artículo 4, Jubilación, de la LAAMSS, que modificará el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio en las condiciones para la jubilación<sup>501</sup>.

Un cambio fundamental en las pautas de jubilación, que afectarán a aquellas personas que soliciten la prestación a partir de la fecha mencionada, consiste principalmente en la edad de jubilación ya que se tendrá que haber cumplido 67 años de edad<sup>502</sup>. Para jubilarse a los 65 años habrá que acreditar 38 años y 6 meses de cotización<sup>503</sup>.

La prestación de jubilación para las personas que hayan trabajado en el empleo del hogar se reconocerá en los mismos términos y condiciones que en el Régimen General de la Seguridad Social, con algunas particularidades que figuran en la mencionada LAAMSS, en su Disposición adicional trigésima novena Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen

<sup>499</sup> Fuente: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es). Pensiones en vigor y pensión media por regímenes y sexo.

<sup>500</sup> Fuente: [www.seg-social.es](http://www.seg-social.es). Pensiones en vigor y pensión media por regímenes y sexo. Así como en [www.seguridad.social.es](http://www.seguridad.social.es) Cuantía mínima de las pensiones de jubilación y límite de ingresos para 2012.

<sup>501</sup> MALDONADO MOLINA, *La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2002, págs. 60 y ss.

<sup>502</sup> CAMÓS VICTORIA, *Últimas reformas de la prestación de jubilación y el nuevo tratamiento de la edad de jubilación*, Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003, págs. 15 y ss.

<sup>503</sup> MALDONADO MOLINA, *Génesis y evolución de la protección social por vejez en España*, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales Madrid, 2002, págs. 49 y ss.

General de la Seguridad Social, apartado: d) Desde el año 2012 hasta el año 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial sólo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b) de la LGSS<sup>504</sup>.

Actualmente, y en el caso de personas con edad igual o superior a los sesenta años, en su mayoría, y en el caso de que hayan cotizado, lo han hecho conforme al REEH<sup>505</sup>, por lo que les rige lo establecido en ese marco normativo extinguido en 2011. Si no se ha cotizado por no haberse regularizado contrato (ni siquiera de carácter verbal) no se han hecho aportaciones y por lo tanto no se han consolidado derechos que en el momento de la jubilación permitan la percepción de una pensión.

Lógicamente, siempre que se haya cotizado regularmente, se prevé que al haber realizado aportaciones durante más tiempo, la cuantía de la pensión por jubilación será superior para esta franja de edad que para quienes actualmente se encuentran en una edad inferior.

Por el contrario, la nueva situación establecida tras la integración del Régimen Especial de Empleados/as del Hogar dentro del Régimen General de la Seguridad Social, mediante la creación de un SEEH, establece un nuevo panorama con expectativas diferentes, que en principio, favorecen la situación de la persona empleada que cotice con este sistema especial.

Existen particularidades como digo, pues aunque la edad de jubilación estipulada, en general es de 65 años cumplidos, en determinados casos especiales cabe la jubilación con menor edad si la trabajadora o el trabajador, a lo largo de su vida laboral, ha efectuado cotizaciones en alguno de los Regímenes de la Seguridad Social que reconozca el derecho a la jubilación anticipada, siempre que se cumplan ciertos requisitos<sup>506</sup>.

<sup>504</sup> Artículo 197. Base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y Artículo 209. Base reguladora de la pensión de jubilación respectivamente.

<sup>505</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, Ed. La Ley. Madrid, 1999, págs. 85 y ss.

<sup>506</sup> Disposición final 12.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto. Podrán acceder a la jubilación anticipada los trabajadores que reúnan los siguientes requisitos:

1. Encontrarse en alta o situación asimilada.

A la hora de determinar la base de cotización (cantidad establecida sobre la cual se aplica el porcentaje o tipo de cotización para determinar la cuota) no se permite, como hemos indicado, la “integración de lagunas”<sup>507</sup>. Ello se traduce en que si en el periodo tomado en cuenta para efectuar el cálculo apareciesen meses durante los cuales no hubiera habido obligación de cotizar, éstos no se completarán con las bases mínimas vigentes, correspondientes a trabajadores mayores de 18 años<sup>508</sup>.

2. Tener 61 años de edad real. A tal efecto, no serán de aplicación las bonificaciones de edad, de las que puedan beneficiarse los trabajadores de algunos sectores profesionales por la realización de actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres y las personas con discapacidad igual o superior al 45% o al 65%.

3. Acreditar un período mínimo de cotización efectiva.

4. Encontrarse inscritos, como demandantes de empleo, en las oficinas del servicio público de empleo, durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de jubilación.

5. Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador.

Los requisitos de encontrarse inscrito en las oficinas de empleo durante, al menos, 6 meses y que el cese en el trabajo no se hubiera producido por causa imputable al trabajador no serán exigibles en aquellos supuestos en los que el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo o contrato individual de prejubilación, haya abonado al trabajador tras la extinción del contrato de trabajo, y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada, una cantidad que, en cómputo global, represente un importe mensual no inferior al resultado de sumar la cantidad que le hubiera correspondido en concepto de prestación por desempleo y la cuota que hubiera abonado o, en su caso, la cuota de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social. (La novedad radica en la equiparación de los contratos individuales de prejubilación a los acuerdos colectivos).

También podrán acceder a la jubilación, cumplidos los requisitos exigidos en los apartados 1, 2 y 3, siempre que la extinción de la relación laboral anterior haya venido precedida por alguna de las causas señaladas en el apartado anterior:

– Los beneficiarios de la prestación de desempleo, cuando ésta se extinga por agotamiento del plazo de duración de la prestación o por pasar a ser pensionista de jubilación, de conformidad con lo señalado en las letras a) y f), apartado 1, del artículo 213 de la LGSS.

– Los beneficiarios del subsidio por desempleo, de nivel asistencial, mayores de 52/55 años.

– A los trabajadores mayores de 55 años que no reúnan los requisitos para acceder al subsidio por desempleo de mayores de dicha edad, una vez agotada la prestación por desempleo, y continúen inscritos en las oficinas del servicio público de empleo.

<sup>507</sup> PÉREZ ALONSO, M. A., “La nueva pensión de jubilación y otras formas en el sistema de seguridad social”. op. cit., pág. 4. En el mismo sentido, TORTUERO PLAZA, J. L., “La pensión de jubilación en el Proyecto de Ley «sobre actualización, adecuación y... op. cit., pág. 12.

<sup>508</sup> TOSCANI GIMÉNEZ, D., “La reforma de la jubilación a edad ordinaria por la Ley 27/2011”. *Aranzadi social*. n.º. 7/2011 (Estudio). Pamplona, 2011, pág. 23 y ss.

Para fijar el porcentaje o tipo de cotización aplicable (sobre la base de cotización para determinar la cuota) a la prestación por jubilación, no se aplica la escala de abono de años en función de la edad cumplida el 1 de enero de 1967, a efectos del cómputo de cotización.

En el mismo orden, no es aplicable la exoneración de cuotas por tener cumplidos 65 años de edad o por tener 35 años o más de cotización. Del mismo modo, no se protege la jubilación parcial, tampoco se protege la jubilación especial a los 64 años, ni la jubilación anticipada sin tener la condición de mutualista y por último no se protege la jubilación anticipada de trabajadoras y trabajadores con discapacidad.

El hecho de que la mayoría de servicios de Empleo del Hogar se hayan realizado en economía sumergida, supone, a efectos del cómputo de la jubilación, como si no se hubiese trabajado. Solo la minoría que estaba dada de alta y haya cotizado en el anterior Régimen Especial podrá conseguir la prestación por jubilación.

Incluso para el escaso porcentaje de quienes sí han venido cotizando en el Régimen Especial vigente hasta 2012, se prevén también múltiples dificultades en el futuro, pues cuando han generado derecho a una prestación lo hacen por cuantías mínimas.

Así, la Base de cotización considerada es el Salario Mínimo Interprofesional, lo que supone que la prestación por jubilación no puede ser elevada. Ejemplo de ello es que el 60% de las pensiones por jubilación tienen complemento a mínimos (al que dedicaremos el próximo epígrafe), es decir, que los derechos consolidados por cotización no alcanzan la pensión mínima, y el Estado aporta la diferencia.

Además, hay que considerar el efecto de las recientes reformas del mercado laboral, que amplían el periodo de cálculo de la pensión (los años cotizados necesarios para poder acceder al derecho a la prestación)<sup>509</sup> al menos a quince años (con perspectivas de ampliación progresiva hasta los veinticinco); y el retraso de la edad de jubilación para las personas nacidas con posterioridad a 1956<sup>510</sup>. Si a ello se añade que el nuevo marco normativo supone cotizar por horas trabajadas, y ya no por meses, se dificulta la percepción del 100% de la prestación por jubilación<sup>511</sup>.

<sup>509</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La reforma de la jubilación: comentarios a la Ley 27/2011*, de 1 de agosto. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia. 2011 pág. 33.

<sup>510</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y MALDONADO MOLINA, J. A. (Dir. y coord.), *La edad de jubilación*. Ed. Comares, Granada, 2011, pág. 127 y ss.

<sup>511</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., "Actualización del sistema de Seguridad Social (II): una visión sinóptica y global de la Ley 27/2011". *Aranzadi Social* n.º. 7/2011 (Tribuna). Aranzadi, Pamplona, 2011, págs. 11-29.

La integración en el Sistema Especial, por otro lado, resulta que no cambia la inaplicación de la escala de la Disposición Transitoria 2ª de la Orden de 18 de enero de 1967, que atribuye años de cotización para calcular el porcentaje de la base reguladora a quienes provienen del régimen del SOVI y del Mutualismo Laboral, de conformidad con la Disposición Transitoria segunda de la LGSS vigente<sup>512</sup>.

Tampoco cambia la doctrina sobre la ineficacia de la pertenencia al Montepío Nacional del Servicio Domestico para el derecho a la jubilación anticipada de la DA 3ª.2 de la misma Orden, accesible a quienes hubiesen tenido a 1 de enero de 1967 la condición de mutualistas. La posición jurisprudencial es clara en ambos casos: la pertenencia del Montepío Nacional del Servicio Domestico no tiene valor equivalente a estos efectos<sup>513</sup>.

### 1.5.2. La jubilación parcial tras las reformas llevadas a cabo en las Leyes 40/2007, 27/2011 y el RDL 5/2013

En el supuesto de la jubilación parcial vinculada al contrato de relevo empieza a ser compatible en el sector con el nuevo diseño de la cotización en el sistema especial en el trabajo a tiempo parcial<sup>514</sup>. El art. 12.7 del ET exige que la persona relevista esté en situación de desempleo, requisito que resulta cumplido con la mera inscripción en el Servicio Público de Empleo Estatal, sin que se le requiera ser perceptora de la prestación o el subsidio, ni una antigüedad concreta en la situación. Pero entendemos que tras la reforma de los apartados 1 y 2 del art. 166 de la LGSS en la Ley 27/2011, dos de las condiciones del contrato de relevo difícilmente lo harán aplicable en el empleo doméstico<sup>515</sup>. La primera, el requisito de que la persona relevada acredite 30 años de cotización sin cómputo de días cuota de pagas extraordinarias<sup>516</sup> y el

<sup>512</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar, op. cit., pág. 93. La DT 2ª mantiene su contenido aunque adecuando su redacción para recoger la competencia del Servicio Público de Empleo Estatal en el ámbito competencial de Ceuta y Melilla.

<sup>513</sup> Entre otras, la Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 29 de Marzo de 2007 y la Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 27 de Marzo de 2007.

<sup>514</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., *La jubilación parcial tras la reforma de las pensiones*. Ed. Bormarzo. 2014, pág. 56 y ss.

<sup>515</sup> CALVO GALLEGOS, F.J., *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Sevilla, Ed. CARL. 2002, pág. 89-95.

<sup>516</sup> De acuerdo con el Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo, Vol. II, 2008, del Ministerio de Trabajo, de las nuevas altas de 2007 en la pensión de jubilación de Hogar, solo el 18,08 habían cotizado 31 o más años; para el total de pensiones de jubilación en vigor, el porcentaje desciende al 4,48%. Ver cuadros 4.13 y 4.14 del Informe. La cifra

segundo, la obligación que empresa y trabajadora relevada asumirán de seguir cotizando sobre la base que hubiese correspondido de continuar a jornada completa.

La jubilación flexible, que se había cuestionado en el empleo doméstico por no ajustarse sus previsiones al sistema de cotización de base única, deducimos que pasaría a ser aplicable sin ninguna particularidad.

Por tanto, la trabajadora de alta en el sistema especial que haya cumplido la edad ordinaria de jubilación y reúna los requisitos para causar derecho a la pensión, podría jubilarse parcialmente. El art. 215 de la LGSS sobre la jubilación parcial ajusta su redacción a las previsiones de la LAAMSS, por lo que la edad a partir de la que se puede acceder a la jubilación parcial viene fijada en la Disposición Transitoria 20 del TRLGSS 1994.

El porcentaje de la jornada que debe permanecer en activo ha tenido diferentes regulaciones. De acuerdo con el art. 215.1 de la LGSS es un mínimo del 25% y un máximo del 75% de la jornada, con una condición que introdujo el RD 1131/2002, de 31 de octubre, que tendría un impacto muy específico en el empleo doméstico ya que los porcentajes se entienden referidos a una jornada de trabajo a tiempo completo comparable, con lo que en el contrato a tiempo parcial las horas de jornada que deberían cubrirse son superiores.

De acuerdo con la DA 1<sup>a</sup> del RD 1131/2002, de 31 de octubre, las partes deberán suscribir un contrato a tiempo parcial en el que consten la jornada anterior y la que se va a realizar tras la jubilación. La pensión de jubilación será compatible con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación siempre que no se aumente la duración de la jornada y también con trabajos posteriores a la jubilación parcial, a condición de que se haya cesado en los que se venían realizando y los nuevos no supongan aumento de la jornada que se tenía hasta entonces.

Para calcular la cuantía de la pensión de jubilación en los supuestos de pluriempleo, de acuerdo con el art. 12.3 de RD 1131/2002, de 31 de octubre, *“sólo tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado hasta dicho momento y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada”*<sup>517</sup>. La cuantía de la prestación,

---

es algo superior, porque la cotización de 30 años está agrupada en el tramo de 26 a 30 años, que no permite discriminar la información que interesa.

<sup>517</sup> Para un análisis de los problemas a que da lugar si hay antecedentes de pluriempleo la referencia a las bases correspondientes al trabajo desempeñado hasta el momento y



de acuerdo con el art. 12.1 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, no podrá ser inferior a la cuantía que resulte de aplicar el porcentaje de la reducción de jornada al importe de la pensión mínima vigente para mayores de 65 años.

En teoría, la jubilación parcial se ajusta perfectamente a la situación del pluriempleo doméstico, incluso desde el punto de vista de quien al llegar a la edad de jubilación pudiese retirarse de los trabajos más pesados y mantener los compatibles con su estado. Pero no es probable que tenga lugar en un sector en el que no existe control que pueda dificultar el cobro de la prestación mientras se sigue realizando actividad laboral.

### 1.5.3 Complemento a mínimos contemplados

El Sistema de la Seguridad Social garantiza, para las pensiones inferiores a la mínima, unos complementos consistentes en la diferencia entre el importe de la pensión reconocida y el mínimo establecido anualmente<sup>518</sup>.

Estos complementos no tienen carácter consolidable, siendo absorbibles con cualquier incremento futuro que puedan experimentar las percepciones de la persona interesada, ya sea en concepto de revalorizaciones o por reconocimiento de nuevas prestaciones de carácter periódico.

Los complementos por mínimos serán compatibles con la percepción por el pensionista de rentas de trabajo personal por cuenta propia o ajena y/o capital, siempre que no superen el límite establecido anualmente, según la información ofrecida por la Seguridad Social.

En el caso del extinto Régimen Especial de Empleados del Hogar, que todavía figura en las estadísticas de la Seguridad Social sobre pensiones, del total de 177.405 pensiones, el 60% de ellas, 106.907, tienen complemento a mínimos. Para el conjunto del Sistema de la Seguridad

---

que es objeto de la reducción, ver DEL REY GUANTER, S. y otros, *El nuevo contrato a tiempo parcial*: ... op. cit., págs. 164 y ss.

<sup>518</sup> Real Decreto 1107/2014, 26 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2015. Con respecto a las pensiones causadas a partir de 01-01 2013, para tener derecho al complemento para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, será necesario residir en territorio español. Para las pensiones causadas a partir de la indicada fecha, el importe de dichos complementos en ningún caso podrá superar la cuantía establecida en cada ejercicio para las pensiones de jubilación e invalidez en su modalidad no contributiva.

Social este porcentaje es del 28%, solo superado por el Régimen Especial de Autónomos, que dispone de un 42% de pensiones con complemento a mínimos<sup>519</sup>.

## 1.6. PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL EN LOS CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Al ser reconocido el derecho a los permisos del art. 37 ET en su integridad, interpretamos que es también de aplicación el apartado 7 sobre el derecho a la reducción y reordenación del tiempo de trabajo de la víctima de violencia de género<sup>520</sup>.

También lo era ya en la legislación anterior, el derecho a la suspensión del contrato del art. 45.n) ET durante seis meses prorrogables por el juez según el art. 48.6 ET, con derecho al reingreso, que de no admitirse por el empleador causaría un despido nulo, de acuerdo con el art. 55.5,b) de la misma norma<sup>521</sup>.

Hasta la integración, era dudosa la aplicación del apartado 5 del art. 124 del TRLGSS 1994, que reconoce el periodo de suspensión del contrato de trabajo del art. 48.6 ET como de cotización efectiva en los mismos términos que prevé el art. 124.6 TRLGSS 1994 para el periodo de maternidad o paternidad posterior a la extinción del contrato<sup>522</sup>. La duda provenía de que el art. 124.5 del TRLGSS 1994 no estaba entre las disposiciones que la DA 8ª del TRLGSS 1994 declaraba aplicables a los regímenes especiales. Recordar aquí, que en el caso de la violencia de género el periodo tampoco ha sido declarado como situación asimilada al alta.

## 1.7. LA PERSISTENCIA DE CARENCIAS TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS

Tras las modificaciones que se han producido en la normativa reguladora del servicio doméstico y los cambios que ello ha traído para este

<sup>519</sup> Fuente: [www.seguridad.social.es](http://www.seguridad.social.es). Empleo del Hogar. Pensiones con complemento por mínimos, por sexo y clase, así como Pensiones en vigor con complemento por mínimos, por clases, sexos y regímenes y % de pensiones (consultada el 4/3/2015).

<sup>520</sup> DE LA FLOR FERNÁNDEZ, Mª. L., Medidas de protección social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género, en AA.VV. (CERVILLA GARZÓN, Mª. D. y FUENTES RODRÍGUEZ, F., Coords.), *Mujer, violencia y derecho*, Cádiz (Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz), 2006, págs. 29-58.

<sup>521</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A. Mª., "Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género", *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2005, págs. 993-1012.

<sup>522</sup> Artículo 165. Condiciones del derecho a las prestaciones. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

sector, los empleados de hogar aún no tienen los mismos derechos que el resto de trabajadores, de ello me ocuparé en los siguientes epígrafes.

### 1.7.1. Ausencia de protección por desempleo

Podemos considerar especialmente relevante la disposición adicional segunda del RLESHF, que como conocemos ya, regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, relativa a la necesidad de realizar una evaluación del impacto de la nueva regulación en el empleo y las condiciones de trabajo de las personas empleadas en este sector de actividad, y a la elaboración de un informe que permita adoptar decisiones posteriores sobre el régimen de la extinción del contrato y la protección por desempleo, *“La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo. Eso se entiende sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”*.

Al igual que en la no integración de lagunas en las base reguladora, antes analizado, tampoco se prevé la existencia de la prestación por desempleo, probablemente por las especialidades que encierra esta relación de especial confianza entre empleador y empleado, que pudiera originar algún tipo de fraude. Sin embargo, no se cierran las puertas del todo, ya que no se descartaban *“iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”* (LAAMSS), pero como sabemos, el marco en el que debía establecerse la prestación por desempleo sería la Seguridad Social, y no la normativa laboral por muy especial que ésta sea. Por lo que puede interpretarse, que la prestación por desempleo todavía queda lejos de ser incluida a este colectivo, pese a ser incluido en el Régimen General.

Como recordatorio, la ausencia de la protección por desempleo que ya existía en el REEH encontraba su soporte jurídico en el artículo 3.2 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, según el cual aquélla alcanza a todos los trabajadores por cuenta ajena, haciendo depender dicha inclusión del hecho de estar contemplada esta contingencia en los Regímenes Especiales. Esta circunstancia choca con la progresiva extensión de la protección por desempleo a colectivos de trabajadores por cuenta ajena que han estado o están aún hoy insertos en Regímenes Especiales (agrario, mar, ferroviario, jugadores profesionales de fútbol, representantes de comercio, minería del

carbón, toreros y artistas) y que antes carecían de esta previsión. La exclusión afecta a los trabajadores autónomos y a los estudiantes y, además, como trabajadores por cuenta ajena, a los empleados de hogar, aunque esto último resulte difícil de comprender ya que esta falta de cobertura implica un grave perjuicio para los empleados de hogar, pero como observamos, la acción protectora del Sistema especial para Empleados de Hogar no comprende la correspondiente al desempleo (DA 39<sup>a</sup>.3.f. LAAMSS).

Recordemos, que ya el art. 282.1 de la LGSS<sup>523</sup> declara la prestación de desempleo incompatible con el trabajo por cuenta propia, pero sí compatible con el trabajo a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado<sup>524</sup>.

<sup>523</sup> Artículo 282. Incompatibilidades. Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre.

<sup>524</sup> De acuerdo con el art. 16, apartados 3 y 4 del RD 625/1985, de 2 de abril, que reglamenta la prestación, en el caso de simultanear un trabajo a tiempo completo y otro a tiempo parcial, la pérdida del trabajo a tiempo completo abre el derecho al percibo de la prestación deduciéndose la parte proporcional al tiempo trabajado; en el caso de tener dos trabajos a tiempo parcial y perder uno, se percibe la prestación correspondiente sin deducción alguna. A partir de esta disposición, el INEM empezó a denegar la prestación a las trabajadoras discontinuas del REEH que estando en situación de pluriactividad perdían un trabajo por cuenta ajena en un régimen con cobertura de desempleo, o que iniciaban una relación laboral doméstica mientras estaban percibiendo la prestación. El criterio de la entidad gestora se basaba en la atribución del carácter de trabajadora autónoma a la que era responsable de la obligación de cotizar, sin ninguna base legal, según la STSJ Madrid, 15-12-2010 (rec. 4934/2010) (FJ 3<sup>o</sup>, b) “la ampliación que hace el recurrente al trabajo de los empleados de hogar no está en la Ley, por lo que no puede apoyar su pretensión en una ley inexistente literalmente; ni tampoco se puede aplicar la analogía de modo que una norma restrictiva y excepcional se haga extensiva a cosas o supuestos no previstos en la misma con efectos restrictivos de las prestaciones de Seguridad Social”. En el mismo sentido, admitiendo la compatibilidad de la percepción de la prestación y el trabajo como fija discontinua STSJ Cataluña, 11-4-2008 (rec. 263/2007); Galicia 8-2-2011 (rec. 25/2010). La doctrina judicial ha establecido el derecho a la prestación en todos los casos, con deducción del importe correspondiente a la parte proporcional por el tiempo trabajado, cuestión que tiene una dificultad de prueba específica debido a la inexistencia de cotización a tiempo parcial en el REEH [se menciona la dificultad el FJ. 2<sup>o</sup> de la STSJ Murcia de 23-4-2012 (rec. 477/2011)] y la falta de documentación de las condiciones de jornada y salario en la relación laboral doméstica. Otra vía por la que el INEM denegaba el acceso a la prestación de desempleo en pluriactividad con el REEH ha sido el considerar que el juego de la compatibilidad parcial entre cobro de la prestación y empleo a tiempo parcial del art. 221.1 exigía que este último se estuviese desarrollando en un Régimen que previese la cobertura del desempleo. El motivo implícito en que se basa la negativa sería que la cobertura de desempleo en ese caso se refiere a la proporción de jornada que falta para el tiempo completo en el trabajo que se está desarrollando, trabajo que si pertenece al ámbito del REEH no cuenta con tal protección. El requisito, con alguna excepción como la STSJ Cataluña, 20-7-1998 (rec. 184/1998), que al analizar la compatibilidad, en su FJ. Único utiliza un argumento que hace referencia a uno de los motivos por los que

Por otra parte, la falta de cobertura del desempleo tiene como consecuencia que la interrupción en el cobro de la prestación o el subsidio para dedicarse a la actividad del empleo doméstico no permite su reanudación<sup>525</sup>.

### 1.7.2. La exclusión normativa de la protección del FOGASA

Otra gran diferencia con el resto de trabajadores, es estar excluida la relación especial doméstica de la cotización y protección a cargo del Fondo de Garantía salarial<sup>526</sup>. La exclusión de la cotización y protección a cargo del FOGASA es conforme a la Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (80/987/CEE, DO L 283, de 28 de octubre de 1980), que en su Anexo (modificado por la Directiva del Consejo de 2 de marzo de 1987, 87/164/CEE, DO L 66, de 11 de marzo de 1987) señala a los *“domésticos al servicio de una persona física» de nuestro país como categoría de trabajadores asalariados que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral de carácter particular «cuyos créditos pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva”*.

---

no se ha incluido la prestación de desempleo en la cobertura del empleo doméstico: *“la limitación temporal a que se refiere el concepto de trabaja a tiempo parcial viene referida a un determinado contrato de trabajo y con relación a la jornada ordinaria prevista en la correspondiente norma racionada para un determinado sector, sin que tal expresión pueda ser adecuadamente utilizada para determinados trabajos como el de los empleados de hogar, cuando el trabajador, aunque ocupado tanto solo en un centro o casa, no este impedido en modo alguno para poder emplearse en varios (art. 2 del Decreto 2346/69, de 25 de setiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la seguridad social del servicio doméstico)”*, pero también ha sido declarado carente de fundamento legal, así las STSJ Cataluña, 21-9-2005 (rec. 7066/2004); 18-2-2005 (rec. 3585/2004); STSJ Asturias, 13-3-1998 (rec. 2649/1997).

<sup>525</sup> QUESADA SEGURA, R., Régimen especial de empleados de hogar, VV. AA. (coord. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE C. y MORENO VIDA, M. N.), *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras*. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación, Ed. Comares, 2008, pág. 466. Cita la STSJ Burgos de 18-2-1999, denegando la reanudación de un subsidio al cesar en una relación de trabajo doméstico.

<sup>526</sup> No debemos olvidar que el Convenio n° 173 de la OIT, que entró en vigor en España el 16/05/1996, ratificado por instrumento de 28 de abril de 1995, establece dos mecanismos de protección de los créditos laborales: 1°) La protección de los créditos por medio de un privilegio, y 2°) la protección de los créditos por una institución de garantía. Nuestra legislación interna excluye de ambos a los funcionarios públicos y de la segunda al personal laboral de carácter especial al servicio del hogar familiar.

En nuestra opinión, si su finalidad básica<sup>527</sup>, es decir, para la que fue creada la de Institución de Garantía de los créditos salariales<sup>528</sup>, fue la posible insolvencia del empleador y, como sabemos, hoy tiene atribuido el abono a los trabajadores de los salarios e indemnizaciones de las empresas para las que trabajan, si no han podido satisfacerlos por encontrarse en situación legal de insolvencia o por haber sido declaradas en situación de concurso<sup>529</sup>, no concebimos esta exclusión, pues entendemos que si se remite al Régimen General la acción protectora, no se debe negar la condición de trabajadores a determinadas personas que presten servicios para un empleador, aunque fuese con ciertas especialidades, cuando se reclama las prestaciones de garantía salarial previstas en el art. 33.2 del ET y en cambio afirmar esta condición de esas mismas personas, al considerar esta relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquel, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar, surgidas por tanto con ocasión de la prestación del trabajo realizado por una persona física de manera voluntaria y retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un tercero<sup>530</sup>.

---

<sup>527</sup> En cuanto a sus fines, estos son determinados por la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, estando plasmados en el Art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, en el Real Decreto 505/1.985, de 6 de marzo, y en la Ley de Procedimiento Laboral.

<sup>528</sup> Artículo 31 de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales.

<sup>529</sup> GARCÍA MURCIA, J., "El régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial", *R.L.*, nº 9, 1985, pág. 17.

<sup>530</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., "El Concepto de Trabajador". *REDT* nº 100/2000, pág.40. El artículo 1 de la Ley del Contrato de Trabajo de 1931 se considera clave a los efectos de determinar el concepto de trabajador, pues en el mismo "*se agrupan, por vez primera, los tres presupuestos sustantivos de la relación laboral, a saber, la dependencia, la ajenidad la remunerabilidad*".







## **OTROS TÍTULOS DE EDITORIAL BOMARZO**

### **COLECCIÓN ESTUDIOS**

**EL ESPACIO EUROPEO PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.** *Milena Bogoni*

**JÓVENES Y POLÍTICAS DE EMPLEO.** *José M. Morales Ortega (Coordinador)*

**EL PROCEDIMIENTO DEL DESPIDO COLECTIVO Y EL DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS:  
CRITERIOS JUDICIALES.** *Miquel Àngel Falguera Baró*

**LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA MATERIA CONTENCIOSA LABORAL.** *Lucía Dans Álvarez de  
Sotomayor (Coordinadora)*

**SECCIONES SINDICALES Y DELEGADOS SINDICALES.** *Carlos Hugo Preciado Domènech*

**TIPOLOGÍA DEL TRATAMIENTO TÉCNICO DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL.**  
*Francisco Lozano Lares.*

**LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.**  
*María del Mar Maira Vidal*

**UN FUTURO SIN BRECHA.** *Eva Pons Parera, Aida Ruiz Franco,  
Núria Pumar Beltrán y Pilar Castellà Orradre*

**LA RESPONSABILIDAD LABORAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS.**  
*Margarita Isabel Ramos Quintana*

**EL RECLUTAMIENTO Y LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES TRAS LA ALTERACIÓN DEL  
SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL.** *Ana Marta Olmo Gascón*

**EL TRABAJO EN EL MAR: LOS NUEVOS ESCENARIOS JURÍDICO-MARÍTIMOS.**  
*Jaime Cabeza Pereiro y Emma Rodríguez Rodríguez (Coordinadores)*

**IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**  
*Carlos Hugo Preciado Domènech*

**EL CONTROL JUDICIAL DEL DESPIDO COLECTIVO.** *Miquel Àngel Falguera Baró*

**EL CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO Y LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS  
LABORALES FUNDAMENTALES: LUCES Y SOMBRAS.** *Fernando Valdés Dal-Ré*

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN EL DEPORTE. EL CONTRATO DE DEPORTISTA  
PROFESIONAL: INDEMNIZACIONES E INCUMPLIMIENTOS.** *Víctor Manuel Seligrat González*

**BALANCE DE LA REFORMA LABORAL DE 2012.** *Francesc Pérez Amorós, Eduardo Rojo  
Torrecilla (Directores) y Helena Ysàs Molinero (Coordinadora).*

**EMPLEOS VERDES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO.**  
*Henar Álvarez Cuesta*

**EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MARCO LABORAL.**  
*Ferrán Camas Roda (Coordinador)*

**DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES.**  
*Daniel Toscani Giménez y Antonio Valenciano Sal*

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADO DE ACCIDENTE DE TRABAJO.**  
*Julen Llorens Espada*

**LOS INTERESES PROCESALES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL.**  
*Jaume González Calvet y María Rosa Blanch Domeque*

**SUJETOS RESPONSABLES DE LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA PREVENTIVA.**  
*María de los Reyes Martínez Barroso*

**ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y DESPIDO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO: SU CONTROL JURISDICCIONAL.** *Mariano Treviño Pascual*

**NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GOBERNANZA DE LAS RELACIONES LABORALES: UNA LECTURA DE LA JURISPRUDENCIA TRAS LA REFORMA LABORAL.** *Consuelo Chacartegui Jávega (Coordinadora)*

**LA TOMA DE DECISIONES EN EL ÁMBITO MARÍTIMO: SU REPERCUSIÓN EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EN LA SITUACIÓN DE LAS GENTES DEL MAR.**  
*José Manuel Sobrino Heredia (Director)*

**REFLEXIONES SOBRE LA CONSIGNACIÓN EN LOS RECURSOS LABORALES.**  
*José María Ríos Maestre*

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA E ITALIANA EN SU 40 Y 70 ANIVERSARIO.** *Francisco Miguel Ortiz González Conde*

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA DE SECTOR.**  
*Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra*

**TRABAJO AUTÓNOMO Y FOMENTO DEL EMPRENDIMIENTO: MITOS Y REALIDADES.** *José Luján Alcaraz y Francisca Ferrando García (Directores)*

**BASES, EVOLUCIÓN Y RETOS DE LA LEY DE DEPENDENCIA A LOS DIEZ AÑOS DE SU APROBACIÓN.** *María Luisa Molero Marañón*

**TIEMPOS DE CAMBIO Y SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES.**  
*Juan José Fernández Domínguez y Susana Rodríguez Escanciano (Directores) y Henar Álvarez Cuesta (Coordinadora)*

**SEGURIDAD VIAL DE LOS TRABAJADORES.**  
*Daniel Toscani Giménes y Manuel Alegre Nueno (Directores)*

**REPRESENTACIÓN Y REPRESENTATIVIDAD COLECTIVA EN LAS RELACIONES LABORALES.**  
*Jesús Cruz Villalón, Remedios Menéndez Calvo y Magdalena Nogueira Guastavino (Coordinadores)*

**RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES EN SUPPLICACIÓN.**  
*Miquel Àngel Falguera Baró*

**LA PROTECCIÓN SANITARIA EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**  
*Macarena Hernandez Bejarano*

**EL DAÑO POR MOBBING: DELIMITACIÓN Y RESPONSABILIDADES.**  
*Gloria P. Rojas Rivero*



El fenómeno de la especialización de regímenes.

Campo de aplicación del nuevo Sistema Especial.

Las prestaciones de la Seguridad Social y su nuevo régimen de coberturas.

