



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

La Seguridad Social del empleo doméstico: evolución y perspectivas

TESIS DOCTORAL

Autora. Isabel Otxoa Crespo

Director. Mikel de la Fuente Lavín
Departamento de Derecho de la Empresa

Leioa, 2012

© Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU)
- *Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua (UPV/EHU)*
- EHU Press (UPV/EHU)
- **ISBN: 978-84-9082-090-2**

Índice

Siglas y abreviaturas	11
Presentación	15
Parte I. El empleo doméstico en el nacimiento de los seguros sociales	23
1. Criados y servidores domésticos: concepto, realidad y normativa anterior al Código Civil de 1889	25
2. La regulación de los servicios domésticos en el Código Civil	32
3. El servicio doméstico en la legislación del trabajo	34
3.1. Los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo	34
3.2. La calificación del servicio doméstico en las primeras normas del trabajo y la jurisprudencia	36
3.2.1. La ausencia de fin de lucro del empleador	37
3.2.2. El caso del trabajo en la hostelería	38
3.2.3. El trabajo de los chóferes particulares	39
3.3. La regulación en el primer Código del Trabajo	40
3.4. La regulación laboral del servicio doméstico durante la II república	40
3.5. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944	42
4. Nacimiento de los seguros sociales	44
4.1. La previsión voluntaria	45
4.2. El aseguramiento del accidente de trabajo	46
4.3. Conferencia de Seguros Sociales de 1917	47
4.4. El Seguro de Vejez	49
4.5. Conferencia de Barcelona de 1922, seguro de enfermedad, invalidez y maternidad	51
5. Seguros sociales del empleo doméstico en la II República	56
5.1. Accidente de trabajo	56
5.2. Maternidad	57
5.3. Previsión contra el paro	58
5.4. Incorporación del servicio doméstico a los seguros sociales	59
5.4.1. El proyecto de unificación de los seguros sociales	60
5.4.2. El seguro de accidentes laborales del servicio doméstico	61

Parte II: Los seguros sociales del empleo doméstico en el franquismo hasta 1969	65
1. Los primeros seguros	67
1.1. Algunas características	67
1.2. El subsidio familiar	68
1.3. Retiro Obrero	69
1.4. Asistencia en el embarazo y parto	70
1.5. Seguro de enfermedad	70
2. El debate entre Gobierno y Tribunal Supremo sobre el carácter doméstico de los chóferes particulares	72
3. Los porteros particulares	74
4. La Ley de 19 de julio de 1944	76
5. La unificación de los seguros sociales	78
<i>Razones de la exclusión del servicio doméstico del proceso de Seguro Total</i>	80
6. El Montepío de la Divina Pastora	81
7. El Montepío Nacional del Servicio Doméstico	83
7.1. Creación y objetivos	83
7.2. El ámbito de aplicación	84
7.2.1. El trabajador afiliado. La edad	86
7.2.2. El estado civil	87
7.3. El régimen de afiliación de las asistentas	88
7.4. Exclusión del alta en pluriactividad	89
7.5. Los familiares del patrono	90
7.6. La cotización	91
7.7. Las prestaciones	92
7.7.1. Asistencia sanitaria	92
7.7.2. Jubilación	94
7.7.3. Invalidez	94
7.7.4. Ayuda familiar y dote por matrimonio y profesión religiosa	95
7.8. La concertación con el Montepío de la Divina Pastora	95
7.9. La implantación del Montepío Nacional	97
7.10. El Montepío del Servicio Doméstico y el Mutualismo Laboral	98
Parte III. Regímenes y sistemas especiales. Constitucionalidad	101
1. Creación y fundamento de regímenes y sistemas especiales	103
1.1. Nacimiento de los Regímenes Especiales	103
1.2. El fundamento de los regímenes especiales	105
<i>El fundamento del RESS</i>	106

1.3. El proceso de fusión de regímenes	108
1.4. Los sistemas especiales	109
1.5. Los nuevos sistemas especiales	110
2. Constitucionalidad de los regímenes especiales de seguridad social	111
2.1. La seguridad social como mandato constitucional	111
2.2. La irregresividad del Sistema	114
2.3. El principio de igualdad y la Seguridad Social	117
2.4. La necesaria gradualidad del proceso como justificación de las diferencias	122
2.5. La justificación de las diferencias del Régimen General con el RESS	125
2.5.1. La exclusión de los parientes en el RESS	129
2.5.2. La discriminación indirecta	130
3. Algunas consideraciones finales	132
Parte IV. El Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico	135
1. Consideraciones generales	137
2. Encuadramiento en el RESS	140
2.1. El empleado	140
2.1.1. La edad	141
2.1.2. La nacionalidad	141
<i>Residencia legal y encuadramiento en el RESS</i>	142
2.2. El empleador	145
2.2.1. El empleador cabeza de familia en el DRESS	145
2.2.2. El empleador en el DRLE	146
2.2.3. El empleador en el Reglamento sobre inscripción de empresas	148
2.2.4. El destinatario de los servicios domésticos como empleador	148
a. La familia conviviente	148
b. La familia matrimonial	149
c. La pareja de hecho	151
d. Los grupos no familiares	152
e. La familia no conviviente	152
2.2.5. El empleador persona jurídica	154
a. Servicios en residencias de empresa y casas de huéspedes	155
b. Servicios a las Congregaciones religiosas	156
c. El trabajo en hospitales y residencias geriátricas	158
d. Embajadas	159
2.3. Servicios objeto del contrato: La naturaleza de las tareas como factor de inclusión o exclusión	160
2.3.1. El cuidado	161
2.3.2. Los trabajos de jardinería, conducción de vehículos y análogos	162

a. Guardería y jardinería	163
b. Portería	164
c. La conducción de vehículos	165
d. Actividades de recreo	166
2.4. La exclusividad de los servicios domésticos	166
2.5. Las exclusiones del régimen especial	170
2.5.1. Los parientes	170
a. La exclusión de parientes en los regímenes por cuenta ajena	170
b. La exclusión de los parientes en el RESS	171
c. El fundamento de la exclusión de los parientes en el RESS	174
d. La gestión de la TGSS del alta de parientes	175
e. La excepción de los parientes femeninos de sacerdotes célibes	177
2.5.2. Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad	179
2.5.3. Los acuerdos de colaboración y convivencia familiar	180
2.5.4. El cuidado familiar de la Ley de Dependencia	182
a. La persona cuidadora	182
b. La prestación y su destino	185
c. Cuidados en el entorno familiar a cargo de personas sin parentesco	187
d. La Seguridad Social de los cuidadores en el entorno familiar	188
2.5.5. Los cuidadores profesionales de la Ley de dependencia	189
<i>La asistencia personal</i>	192
2.5.6. Trabajo a la par	194
3. El alta	198
3.1. Sujeto obligado a solicitar el alta	198
3.2. Alta en función de una jornada mínima de trabajo	201
3.3. Tiempo y forma de la solicitud del alta y la baja	205
3.4. El alta y la baja fuera de plazo. Sus consecuencias	206
3.5. Alta indebida y sus consecuencias	207
3.6. Devolución de cuotas y reintegro de prestaciones	209
3.7. Las situaciones asimiladas al alta, la Incapacidad Temporal y el Convenio especial	209
4. La cotización	212
4.1. El alcance de la obligación de cotizar	212
4.2. La cotización del periodo de vacaciones no disfrutadas	213
4.3. Base de cotización en el RESS	213
4.4. La cuota en el RESS	215
4.5. La gestión de la cotización en el RESS	217
5. Condiciones para causar derecho a las prestaciones	218
5.1. El requisito de estar al corriente en el pago. Efectos del pago de las cuotas atrasadas	218

5.2. El mecanismo de invitación al pago	220
5.3. La responsabilidad por falta de alta y cotización de los empleadores	220
5.3.1. Personas responsables del incumplimiento en el alta o la cotización	226
5.3.2. La declaración de responsabilidad	224
6. La acción protectora del RESS	228
6.1. Introducción	228
6.2. Asistencia sanitaria	229
6.3. Incapacidad Temporal	229
6.3.1. El requisito de estar al corriente en el pago	230
6.3.2. Prestación económica de IT	231
6.3.3. El control de la IT	233
6.3.4. La cotización durante la IT	233
6.3.5. La recaída	234
6.4. Maternidad	235
<i>Disfrute del permiso maternal a tiempo parcial</i>	237
6.5. La prestación de riesgo durante el embarazo	238
6.6. Prestaciones asociadas al cuidado	239
6.6.1. Asimilación al alta y cotización efectiva de los periodos de excedencia para cuidado	239
6.6.2. Asimilación a cotización efectiva del periodo por maternidad posterior a la extinción del contrato	241
6.6.3. Cómputo al 100% de las cotizaciones realizadas en reducción de jornada	241
6.6.4. Cómputo de 112 días de cotización por parto	241
6.7. Incapacidad Permanente	243
6.7.1. Las disminuciones anatómicas o funcionales que disminuyen o anulan la capacidad laboral	243
6.7.2. Periodo de carencia	249
<i>El periodo de carencia para el accidente tras la Ley 26/1985</i>	250
6.7.3. Cómputo de los días cuota en el RESS	251
6.7.4. La base reguladora de las pensiones. Cobertura de vacíos	252
6.7.5. La invalidez permanente total cualificada	255
6.8. La pensión de jubilación	256
6.8.1. Subsidio de mayores de 52 y jubilación en el RESS	257
6.8.2. Validez de las cotizaciones del MNSD para la pensión SOVI	257
<i>El cómputo de días-cuota para la pensión SOVI</i>	258
6.8.3. La validez de las cotizaciones del MNSD para la pensión causada en el Régimen General	259
6.8.4. Jubilación anticipada en el RESS	259
<i>La jubilación anticipada y el cómputo recíproco de cotizaciones</i>	261
6.8.5. Jubilación parcial vinculada al contrato de relevo	262

6.8.6. La jubilación gradual y flexible del RD 16/2001	263
a. Jubilación anticipada	263
b. Jubilación parcial a partir de los 65 años: jubilación flexible	263
c. La bonificación de cuotas en la jubilación después de los 65 años	265
6.9. La revalorización de las pensiones del RESS	265
6.10. Prestaciones de Seguridad Social por violencia de género	266
6.10.1. Suspensión del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género	268
6.10.2. Bonificaciones a la contratación y violencia de género	269
7. Bonificaciones en el empleo doméstico	270
7.1. Bonificaciones como incentivo a la permanencia en el mercado laboral	270
7.2. Bonificaciones como medida de fomento del empleo	271
7.3. La bonificación de las sustituciones	272
7.4. Bonificación específica a la actividad de cuidado en el RESS	273
8. Prestación de desempleo y empleo doméstico	274
9. Las contingencias profesionales	275
9.1. Las prestaciones por accidente	275
9.2. Cotización para contingencias profesionales	279
9.3. Las razones de la exclusión de la protección de accidentes	279
9.4. La prevención de riesgos laborales	280
9.5. El tiempo de trabajo como elemento de salud laboral	282
9.6. Responsabilidad del empleador en los riesgos laborales	287
9.7. El tardío reconocimiento de las contingencias profesionales en el RESS	289
9.7.1. El recargo de las prestaciones	291
9.7.2. Consecuencias de la falta de alta	292
9.7.3. Incapacidad temporal	293
9.7.4. Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural	293
9.7.5. Pensiones por contingencias profesionales	293
9.7.6. Aseguramiento de la contingencia	294
Parte V. La integración en el Régimen General	295
1. El régimen de hogar en los planes de reforma y pactos sobre seguridad social	297
<i>Los acuerdos a partir del Pacto de Toledo</i>	302
2. La integración del RESS en el Régimen General y el Convenio de la OIT sobre Trabajo decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos	308
3. La integración del RESS en el Régimen General y la reforma del régimen laboral	313
3.1. Introducción	313
3.2. La deslegalización de la regulación de la relación laboral	314

73.3. El RD 1620/2011, de 14 de noviembre	317
3.3.1. Sujetos, objeto y ámbito de aplicación del contrato	317
3.3.2. Exclusiones de la relación laboral	319
3.3.3. La certeza sobre las condiciones de trabajo	321
<i>La forma del contrato</i>	321
<i>El pago documentado del salario</i>	322
3.3.4. El derecho al uso efectivo de los derechos de conciliación	324
4. La integración del RESS en Sistema Especial para los Empleados de Hogar del Régimen General	328
4.1. Introducción	328
4.2. Los plazos de la integración	329
4.3. Cuestiones no resueltas en el periodo transitorio	331
4.3.1. Altas iniciales de trabajadoras en pluriempleo	332
4.3.2. Altas iniciales de trabajadoras en situaciones de IT o Maternidad durante el periodo transitorio	334
5. Encuadramiento	335
5.1. Inclusiones y exclusiones del Sistema especial	335
<i>El trabajo a través de agencias de servicios</i>	335
5.2. La vigencia de la excepción de familiares de sacerdotes	337
6. La base de cotización	338
6.1. El sistema de tramos	338
6.2. El contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo	340
6.2.1. La base de cotización en el trabajo “por horas”	343
6.2.2. La base en el trabajo discontinuo de fecha cierta e incierta	346
6.2.3. Prestaciones en especie y la base de cotización	349
6.2.4. Las bases en el pluriempleo interno y externo al sistema especial	355
7. Las formalidades del alta y la cotización	356
7.1. La documentación del alta y la cotización	356
7.2. La gestión de las altas, bajas, variaciones de datos y cotización	358
7.3. Remisión electrónica de datos	359
8. La cuota	360
8.1. Tipos de cotización	360
8.2. Bonificación y reducción de cuotas con motivo de la integración	361
8.3. La reducción de cuotas para familias numerosas	363
8.4. Otras bonificaciones comunes al Régimen General	365
9. Las prestaciones en el sistema especial	366
9.1. Responsabilidades en caso de accidente y enfermedad profesionales	366
9.2. Las reglas de protección en el caso del tiempo parcial	367

9.3. La incapacidad temporal	367
9.3.1. Reglas de cálculo y reparto de obligaciones	367
<i>La gestión de la IT</i>	371
9.3.2. Prestaciones de IT y Maternidad en la transición	372
9.3.3. La prestación de IT tras la extinción del contrato	374
10. Maternidad	375
11. El riesgo durante el embarazo	376
12. Jubilación	377
13. Derechos asociados a la maternidad y el cuidado	378
14. Protección de seguridad social en la violencia de género	379
15. Cobertura de vacíos	379
16. Complemento a mínimos de las pensiones	382
Conclusiones	385
Bibliografía	409
Anexos	
Anexo I. Algunos datos sobre el empleo de hogar	433
Anexo II. La práctica de la utilización del cheque empleo servicio en Francia	447
Anexo III. Documentación administrativa	455

Siglas y abreviaturas

AL, Actualidad Laboral.

Ar. Leg., Repertorio de Legislación de Aranzadi

AS, Aranzadi Social.

BISS, Boletín Informativo de la Seguridad Social

BOMT, Boletín Oficial del Ministerio de Trabajo.

CANPO, Comisión Asesora Nacional Patronal y Obrera.

CAV, Comunidad Autónoma Vasca.

CE, Constitución Española.

CEF, RTSS, Revista de Trabajo y Seguridad Social del CEF.

CL, Colección Legislativa de España.

CNAE, Clasificación Nacional de Actividades Económicas.

CON, Clasificación Nacional de Ocupaciones.

DG, Dirección General.

DGINSS, Dirección General del INSS.

DGP, Dirección General de la Policía.

DGOSS, Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social.

DGRJSS, Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social.

DGSS, Dirección General de la Seguridad Social.

DGT, Dirección General de Trabajo.

DRESS, Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre.

DRLE 2011, Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre-

DRLE, Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto.

EPA, Encuesta de Población Activa.

ET, Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

INP, Instituto Nacional de Previsión.

INSHT, Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo

INSS, Instituto Nacional de la Seguridad Social.

IT, Incapacidad Temporal.

LAAD, Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

LCT, Ley de Contrato de Trabajo, TR aprobado por Decreto de 26 de enero de 1944.

LGSS de 1974, Ley General de la Seguridad Social, TR aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo.

LGSS de 1994, Ley General de la Seguridad Social, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

LISOS, Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. 5/2000, de 4 de agosto.

LOI, Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

LPRL, Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

LRL, Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales

Ley 24/1972; Ley 24/1972, de 21 de junio en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social.

LSS, Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966.

MNDP, Montepío Nacional de la Divina Pastora.

MNSD, Montepío Nacional del Servicio Doméstico.

OIT, Organización Internacional del Trabajo.

DGP, Dirección General de Previsión.

DGT, Dirección General de Trabajo.

RDL, Real Decreto Ley.

REA, Régimen Especial Agrario.

REASS, Régimen Especial Agrario de Seguridad Social.

REDT, Revista Española de Derecho del Trabajo.

RESS, Régimen Especial de Seguridad Social del servicio doméstico.

RETA, Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos.

RO, Real Orden.

RRL, Revista de Relaciones Laborales.

SE, Seguro de Enfermedad

SEEH, Sistema Especial para los Empleados de Hogar

SGSS, Secretaría General de la Seguridad Social

SOE, Seguro Obligatorio de Enfermedad.

STC, Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS, Sentencia del Tribunal Supremo.

STSJ, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.

SG, Subdirección General.

TC, Tribunal Constitucional.

TGSS, Tesorería General de la Seguridad Social.

TL, Temas Laborales.

Presentación

La elección del tema

La aparición de un proyecto del Ministerio de Trabajo en septiembre de 2007 titulado “El Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar: medidas de convergencia hacia el Régimen General y posterior integración en el mismo”, parecía anunciar el término de una situación de desigualdad histórica.

Participar desde hace tiempo en una asesoría semanal a trabajadoras de hogar, me ha dado una visión directa sobre sus problemas laborales y de seguridad social. Decidí no dejar pasar lo que parecía ser el final de una etapa sin hacer inventario y balance de la cuestión desde el punto de vista del contenido y eficacia de las normas que habían sido aplicables. En segundo término, me propuse analizar la nueva regulación para determinar si existía una ruptura con el pasado y los problemas a que pudiera dar lugar.

En los estudios sociológicos sobre el trabajo doméstico asalariado¹, las palabras clave precariedad y economía sumergida aparecen siempre. M^a Ángeles Durán, en un trabajo pionero que contribuyó a visibilizar el contenido y valor económico del trabajo en los hogares, señalaba respecto al empleo doméstico la escasa información sobre una actividad “en la que coinciden importantes ocultaciones de signo opuesto (los que trabajan no lo declaran y los que no trabajan se inscriben como si lo hicieran)”². Me pareció que tendría interés una aportación sobre los mecanismos explícitos e implícitos que en el terreno legal y desde el ángulo de la seguridad social habían contribuido a conformar esa situación, que ha sido uno de los rasgos típicos del Régimen Especial.

El trabajo doméstico y de cuidado ha resultado durante mucho tiempo invisible, sobre la base de naturalizarlo como tarea de mujeres. Aspectos de la actividad, como el desgaste físico y síquico que supone o los saberes que requiere su ejercicio se ignoran, lo que tendrá su expresión en las normas que regulan el empleo de hogar.

La revisión feminista de la economía ha servido para introducir la perspectiva del trabajo doméstico como productor de bienes y servicios sobre cuya existencia se apoya el funcionamiento del área mercantil de las relaciones de intercambio social³. Pero el paradigma del trabajo es otro, la actividad remunerada dirigida al mercado de manera directa (trabajo autónomo) o mediada por la ajenidad en los

1 El primer trabajo realizado vigente el Régimen Especial de Empleados de Hogar, con una visión amplia de la cuestión del empleo doméstico, fue el que el Colectivo IOE realizó para la JOC, de título *El servicio doméstico en España entre el trabajo invisible y la economía sumergida*, Madrid: JOC-E, 1990.

2 La obra de VVAA, *De puertas adentro*, ed. Instituto de la Mujer, 1988, y especialmente la contribución de su directora, la socióloga M^a Ángeles DURÁN, autora del capítulo “Las bases materiales de la vida cotidiana”, supuso una importante aportación a la visión de la actividad doméstica como productora de bienes y servicios y no como una simple función de consumo. La cita del texto es de la pág. 179.

3 Para una extensa recopilación sobre la evolución de las concepciones sobre el trabajo doméstico, BORDERÍAS, Cristina y CARRASCO, Cristina, “Introducción. Las mujeres y el trabajo: aproximaciones históricas, sociológicas y económicas”, VV.AA. (comp., BORDERÍAS, Cristina y CARRASCO, Cristina y ALEMANY, Carmen) *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, ed. ICARIA y FUHEM, 1994.

frutos (trabajo asalariado). Las instituciones laborales y de seguridad social se han ajustado tradicionalmente a este modelo, en el que la actividad doméstica y de cuidado, incluso cuando es asalariada, se mantiene en la periferia sin encajar del todo.

Las estadísticas están condicionadas por objetivos políticos que favorecen o retrasan formas específicas de conocimiento⁴. Las que miden las condiciones de trabajo, como la de Costes Laborales y la de Coyuntura Laboral invisibilizan el empleo de hogar; la Clasificación nacional de ocupaciones o la Encuesta de población activa lo agrupan con actividades cuya regulación pertenece a otros órdenes laborales y de seguridad social.

Esta situación se ha corregido parcialmente con iniciativas que desde perspectivas distintas miden el trabajo realizado en el marco del hogar, como son la Estadística del uso del tiempo o la Cuenta satélite de la producción doméstica, que lo colocan en parámetros en los que deja de ser un asunto meramente privado o irrelevante como fenómeno económico.

En el campo del derecho de la seguridad social, el reconocimiento se traduciría en aceptar que debe contar con mecanismos de protección más allá del área no contributiva del sistema o de la asistencia social.

En los últimos decenios ha tenido lugar un proceso de reconocimiento del trabajo de cuidado en las leyes laborales y de la seguridad social, por medio de normas que atribuyen derechos de conciliación y disposiciones de seguridad social que en alguna medida neutralizan el impacto negativo del ejercicio de esos derechos en las carreras de cotización de quienes se acogen a ellos. Las medidas se encuadran en las políticas para la igualdad de mujeres y hombres.

El discurso sobre la conciliación se ha basado en el reconocimiento del trabajo no retribuido en el hogar y la idea de que de alguna manera deben tomarse medidas para que su realización no traiga como consecuencia la pérdida de oportunidades y la desigualdad de las mujeres en el empleo. Pero el tratamiento del trabajo doméstico retribuido ha permanecido como una cuestión marginal y en todo caso ligada a su papel auxiliar de la conciliación⁵; no es el empleo al que las políticas de igualdad se han dirigido.

Según el INE, en el año 2009 el 97,8% de las personas en el empleo doméstico eran mujeres. La imagen dominante de la trabajadora de hogar actual es la de una mujer extranjera, lo que tiene en parte relación con los estudios realizados desde principio de la década de los años 2000 en el contexto de investigaciones sobre la inmigración. La apreciación se ha mostrado errónea en las investigaciones que abarcan el campo completo de la actividad⁶. Sin embargo, la presencia de las trabajadoras inmigrantes en el sector es importantísima y en los trabajos duros, mayoritaria.

De acuerdo con la Encuesta de Población Activa, en torno a un 8% de las mujeres ocupadas se dedica al trabajo doméstico por cuenta ajena. La cifra probablemente es superior debido a la ocultación de

4 DURÁN, M^a Ángeles, “Prólogo”, VV.AA. (coord. Vara, M^a Jesús), *Estudios sobre género y economía*, Akal, 2005, pág. 16.

5 PETERSON ELIN, “The invisible carers: framing domestic work(ers) in Gender Equality Politics in Spain” *European Journal of Women Studies*, núm. 14, 2007.

6 La encuesta *Estudio de Situación Laboral de las Personas Empleadas en Servicio Doméstico de la CAPV*, del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, de mayo de 2011, estima en un 33,9% el porcentaje de las personas extranjeras en la actividad. Según el informe del INE, *Hogares y Servicio Doméstico*, 3/2012, son extranjeras el 41,9% de las trabajadoras, y en las localidades de menos de 20.000 habitantes constituyen el 29,3%.

datos que se da por parte de colectivos que se dedican a la actividad de manera informal, por razones tales como evitar la pérdida de prestaciones sociales de ellas mismas o de sus familiares, o porque al ser extranjeras no tienen autorización para trabajar.

Pero gran parte del empleo doméstico ha permanecido en la economía no declarada sin infringir ninguna ley. La norma de seguridad social que lo permitía hasta la fecha se ha apoyado en una regla cultural, aún vigente en alguna medida, según la cual la falta de derechos individuales de seguridad social de las mujeres es aceptable.

A partir de la Ley de Dependencia, la protección del área contributiva de la seguridad social ha dado un giro con la inserción de los cuidadores familiares en el Régimen General mediante el Convenio Especial, que ha extendido la inserción en la Seguridad Social a situaciones condicionadas a la inexistencia de relación laboral de ninguna clase. Este Convenio rompe con el principio general de la reserva del área contributiva del sistema a la existencia de alguna conexión presente o pasada con la actividad remunerada y, sobre todo, con la histórica exclusión de la protección de la Seguridad Social de los trabajos domésticos en favor de familiares. Sin embargo, ha tenido su incidencia negativa en la protección del empleo doméstico ya que relaciones de servicios que deberían estar amparadas por el Sistema Especial para empleados de Hogar se mantienen al margen del mismo.

La actividad de cuidado cada vez está más presente en el empleo de hogar, aunque la contratación privada de los servicios en una relación de empleo directo no es la mejor fórmula para cubrir unas necesidades que van en aumento. Cada vez hay más familias unipersonales, aumenta el número de personas ancianas y su longevidad, las criaturas necesitan acompañamiento en los núcleos urbanos. Una parte de las actividades de cuidado son rígidas, no admiten ser pospuestas ni acumuladas.

Un contrato de trabajo doméstico en condiciones equiparables a las de la actividad externa al hogar, resultaría inaccesible para la inmensa mayoría de los empleadores, que hoy sí pueden acceder al servicio. Este hecho está presente como argumento de fondo en la legislación sobre empleo doméstico, pero no explica su legislación de seguridad social en un sistema de reparto, en el que la que las prestaciones no se calculan sobre las aportaciones individuales, y la aplicación mayor o menor de criterios distributivos es una decisión política. En el terreno de la Seguridad Social, el argumento de la peculiaridad del empleador doméstico no sirve para explicar la peculiaridad de la protección.

Objetivos y método

La hipótesis de la que se parte es que el régimen laboral y de protección social del empleo doméstico ha sido inferior al del resto de sectores de actividad en todas las fases de su historia, que hasta muy recientemente ha mantenido una configuración preconstitucional en aspectos importantes y que la regulación por la que se reforma el régimen laboral y de seguridad social podría no asegurar un cambio sustancial de la situación previa en la línea de la equiparación que se proclama.

El primer objetivo del trabajo es examinar los contenidos de la regulación de los seguros sociales aplicados al empleo doméstico en las diferentes etapas; investigar si se han justificado y de qué manera las peculiaridades de la regulación; y el efecto que las normas han tenido sobre la realidad que pretendían ordenar.

En segundo lugar, indagar sobre el papel de los mecanismos de tutela antidiscriminatoria, si se han activado y, en su caso, las limitaciones de esta vía en la relación laboral y de seguridad social del empleo de hogar.

En tercer lugar, examinar la nueva regulación de la seguridad social del sector, por Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, para analizar si la reforma supone una ruptura con el pasado. El término ruptura se refiere no solo a la existencia de una mejora sustancial de la protección, sino a los medios para que sea efectiva. Se analiza el contenido y problemas aplicativos de la nueva norma de seguridad social, realizando algunas propuestas de modificaciones normativas.

Sobre el método, para los trabajadores por cuenta ajena el acceso a la protección de Seguridad Social en el área contributiva va ligada al desenvolvimiento de la relación laboral. Por esto, se hace necesario examinar algunas de las normas del contrato de trabajo doméstico, en el pasado y la actualidad, ya que condicionan la posibilidad de que se active la protección de seguridad social. Solo se analizan las normas laborales que tienen relación más o menos directa con la cuestión.

No se pretende una comparación sistemática entre Regímenes de Seguridad Social, pero sí se realizarán algunas alusiones puntuales a la regulación de otros Regímenes Especiales en aquello que se ha considerado que muestra desigualdades notorias y no justificadas.

Se parte de la idea de que conocer las normas antecedentes y su eficacia tiene importancia para valorar la regulación actual. Muy en especial, el estudio del Régimen de Seguridad Social del año 1969 y, en lo que convenga, también el del régimen laboral de 1985, sirve para detectar problemas a resolver y aquello que en las normas recientemente aprobadas es continuación de lo anterior, tanto en el planteamiento teórico como en su posible aplicación práctica.

El relato sobre las carencias -esto es, la ausencia o insuficiencia de la protección del empleo doméstico en las leyes, o incluso su irrelevancia en los pactos sociales- admitía una versión más breve. Sería la que comienza en el punto en el que se produce alguna norma o algún acuerdo que varían la situación previa en relación al empleo de hogar, y dan pie al análisis jurídico. No ha sido ésta la opción escogida, ya que detenerse en las omisiones tiene su propio valor. Por una parte, fija la atención sobre la discrepancia entre las exposiciones de motivos de algunas normas y su parte dispositiva y, por otra, cuestiona la coherencia del ordenamiento jurídico.

El trabajo se presenta en cinco partes. En la primera, se trata el concepto laboral del servicio doméstico hasta la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 y su protección en los seguros sociales, desde su nacimiento hasta el final de la II República. En la segunda, se analizan los seguros sociales del empleo doméstico en el franquismo, antecesores del RD 2346/1969, de 25 de septiembre (RESS).

La tercera parte trata de los Regímenes Especiales de Seguridad Social, su fundamento, la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los mismos y de manera particular respecto a las cuestiones que han afectado específicamente al RESS.

La cuarta parte analiza el RD 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del servicio doméstico, sus reformas y la incidencia que otras normas laborales y de seguridad social han tenido en las prestaciones del Régimen.

La quinta parte examina el lugar que la cuestión de la protección de seguridad social del empleo doméstico ha tenido en el proceso de concertación sobre la reforma del sistema de seguridad social; la presencia del RESS en los pactos. Asimismo, el momento de la integración en el Régimen General, las condiciones en que se ha realizado, el contenido de nueva regulación, y algunas propuestas en relación con problemas planteados.

El trabajo tiene tres anexos. El I contiene algunos datos que intentan comparar las personas de alta en la seguridad social con las estimadas en la rama de actividad, así como proporcionar algunos apuntes sobre el régimen de trabajo y los empleadores para los que prestan servicios. Consideramos que un análisis jurídico está obligadamente ligado a la realidad que pretende regular.

El anexo II proporciona información sobre el sistema de cheque empleo-servicio de Francia, con la única pretensión de exponer el tema desde el punto de vista práctico con el mayor detalle posible. La inclusión se enmarca en la voluntad de demostrar que es posible ofrecer una fórmula sencilla y accesible para el alta y la cotización de los empleados de hogar, que tenga en cuenta la peculiaridad del empleador doméstico. Los órganos gestores deberían suprimir en lo posible las dificultades que contribuyen al desánimo del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad social, o evitar que le resulte necesario contratar ayuda profesional para cumplimentar los requerimientos del sistema, dado que encarecería indebidamente los costos del servicio de hogar.

El anexo III contiene documentación emitida por los órganos administrativos, cuyo diseño se comenta en los apartados IV y V del trabajo. Los procedimientos para realizar el alta y la cotización, así como los documentos a utilizar, tanto en el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social como las laborales, tienen mucha importancia. Pueden favorecer o ser un obstáculo para el cumplimiento de las normas.

En cuanto al desarrollo de los temas, uno de los problemas planteados en el estudio del RESS es, como se verá, dilucidar la aplicabilidad en el Régimen especial de algunas instituciones de seguridad social, e incluso de algunas normas laborales conexas con aquellas.

En la regulación laboral por RD 1424/1985 y también en el RD 1620/2011, las normas del Estatuto de los Trabajadores son de aplicación supletoria en lo que resulte compatible con la peculiaridad de la relación. En la regulación de seguridad social, el Decreto 2346/1969 declara de aplicación supletoria las normas del Régimen General, con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleador de hogar. La indeterminación de en qué consista exactamente la peculiaridad y sus consecuencias, ha posibilitado interpretaciones restrictivas de la aplicabilidad de las normas generales.

La doctrina jurisprudencial sobre aspectos laborales y de seguridad social en el empleo doméstico es escasa, lo que dificulta la toma de posición sobre la interpretación de las normas o la validez de la actuación de las entidades gestoras y servicios comunes basada en este dato. Esta escasa actividad judicial refleja la posición de debilidad de las personas interesadas, que en materia laboral han tenido poco que ganar de las resoluciones judiciales sobre la base de la norma aplicable hasta el 1 de enero de 2012, el RD 1424/1985, de 1 de agosto. La práctica totalidad de las cuestiones que se someten a juicio en lo laboral tienen que ver con los términos del fin de la relación de trabajo y no con los derechos a ejercer durante su transcurso. Esto tendrá consecuencias en materia de prestaciones.

En materia de seguridad social los pleitos se plantean principalmente para la obtención de pensiones, quedando al margen del examen judicial otras cuestiones, como el encuadramiento o las prestaciones derivadas de los derechos de cuidado. En el caso del encuadramiento, porque las personas interesadas han tenido vías para eludir la aplicación de la norma; en el caso del cuidado porque la falta de efectividad de los derechos laborales de conciliación impide que se activen los mecanismos de seguridad social. Sobre la expresión derechos de conciliación, frecuentemente será sustituida por derechos asociados al cuidado, por entender que esta última expresión refleja mejor su naturaleza.

En cada caso de incompatibilidad entre el sistema de cotización del DRESS y las normas generales posteriores, hemos entendido que prevalecía la norma especial y que la falta de adaptación de ésta última a la norma general respondía a la voluntad del legislador. La falta de fuerza social del sector para

discutir en los Tribunales la aplicación de las normas que les afectan o pudieran afectar, es un elemento que debe tenerse en cuenta al valorar su efectividad, independientemente del resultado corrector que hubiesen podido tener las resoluciones judiciales en relación a las lagunas e incoherencias normativas.

En los casos en que la posición de los tribunales se conoce, se ha procurado recoger. En otro caso, integrado ya el RESS en el Régimen General, se ha optado por no realizar interpretaciones modificativas ni extensivas de la norma aplicable en el pasado cuando, por no existir suficiente doctrina judicial, se basarían en opiniones voluntaristas y ya incontrastables. Diferente es la posición desde la que se realiza el comentario de las normas vigentes -vivas- cuya interpretación tiene otro sentido, el de influir en su aplicación.

La ausencia o las ambigüedades de las normas se han subsanado con decisiones administrativas no publicadas, carentes de eficacia legal. A lo largo del trabajo se procura dar cuenta de la doctrina administrativa reflejada en Instrucciones y Criterios de gestión, porque es la que ha determinado en bastantes casos el marco de derechos y deberes a los que estaban sujetas las beneficiarias.

Respecto a la práctica administrativa, y dentro ya del marco de las competencias propias de los órganos de gestión, se analiza en detalle el modelaje a utilizar en las comunicaciones y solicitudes. Es importante: el diseño del impreso tiene influencia propia, puede simplificar o hacer demasiado difícil el cumplimiento de una obligación, o tener un contenido que no se adecua a su finalidad. La actuación del órgano administrativo es tanto más importante cuanto menos profesional es el sujeto destinatario de su normas explícitas e implícitas.

La doctrina administrativa, al componerse de resoluciones o comunicaciones internas no publicadas, proviene de fuentes diversas, poco sistematizadas y a veces de cita forzosamente imprecisa.

La doctrina científica se ha detenido en escasa medida en el estudio del régimen de seguridad social del empleo doméstico. No es objeto de la tesis probar la anterior afirmación. Sin embargo, es una de las dificultades que ha tenido este trabajo: la búsqueda de opiniones doctrinales sobre temas dudosos que afectaban al régimen no ha dado resultado, salvo en los estudios específicos. Lo expuesto vale para temas laborales que le afectan transversalmente y a la vez tienen en el empleo de hogar una gran peculiaridad, como el tiempo de trabajo o el salario en especie, o las cuestiones que se refieren a prestaciones de aplicación general en todos los Regímenes.

A lo largo del trabajo más de una vez se hace mención a actuaciones al margen de la legalidad, tanto de los empleadores como de las trabajadoras y de los gestores del sistema. La cuestión, que ha tenido una presencia continua, explica algunos fenómenos, por lo que resulta un elemento imprescindible al analizar el tema propuesto.

La tesis no llega a recoger las modificaciones legislativas a partir de julio de 2012.

Parte I.

El empleo doméstico en el nacimiento de los seguros sociales

1. Criados y servidores domésticos: concepto, realidad y normativa anterior al Código Civil de 1889

En la sociedad estamental el término criado englobaba muchas situaciones, incluida la condición de esclavo⁷. El uso de la palabra parece remitirse a la disposición por la que quien diese su hijo a criar a otra persona debía pagarle un sueldo “e si tanto (sueldo) no quisiere dar, finque este ninno por siervo daquel queel crió”⁸.

Aunque se refiere inicialmente a la posición de quien se aloja en la casa del amo trabajando en las tareas que aquél le encomienda a cambio de su manutención, los sirvientes también podían estar a sueldo. Las normas antiguas que regulan derechos y deberes recíprocos de amos y sirvientes, llaman a estos últimos sirvientes asoldados⁹, distinguiéndoles de los anteriores y de los esclavos. Por otra parte, el Código de las costumbres escritas de Tortosa, fechado entre 1286 y 1291, establecía diferentes obligaciones del sirviente en caso de enfermedad, “según que comiere y bebiere o no, de su señor”, lo que señala la existencia de sirvientes que no estaban acogidos en la casa para la que trabajaban¹⁰.

Los criados podían estar al servicio del amo y de su familia, en calidad de criados domésticos o dedicándose a otras tareas, como labores del campo o cualquier otra ajena a los servicios personales, diferencia de tareas que tenía algunas consecuencias legales¹¹. La definición del Fuero de Valencia, de 1240¹², sobre

7 Carlos V, en 11 de agosto de 1552, dispuso que no se debía dar “licencia a nadie para llevar esclavos negros con armas, porque ofenden a muchas personas, y no se hace justicia por ser criados de personas principales” *Com. Leyes de Indias*, tomo I, pág. 246. Cit., pág. 273.

8 Fuero Juzgo, Libro IV, Título IV, Ley III. GIBERT, Rafael, refiere el antecedente de la disposición a la Lex Visigothorum (del año 654), IV, 4.3. que establece que el padre que da a su hijo a criar pague un precio hasta que el niño tenga diez años, y que en adelante el sostenimiento se pagará con sus servicios; y si no se paga el precio el niño permanecerá al servicio de quien le crió. En “El contrato de servicios en el derecho medieval español”, *Revista de Política Social* núm. 101, 1974, pág. 12.

9 Fuero de Cuenca, Libro Cuarto, Título V, rúbrica 3. Regula el cese del sirviente a sueldo, estableciendo garantías mutuas. La fecha del Fuero no consta con certeza, se sitúa entre 1190-91. Recogido en CURIEL Luis, *Índice histórico de disposiciones sociales*, Madrid 1946, pág. 9.

10 El Código de Tortosa establecía también en su libro segundo, Rúbrica 4ª, Costumbre 11, obligaciones mutuas entre sirviente y señor en materia de salario, plazo de pago, despidos e indemnización, cese anticipado, rescisión del contrato por su incumplimiento. cit., pág. 92.

11 La Novísima Recopilación distingue criados y domésticos en la Ley II, Título IX del Libro X, de 9 de mayo de 1622, al recoger la prohibición de poner y recibir bienes por tercero interpuesto. Los criados domésticos solteros estaban sujetos a la milicia, según Orden de Carlos III, Mayo de 1737, Novísima Recopilación Libro VI, título VI, Ley XIV, pág. 84. No lo estaban los criados de las personas ilustres que seis meses antes de realizarse el censo estuvieran “sirviendo a la decencia de sus amos, o para la administración de sus Estados o haciendas, como mayordomos, cabaillerizos, secretarios, gentiles hombres y pajes”, pág. 63.

Orden comunicada el 10 de junio de 1790, del Consejo de Indias: los “criados de militares con destino a las labores de sus haciendas de campo, fábricas u otros artefactos o negociaciones ajenas de la milicia, no gocen del fuero concedido por las Reales Ordenanzas del ejército a sus dueños y amos respectivos y a los criados destinados al servicio y asistencia de su persona y familia”. Novísima Recopilación, Libro VI, Tit. IV, pág. 42.

12 Fuero de Valencia, Fuero VII, Rúbrica V, Libro IX, cit., pág. 60.

las personas domésticas, da la imagen del conjunto de personas que convivía bajo la autoridad del pater familias, “son llamadas personas domésticas las esposas, siervos, hombres que ganan sueldo, sobrinos, discípulos, sacristanes y todos los hombres y mujeres que están en compañía de alguno”.

Hasta el Código Civil de 1889, las disposiciones regulando la relación entre amos y criados¹³, aparecen dispersas en múltiples textos legales. La profusa mención a los criados en el Fuero Viejo, Las Partidas y La Novísima Recopilación tiene un fuerte contenido de ordenación de la actividad y garantías en favor del amo frente a ciertas actuaciones de sus servidores domésticos¹⁴, aunque también establece obligaciones recíprocas y medidas de protección de estos¹⁵.

El Fuero de Aragón, de 4 de mayo de 1551, libro IV, dispone que el dueño que no proveyese de alimentos necesarios al criado enfermo, perdería el servicio y el salario; si mientras el criado está enfermo, el amo le proveyese, completo el año o el término, aquél le tenía que indemnizar sirviendo tantos días cuantos estuvo enfermo¹⁶. Y el Fuero del reino de Aragón de 27 de diciembre de 1553, establece que sean ejecutables de inmediato las sentencias que reconozcan salarios de servidores, criados y criadas, jornales, alquileres de peones y jornaleros, no obstante estén recurridas¹⁷.

La Novísima Recopilación¹⁸ recoge la ley de Carlos I de 1518, que declara la prescripción de las deudas salariales de los sirvientes en tres años a partir del despido; en la Pragmática de Felipe II de 2 de marzo de 1619 se disponen los medios de prueba admisibles sobre las deudas salariales de criados y criadas; la Cédula de 16 de septiembre de 1784, consagra el pago privilegiado de los créditos salariales de, entre otros, los criados y por Cédula de 26 de octubre de 1784, la obligación de pago del interés del 3% por demora en el pago de sus salarios; la Real Orden de marzo de 1786, prohíbe hacer valer el fuero y remite a los tribunales ordinarios las reclamaciones salariales de los criados¹⁹.

Los criados estaban sometidos a una especial sujeción personal. El Fuero de Navarra, fechado entre 1234 y 1253, fijaba en qué casos podía el sirviente dejar la casa de quien le empleaba, y establecía que los criados que sirviesen a sueldo debían darle al amo todo lo que ganasen con otro, rebajándose la obligación a la mitad de la ganancia en el caso de los que le sirviesen solo por la comida²⁰.

13 En Las Partidas, la palabra criado se usa en referencia a las personas que recoge y cría un dueño de casa, diferenciándolos de los siervos, GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano “El servicio doméstico ante la legislación social española”, *Revista de Política Social* 1928, núm. 3, pág. 70. Por otra parte, la Novísima Recopilación distingue criados y domésticos en la Ley II, que recoge la prohibición de poner y recibir bienes por tercero interpuesto, de 9 de mayo de 1622 en su Libro X.

14 Pragmática de Felipe II de 25 de noviembre de 1565 sobre prohibición de comprar a los criados cosas de comer y del servicio de las casas; Ordenanzas generales de platería de 1771, prohibiendo comprar alhajas de oro, plata y platería de los dependientes y domésticos; Real Orden 20 de enero de 1784, sobre la imposición de penas a los criados que sedujesen a las hijas, parientas y criadas de la familia.

15 GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano, “El servicio doméstico...”, cit., pág. 69-72; GARCÍA ARAUJO, Edelmira, “El servicio doméstico: problemas y soluciones”, *Revista del trabajo*, 1958, núm. 10-11, pág. 54 y ss.

16 Fuero de Aragón, Libro Cuarto. cit., pág. 265.

17 CURIEL, Luis, *Índice histórico...*, cit., pág. 276.

18 Novísima Recopilación Libro X, Título XI, Ley X, XI, XII, XIII.

19 Novísima Recopilación, Tomo V, Libro X, Título I, De las Obligaciones y Contratos en General.

20 En el Libro I, Título V, Capítulos X y IX. Además, en el XI se fijan cuestiones como los alimentos que los amos debían proporcionarles “no deben dar carne a sus criados, sino el domingo, martes y jueves de cada semana: en los demás días una vez conducho o cebolla, o alguna cosa con que coman el pan; no deben darle merienda en todo el año, sino desde el quinceno día de cuaresma hasta 1º de septiembre; deben darles pan la mitad trigo, y la otra mitad comuña”.

Posteriormente, la Pragmática de Felipe II de 25 de noviembre de 1569²¹, impedía al criado que se hubiese despedido prestar servicios a otro amo en el mismo lugar sin permiso del anterior. Felipe III, en disposición de 14 de agosto de 1599, establecía que el criado que no demostrase estar despedido del amo y haber cumplido su tiempo, no podía ofrecerse a otro, y prohibía que ningún lacayo se concertase por días sino por meses, y que recibiese de salario más de dos reales al día. Se normó asimismo la cantidad y calidad de la comida que se había de dar a los criados, no como garantía de éstos sino como limitación con el fin de impedir que la condición de criado doméstico tuviese una situación de privilegio frente al agrícola o industrial, evitando que se escogiese el servicio doméstico como menos duro que los otros²².

La actividad de los criados era varia, dependiendo de la clase social a la que sirviesen. La nobleza y la alta burguesía utilizaban los sirvientes como expresión de su poder social y posición económica, pero en las residencias de la nobleza, sobre todo en las grandes propiedades agrícolas, se cultivaba la tierra, se fabricaban los muebles, enseres, ropas, se enseñaba, en fin, se realizaba un conjunto de actividades dirigidas a la subsistencia del grupo, anteriores al proceso de división del trabajo que trae consigo la urbanización y la expansión de las relaciones mercantiles²³. La función de representación fue acrecentándose al disminuir la función de producción para el autoconsumo del núcleo doméstico. Dentro del grupo de los sirvientes, había una gran especialización de las tareas. Los sirvientes de hombres eran mayordomos, gentilhombres, ayudas de cámara, criados mayores, lacayos, criados, cocheros, sotas, volantes, cazadores, pajes, caballerizos, peluqueros; los de las mujeres, camareras, doncellas, criadas, pajes, lacayos, y por fin, los sirvientes de las casas, cocineros y cocineras, guardarropas, porteros, niñeras, ayos, profesores de música, tutores, costureras, médicos y capellanes²⁴.

Los sirvientes de las clases medias eran menores en número, y disminuyeron según se fue entrando en el siglo XIX, lo que afectó también a su composición por sexo, aumentando la proporción de mujeres. Éstas se dedicaban principalmente a las tareas de limpieza, plancha y cocina; mientras los hombres hacían de mayordomos y escribientes, y sobre todo se dedicaban a tareas fuera de la casa, como realizar las compras, hacer recados, o acompañar a sus amos sirviendo de signo de su opulencia²⁵. En el servicio de esta clase, las funciones aparecen menos diferenciadas, una familia tiene de dos a cuatro criados, y cada persona cubre varias tareas. El porcentaje de hombres disminuye en la medida en que son prescindibles las funciones de ostentación que desempeñaban y comienza a calar el modelo de austeridad ilustrado²⁶. Las familias de clase media que no tienen medios para mantener un alto número de criados, contratan sirvientes por horas²⁷.

Las clases medias bajas, artesanos y pequeños comerciantes, solían tener un solo sirviente. Cuando la tarea principal era la limpieza y atenciones personales de la familia, se solían ocupar criadas “para todo”, totalmente desaparecida la distinción de funciones del servicio de las otras clases. Los criados y criadas trabajaban en la actividad de sus amos, ayudándoles en su actividad industrial, talleres, ta-

21 Ver en las normas recogidas en La Novísima Recopilación, Tomo II, Libro VI, título XVI sobre “Los criados”. Pragmática de Felipe II, de 25 de noviembre de 1569. El criado que se hubiese despedido, no podía prestar sus servicios a otro amo en el mismo lugar y sus arrabales sin permiso del anterior.

22 BAYON CHACÓN, Gaspar, *La autonomía de la vol.untad en el derecho del trabajo*, Tecnos 1955, pág. 243.

23 SARASUA, Carmen, *Criados, nodrizas y amos. El servicio doméstico en la formación del mercado de trabajo madrileño, 1758-1868*, Siglo XXI, 1994, pág. 73.

24 *Ibidem*, pág. 86-103.

25 *Ibidem*, pág. 105.

26 *Ibidem*, pág. 104.

27 *Ibidem*, pág. 108.

bernas, comercio o transporte. Los jóvenes puestos por sus padres a aprender un oficio en calidad de aprendices, trabajaban en realidad de criados para todas las atenciones de la casa de sus preceptores²⁸. Criados y criadas trabajaban frecuentemente por su manutención, sin más sueldo.

A partir del siglo XVI hubo una tendencia a limitar el número de criados varones²⁹ de ciertas categorías entendidas como suntuarias³⁰. En las normas se aludía a la necesidad de terminar con la práctica de los hombres de abandonar oficios y labores del campo para pasar a cumplir la función de mero objeto de ostentación de sus amos³¹, lo que producía escasez de peones y alza de salarios en el campo³².

No existieron limitaciones al número de criadas. Las pocas disposiciones específicas que aparecen respecto a las mujeres, hacen alusión a las nodrizas, fijando sus salarios o resolviendo sobre el incumplimiento de su contrato³³. Sí existían normas para evitar la ociosidad de las sirvientas y garantizar su servicio. El 19 de agosto de 1614 se publicaban las Ordenanzas de las Casas de Madres de Mozas de Madrid, “para remediar los excesos de las mozas de servicio”. Las Casas eran oficinas de colocación en las que se inscribían las solicitantes de trabajo, que pasaban a ser controladas por la institución, que fiscalizaba su actuación e imponía condiciones cuyo incumplimiento suponía la expulsión de la Corte. Se prohibía a las criadas concertar sus servicios por meses, tenían que permanecer al menos medio año en la casa y cumplir con el tiempo de servicio pactado, si era superior.

El intento de promover que los hombres se dedicasen a tareas más productivas, chocaba con una mentalidad que diferenciaba estrictamente los oficios nobles de los deshonorosos. La Nueva Recopilación, en el libro VI, título I, ley 3, trata de los oficios prohibidos a los caballeros armados, mencionando los sastres, curtidores, carpinteros, pedreros, ferreteros, tendidores, barberos, especieros, recatones, zapateros, y otros oficios bajos y viles.

Durante el reinado de Carlos III se tomaron una serie de medidas para terminar con las reglas que impedían el desarrollo económico, dignificando los oficios viles y mecánicos. La consideración negativa del trabajo mecánico suponía un obstáculo de peso para el incremento de las relaciones económicas³⁴. En el año 1781 se publican dos obras que reivindican la dignidad de todas las actividades, con excepción del servicio doméstico.

28 *Ibidem*, pág. 109.

29 HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel. “Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico”, *Revista de Política Social*, núm. 41, 1959, pág. 14.

30 Pragmática de Felipe IV, de 10 de febrero de 1623, en Libro VI Título XVI de la Novísima Recopilación. Hubo varias otras, referidas a categorías específicas de criados, la de Felipe II de 25-11-1565 sobre lacayos y mozos de mulas, Felipe III de 27-I-1618, sobre límites para los Grandes, y Felipe IV, de 21 de febrero de 1634, referido al límite de escuderos para las mujeres.

31 Felipe II, Cuaderno de Capítulos y Leyes de Toledo, 19 de septiembre de 1560. Ver *Índice histórico...* cit., pág. 287.

32 BAYON CHACÓN, Gaspar, *La autonomía de la voluntad...* op. cit. pág. 239.

33 Alfonso X, 30 julio 1268, fija los salarios de los mancebos y las mancebas, amas para criar, peones con su azada, peones para cavar y podadores, según el lugar y época del año (cit., pág. 31). Acuerdo del Consejo de la ciudad de Valencia de 8 de julio de 1373, contra las nodrizas que antes de cumplir el servicio se van (cit., pág. 113). En otro orden, la Orden de Alfonso X de 1258, prohibía “que ninguna cristiana crie hijo de judío ni moro”, ni a la inversa. (cit., pág. 25).

34 ELORZA, Antonio “La polémica sobre los oficios viles en la España del siglo XVIII”, *Revista del Trabajo* núm. 22, 1968, pág. 69.

En su “Discurso sobre la honra y la deshonra”, de 1781, Antonio Xavier Pérez y López afirma “ahora se ven todas las clases del reino honradas al nivel de la justicia distributiva. El sacerdocio, la nobleza, la milicia, las ciencias, los cargos públicos, las fábricas, el comercio, la labranza, las artes liberales y las prácticas, todos honrados sin confusión”³⁵.

Y, por fin, la justificación de la dignificación está en que “retrayendo a los vasallos de las artes necesaria y útiles, no se pueden perfeccionar estas y por lo tanto se priva al reino de ese beneficio y de las riquezas que producen”.

También en 1781, en su “Disertación sobre el aprecio y estimación que se debe hacer de las artes prácticas”, Arteta de Monteseuro reivindica la dignificación de todos los oficios, nombrándolos y omitiendo el servicio doméstico³⁶.

La Real Cédula de 18 de marzo de 1783 dispuso la “habilitación para obtener empleos de República los que ejercen artes y oficios, con declaración de ser estos honestos y honrados”. Declaraba serlo, “no solo el oficio de curtidor, sino también las demás artes y oficios de herrero, sastre, zapatero, carpintero y otros a este modo son honestos y honrados: que el uso de ellos no envilece la familia ni la persona del que los ejerce (...)”, derogando las anteriores. Por Real Orden de 4 de septiembre de 1803 se aclara el sentido de la anterior señalando “que solo la ociosidad, la vagancia y el delito causan la vileza, que ningún oficio deja de ser bueno, como que no ofende a las costumbres ni al Estado (...)”³⁷.

Con el mismo fin de liberar capacidad de desarrollo económico se derogaron prohibiciones de acceso a las mujeres en ciertos oficios. Carlos III, por Real Cédula de 29 de enero de 1793, declara la “libertad del arte de torcedores de seda en las personas de ambos sexos, y extinción del gremio de ellos”; y de modo más general, por Real Cédula de 12 de enero de 1779, dispuso la “libre enseñanza y trabajo de mujeres y niñas en todas las labores propias de su sexo, sin embargo de las ordenanzas de los gremios”, derogando las prohibiciones que pudiesen contener las ordenanzas de los gremios impidiendo el acceso de las mujeres. Los fines proclamados de tal medida fueron: evitar su ociosidad, darles ganancia, y permitir que los hombres “se dediquen a operaciones más fatigosas, y a que no alcanzan las fuerzas femeninas”, abandonando éstos las “manufacturas menores”. La Cédula de 2 de septiembre de 1784 “Facultad general de las mujeres para trabajar en todas las artes compatibles con el decoro de su sexo”, vuelve a revocar cualquier ordenanza que limitase el trabajo de las mujeres en todas las artes en que quisieran ocuparse “para mayor fomento de la industria y las manufacturas”.

La preocupación por el desperdicio de una mano de obra que hubiese estado mejor empleada en tareas productivas perdura a lo largo del siglo XVIII³⁸, pero las normas limitando los sirvientes varones no tuvieron gran eficacia por sí mismas, a juzgar por la cantidad de ocasiones en que fueron reiteradas³⁹. En el censo de Madrid de 1860, los hombres eran algo más del 40% de los sirvientes⁴⁰. El proceso por el que los varones

35 *Ibidem*, pág. 75. Recorriendo todas las ocupaciones mencionadas, Pérez y López explica que “el epíteto de mecánico” refiriéndose “a algunos oficiales de las artes prácticas, no quiere decir otra cosa sino que usan del mecanismo (...) pero no puede utilizarse dicha palabra en un sentido legal que haga despreciables estos oficiales (...)”. Especialmente, págs. 102 y 121.

36 ARTETA DE MONTESEGURO, Antonio, *Disertación sobre el aprecio y estimación que se debe hacer de las artes prácticas*, Zaragoza 1781.

37 Novísima Recopilación, en el libro VIII, título 23, ley 8; y Tomo II, parte I, cap. 30, núm. 3, respectivamente.

38 SARASUA, Carmen, *Criados, nodrizas...*, cit., pág. 73.

39 HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Miguel, “Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico”, cit., pág. 14.

40 SARASUA, Carmen, *Criados, nodrizas...*, cit., pág. 40.

pasaron a emplearse en otras actividades tiene que ver con los cambios que se produjeron a finales del siglo XVIII en la estructura ocupacional, con la diversificación de la demanda de trabajo masculino⁴¹.

Los criados se mantuvieron hasta entrado el siglo XX al servicio de las familias del medio rural⁴², trabajando en condiciones variables: algunos solo a cambio de la manutención, o de la manutención y el vestir, otros también cobraban en especie (animales) o incluso recibían salario en metálico. Los criados de labor trabajaban sobre todo en la agricultura y tenían unas tareas propias de jornaleros del campo, aunque los salarios de éstos eran superiores. Aún así, las condiciones de vida de los criados eran mejores, al tener alojamiento, vestido y manutención asegurados⁴³ pero tenían una sumisión y dependencia del amo de la que carecían los primeros.

El que los sirvientes tuviesen garantizados los mínimos vitales les daba una ventaja respecto a los demás trabajadores, pero a mediados del siglo XVIII la profesión de servicio doméstico era una ocupación poco honorable, en la que dominaban las mujeres⁴⁴. A pesar de que el servicio doméstico formaba parte de los sectores populares, en un porcentaje importante vivía con la familia a la que servían, y era despreciado por el resto de los trabajadores que lo veían como sumiso, dependiente e identificado con sus amos⁴⁵.

Por Real Decreto de 5 de diciembre de 1883, el Instituto de Reformas Sociales creó una comisión que según el art. 1º tenía como objeto “estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales”. El artículo 2º, tercero, encomendaba a la comisión estudiar específicamente el trabajo de las mujeres y los niños en las fábricas, minas y campos. El cuestionario⁴⁶, que se realizó para el estudio incluía entre las industrias el transporte terrestre y marítimo, la actividad pesquera y minera así como la industria mercantil.

No fue objeto de investigación específico el trabajo de los sirvientes domésticos. El cuestionario contemplaba las industrias domésticas, pero las preguntas se referían a los trabajos que se llevaban a cabo en cada localidad, relación de ese trabajo con el de las fábricas, producto de las industrias, materiales que empleaban y futuro de la actividad, si tendía a desaparecer o se podía desarrollar alguna nueva. Sobre el trabajo de las mujeres, una pregunta general, la 93, inquiría sobre el trabajo de la mujer en la casa y fuera de ella, condiciones en que se verificaba y consecuencias. El resto se

41 *Ibidem*, pág. 41 y ss. Señala que la feminización del servicio doméstico se produjo antes en las ciudades en las que había manufactura, por efecto indirecto de la diversificación de opciones de empleo y por la prohibición directa a las mujeres de acceso al empleo cualificado. Citando a Fernando Díez, *Viles y mecánicos. Trabajo y sociedad en la Valencia preindustrial*, 1990.

42 GARMENDIA LARRAÑAGA, Juan, *El criado o morroi. Visión etno-histórica*, edit. Hiria, 2002, págs. 43-44. Menciona la dureza de sus labores en pág. 22, citando a Juan Ignacio de Arana.

43 La prestación del sirviente se retribuye con alimentos y vestido, normalmente en el caso de los servidores domésticos y nodrizas, pero también en el de los obreros agrarios, cuando se alojan en la casa del señor. Cuando el operario vive independiente, puede recibir bienes y metálico; en la baja Edad Media cada vez se paga más en dinero y menos en especie, salvo en el servicio doméstico, pero el alza de los precios hacía que el pago en metálico fuera económicamente más desventajoso. GIBERT, Rafael, “El contrato de servicios...”, cit. págs. 87-99.

44 GRACIA CÁRCAMO, Juan, “Criados contra amos: la condición social de los sirvientes y los conflictos económicos con sus patronos en Vizcaya (siglos XVIII y XIX)”, *Cuadernos de Sección. Historia-Geografía* núm. 23, Eusko Ikaskuntza, 1995, pág. 109.

45 *Ibidem*, pág. 110.

46 Recogido en “Comisión de reformas sociales: información oral y escrita sobre el estado y las necesidades de la clase obrera (1884-1889)”, selección y notas de IGLESIAS, M^a del Carmen y ELORZA, Antonio, *Revista del Trabajo*, 1969, núm. 25, pág. 180 y ss.

refería a diferentes cuestiones ligadas a su participación en actividades agrícolas, industriales y de servicios públicos.

El informe realizado por Alejandro San Martín hace una relación de los trabajos que se hacían en la casa, y los que se hacían fuera. Respecto a los oficios que se desarrollan dentro de la casa⁴⁷, los atribuye tanto a solteras como a casadas, con la única diferencia de que las casadas tienen que compaginarlos con las faenas que denomina de la exclusiva competencia del ama de casa y el cuidado de los hijos. El detalle de las actividades da cuenta de la penosidad de algunos oficios, dañinos para la vista (calceteras, bordadoras, guanteras), que exigían adoptar posturas incómodas (bordadoras, costureras) o emplear fuerza y soportar altas temperaturas (planchadoras). La lactancia a jornal en el domicilio de la nodriza era infrecuente, se recurría a ella por parte “de los padres que cuentan con recursos limitados y no pueden pagar un ama en su casa”⁴⁸.

Las ocupaciones fuera de la casa se clasificaron en ocupaciones comunes a las solteras y casadas, y ocupaciones de las mujeres solteras. Entre las primeras estaban ocupaciones muy penosas (lavanderas, horneras)⁴⁹, y la de auxiliares de fábrica, tanto en el textil como en la fundición u otras industrias, equiparable en su penosidad al de las minas, y “se paga y aprecia como la mitad del trabajo del hombre”.

Las amas de cría, solteras y casadas se dedicaban a la lactancia fuera de sus casas, en la de los recién nacidos y en establecimientos de maternidad. Según el informe, era un oficio femenino bien pagado. La lactancia asalariada comienza a desaparecer a finales del siglo XIX, pasando a formar parte de las obligaciones maternas dentro del trabajo doméstico⁵⁰. Las nodrizas tenían un alto coste, y su desaparición trae consigo la expansión del empleo de niñeras de hasta 15 años de edad, a las que solo se les mantenía⁵¹.

La de criada de servicio, era una ocupación de las solteras fuera de casa. Se les llamaba “para todo”, cobraban salario escaso y comían mal, pues se alimentaban de las sobras de la mesa de los señores aunque en algunas familias el problema quedaba subsanado con “ciertos aprovechamientos abusivos, que en las familias mejor acomodadas se toleran o pasan desapercibidos”⁵². Las cocineras, estaban mejor pagadas⁵³. Según el informe, las asistentas eran quienes sustituían a las criadas en sus enfermedades,

47 *Ibidem*, pág. 316 y ss. Las profesiones son costureras, encajeras, hilanderas, calceteras, bordadoras, tejedoras, planchadoras, modistas, sastras, costureras para tiendas, guanteras, guarnecedoras y aparadoras de calzado, y amas de cría. Entre las actividades de las mujeres en el campo, la cría de animales y la recolección y preparación de leche, manteca y quesos.

48 *Ibidem*, pág. 317.

49 La ocupación de las lavanderas se describe como la más penosa de todas, diciendo que “se hace todo tiempo al aire libre, exige grandes esfuerzos, tiene plazos fijos y háyase sujeta a no pocas enfermedades por efecto del agua en que es necesario sumergir las piernas hasta la rodilla, por la posición del cuerpo, inclinado durante todo el día y por el contagio que puede producirse si las ropas proceden de enfermos infecciosos. *Ibidem*, pág. 318.

50 SARASUA, Carmen, *Criados, nodrizas...*, en España, el discurso a favor de la lactancia materna aparece en 1629 en la obra del médico Juan Rodríguez Godoy *Tres discursos para probar que están obligadas a criar a sus hijos a sus pechos todas las mujeres, quando tienen buena salud, fuerzas, buen temperamento, buena leche y suficiente para alimentarles*. Posteriormente, en la misma línea, el médico Jaime Bonells publica la obra “Perjuicios que causan al Estado las madres que rehúsan criar a su hijos”, Madrid 1788, cit., pág. 187.

51 *Ibidem*, pág. 193.

52 IGLESIAS, M^a del Carmen y ELORZA, Antonio, “Comisión de reformas...” cit., pág. 319.

53 Según el informe “la cocinera de buena casa que compra mucho se conviene con todos los vendedores para el precio y el peso de los alimentos, con lo que aumenta mucho sus ganancias”. *Ibidem*, pág. 320.

y las que iban a las casas en los periodos que pasaban sin sirvienta. Su condición era lastimosa, pues tenían que trabajar en cuatro, cinco o más casas el mismo día para sacar un salario muy exiguo. Las doncellas de labor, asistían a las señoras, tenían a su cargo la limpieza de la casa y a veces servían la mesa. Cuidaban los niños, y su salario era muy variable.

La condición inferior de las sirvientas era algo asumido⁵⁴. Más tarde, entrado el siglo XX, Clara Campoamor hablaría del “desdén social y legal que para la madre doméstica guardan leyes y costumbres” al hacer una encendida crítica de la exclusión de las domésticas del seguro de maternidad⁵⁵.

2. La regulación de los servicios domésticos en el Código Civil

La Constitución de Cadiz de 1812, dispuso en su art. 258 la unificación de las leyes en todo el reino de España, lo que tuvo su primer intento en el ámbito civil con el Proyecto de Código de 1821.

Siguiendo el art. 25 de la Constitución, el artículo 76 del proyecto estableció la suspensión de la ciudadanía española por el estado de sirviente doméstico, lo que se ha entendido como una medida dirigida a evitar que los sirvientes fortaleciesen el voto de sus amos⁵⁶. Definía el sirviente doméstico como “el que presta servicios puramente mecánicos a favor de otras personas, como objeto principal de su ocupación. La Ley no considera por servicios mecánicos las labores del campo, el ejercicio de las artes, oficios, comercio y otro cualquier género de industria o grangería; la enseñanza y educación de la juventud; el empleo en oficinas de administración, contabilidad u otros semejantes” (art. 79). Se excluye por tanto un conjunto de tareas que podían constituir objeto de la prestación de los criados, perfilando así la condición de servidor doméstico por exclusión. Es doméstico el sirviente que se ocupa de la clase de tareas que no están excluidas, sin que se integre en la definición otros elementos como el ámbito de prestación de los servicios o la cualidad de la persona a quien se sirve.

Antes del Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881 da en su artículo 660 lo que se ha entendido⁵⁷ como primera definición técnica del servicio doméstico. Al regular las causas de tacha de testigos, incluye entre otros, la condición de criado o dependiente, entendiéndose por tal “el que viva en las casas del litigante y le preste en ellas servicios mecánicos mediante un salario fijo, y por dependiente el que preste habitualmente servicios retribuidos al que lo hubiese presentado por testigo, aunque no viva en su casa”. En la terminología de la época, trabajo mecánico significaba trabajo manual, siguiendo la contraposición entre artes mecánicas y artes libres⁵⁸. Qué debía entenderse por trabajo mecánico y la convivencia como condición esencial al servicio doméstico fueron cuestiones

54 SOTO CARMONA, Álvaro, *El trabajo industrial en la España Contemporánea (1874-1936)*, edit. Anthropos, 1989. En pág. 154, cita a Concepción Arenal, que en su obra *El pauperismo*, de 1897, pág. 327-328, habla de la facilidad con que las sirvientas se dejan seducir por sus amos y a Carmen MÁRQUEZ, que en la revista *Paz Social* de 1915, en pág. 2, en un artículo titulado “El servicio doméstico” se refiere a las organizaciones que educan a las sirvientas, adaptándolas a su condición inferior.

55 CAMPOAMOR, Clara, “La extensión del seguro maternal” de la *Revista de Política Social*, núm. 2 de 1928, págs. 44 a 52.

56 MONTALVO CORREA, Jaime, *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Civitas 1975, pág. 78.

57 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, núm. monográfico *Las relaciones laborales de carácter especial*, **Documentación Laboral**, diciembre 1985, págs. 189-190.

58 BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La relación jurídica de servicio doméstico”, *Revista de Trabajo* 1960, núm. 3, pág. 45.

posteriormente objeto de debate en el contexto de procesos judiciales discutiendo la aplicabilidad o no de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900.

El Código Civil de 1889, reguló la prestación voluntaria de trabajo dentro del Título dedicado al contrato de arrendamiento, en el Capítulo III, dedicado al arrendamiento de obras y servicios. Según el artículo 1544, en el arrendamiento una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por un precio cierto, lo que comprende el trabajo en si mismo, independientemente del resultado, o su producto.

En la sección primera, titulada “Del servicio de criados y trabajadores asalariados”, se incluía en el mismo modelo contractual el servicio de criados y la prestación de servicios de los demás trabajadores asalariados. La escueta mención del art. 1584 del Código Civil al “criado doméstico destinado al servicio personal de su amo o de la familia de éste” indica la existencia de otros criados domésticos no dedicados al servicio personal.

Comentando el Código Civil en 1908, José María Manresa Navarro⁵⁹, distingue tres clases de trabajadores, los intelectuales, que desempeñan profesiones propias de las llamadas artes liberales, y los manuales, dentro de los que hay dos especies: por un lado los domésticos, que son quienes realizan actos en la casa (domus) y prestan sus servicios a la familia, y los operarios, los que ejercen un oficio o arte de las no liberales, que trabajan para un patrón, recibiendo de él un salario o merced, pero que viven independientemente y sin relación alguna de domesticidad.

Trazada la divisoria entre el servicio doméstico y el de los operarios en la convivencia o relación de domesticidad, la doctrina civilista fue unánime al considerar que una parte de los trabajos realizados en el marco doméstico quedaban fuera de la condición de servicio doméstico: los realizados por personas cualificadas⁶⁰. Así, no debían incluirse personas como “maestros o preceptores, institutrices, secretarios, etc., en quienes tal vez se puede encontrar la relación de domesticidad, pero respecto de los cuales falta la condición de ser su trabajo manual, de ser verdaderos criados, y no hay que olvidar que la cualidad de domésticos la referimos siempre a los criados”⁶¹.

Según Scaevola⁶², la relación entre amo y criado mantiene una cualidad de la antigua servidumbre: la adscripción y “de la adscripción nace la universalidad de los servicios, desde los más humildes hasta los de confianza, y esta universalidad de servicios explica la convivencia (sic) casi corriente del amo y de los criados (...) El criado es la extravasación personal del señor en todo lo que por

59 MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1908, tomo X, pág. 723. Citando a Cavallaro Freni en la obra *La locazione di opere e il contratto di lavoro*, de 1894.

60 MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código...* cit. pág. 736, siguiendo a Freni. En el mismo sentido, VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil español*, 1937, tomo III, pág. 601-602, señala que quedan fuera del código los servicios de las profesiones liberales. También CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, edit. Reus 1944, tomo III, pág. 202.

61 MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código...* cit., pág. 736, citando a Cavallaro Freni en la obra *La locazione di opere e il contratto di lavoro*, de 1894.

62 SCAEVOLA, Q. M. *Código Civil concordado y comentado extensamente*, ed. Reus, 1951, tomo XXIV, págs. 25-26.

impropio, por humilde, por bajo, por vil rebajaría la alteza de aquél si por sí mismo lo ejecutara”⁶³. Con fundamento en el uso social de la palabra criado, entendió que la norma acogía a todos los criados, fueran domésticos o de labranza, dándole a la palabra el sentido del Código de Napoleón, en el que el Código Civil se había inspirado. Consecuente con la consideración de la convivencia como nota del criado doméstico, incluía también el que prestaba servicios en hospederías, “a cambio del sustento, el vestido, la habitación y la asistencia”, recibiendo cantidades variables en metálico con las propinas de los huéspedes⁶⁴.

La confusión de términos duró un tiempo, a lo largo del cual, en palabras de González-Rothvoss hubo un proceso de desintegración del concepto de doméstico, del que diversos núcleos de individuos se fueron separando como si se tratase de un recinto infectado del que huir⁶⁵.

3. El servicio doméstico en la legislación del trabajo

De acuerdo con la clasificación de Rosa Quesada⁶⁶, el servicio doméstico ha recorrido cuatro etapas en relación con la legislación positiva del trabajo, previas a la regulación como relación laboral especial. Su reconocimiento como contrato de trabajo en los Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo, la exclusión cuando por fin se realiza la primera disciplina laboral, su inclusión formal en la Ley republicana de contrato de trabajo y la exclusión de la ley franquista de contrato de trabajo.

3.1. Los proyectos de Ley de Contrato de Trabajo

La Real Orden de 9 de noviembre de 1902, establecía las bases para un proyecto de reforma del Capítulo del Código Civil que trataba del arrendamiento de obras y servicios, clasificando en 8 apartados los servicios que debían ser objeto de la regulación del contrato de trabajo, clasificados “por la naturaleza de los servicios que hayan de prestarse”. El apartado 2º contenía “los referentes al servicio doméstico, cualquiera que fuese su naturaleza”, y el apartado 3º, “los relativos a servicios especiales que hubiesen de prestar, dentro o fuera de los de casa, determinadas personas por su título, profesión u ocupación habitual, como el de educación y dirección de los menores de edad, el de enseñanza de los mayores o menores, el de asistencia médica, el de servicios religiosos u otro análogo”⁶⁷. La distinción entre el apartado 2º y 3º vuelve a remitir a una definición del servicio doméstico como aquello que tiene por objeto ocupaciones manuales⁶⁸ frente a las ocupaciones profesionales.

63 SCAEVOLA, Q. M. *Ibidem*, pág. 27. Citando a Dalliz, dice que se entienden por obreros propiamente dichos los que concurren bajo la dirección de un patrono al ejercicio de una profesión manual o de un arte mecánico; y en un sentido más amplio, los que no siendo criados entran en la denominación general de gentes del trabajo. Entre los obreros propiamente dichos incluye los que trabajan en el taller de un carpintero, de un cerrajero, de un mecánico; entre los segundos a los jornaleros, albañiles, vendimiadores, obreros de fábrica, y en suma, a cuantos a cambio de un salario ejecutan un trabajo corporal. Cavallero Freni, llama operarios a todos aquellos que viven del ejercicio de un arte u oficio, arrendando por días o por tiempo determinado sus obras a cambio de una merced; pero sin estar subordinados a un amo ni recibir de él habitación y alimentos.

64 SCAEVOLA, Q. M. *Ibidem*, pág. 45.

65 GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano, “El servicio doméstico...”, cit., pág. 74.

66 QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio doméstico*, La Ley 1991, pág. 30.

67 VV. AA., Real Orden de 9 de noviembre de 1902, *La legislación social en la historia de España de la revolución liberal a 1936*, ed. Congreso de los Diputados 1987, pág. 1118.

68 CUEVA PUENTE, María del Carmen. *La relación especial de los empleados de hogar*, Lex Nova 2005, pág. 36.

La propuesta, que ha sido calificada de altamente progresiva⁶⁹, establecía la obligación de los jefes de familia de tener a los criados en las debidas condiciones de higiene y moralidad, así como asistirles en los casos de enfermedad en la forma menos gravosa para ellos, sin extender la obligación a los casos de enfermedad contagiosa o impedimento prolongado, que era causa de extinción de los contratos, y sin perjuicio de la obligación de los amos de socorrer en la medida de sus fuerzas a aquellos criados que le hubiesen servido fielmente durante determinado número de años.

La reforma del Código Civil no se llevó a cabo, y los proyectos sucesivos⁷⁰ son ya intentos de regulación del contrato de trabajo de una manera autónoma.

Las Bases para un proyecto de ley de Contrato de Trabajo, presentadas al Instituto de Reformas Sociales por Gumersindo de Azcarate el 20 de abril de 1904, definían en la I el objeto del contrato de trabajo como la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya fueran industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos. La norma no contiene una definición del servicio doméstico, y la única mención específica es la de la base XI, que al establecer que el pago de la retribución debía ser semanal, y como máximo quincenal, la fijaba mensual en el caso del servicio doméstico.

El proyecto de Ley de contrato de trabajo presentado por Bernabé Dávila el 1 de noviembre de 1906, definía como el anterior el objeto del contrato de trabajo. El art. 7º establecía de manera general una jornada de 8 horas diarias, y que la jornada en los servicios domésticos, de navegación y agrícolas, a falta de pacto expreso, se determinaría por el uso. Declaraba la nulidad de los contratos que estipulasen una jornada inhumana.

El proyecto de De la Cierva, presentado el 29 de mayo de 1908, en su exposición de motivos anunciaba el desglose “de la denominación genérica de contrato de trabajo de los agrícolas y los domésticos, que si tienen con los industriales y mercantiles notorias analogías, presentan, por otra parte, diferencias tan esenciales que obligan al legislador a regularlas en leyes distintas, porque la heterogeneidad de la materia legislable dificulta, cuando no imposibilita, la especialización de las disposiciones, resorte capital para su eficacia”. En consecuencia, el art. 1º exceptuaba de las disposiciones de la Ley los trabajos agrícolas cuando no se hiciera uso de motores mecánicos, los domésticos, los de aprendizaje y los que celebrasen las Casas navieras con los tripulantes de sus buques. El proyecto del Ministro Fernando Merino, presentado el 16 de julio de 1910, retomaba en su art. 1º la definición del proyecto Azcarate sobre el objeto del contrato, incluyendo de nuevo los servicios domésticos, proyecto igual que el de Sánchez Guerra, presentado el 12 de junio de 1914 y el de Ruiz Jiménez en mayo de 1916.

El 10 de junio de 1914, el diputado Barriobero presentó al Congreso una proposición de ley⁷¹ que mejoraba sustancialmente las condiciones de trabajo de los servidores domésticos. Entre otras disposiciones, obligaba a quien tuviese en su domicilio servidores domésticos a proporcionarles asisten-

69 BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La relación jurídica de servicio doméstico”, *cit.*, pág. 48.

70 Recogidos en Boletín de Reformas Sociales (1903-1924), archivo de ordenador, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

71 Ver *Diario de Sesiones de Cortes*, apéndice 5º al núm. 56, 1914. DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, calificó el proyecto de sectario por cómo estaba concebido, en “La relación laboral de carácter especial ...”, *cit.*, pág. 49. QUESADA SEGURA, Rosa, lo califica de proyecto de escaso interés jurídico, en *El contrato de servicio...*, *cit.* pág. 33.

cia médico-farmacéutica en caso de enfermedad⁷². Proponía excluir de tal concepto a los cocheros, conductores de automóviles y demás sirvientes que, aun cuando fueran domésticos, lo fuesen en virtud de tener un oficio de los que requieren aprendizaje, incluyéndolos en la Ley de Accidentes de Trabajo. No contenía una definición, pero de nuevo, por exclusión, el servicio doméstico era un oficio que no exigía aprendizaje.

En el siguiente proyecto, el de Burgos y Mazo, presentado el 14 de noviembre de 1919, el contrato de trabajo se definía en el artículo 1º como un convenio por el cual una persona promete a otras la prestación retribuida de servicios, y el art. 3º clasificaba en seis los posibles objetos del contrato, uno de ellos eran los servicios domésticos. El capítulo VI regulaba el contrato de servicio doméstico, definiéndolo como aquél que presta un criado en la casa del amo, o en sus dependencias, al servicio inmediato de su persona o familia, o en las cosas de su uso. Según el art. 76, en el contrato doméstico se podían establecer obligaciones, entre ellas la asistencia en caso de enfermedad. Los contratos de trabajo femenino doméstico tenían condiciones especiales de trabajo, entre las que estaba el derecho a dormitorio independiente, con luz y aire suficientes y con cerradura interior⁷³; el art. 81 obligaba al amo a instalar a cualquier criado en una habitación segura e higiénica. En el año 1920, el diputado Goicoechea y otros presentaron a las Cortes una proposición de ley para la realización de un código del trabajo dentro del que se contuviesen normas especiales para los domésticos⁷⁴.

El anteproyecto de Ley de contrato de trabajo redactado conforme a los criterios del Instituto de reformas sociales el 16 de octubre de 1922, establecía que el contrato de trabajo comprendía todas sus clases, pero en el caso de los transportes marítimos, trabajo a domicilio y servicio doméstico, difería la aplicación de las reglas del contrato a la realización de reglamentaciones adecuadas a la índole de cada uno de los trabajos.

3.2. La calificación del servicio doméstico en las primeras normas del trabajo y la jurisprudencia

La configuración jurídica del servicio doméstico con independencia de otras relaciones de servicios, tiene lugar cuando la situación social de convivencia entre patrono y servidor desaparece a impulso del desarrollo económico⁷⁵.

En el reconocimiento de la condición de operario, por contraposición a la de servidor doméstico, estaba en juego la aplicación de las incipientes leyes sociales en materia de accidentes de trabajo, jornadas y

72 Además, el proyecto obligaba a quien tuviere en su domicilio servidores domésticos a realizar contrato escrito con las circunstancias de lugar, salario, duración y clase de servicios; indemnización de un mes por despido; obligación de realizar tres copias del contrato, una para cada participante y otra para remitir al Instituto de Reformas Sociales; reconocimiento a los servidores del beneficio de pobreza para litigar contra sus amos; competencia de los Tribunales municipales para las reclamaciones en aplicación de la ley.

73 Las disposiciones específicas se referían a jornada, descansos, y protección frente al despido. Según el art. 76 eran: ocho horas ininterrumpidas de descanso nocturno, descanso en la tarde del domingo, una hora libre en los días festivos para cumplir con los deberes religiosos y una tarde libre entre semana para sus relaciones familiares y sociales. Pero el art. 19 excluía el servicio doméstico de la jornada máxima de 8 horas, junto con los servicios de guardería rural. Respecto al despido, exigía un preaviso de ocho días o su compensación económica, salvo que hubiese cometido faltas de las castigadas penalmente, en todo caso, no se le podía despedir después de las cuatro de la tarde.

74 GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano, “El servicio doméstico...”, cit., pág. 79.

75 BORRAJO DACRUZ, Efrén “El concepto de socio beneficiario del servicio doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, 1959, vol. 2, pág. 400.

descansos y la cuestión de la competencia de los Tribunales Industriales en los litigios derivados del contrato, aunque la aplicación de cada una de las primeras normas tenía un ámbito desigual también respecto a los considerados operarios.

La Ley de Accidentes de Trabajo de 1900 definía el operario protegido como todo aquél que ejecutara habitualmente fuera de su domicilio trabajo manual por cuenta ajena, y el patrono como el titular de la obra, explotación o industria donde el trabajo se prestase. El artículo 3º de la norma contenía una relación de actividades protegidas, en la que no aparecía el servicio doméstico. Aun cuando el apartado 16 del artículo declaraba incluidos los trabajos similares, los domésticos no se consideraron nunca asimilables, en función de las características de los sujetos y el conjunto de notas de las actividades objeto de protección.

La Ley de Tribunales Industriales de 1908, cuyo ámbito de aplicación era más amplio que el de la Ley de Accidentes de Trabajo, excluye en su art. 2º explícitamente a las personas cuyos servicios fueran de índole puramente doméstica, aunque no se define el concepto.

Muestra de la tendencia a asimilar al servicio doméstico las actividades no directamente productivas, se debate en los tribunales si el vigilante nocturno de una joyería es operario o criado, por el hecho de no realizar trabajo manual⁷⁶ o si el mozo de un periódico lo es⁷⁷. En ambos casos, el TS les declara obreros.

3.2.1. La ausencia de fin de lucro del empleador

La ausencia de fin de lucro por parte del empleador como una de las notas específicas del contrato doméstico no aparece de forma explícita en las normas laborales hasta el año 1920. Sin embargo, sí había tenido anteriormente un carácter delimitador para el TS en el debate sobre la laboralidad de los chóferes particulares⁷⁸, cuya actividad era externa a la vivienda y su profesión no se reputaba de doméstica, en el sentido de las tareas a desarrollar.

El RD de 13 de noviembre de 1900, Reglamento de la Ley de accidentes de Trabajo, declaró patronos al Estado, Diputaciones y Ayuntamientos a efectos de la protección de accidentes, pero la cuestión de quienes trabajaban al servicio de entes sin fin de lucro siguió siendo conflictiva.

El TS pronto declaró patronos a los propietarios de entes benéficos particulares y a los de titularidad del Estado, Diputaciones y Ayuntamientos, descartando que la finalidad de lucro fuese una nota exigible a la laboralidad. La ausencia de fin de lucro no exime a una entidad benéfica contratante de la condición de patrono, porque solo es servidor doméstico el contratado para trabajar en una casa o morada particular⁷⁹.

Posteriormente, el Reglamento de la Ley de accidentes de trabajo de 1922, RD de 29 de diciembre de 1922, aclara la cuestión al incluir expresamente en su ámbito de aplicación al personal asalariado de establecimientos de beneficencia en su art. 2.5º. Excluyó al servicio doméstico en su artículo 5, “enten-

76 STS de 12-10-1914, *CL, Jurisprudencia Civil*, 1914, Vol. III, pág. 400.

77 STS 12 de abril de 1916. Recogida en ALBACAR LÓPEZ José Luis, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium 1992, pág. 1154.

78 STS 10-2-1917, *CL, Jurisprudencia Civil*, vol. I, de 1917, pág. 319, declara doméstico al cochero al servicio de una familia.

79 STS 18-6-1918, *CL Jurisprudencia Civil* 1918, núm. 143, vol. 2º, pág. 714. Se refería al accidente de un carpintero de taller de la Asociación benéfica Bazar del Obrero. La doctrina se mantiene en STS 1-6-1940, RJ 538.

diendo por servidor doméstico el que, mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella 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, de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él”.

A pesar de los trazos de la definición, en la doctrina judicial siguen apareciendo manifestaciones de la doctrina de la exclusión de los servicios de domesticidad, entendiéndose por tales los de limpieza y cocina, aun cuando se diesen fuera del ámbito de un hogar familiar⁸⁰ al servicio del negocio del empleador⁸¹, o en el caso de que el trabajo para el hogar y el negocio estuviesen unidos⁸².

La ausencia de fin de lucro como nota del servicio doméstico aparece también en la Real Orden de 23 de enero de 1923, que declara que el trabajo de aprendiz de jockey no puede incluirse entre los servicios domésticos porque lo que caracteriza esta clase de servicios es el no producir ganancia para el patrono.

3.2.2. El caso del trabajo en la hostelería

Los debates sobre la condición o no de servicio doméstico tuvieron lugar inicialmente en torno a la aplicación de la Ley de Descanso Dominical de 3 de marzo de 1904 a camareros, cocineros, pinches y criados de hoteles, restaurantes, fondas y cafés⁸³, que en un principio no estaban incluidos expresamente entre los sectores exceptuados del descanso. Resolviendo sobre la cuestión, la Real Orden de 7 de mayo de 1913 los exceptúa, por asimilación a los domésticos. El preámbulo de la Real Orden fundaba su condición doméstica en la jurisprudencia derivada de la aplicación de la Ley de Accidentes de Trabajo. La norma fue suspendida como efecto de la presión de las asociaciones de trabajadores del sector⁸⁴.

La cuestión del carácter obrero o doméstico de los trabajadores de hoteles y fondas se definió en el caso de los cocineros por la Real Orden 26 de enero de 1918, que deslindaba el servicio en un establecimiento público del que se presta en una casa particular, y consideraba patrono al propietario de la industria hostelera respecto a los cocineros que trabajasen en establecimientos públicos y no se dedicasen al servicio exclusivo de los propietarios, sus dependientes y criados. La norma que reconoce el carácter laboral de los cocineros, contrapone este oficio que “supone un aprendizaje y cabe en él mayor perfeccionamiento” al trabajo de los camareros, con los que “existe una notable diferencia profesional”. La nota de cualificación vuelve a aparecer como seña de actividad laboral diferente de la propia del criado, lo que se volverá a repetir más adelante respecto a los chóferes.

Posteriormente, la Real Orden de 15 de enero de 1920, sobre excepciones a la jornada máxima legal, declaraba exceptuado en el art. 1.1º “el trabajo de las personas empleadas en el servicio doméstico”

80 STS 29-4-1924, *CL Jurisprudencia Civil* 1924, tomo 162, vol. II, pág. 285. Declara no aplicable la legislación de accidentes a la limpiadora de una entidad recreativa.

81 STS 29-10-1927, *CL Jurisprudencia Civil* 1928, tomo 153, vol. V, pág. 746. No es aplicable la legislación de accidentes a la limpiadora de un negocio de ultramarinos.

82 STS 7-5-1929, *CL Jurisprudencia Civil*, vol. 3º de 1929, tomo 189, núm. 21, pág. 151. Es doméstica y no obrera la cocinera de una casa de prostitución, contratada por el amo de casa y a la vez dueño del negocio.

83 Testigo de la confusión de figuras es el civilista Scaevola, para el que criado doméstico incluía el que prestaba servicios en hospederías, “a cambio del sustento, el vestido, la habitación y la asistencia”, recibiendo cantidades variables en metálico con las propinas de los huéspedes. SCAEDEVOLA, Q. M. *Código Civil concordado y comentando extensamente*, ed. Reus 1951, tomo XXIV, pág. 45.

84 GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano, “El servicio doméstico...”, cit., pág. 74.

y en el 1.º “el servicio de camareros de hoteles que por estar alojados en el mismo establecimiento y atender al cuidado de las habitaciones y asistencia personal de los huéspedes, participan del carácter de servidores domésticos”.

Pero el tratamiento no era igual, la norma reconocía a los camareros derecho a 8 horas diarias de descanso nocturno, inexistente en el caso de los servidores domésticos propiamente dichos.

La Real Orden de 31 de marzo de 1920 vuelve a tratar la cuestión del régimen de jornada del personal de hostelería, que según el preámbulo era objeto de continuas diferencias de criterio. Es en este contexto de conflicto que aparece por primera vez una definición que pretende establecer con claridad cuál es el límite de lo doméstico, y es la que pasaría más tarde al Reglamento de accidentes de 1922, al Código del Trabajo de 1926 y normas posteriores.

El art. 3º de la RO de 31 de marzo de 1920 dice que a los cocineros, reposteros, pinches, ayudante, mozos, etc. que trabajan en casas particulares dedicados al servicio exclusivo de sus amos y de su dependencia, no les serán aplicadas las leyes sociales, porque son considerados servidores domésticos, “entendiendo por servidor doméstico el que, mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella 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, de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él”. Por otra parte, y respecto a quienes no trabajan en una casa o morada particular, sino en establecimientos al servicio público, dispone que también pueden ser domésticos, pero solo en el caso de que se dediquen al servicio exclusivo del dueño de la industria y sus dependientes. Es significativo lo dispuesto respecto a las mujeres en el art. 4º, según el que “las camareras de hoteles, fondas, restaurantes, cafés y similares no podrán ser consideradas servidoras domésticas”.

El TS ya había declarado la condición de obrero del trabajador de un establecimiento de hostelería, contraponiéndolo a aquél que trabajase en la casa particular del titular del negocio como servidor doméstico⁸⁵. Ya vigente el art. 3º de la RO de marzo de 1920, el TS continuó considerando que la norma sobre jornada máxima no era aplicable a los camareros alojados en los establecimientos hoteleros, pero sí al resto de los trabajadores de hostelería, independientemente de su clase de trabajo⁸⁶.

3.2.3. El trabajo de los chóferes particulares

En torno al debate sobre accidente laboral de un chófer particular, la STS de 28 de agosto de 1917⁸⁷ se pronuncia declarando su carácter de servidor doméstico, aclarando dos cuestiones: que no es condición imprescindible para ser doméstico el alojamiento en la casa del amo y tampoco es necesario que la actividad se produzca dentro del marco físico del hogar. La cualidad del trabajo, transporte por vía terrestre, señala el Tribunal que sería de los comprendidos en el art. 3.8 de la Ley de Accidentes de Trabajo en el marco de los servicios a un patrono, pero no lo es al realizarse a las órdenes y como servicio personal de un amo y de su familia.

85 STS 16-2-1918, *CL Jurisprudencia Civil* 1918, vol. 1º. Tomo 142, núm. 57, pág. 331.

86 STS 8-3-1928, *CL Jurisprudencia Civil* 1928, tomo 182, núm. 40, pág. 228. Declara no doméstico y sujeto a la ley de jornada máxima el trabajo de lavandera en un hotel.

87 Publicada el 28-8-1917, en *CL Jurisprudencia Civil*, 1917, vol. I, pág. 315. En el mismo sentido, la STS de 18-3-1919, publicada el 23-7-1919, vol. I, núm. 145, pág. 553, declara la incompetencia del Tribunal Industrial para conocer de la reclamación de un chófer particular.

La doctrina del TS da un giro a partir de la sentencia de 3 de enero de 1920⁸⁸. En ella, se reconoce la condición de obrero mecánico al chófer particular, con una nueva interpretación de lo que son los servicios de índole puramente doméstica excluidos del ámbito de la Ley de Tribunales Industriales. El destinatario y la finalidad del servicio dejan de ser elementos a considerar, y pasa a serlo la clase de trabajo. Aparece de nuevo la cualificación profesional que requiere la tarea a desempeñar como nota excluyente de la domesticidad. El cambio fue favorablemente acogido por González-Rothvoss⁸⁹, por lo que significaba de progreso en la situación de los chóferes, que de suyo encajaban perfectamente en las características de los criados. El INP, por acuerdo de 21-10-1921 declaró a los chóferes particulares incluidos en el Retiro Obrero⁹⁰.

3.3. La regulación en el primer Código del Trabajo

El Código del Trabajo de 23 de agosto de 1926 no supuso ninguna variación en la definición del servicio doméstico, y tampoco cambió la línea de exclusiones anterior⁹¹. Define el contrato de trabajo como aquél por virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a un patrono por un precio cierto, y no excluye explícitamente de su definición a los servidores domésticos. Con respecto a la regulación en el terreno laboral, la doctrina entendió que al hablar el primer artículo solo sobre patronos y obreros, la exclusión del servicio doméstico provenía de la propia definición.

En el Libro Tercero de la norma, dedicado a los accidentes de trabajo, el art. 147 excluía al servicio doméstico de la responsabilidad en materia de accidentes de trabajo, definiéndolo mediante la transcripción literal de servicio doméstico de la Real Orden de 31 de marzo de 1920. En el libro Cuarto, dedicado a los Tribunales Industriales, se excluyen de nuevo del concepto de obrero los servicios de índole puramente doméstica (art. 427), lo que deja la actividad fuera del ámbito de la jurisdicción de los Tribunales Industriales.

La exclusión no alcanza a los chóferes particulares, cuya condición laboral se declara por Resolución de 6 de abril de 1931⁹². En todo caso, el término servicio doméstico siguió utilizándose con ambigüedad, el TS habla de servicios domésticos desarrollados en una clínica dental⁹³.

3.4. La regulación laboral del servicio doméstico durante la II República

La Ley de Contrato de Trabajo de 21-11-1931, en su art. 2º disponía: “el objeto del contrato a que se refiere esta Ley es todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones, incluso el doméstico”.

88 Publicada el 10-6-1920, en *CL Jurisprudencia Civil* 1920, vol. I, núm. 149, pág- 32. La doctrina sobre la condición de obrero de un chófer particular se repite en la STS 27-4-1921, en *CL Jurisprudencia Civil* 1921, vol. II, núm. 153, pág. 147. La STS de 1-5-1928, publicada en *Alcubillas, Diccionario de la Administración española*, apéndice de 1930, pág. 645, declara la condición de servidor doméstico de un chófer que además prestaba otros servicios de confianza.

89 GONZÁLEZ ROTHVOS, Mariano, “El servicio doméstico ... “ cit., pág. 75.

90 *Ibidem*, pág. 77.

91 CUEVA PUENTE, Mª del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit. pág. 43.

92 GARCÍA OVIEDO, Carlos, *Tratado elemental de Derecho Social*, Segunda edición, 1946, pág. 142.

93 STS 23-4-1931, *CL Jurisprudencia Civil* tomo 199, 2º de 1931, núm. 132, pág. 743.

El Código del Trabajo de 1926 estaba incluido en el listado de las normas que el Decreto de 24 de junio de 1931 declaró vigentes, con lo que siguió siendo de aplicación en todo lo que no contradijese las disposiciones de la posterior LCT de 1931. Esta norma no varía el concepto de servicio doméstico, y el que lo incluyese en la definición de su art. 2º no trae consigo un cambio sustancial en el tratamiento legal. La inclusión del servicio doméstico en la LCT fue sobre todo una alusión de principio⁹⁴. El no haberlo regulado teniendo en cuenta sus particularidades dio lugar a que su aplicación en los términos de la legislación general resultase imposible⁹⁵.

En el área de los avances, se incluyó al sector en la Ley de Colocación Obrera de 27 de noviembre de 1931, aunque con especialidades⁹⁶, y según el TS el servicio doméstico pasó a estar bajo la jurisdicción de los Tribunales Industriales⁹⁷, aunque siempre respecto a relaciones laborales que hubiesen transcurrido después del cambio legal⁹⁸.

Sin embargo, la primera exclusión de una ley laboral republicana se produce inmediatamente, en el art. 104 de la Ley de Jurados Mixtos de 27 de noviembre de 1931. Tampoco fue aplicable la Ley de 1 de julio de 1931 sobre Jornada Máxima de Trabajo.

En esta fase aparece más clara la delimitación del concepto de servicio doméstico, del que el TS realiza una interpretación restrictiva, en lo que supone un giro respecto a la doctrina contenida en sentencias anteriores. La STS de 30 de noviembre de 1932 (RJ 3679), interpretando el art. 427 de la LCT de 1926 sobre exclusión del servicio doméstico de la competencia de los Tribunales Industriales, declara que no son domésticos todos los trabajos realizados en una casa particular para la directa utilidad personal de su titular o la de sus familiares, sino solo aquellos que impliquen dependencia constante y directa del servidor, sin determinación concreta o específica que implique el ejercicio de un oficio. En el caso juzgado, distingue el servicio propiamente doméstico del que presta el mozo dedicado al cuidado y limpieza de guarniciones de los coches del demandado, con independencia de que el contratante fuese un amo de casa y que el obrero se alojase en la morada de aquél.

La misma interpretación restrictiva se reitera en la STS de 13-12-1933 (RJ 731), negando el carácter de servidor doméstico al criado que realiza actividades extrañas a la asistencia personal del contratante y a los menesteres de una casa-morada.

Sin embargo, en el caso de quien trabaja exclusivamente en las atenciones personales, la cualificación del trabajo no es obstáculo para que sea doméstico. Es el caso de un enfermero que se dedica a atender

94 CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial... cit.*, pág. 45.

95 QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio... cit.*, pág. 38.

96 El artículo 4º de la norma disponía que la oficina de colocación tuviese las siguientes secciones: agricultura, industria, comercio y profesiones domésticas. El art. 13, que daba al Gobierno la posibilidad de establecer la obligación de acudir a las oficinas de colocación para buscar trabajadores, exceptuaba de tal medida a las empresas de menos de cinco trabajadores y a las profesiones domésticas.

97 STS 8-6-1936 (RJ 1318) declara la competencia del Tribunal Industrial en pleitos de servicio doméstico a partir de la fecha de entrada en vigor de la LCT de 21 de noviembre de 1931; la STS 28-11-1939 (RJ 385) declara la competencia de las Magistraturas de Trabajo, sucesoras de los Tribunales Industriales, señalando que en el conflicto de aplicación del todavía vigente Código del Trabajo de 1926, en los arts. 427 (que excluye de los Tribunales Industriales al personal doméstico) y el 435 (que declara la competencia para entender de las reclamaciones de los obreros), prima la disposición de la LCT de 1931 reconociendo al servicio doméstico la condición de obrero.

98 El TS no acogió las reclamaciones de servidores domésticos cuyo trabajo se había desarrollado antes del cambio. Véase STS de 29-12-1933, en RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel, *Doctrina Laboral del Tribunal Supremo*, tomo I, 1953, pág. 131; y STS 11-5-1933, cit. pág. 132.

día y noche a un enfermo en su domicilio (STS 11-5-1933⁹⁹). Por su parte, el criado doméstico se distingue del criado de labranza, que es obrero dada la índole de su labor¹⁰⁰.

3.5. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944

La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Decretos de 26 de enero y 31 de marzo de 1944) derogó totalmente la de 1931, y parcialmente la de 1926.

En su artículo 1º definía el contrato de trabajo como aquél en el que una o varias personas participan en la producción para uno o varios patronos o empresarios o una persona jurídica de tal carácter. En el art. 2 c) excluía de su ámbito “el servicio doméstico, entendiéndose por tal el que se preste mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella, y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de cada que no persiga fin de lucro para trabajar en una casa o morada particular, al servicio exclusivo de su familia o de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él”, definición que en nada cambia la del art. 147 del Código del Trabajo de 1926.

La irrelevancia de la clase de servicio y la importancia del carácter del empleador había sido ya fijado en la Resolución de la DG de Previsión de 30 de abril de 1940, al declarar que las limpiadoras de oficinas no son domésticas a efectos de los seguros sociales. La cuestión del carácter de los servicios prestados a grupos de personas que no tienen la cualidad de familia se plantea en relación a la órdenes religiosas y por Resolución de la DG de Previsión de 5 de noviembre de 1941 se declara domésticas a las demandadoras de los conventos, siempre que la comunidad a la que prestan servicios no tenga actividad industrial alguna¹⁰¹.

La existencia de contrato de trabajo aún sin mediar remuneración en metálico se había reflejado en algunas resoluciones con base en el art. 169 del Código de 1926, que incluía la manutención y la habitación como formas de salario¹⁰². En la regulación posterior del Montepío de Servicio Doméstico de 1959, se exigirá la existencia de remuneración para entrar en el campo de aplicación de la norma, admitiendo el “jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género”.

La unión de tareas de limpieza y servicio doméstico pervive en la conciencia social independientemente del carácter del empleador, lo que se refleja en la necesidad de posicionamiento de la DG de Previsión respecto a la cuestión. En Resolución de 20 de diciembre de 1944, declara que la limpieza y adorno de altares por un salario no es servicio doméstico y en Resolución de 30 de junio de 1944 declara que las limpiadoras de dependencias oficiales no son trabajadoras domésticas¹⁰³.

99 *Ibidem*, pág. 131.

100 STS 20-5-1941, RJ 671.

101 Publicadas en *Régimen Obligatorio del Seguro de Vejez e Invalidez, Manual de Legislación*, Ministerio de Trabajo 1949, págs. 382 y 369.

102 STS 6-5-1930, *CL Jurisprudencia Civil* de 1930, núm. 105, pág. 539; STS 19-1-1943, publicada en *Revista de Derecho Privado* núm. 27, 1943, pág. 195.

103 *Régimen obligatorio del seguro de vejez e invalidez, Manual de Legislación*, Ministerio de Trabajo, Madrid 1949, págs. 369 y 380, respectivamente.

Al comentar la exclusión de la LCT de 1944, la doctrina se refirió al servicio doméstico como una prestación cuasifamiliar¹⁰⁴, incomparable en sus características con la relación obrero-patronal. Respecto a su función, se entendía como un medio de satisfacer necesidades puramente privadas. En esta concepción de base sobre el trabajo doméstico: “del trabajo del servidor doméstico no se obtiene ni mediata ni inmediatamente un bien tangible, su función no viene más que a llenar una necesidad en la vida privada del amo de casa; sin la realización del trabajo doméstico la marcha de la producción nacional no sufriría entorpecimiento o menoscabo alguno (...)”¹⁰⁵ se encuentra parte de la explicación de la infravaloración del trabajo doméstico en general y el tratamiento legal del realizado bajo contrato.

Pasado un tiempo, parte de la doctrina se mostró crítica con la exclusión. Pérez Botija, inicialmente no se definió al respecto¹⁰⁶, haciéndolo con posterioridad al señalar que todas las excepciones del art. 2º eran jurídicamente trabajo y los motivos de la exclusión, político-sociales¹⁰⁷.

Del mismo modo, Hernáinz Márquez, acoge la exclusión en un primer momento¹⁰⁸ y posteriormente se pronuncia sobre la laboralidad de los servicios¹⁰⁹. Borrajo Dacruz considera que doctrinalmente es una relación laboral, aunque no se le haya atribuido tal condición jurídica¹¹⁰.

Dentro de las actividades realizadas al servicio de una familia sin fin de lucro, incluso mediando convivencia, fue mayoritario diferenciar las actividades propiamente domésticas de las que no lo eran.

Así Ramón García de Haro excluye de la domesticidad el servicio de los chóferes, jardineros, secretarios particulares¹¹¹. María Palancar, al señalar las profesiones que considera excluidas, menciona los

¹⁰⁴ HERNÁIZ MÁRQUEZ, Miguel, en *Tratado elemental del derecho del trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, pág. 323 señala respecto al servicio doméstico “el sentimiento afectivo y de benevolencia que caracterizan su desarrollo”, aunque en una obra posterior se definirá a favor de la laboralidad del servicio; PÉREZ LEÑERO, José, “La nueva Ley de Contrato de Trabajo”, *Revista del Trabajo* núm. 2, 1944, pág. 161, justifica y alaba el acierto de la exclusión - innovación respecto al artículo 6º de la LCT anterior- por el carácter familiar del trabajo; LOZANO MONTERO, Manuel, “El Servicio doméstico y el contrato de trabajo”, *Revista de Trabajo*, núm. 5, 1948, pág. 384, señala que el carácter íntimo y familiar de las relaciones las hace incomparables a las de patrono y obrero. También BAYON CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio, que defendían el carácter laboral de la prestación, hablan de la relación cuasifamiliar existente en algunos casos, *Manual del Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. II, Madrid 1958, pág. 583.

¹⁰⁵ LOZANO MONTERO, Manuel, “El servicio doméstico y el contrato de trabajo”, cit., págs. 379-384.

¹⁰⁶ PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley, doctrina y jurisprudencia*, edit. Afrodisio Aguado, Madrid 1945, pág. 45. Señala que la definición de la LCT sobre servicio doméstico no es muy feliz, sin entrar a juzgar la exclusión.

¹⁰⁷ PÉREZ BOTIJA, Eugenio, en “Jurisprudencia Social. Contrato de Trabajo”, *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, abril 1952, pág. 484. Señala que las exclusiones del art. 2 responden a motivos políticosociales. De la misma opinión es BAYON CHACÓN, en la obra conjunta, *Manual de Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. II, Madrid 1958, pág. 582.

¹⁰⁸ “Ha sido una práctica unánime de las legislaciones exceptuar expresamente el trabajo doméstico de la protección especial de las leyes del trabajo referentes a jornada, descanso, accidentes, etcétera. Lo justifica el hecho de considerarlo una relación que pudiésemos llamar cuasifamiliar, más que una relación de trabajo en sentido estricto (...)”, en HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel, *Tratado elemental...*, pág. 323.

¹⁰⁹ HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel, “Aportación a una teoría jurídica del servicio doméstico”, *Revista de Derecho Privado*, vol. XLIII de 1959, pág. 627.

¹¹⁰ BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La relación jurídica de servicio ...” cit., págs. 57-58.

¹¹¹ GARCÍA DE HARO, Ramón, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, S.A., 1963, pág. 282-282.

servicios de una enfermera, una profesora, y otros muchos cuyo común denominador era la índole de la actividad profesional; se niega el carácter doméstico a la tarea especializada que no sea limpieza, cocina y atención personal¹¹².

La Administración laboral amplía el carácter de morada particular en el sentido de admitir como doméstico el servicio de tal especie a comunidades religiosas. La Dirección General de Trabajo por Resolución de 9 de enero de 1950, declara doméstico al personal que presta servicio en un seminario diocesano, por la idiosincrasia de sus actividades¹¹³, independientemente del carácter del empleador. En la misma línea, una Resolución del mismo órgano, de 7 de mayo de 1951, declara doméstica a la trabajadora al servicio de una Comunidad religiosa titular de un Colegio, en el que no presta servicios directos¹¹⁴. La posición de la Administración laboral y el TS fue divergente en este tema.

El TS se pronuncia sobre la cualidad no doméstica del operario que presta servicios de ayudante de cocina y mozo de limpieza en un seminario diocesano, que no tiene la condición de amo de casa¹¹⁵. Por otra parte, el trabajo para las entidades sin fin de lucro, no cambia el carácter laboral de las personas a su servicio¹¹⁶.

4. Nacimiento de los seguros sociales

La aparición de los seguros obligatorios responde a un proceso social¹¹⁷ en el que el servicio doméstico queda al margen. Las transformaciones económicas que dieron lugar al capitalismo industrial, con la aparición de las clases burguesa y proletaria, el deterioro de las condiciones de trabajo y vida de las clases trabajadoras y su vivencia por parte de la burguesía como un peligro, se producen en una esfera externa a la actividad realizada en el marco doméstico. Aun cuando se ha relativizado el peso real de la presión obrera colectiva en España durante el siglo XIX, el movimiento a favor de los seguros sociales intenta ir tomando posiciones frente a un futuro que se prevé sumamente conflictivo¹¹⁸, futuro en el que de ninguna manera los servidores domésticos aparecían como un peligro potencial a la estabilidad social.

112 PALANCAR, María, “El servicio doméstico, consideración de dos notas determinantes de su naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho del Trabajo* núm. 5, 1954, pág. 103.

113 FARRÉ DE CALZADILLA, J. *Boletín Divulgador de legislación y jurisprudencia laboral*, J., Fascículo III, ref. 244 de 1950.

114 *Ídem*, Fascículo IX, ref. 432 de 1951.

115 STS 24-5-1954, RJ 1287.

116 STS 13-2-1953, RJ 228, declarando la laboralidad del personal al servicio de una fundación benéfica; STS 5-5-1954, RJ 1263, lo mismo respecto al trabajo para un colegio de la Diputación.

117 Ver DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares 2003, págs. 78 y ss.

118 MERCADER UGUINA, Jesús R. en “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, *Revista de Derecho del Trabajo*, enero-marzo 2008, págs. 39-43, recoge la opinión de otros autores sobre lo que denomina debilidad congénita del movimiento obrero español. Pero como señala el autor en pág. 43, a pesar de ello, “la psicología social de la época comenzaba a entrever en el horizonte los negros nubarrones que se avecinaban (...)”.

4.1. La previsión voluntaria

Los servidores domésticos no fueron beneficiarios de los primeros seguros sociales obligatorios. No obstante, una parte de ellos tuvo protección en el marco de la previsión social privada, el Montepío de Criados de los Grandes de España, que fue un caso aislado de previsión privada de servidores domésticos. Aprobado por el Consejo de Castilla el 11 de marzo de 1782, aseguraba a sus socios contra el paro y tenía prestaciones de supervivencia. La Junta del Montepío contribuía a la subsistencia del criado parado por causa “no denigrativa” y se comprometía a buscarle colocación. En relación a la supervivencia garantizaba a las viudas y huérfanos (hasta los 25 años a los varones, sin límite a las huérfanas) pensiones diarias variables, según la cantidad de acciones suscritas. El Montepío tuvo problemas económicos, que obligaron a reducir las prestaciones, suprimiendo la de paro, que quedó en la ayuda del Montepío para buscar colocación y limitando hasta los 30 años la pensión de orfandad de las hijas¹¹⁹.

Según la estadística de 1904 del Instituto de Reformas Sociales sobre las Sociedades de Socorros Mutuos, el mutualismo estrictamente obrero era solo una parte del conjunto de la previsión popular. El grupo dominante de Montepíos era el que agrupaba a personas sin profesión o sector industrial definido, y los siguientes grupos en importancia eran los Montepíos específicos de empleados y los de mujeres¹²⁰. En las sociedades mutualistas obreras, las mayoritarias fueron las sociedades de Constitución Mixta, y entre las agrupadas por profesiones, aparecen destacadamente los ferroviarios, pintores, porteros, camareros, cocineros, reposteros, agricultores, dependientes de comercio y tipógrafos¹²¹. El objeto prioritario de las Sociedades de Socorros Mutuos era el socorro temporal, durante un tiempo limitado, en caso de enfermedad y el socorro por defunción a la viuda y huérfanos¹²². Algunas ampliaron sus prestaciones a la invalidez, e incluso a, retiro por vejez, pero las que se plantearon estas prestaciones fueron las que contaban con socios protectores, o subvención patronal. En los reglamentos de las Sociedades de Socorro Mutuo del último cuarto del siglo XIX y primeros años del siglo XX, aparece la contradicción entre la voluntad de cubrir los riesgos de invalidez y vejez y su incapacidad financiera¹²³. La incapacidad de los obreros de practicar el seguro voluntario de vida, debido al bajo nivel de sus salarios, aparece mencionada en más de una ocasión en la literatura especializada de la época¹²⁴, circunstancia que también se traerá a discusión en el debate sobre si los obreros debían participar o no en las cargas de los seguros.

En general, los planes de seguros sociales obligatorios incluían a los servidores domésticos, inclusión que en el momento de la regulación no llegaba a hacerse efectiva. En el Congreso Internacional de Seguros Sociales de Roma, celebrado en 1908, se menciona como objetivo cada vez más compartido el “dotar a la familia del trabajador (obrero, industrial, trabajador del campo, servidor doméstico, em-

119 ROMEU DE ARMAS, Antonio, *Historia de la Previsión Social en España*, edit. *Revista de Derecho Privado*, 1944, págs. 457-458. HERNÁINZ, Miguel “Mutualidades y montepíos laborales”, *Revista de Derecho Privado*, tomo XXXV, 1951, págs. 798-814.

120 MONTERO GARCÍA, Feliciano, *Los seguros sociales en la España del siglo XX. Orígenes y antecedentes de la Previsión Social*, Ministerio de Trabajo, 1988, pág. 89.

121 *Ibidem*, pág. 90.

122 *Ibidem*, pág. 93.

123 *Ibidem*, pág. 101. El autor señala que los riesgos de invalidez y vejez se cubrían siempre de forma subsidiaria y muy dependiente de la marcha financiera de la sociedad, siendo ofrecidos más como un premio a la permanencia que como un derecho.

124 *Ibidem*, pág. 110, citando la revista *Los Seguros*.

pleado, etc.) de la seguridad de la que carece en horas de crisis”, y el establecimiento de los seguros obligatorios¹²⁵.

Hasta tanto, la iniciativa privada había constituido ya Cajas de pensiones para la vejez en empresas y diversas Cajas de Ahorros¹²⁶. En el balance de las Cajas de Ahorros, referido a las imposiciones voluntarias de 1907 en las Cajas de Retiros de Vejez, los criados domésticos aparecen entre quienes figuran como depositantes, siendo el único oficio en el que los impositores son mayoritariamente mujeres¹²⁷.

Por Ley de 27 de febrero de 1908 se crea el Instituto Nacional de Previsión, para difundir e inculcar la previsión popular, especialmente la realizada en forma de pensiones de retiro; administrar la mutualidad de asociados que voluntariamente se constituyese y favorecer la práctica de las pensiones de retiro, procurando su bonificación por entidades públicas o particulares. Las pensiones de retiro se constituían mediante depósitos a favor de cualquier persona, con el único límite de que el beneficiario no podía tener ingresos superiores a las 3.000 pesetas anuales, y las imposiciones no podían exceder la cantidad necesaria para obtener una pensión máxima de 1.500 pts. anuales. Las pensiones tenían una bonificación que se aplicaba en primer lugar a las de los asociados que no alcanzasen una pensión de 365 pts. anuales según las aportaciones realizadas. El sistema de libertad subsidiada no tenía límite derivado de la condición profesional del imponente. La facultad de las mujeres casadas para contratar rentas era limitada si el contrato de depósito se realizaba a capital cedido, y no en el caso de depósito a capital reservado. Sin embargo, en todos los casos necesitaban permiso del marido para retirar fondos.

4.2. El aseguramiento del accidente de trabajo

La Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, que establecía por primera vez la responsabilidad objetiva en materia de accidentes de trabajo, definía su ámbito de aplicación considerando operario: “todo el que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena”, y patrono: “el particular o Compañía, propietario de la obra, explotación o industria donde el trabajo se preste”.

El Reglamento de 28 de julio de 1900, desarrolla el concepto de patrono y operario. Respecto al primero, declara al Estado, las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos equiparados a los particulares y compañías, y sobre la condición de operario “todos los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena, con remuneración o sin ella, a salario o a destajo, en virtud de contrato verbal o escrito” añadiendo “se hallan comprendidos los aprendices y los dependientes de comercio”.

El artículo 3º de la Ley incluía una relación de actividades que delimitaba su campo de aplicación, entre las que, entre otros sectores, no estaba el servicio doméstico. La redacción del art. 3 fue pronto cuestionada por la representación obrera en el Instituto de Reformas Sociales, a través de una moción de fecha 23 de abril de 1904, para extender la ley a todas las industrias sin excepción, y a las actividades pesqueras, agrícolas y pecuarias. Para ello, se proponía una nueva redacción del art. 3º, según la

125 Reportaje del Congreso en los *Anales del INP*, tomo I, 1909, pág. 45.

126 MONTERO GARCÍA, Feliciano, *Los seguros sociales...*, cit., pág. 211. Cita el informe de José Maluquer en su ponencia de junio de 1903 sobre la Caja Nacional de Seguro Popular, edición de 1904.

127 *Anales del INP*, tomo I, 1909, pág. 50.

que “todas las industrias o trabajos dan lugar a la responsabilidad del patrono”¹²⁸. En la motivación de la moción, se protestaba por la exclusión de los jornaleros del campo de la Ley de 1900, no existiendo ninguna mención a la exclusión de los servidores domésticos.

La extensión de la Ley de accidentes de trabajo a los asalariados agrícolas fue una exigencia continua del movimiento obrero socialista¹²⁹, reivindicación que alcanzó durante varios años a cocineros y camareros¹³⁰. La exclusión de los trabajadores agrícolas fue parcialmente enmendada en la posterior Ley de Accidentes de Trabajo de 1922 al hacer beneficiarios de la misma a los trabajadores agrícolas en explotaciones que ocupasen constantemente a más de seis trabajadores o que hiciesen uso de maquinaria agrícola, y en el año 1931 se dispuso por fin la aplicación de la Ley de Accidentes de trabajo a la agricultura. El texto refundido de la Ley de accidentes de trabajo de 8 de octubre de 1932 excluía al servicio doméstico.

4.3. Conferencia de Seguros Sociales de 1917

Por Real Decreto de 29 de julio de 1917 (Gaceta del día 31), se dispone celebrar en Madrid “una Conferencia técnico-social encargada de proponer los medios más adecuados para la implantación de los Seguros sociales con carácter obligatorio, en la forma gradual que sea garantía de su eficacia”. La exposición de motivos del Real Decreto situaba la iniciativa en la exigencia de recoger las demandas de la clase trabajadora evitando así un conflicto social¹³¹, que se preveía tendente a agravarse.

La idea de la implantación de seguros forzosos se justifica en la naturaleza imprevisora de las masas sociales, cuya cultura deficiente les impide anticipar las contingencias del porvenir. La afirmación choca con el posterior debate sobre la implantación del primer seguro obligatorio, el de vejez, en el que la incapacidad económica de los trabajadores para realizar aportaciones es uno de los motivos que se da para eximirles de la obligación de contribuir, asignando la obligación únicamente a los patronos¹³².

Según el art. 2º de la norma, los Seguros objeto de estudio debían ser, el de accidentes de trabajo en la industria y la agricultura, el de vejez, el de invalidez para el trabajo en sus dos formas, temporal y permanente, el de paro involuntario del trabajo, y el de maternidad.

128 MONTERO GARCÍA, Feliciano, *Los seguros sociales... cit.*, págs. 161 y 179.

129 Los socialistas mantuvieron viva en la política oficial la cuestión de la extensión de la Ley de accidentes a los obreros del campo desde 1913 a 1918 por medio de las peticiones del 1 de mayo al Gobierno. CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*. Ministerio de Trabajo, 1988, pág. 177, citando a CONARD MALHERBE, P., “Las peticiones del 1 de mayo (1913-1922)”, en *Sociedad, política y cultura en la España de los siglos XIX y XX*, edit. Edicusa, 1973, pág. 134.

130 En los años 1914, 1915 y 1916. CONARD MALHERBE, P., “Las peticiones del 1 de mayo (1913-1922)”, en *Sociedad, política y cultura en la España de los siglos XIX y XX*, edit. Edicusa, 1973, pág. 134.

131 Según la Exposición de motivos, la iniciativa se encuadra en “los estudios sociales encaminados a asimilar en la vida industrial moderna las ansias de mejora y de elevación ciudadana de que se halla poseída la clase trabajadora, y que a todo Gobierno clarividente le interesa recoger, para convertir a ésta en colaboradora del capital (...)”.

132 La escasa capacidad de ahorro de las clases trabajadoras era un dato decisivo al aludir a su falta de previsión. MARTIN VALVERDE, Antonio, “La formación del derecho del trabajo en España”, en *La legislación social en la historia de España de la revolución liberal a 1936*, edit. Congreso de los Diputados, 1987, pág. LXIX. La situación económica de los obreros en España, con jornales en el umbral de supervivencia, se menciona también como razón de que se les eximiese de aportaciones en el comienzo del Seguro de Vejez, por CUESTA BUS-TILLO, Josefina, *Hacia los Seguros Sociales obligatorios... cit.* pág. 259.

En la Memoria de la ponencia sobre el seguro de accidentes en la agricultura, recogida por José Manuel de Bayo, se dice “entendemos que alcanzan también las disposiciones de la misma, a los criados o servidores del patrono, que ocupados habitualmente en oficios domésticos, en determinadas épocas efectúan labores como obreros agrícolas genuinos, y en consecuencia al sufrir un accidente en una labor agrícola, deben ser considerados como tales obreros agrícolas”¹³³.

El contexto en el que se apoya la cobertura de los criados es la defensa de su inclusión en el seguro de los eventuales del campo. En el mismo texto¹³⁴ se hace una encendida defensa de la ampliación del seguro de accidentes a los “obrerros intelectuales”, y de manera general a todas las áreas de actividad, aunque respecto al servicio doméstico se propone que “entre la categoría de obreros asalariados ha de comprenderse a los criados que no se hallen exclusivamente dedicados al servicio personal del patrono y de su familia”. Las conclusiones de la Conferencia son acordes con la ponencia, y se incluye como beneficiario obligatorio del seguro de accidentes en la agricultura, al “criado o gañan (...) Advertimos, respecto a los criados, que nos referimos a los que no estén dedicados al servicio personal del patrono o de su familia”, y “los criados que en épocas determinadas efectúan trabajos de obreros agrícolas deben ser considerados como tales obreros, en aquellos trabajos que ejecuten por cuenta ajena”¹³⁵.

Las conclusiones sobre el seguro de vejez no hacen mención al campo de aplicación, limitándose a señalar que sería un desarrollo del régimen legal vigente de los seguros obreros, por lo que no hay una definición contraria a la participación del servicio doméstico.

En la conclusión de la ponencia sobre el seguro de invalidez¹³⁶, se acuerda establecer en España el seguro obligatorio y sobre la recaudación de fondos, que se hará “por una Junta de patronos y obreros en cada industria, en los empleados oficiales, por los Habilitados; en los obreros a domicilio, criados., etc. por un Patronato que designará un Reglamento especial”¹³⁷. No se especifica si la palabra criados se está utilizando en sentido amplio o restringido a alguna de sus categorías, pero en las conclusiones de la ponencia¹³⁸ se propone como campo de aplicación “todos los españoles y obreros extranjeros (...) que perciban un haber diario de 5 pesetas como máximo”.

El seguro de maternidad se defiende como Seguro Social obligatorio con un argumento que acerca la contingencia a las que se considera objeto de protección: “el parto puede y debe considerarse como una indisposición o pequeño accidente que merece ser objeto del seguro” y “debe extenderse a todas las fábricas, cualquiera que sea su importancia; deben establecerlo todas las entidades patronales, cualquiera que sea el rango de su personalidad jurídica, y deben aceptarlo todas las obreras, cualquiera que sea su edad y su salario”¹³⁹.

En las conclusiones de la Conferencia, se estableció el siguiente orden de prelación de los Seguros obligatorios¹⁴⁰: seguros de accidente de trabajo en la industria y la agricultura; pensiones y retiros para

133 *Conferencia de Seguros Sociales. Documentos de Información*, núm. 9, editado por el Ministerio de Fomento, 1917, pág. 14.

134 *Ibidem*, págs. 5-9.

135 *Anales del INP*, Tomo IX de 1917, pág. 190.

136 *Ibidem*, Tomo IX de 1917, pág. 202.

137 *Ibidem*, Tomo IX de 1917, pág. 203.

138 *Conferencia de Seguros Sociales. Documentos de Información*, núm. 5, Ministerio de Fomento, 1917, pág. 1.

139 *Anales del INP*, Tomo IX de 1917, pág. 212.

140 *Ibidem*, págs. 215-216.

la vejez; invalidez para el trabajo; seguro de paro involuntario, siguiendo a estos Seguros, el de maternidad, los de supervivencia y demás ramas del Seguro de vida que tienen por finalidad la previsión de las necesidades económicas que se presentan en la familia.

El orden se razona diciendo que hallándose “la principal justificación de la acción interventora del Estado sobre las condiciones de existencia y desarrollo de la vida obrera en las deficiencias, abusos y desequilibrios sociales procedentes del régimen económico moderno del capitalismo (...)” se decidió empezar por los seguros que “solucionan los problemas de previsión que se plantean en la vida del obrero considerado en la unidad *trabajo*, o sea en su contacto con el capital y en su funcionalismo como factor de producción”. Esta idea explica en parte la prolongada exclusión del trabajo doméstico de los seguros sociales.

4.4. El Seguro de Vejez

La primera concreción del plan de creación de seguros sociales fue la publicación del Real Decreto de 4 de noviembre de 1918, con las Bases para la elaboración por el gobierno de una ley que se denominó de intensificación de los Retiros Obreros y debía consistir en un cambio en la naturaleza del seguro de vejez, para hacerlo obligatorio. La Base I establece que el seguro obligatorio alcanzará a la población asalariada comprendida entre los 16 y 65 años, cuyo haber anual por todos los conceptos no excediese de 4.000 pts.; y en la Bases Transitorias establece, por un lado, que se consideran comprendidas en la Ley todas las clases de trabajo del país, señalándose un plazo prudencial para que fueran oídas aquellas que, por razones de reconocida justificación, debieran ser objeto de condiciones especiales (Base I, 2) y posponiendo al periodo inicial de la aplicación de la ley los estudios necesarios para hacer el Seguro extensivo a la agricultura (Base I, 1).

La disposición que posteriormente enunciaría los Seguros que el INP debía promover, el Real Decreto de 20 de noviembre de 1919, establecía en su artículo 4º que las operaciones de previsión social recomendadas eran “aplicables a todas las clases trabajadoras, ya sean industriales, agrícolas, mercantiles, etc. y a los funcionarios del Estado y profesionales de todo orden”. La falta de alusión al servicio doméstico no es probable que fuera un olvido, dado el volumen de población dedicada a tal actividad y que constituía una tercera parte de quienes se dedicaban al sector terciario¹⁴¹.

En el debate parlamentario sobre el proyecto de Ley, el tema más conflictivo fue la exclusión de los trabajadores del campo de la primera fase de implantación del seguro, fase que se dejaba en la indefinición temporal. El argumento para el aplazamiento fue el desconocimiento sobre la cantidad de potenciales beneficiarios, y la mayor urgencia de la protección de vejez de los trabajadores industriales, carentes en mayor proporción del amparo familiar¹⁴².

La ausencia de los servidores domésticos también fue objeto de debate, defendiendo la inclusión los diputados Barriobero y Artiñano. Desde la ponencia se señaló que ningún asalariado quedaría fuera “desde el momento en que haya una industria, un taller, una Empresa, con un patrono que utilice el

141 En 1910 había 320.057 personas censadas como sirvientes domésticas, mujeres 268.728 de ellas. En 1920, las cifras son similares. SOTO CARMONA, *Álvaro*, *El trabajo industrial en la España Contemporánea (1874-1936)*, ed. Anthropos 1989, págs. 23 y 149.

142 Ver *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 11 de febrero de 1919, núm. 121, pág. 4.000, intervención del Sr. Picó. Estimaba que con la inclusión de los trabajadores agrícolas los beneficiarios podían pasar de los dos previstos hasta los siete millones.

trabajo del obrero para llevarlo al mercado y obtener de él un beneficio, evidentemente ese patrono tendrá la obligación de pagar su cuota”¹⁴³.

Pero la exclusión del servicio doméstico se defendió como una continuación de la política llevada en España hasta la fecha con las restantes leyes sociales, y también por dos razones. La primera, que quien prestaba servicio doméstico no se ajustaba a la definición de obrero de la Ley de Accidentes de Trabajo, que calificaba como tal a quien ejecutase habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio. Se entendía que no existía trabajo “fuera del domicilio” al incorporarse el servidor al domicilio de su principal. La segunda razón era la falta de ajenidad, al no utilizar el amo en el mercado el servicio prestado. La Ley fue aprobada por Real Decreto de 11 de marzo de 1919¹⁴⁴, sin otra variación en cuanto a su ámbito de aplicación que el dar un plazo de seis meses para hacer extensivo a la agricultura el Seguro de vejez.

La exclusión del servicio doméstico tenía también un motivo latente relacionado con la falta de continuidad del trabajo de las mujeres, que se refleja en la ponencia que el INP había encargado a Jorge Jordana para la aplicación del seguro de vejez a los obreros del campo. Tratando el problema de los obreros eventuales y la fórmula para su cotización, el autor recomienda la aplicación del seguro a las mujeres eventuales “permitiéndoles la facultad de que el capital de sus libretas se pudiese acumular y mejorar el de aquellos hombres que tienen la obligación de alimentarlas”¹⁴⁵.

El proceso de implantación inicial del seguro obligatorio culminó con su Reglamento, de 21 de enero de 1921, que debía entrar en vigor a los seis meses de su publicación en la Gaceta del día 23. Pero hubo patronos que anticiparon voluntariamente la inscripción de sus trabajadores en el Retiro obrero, recogiendo los Anales del INP ejemplos de regiones, instituciones y empresas agrícolas, industriales, mercantiles e incluso, en el caso de Aragón, patronos de servicio doméstico¹⁴⁶.

La Sección técnica del régimen legal de previsión popular del INP, transcribe en el ejemplar de los Anales del primer trimestre de 1920 una parte de la obra “Retiros obreros: estudio crítico” de Rafael Coderch, para defender el sistema de retiro obrero obligatorio. Al hacer la estimación de la población de España que ingresa menos de 4.000 pts. anuales menciona entre la población considerada el servicio doméstico¹⁴⁷.

El Reglamento del Retiro Obrero define en su art. 4º el campo de aplicación de manera extremadamente amplia, incluyendo a los obreros, cualquiera que fuera su sexo, su patrono, su clase de trabajo, agrícola¹⁴⁸, industrial o mercantil y la forma de su remuneración, incluidos los trabajadores a

143 Ver *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* de 14 de febrero de 1919, núm. 124, pág. 5.054, la respuesta del diputado Picó a las objeciones sobre sectores excluidos.

144 En Circular publicada el 12 de junio de 1922, la norma fue calificada por la Fiscalía del Tribunal Supremo, dentro de las “disposiciones urgentísimas producidas por la doctrina del intervencionismo del Estado en los grandes conflictos entre el capital y el trabajo”, con ocasión de su defensa frente a la impugnación patronal de inconstitucionalidad. Citado por CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los Seguros Sociales...* cit., pág. 205.

145 *Anales del INP*, tomo XI de abril-junio de 1919, informe de JORDANA, Jorge, “Aplicación del seguro de vejez a los obreros del campo”, de 19 de mayo de 1919, pág. 81-82.

146 *Retiros obreros: régimen de intensificación*, Anales del INP núm. 40, abril-junio de 1919, pág. 94. Citado por CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los Seguros Sociales obligatorios*, cit. pág. 147.

147 *Anales del INP*, enero-marzo de 1920, pág. 10.

148 La aplicación del Seguro a los trabajadores agrícolas fue sumamente conflictiva. Ver, CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los Seguros Sociales obligatorios*. cit., pág. 176-200.

domicilio¹⁴⁹ y los destajistas. Y también a todos los empleados de entidades públicas y privadas, aún las sin fin de lucro. Finalmente, incluye a los empleados de Corporaciones, Empresas, Asociaciones o particulares que prestasen un servicio habitual de carácter intelectual, por obligación contraída por nombramiento o por contrato escrito o verbal. El INP interpretó el alcance del art. 4º en Acuerdo de 27 de septiembre de 1921, declarando al servicio doméstico excluido del ámbito de aplicación del seguro¹⁵⁰.

La Comisión Asesora Nacional Patronal y Obrera (CANPO), en su sesión de 18 de febrero de 1924, acordó por unanimidad mostrarse favorable a la inclusión de las “asistentas” en el Régimen de Retiro Obrero¹⁵¹, pero fue un pronunciamiento que no tuvo consecuencias próximas de orden legislativo.

4.5. Conferencia de Barcelona de 1922, seguro de enfermedad, invalidez y maternidad

En noviembre de 1922, organizada por el INP tiene lugar en Barcelona la Conferencia nacional de seguros de enfermedad, invalidez y maternidad, para estudiar la conveniencia de implantarlos. Se concluyó¹⁵² que los seguros de enfermedad, invalidez y maternidad deberían ser “obligatorios para todos los comprendidos entre los catorce y sesenta y cinco años, que trabajen por cuenta ajena y por una remuneración que no exceda de 6000 pts. anuales” y debía alcanzar “con carácter obligatorio” a los “aparceros, trabajadores a domicilio, domésticos y funcionarios del Estado, de la Provincia, y del Municipio que no tuviesen garantizado el mínimo de beneficios por este régimen obligatorio concedidos”.

Sobre el seguro de invalidez, la Conferencia de Barcelona propuso que los beneficiarios obligatorios fuesen los mismos que los del seguro de enfermedad, y se considerase inválida toda aquella persona entre 14 y 65 años que viera reducida en más de dos terceras partes la capacidad para el trabajo. El campo de aplicación se definía indirectamente, al establecer los contribuyentes: patronos y obreros. Hasta entonces, la única protección por invalidez era la asociada al régimen de Retiro Obrero, como mejora voluntaria¹⁵³.

Se planteó que los seguros fueran voluntarios para los trabajadores por cuenta propia, a “los cuales solo se les exigiría que lo solicitasen antes de los 40 años, que no tuviesen más ingresos que los fijados para los incluidos obligatoriamente en el régimen dentro de su localidad, que se sometiesen al reconocimiento facultativo y satisfacer además de su cuota la que le correspondería satisfacer a su patrono,

149 La casi totalidad de quienes cotizaban en el trabajo a domicilio eran mujeres, según BASTARDAS, Alberto, en su *Comunicación sobre Aplicación del Retiro Obrero obligatorio a los trabajadores a domicilio*, a la Asamblea del Instituto Nacional de Previsión y Cajas Colaboradoras, en mayo de 1930. Cita los datos de cotización al Retiro Obrero en la Caja de Pensiones para la Vejez y de Ahorros correspondientes a Barcelona, un 95% eran mujeres.

150 En “El subsidio de vejez y el servicio doméstico”, *Anales del INP* núm. 1-2, de enero-febrero de 1941, pág. 3.

151 COMISIÓN ASESORA NACIONAL PATRONAL Y OBRERA, *Normas para su funcionamiento. Noticias de su actuación. 2ª edición*. Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1936, pág. 60.

152 Ver la segunda de las *Conclusiones aprobadas por la Conferencia Nacional de seguros de enfermedad, invalidez y maternidad*. Barcelona, 1922, edit. Conferencia Nacional de Seguros Sociales, 1922.

153 El art. 78 del Reglamento de 21 de enero de 1921, del Seguro de Vejez, concedía prestación por invalidez a los afiliados del Retiro Obligatorio que hubiesen hecho al menos durante doce meses ininterrumpidos aportaciones voluntarias para mejorar la pensión de vejez.

si lo tuviesen”. En la ponencia sobre seguro de maternidad, recogida por Tomás Balbás, se recogía el problema de que las Sociedades de Socorros Mutuos no querían incluir en su protección la maternidad, por lo que era importante su cobertura pública¹⁵⁴.

La conferencia propuso que el seguro de maternidad estuviese incluido en el de enfermedad. En las Bases que el INP presentó el 15 de febrero de 1923, recogiendo las conclusiones de la Conferencia, se calificaba de plaga aterradora la mortalidad materno-infantil y, desde el punto de vista social, y el de maternidad como el seguro más importante de todos¹⁵⁵. Según la Base 2ª “el parto será considerado como una enfermedad, y por lo tanto, el Seguro obligatorio de maternidad deberá fundirse y estar comprendido en el Seguro de enfermedad”, y en la justificación se afirmaba que era la manera de que el seguro se financiase por hombres y mujeres¹⁵⁶.

Según la Base 6ª, una parte de los beneficios del Seguro, la asistencia facultativa gratuita y los subsidios por parto y lactancia, se harían “extensivos a la mujer, madres, hijas o hermanas del beneficiario del seguro de enfermedad, sea beneficiario por inscripción obligatoria o por inscripción voluntaria, aunque no sean asalariadas y siempre que, siendo mujeres legítimas, vivan en el domicilio de él y pruebe que son por él sostenidas”¹⁵⁷.

La extensión de los beneficios del seguro de enfermedad, en el que se incluía el de maternidad, a la familia del asalariado, se justificó porque no evitaba la miseria de los hogares humildes proteger al obrero si se desprotegía a su familia. Las solteras y mujeres no legítimas debían tener los beneficios de asistencia facultativa, pero no las prestaciones económicas, porque lo contrario hubiese sido “premiar la liviandad”.

No obstante, el seguro de enfermedad no se puso en marcha hasta muchos años después, por su coste y la complejidad de intereses que se debían conciliar¹⁵⁸. Desligado de éste, el seguro obligatorio de maternidad fue el primero cuya implantación se abordó. Las instituciones de seguro de maternidad de

154 *Conferencia de Seguros Sociales. Documento de información*, núm. 10, Ministerio de Fomento, pág. 4.

Por otra parte, al defender la necesidad del seguro de maternidad, el secretario adjunto de la Conferencia, Carlos G. Posada, informaba del “abandono en que por parte del Estado se halla el seguro de enfermedad, dentro del cual cabría tal vez comprender este de maternidad, y encomendado, en consecuencia, tan solo a la acción privada, nos encontramos con que las Sociedades de Socorros Mutuos para caso de enfermedad no quieren comprender entre estas las que produce el embarazo”. G. POSADA, Carlos, “Estado actual de los seguros sociales en España”, *Conferencia de Seguros Sociales. Documento de Información*, núm. 16, 1922, pág. 20.

155 Según la justificación de la Base primera “cuantitativamente este seguro es más importante que el de accidentes de trabajo, porque por cada accidente de trabajo hay 10 o 12 partos, cuantitativa y cualitativamente es de más eficacia que el seguro de invalidez, porque no se limita a curar y a sostener vidas valetudinarias, sino que ciega fuentes de muerte y de enfermedad; es una medida de profilaxis y de higiene, y además de evitar la muerte de las madres y de los niños, les procura por el porvenir salud y vigor. Desde el punto de vista social, es el más importante de todos (...).”. *Anales del INP*, tomo XV, octubre-diciembre 1923, pág. 186.

156 *Ibidem*, 1923, pág. 186.

157 *Ibidem*, pág. 197.

158 Sobre la posición de médicos, farmacéuticos, compañías de seguros, CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los seguros sociales obligatorios*, cit., págs. 404-485.

libre iniciativa eran muy escasas a la fecha, lo que se atribuyó en parte a la inconsciencia de las mujeres y a su falta de recursos económicos¹⁵⁹.

La política natalista posterior a la primera guerra mundial, el avance médico en lucha contra las enfermedades de base, los avances femeninos en Europa¹⁶⁰, habían propiciado el Convenio de Washington sobre la protección de la maternidad, de 1919, que España ratificó el 13 de julio de 1922. El Convenio de Washington sobre maternidad incluía solamente a las mujeres de la industria y del comercio, dejando sin protección la agricultura, los talleres familiares, el trabajo a domicilio y el servicio doméstico. La tercera Conferencia Internacional del Trabajo recomendó extender el seguro a las trabajadoras agrícolas asalariadas¹⁶¹.

En España, por Real Orden de 26 de abril de 1923 se ordenó al INP desarrollar las bases para establecer un seguro de maternidad, separadamente del de enfermedad. Hasta tanto se creara el seguro, se dictó el Real Decreto de 21 de agosto de 1923, estableciendo prestaciones de maternidad más amplias que las previstas en el Convenio de Washington, al recoger a las obreras agrícolas. Las prestaciones eran, la asistencia sanitaria gratuita a partir del octavo mes del embarazo y durante las seis semanas posteriores al parto (art. 9) y un subsidio a quienes estuviesen afiliadas al régimen obligatorio del retiro obrero¹⁶² (art. 3 b). El campo de aplicación incluía a todas las asalariadas que ejecutasen habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio¹⁶³. La norma dejaba fuera a las trabajadoras a domicilio, por su lugar de trabajo, y a las domésticas, que no podían afiliarse al retiro obrero.

Posteriormente, el anteproyecto del seguro de maternidad sometido a información pública en 1927, incluyó en su base segunda como beneficiarias “en el primer periodo del Seguro” a todas las obreras y empleadas que estuviesen inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro obrero, cualesquiera que fuesen su edad, nacionalidad y estado civil.

El resumen de la información pública sobre el anteproyecto, expresó un amplio acuerdo para extender los beneficios del seguro al servicio doméstico¹⁶⁴, y también a las esposas de los obreros. Por fin, en el Anteproyecto definitivo de bases que el INP presenta al Gobierno, la Base 2ª sobre campo de

159 Severino Aznar, en su informe de 28 de febrero de 1923 ante el Consejo del patronato del INP, refiriéndose a la existencia de muy pocas Cajas de Maternidad, lo explica porque “estas organizaciones, si han de responder bien a sus fines son algo gravosas cuando la carga ha de pesar íntegramente sobre las obreras que tienen ese riesgo o sobre las empresas; está en la inexperiencia de la mujer en achaques de reforma social, en que no sabe valorar las consecuencias de no defenderse ni el procedimiento de la defensa; está en su carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada; está en su falta de libertad suficiente para adquirir compromisos y disponer de su propio salario; está, en fin, en la insuficiencia del salario de la mujer y en la esterilidad de la intervención del Estado, al menos por ahora.” *Anales del INP*, tomo XV, octubre-diciembre de 1923, pág. 185.

160 CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los seguros sociales obligatorios*, cit., pág. 509.

161 Recomendación 12 de 1921 de la OIT, sobre la protección, antes y después del parto, de las mujeres empleadas en la agricultura.

162 Lo que trajo como consecuencia un aumento considerable en el número de las obreras afiliadas al retiro obrero, según el informe posterior sobre el anteproyecto del seguro de maternidad y justificación de sus bases, *Anales del INP*, tomo XX, octubre-diciembre, núm. 78, 1928, pág. 379.

163 Así definía la condición de obrero el art. 2 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, para la aplicación de la Ley de 13 de marzo sobre condiciones de trabajo de las mujeres y de los niños, cuyo art. 9 modificaba el citado RD de 21 de agosto de 1923.

164 Tal como señala Josefina Cuesta, de 60 opiniones recogidas sobre el campo de aplicación, 11 incluyen explícitamente al servicio doméstico y una sola lo excluye. CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los seguros sociales...*, pág. 574. La opinión excluyente es de una persona particular, pág. 47, del *Resumen de la información pública sobre el anteproyecto de Seguro de Maternidad*, Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, 1927.

aplicación incluye solo a las trabajadoras inscritas en el Retiro obrero. Tal como enfatiza el INP en la justificación de la Base, se extiende más allá del Convenio de Washington, a las obreras del campo, trabajadoras a domicilio, empleadas privadas o públicas y, en general, a todas las beneficiarias del Régimen Obligatorio del Retiro Obrero¹⁶⁵. La inclusión de las trabajadoras a domicilio se justificó en su condición superexplotada y su inclusión expresa en el retiro obrero.

Quedaba por justificar la exclusión de las servidoras domésticas¹⁶⁶. Esta es la motivación:

“Reconocemos que queda fuera de los beneficios de este Seguro una categoría de asalariadas digna de solícita protección. Reconocemos igualmente que, de la información abierta por el Instituto Nacional de Previsión para explorar la opinión general acerca de este anteproyecto de Seguro de Maternidad, sale un clamor generalizado y generoso demandando la inclusión de las domésticas en él.

Este clamor nos ha hecho impresión. Si a él se hubieran unido voces suficientemente representativas de las más interesadas, de las amas de casa, podríamos decir que ese clamor era la expresión de la voluntad colectiva. Y cuando esta no es un atolondramiento, sino que tiene base lógica o de equidad, merece detener la reflexión del legislador.

Razones hay en pro y razones en contra de esa inclusión; pero eso mismo revela que el problema no es fácil, que no tiene una solución sino varias. Y el hecho de inclinarse el espíritu público por una de las soluciones, por la inclusión, daría a ésta una justificación y un peso que eximiría de responsabilidad al Estado que por la inclusión se decidiera.

Nos hace vacilar, sin embargo, el hecho de que la casi generalidad de las leyes análogas en los pueblos cultos no las incluyen. Seguramente que no es por falta de espíritu de rectitud o de sentimientos de humanidad, sino por temor a llevar con eso una nueva perturbación al sagrado del hogar, ya sin eso bastante perturbado, y porque, sin una inspección eficaz, no tendrá gran eficacia la Ley, y la inspección burocrática llevada al interior de los hogares ha espantado siempre a los Estados, que ante ese hecho dudaban si hacían un bien o un mal.

Refuerza nuestra vacilación que no conocemos suficientemente la opinión razonada de las que han de sufrir las consecuencias de esa inclusión y el Instituto Nacional de Previsión quiere pecar, más que de ligereza, de exceso de cautela. Teme que el afán de incluir a las domésticas desde el primer día suscite contra el Seguro de Maternidad resistencias que pongan en peligro su aprobación o la normalidad de su existencia, y que una impaciencia sentimental y recta frustre así para todas esta beneficiosa iniciativa.

Por eso deja íntegra la solución de este detalle al más claro discernimiento y a la resolución del gobierno. Ninguna de las dos soluciones haría fallar los cálculos actuariales ni comprometería el equilibrio financiero del anteproyecto. Añadimos que la solución favorable impondría cargas considerables al Seguro y, por tanto, al Estado, si las domésticas madres se decidían a criar y conservar a sus hijos (...)”

Clara Campoamor critica el argumento de la falta de apoyo de las amas de casa al seguro de maternidad, señalando que son las menos interesadas en su implantación, que supondría para ellas la obligación de cotizar como patronos. Afirma que si se hubiese esperado a que la clase patronal

¹⁶⁵ *Anales del INP*, tomo XXI, núm. 79, enero-marzo de 1929, págs. 20-22.

¹⁶⁶ *Ibidem*, págs. 24-25.

diera su clamor en la implantación de los demás seguros, todos serían nonatos¹⁶⁷. Defiende el seguro también por razones eugenésicas, ya que las responsables del 90% de los infanticidios son mujeres del sector.

A los motivos expuestos, el INP añade uno de orden práctico. Según la justificación del anteproyecto, el seguro no sería operativo: “No nos atrevemos a incluir entre las beneficiarias a las domésticas. No se han incluido en el seguro de vejez, y hay más motivos para no incluirlas en el de maternidad, Las domésticas casadas son muy raras, y en cuanto a las solteras, esta protección sería inútil. No hay ley que obligue a una familia a tener en su casa, ni antes ni después del parto, a una criada que, por su estado, no le inspire confianza o que sea un peligro o un mal ejemplo para su hogar; no sería justo obligar a esa familia a reservar su plaza para cuando hubiera terminado su descanso legal. Y aunque este seguro, en sí, no es un instrumento de moralización pública, el hecho de implantarlo, subvencionarlo y fiscalizarlo el Estado, no permite a éste desentenderse de su aspecto moral”¹⁶⁸.

En 1928 Mariano González-Rothvoss hace un estudio sobre la aplicación de las leyes sociales al servicio doméstico, situando los motivos de la exclusión de todas ellas, por un lado en “la dispersión en que se encuentran los domésticos, su ignorancia y su rusticidad, han dificultado la conciencia de clase”¹⁶⁹, y por otro en el “lógico temor que inspira la intervención del Estado en este dominio de la actividad, porque ello significa una intromisión en el hogar, que siempre se consideró como lugar sagrado y, por tanto, inviolable”.

Por fin, en el Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, que crea el seguro de maternidad, junto al servicio doméstico quedaron también fuera del ámbito de aplicación del seguro de maternidad las familiares de los trabajadores, apartándose de la propuesta inicial del INP, así como las esposas de los trabajadores y las de los pequeños agricultores, comerciantes e industriales, cuya inclusión se había pedido en la información pública sobre el anteproyecto¹⁷⁰.

En orden a la obligatoriedad del seguro no se distinguía entre trabajadoras solteras, viudas y casadas, obligación contradictoria con el dictado de moralidad de la época. En la Base 10 del anteproyecto del Seguro de Maternidad, el gobierno explicaba el motivo: el no centrar la obligación en un solo grupo de mujeres, lo que hubiese inducido a los patronos a discriminar entre unas y otras, descartando contratar a las más gravosas¹⁷¹.

167 CAMPOAMOR, Clara, “El seguro de maternidad”, *Revista de Política Social*, núm. 14-15, febrero de 1929, pág. 40. Y en su artículo “La extensión del seguro maternal” de la *Revista de Política Social*, núm. 2 de 1928, págs. 44 a 52.

168 CAMPOAMOR, Clara, “La extensión del seguro maternal” de la *Revista de Política Social*, núm. 2 de 1928, pág. 48-49, transcribe la justificación del anteproyecto y recomienda el seguro, entre otras razones, para evitar el desamparo y ocultación del embarazo por parte de las solteras.

169 GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano, “El servicio doméstico y las leyes sociales”, *Revista de Política Social* núm. 1, enero-febrero 1928, págs. 45-47. Ve sin embargo una evolución favorable en su condición en muchos países, en los que ha pasado de servidor a obrero doméstico, que ya no se encuentra al completo arbitrio del dueño. En “El servicio doméstico ante la legislación social española”, *Revista de Política Social*, núm. 3 de marzo-junio de 1928, al hacer la historia de la evolución del concepto de doméstico, señala “es curioso el proceso de desintegración del primitivo concepto de doméstico y la forma como se van separando de él núcleos de individuos, como si se tratara de un recinto infectado del que todos huyeran por temor al contagio”, pág. 74.

170 CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los seguros sociales...* cit., pág. 576. De la misma manera que se había solicitado su inclusión en el seguro de vejez.

171 Anales del INP, núm. 79, 1929, pág. 189.

Respecto a su limitado campo de aplicación, según la Disposición Transitoria segunda, el INP tenía que proponer al gobierno una vez transcurridos tres años y aprovechando las experiencias recogidas, un proyecto de aplicación del seguro que incluyese, cuando menos, las trabajadoras autónomas y a las mujeres de los obreros. No se prevé su ampliación a las trabajadoras domésticas. El reglamento, dictado por Real decreto de 29 de enero de 1930, señalaba en su artículo 2º como beneficiarias del seguro todas las asalariadas, con la única condición de no exceder la cuantía de ingresos que limitaba la adscripción al seguro obrero. La condición asalariada se expresa de una manera amplia, alcanzando a las que sin ser propiamente obreras ni empleadas, prestasen “un servicio de carácter habitual por obligación contraída por nombramiento o por contrato escrito o verbal”, pero excluye a quienes trabajen en el servicio exclusivamente doméstico (art. 3º. 1).

5. Seguros sociales del empleo doméstico en la II República

El reconocimiento del carácter laboral del trabajo doméstico en la LCT de 1931 no vino acompañado de una equiparación en el terreno de la protección social. Al inicio del periodo republicano, el único seguro obligatorio implantado era el retiro obrero. El seguro de maternidad estaba promulgado y pendiente de aplicación. Se encontraban en estudio los de invalidez, muerte, enfermedad y paro.

5.1. Accidente de trabajo

El Decreto de 24 de junio de 1931 declaraba la vigencia, entre otras normas, del Código del Trabajo de 1926 en todo lo que no contradijese sus disposiciones. En consecuencia, se mantuvo vigente su art. 147 de la LCT de 1926, que privaba al servicio doméstico de la protección por accidentes.

No obstante, la LCT de 1931 estableció obligaciones en materia de salud de los trabajadores por parte de quienes les diesen alojamiento y manutención en su propia casa, que alcanzaban al contrato de trabajo doméstico. El art. 39 establecía el deber del patrono de proporcionar alojamiento y comidas adecuadas. El art. 40, la obligación de mantener durante cuatro semanas el alojamiento, alimentación y auxilios médicos a los trabajadores que enfermasen; y en caso de que los patronos fuesen culpables de la enfermedad, durante toda su duración. Se preveía que los patronos pudiesen afrontar estas eventualidades mediante hospitales o seguros sociales.

Cumpliendo con una reiterada reclamación de los trabajadores se aprobó el Decreto de aplicación a la agricultura de la ley de accidentes de trabajo, de 21 de junio de 1931, que en su Base 2ª reputó obreros a “los criados que no estén dedicados exclusivamente al servicio personal del patrono y de su familia”.

En materia de accidente se dieron otros importantes pasos con la Ley de 4 de julio de 1932, que estableció la obligatoriedad de asegurar la contingencia y el mecanismo del alta de pleno derecho con anticipo en el pago de las prestaciones en caso de incumplimiento patronal¹⁷². El campo de aplicación del seguro no varió.

172 Que tuvo su reglamento, por Decreto de 25 de agosto de 1931. La previsión social dio otro paso importante en el aseguramiento de los accidentes laborales, con la Ley de 4 de julio de 1932. Por una parte, la Base 2ª establece la obligación “de todo patrono comprendido en la Ley de contrato de trabajo de estar asegurado contra el riesgo de accidente de sus obreros que produzca la incapacidad permanente de los mismos”, y por otra, se establece el mecanismo del alta de pleno derecho en caso de falta de aseguramiento, con la creación de un fondo de garantía para el anticipo de las indemnizaciones no abonadas en plazo.

5.2. Maternidad

Por Decreto de 26 de mayo de 1931, se acordó la aplicación del seguro de maternidad a partir del 1 de octubre de 1931. En el preámbulo se reitera la necesidad del seguro para evitar la mortalidad materna e infantil. El Decreto mantuvo el campo de aplicación ya legislado¹⁷³, y mejoró la protección del Reglamento del seguro de maternidad, de 29 de enero de 1930, al reconocer el derecho a la asistencia facultativa a las obreras que, estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro Obrero no figurasen inscritas en el mismo por culpa del patrono, y asimismo el derecho a recibir la prestación económica en ese caso una vez que se le hubiese cobrado la cuantía de la prestación al patrono por parte de la entidad aseguradora.

La cuestión de la extensión del seguro de maternidad a las servidoras domésticas, junto con el retiro obrero, no fue discutida. En una manera de justificar la carencia de protección, que se repetirá a lo largo de la historia, la exclusión del empleo doméstico se plantea como transitoria y pendiente de reforma, cuya realización está en proceso de estudio por parte del INP¹⁷⁴.

El seguro de maternidad fue contestado¹⁷⁵, porque contenía dos elementos que lo hacían impopular: por una parte, solo cotizaban las mujeres entre los dieciséis y los cincuenta años y por otra, fue el primer seguro social en el que la parte obrera estaba obligada a realizar aportaciones.

La cuestión de la cuota obrera para el conjunto de los seguros sociales fue en su momento muy conflictiva porque los trabajadores se negaban a admitir un descuento sobre sus ya reducidos salarios. La

173 Lo que suponía en aquél momento el dejar fuera del seguro de maternidad a 341.550 servidoras domésticas, según el Censo de Población de 1930. NÚÑEZ PÉREZ, Gloria, “La implantación y los resultados del seguro de maternidad en la Segunda República”, Actas de las IV Jornadas de investigación interdisciplinaria, Seminario de Estudios de la Mujer, 1986, pág. 363.

174 GARCÍA ORMAECHEA, Rafael, “La ley de contrato de trabajo en relación con los seguros sociales”, *Anales del INP* núm. 93, septiembre-octubre, 1931, pág. 928. Al referirse a la aplicación de los retiros obreros, dice del servicio doméstico que “la ley de contrato de trabajo, con toda lógica, lo incluye en sus disposiciones (art. 2º) lo que reitera al mencionar entre los trabajadores a los obreros que prestan aquel servicio. El régimen legal lo elimina, en cuanto marca como características del trabajo que este sea agrícola, industrial o mercantil. Pero esta diferencia no persistirá mucho tiempo. Mucho antes de que la ley se dictase se había preocupado el INP de ampliar el régimen al servicio doméstico, confiando a D. Alberto Bastardas el estudio del tema, que se concretó en una ponencia ya aprobada, proponiendo la inclusión de las obreras del servicio doméstico, en las mismas condiciones que los demás asalariados, en el régimen obligatorio de retiro obrero y del seguro de maternidad, y aconsejando el estudio de combinaciones de seguro que favorezcan a las domésticas y, en general, a toda obrera cuando deje de serlo, a fin de sostener en ellas el interés por el seguro social y sus beneficios en todo momento. Ello requiere, claro es, una ampliación reglamentaria, que seguramente se llevará a cabo una vez precisadas las fórmulas actuariales necesarias para esas innovaciones”. *Anales del INP*, núm. 93, septiembre-octubre, 1931, pág. 928.

175 *Anales del INP*, núm. 94, noviembre-diciembre 1931-1932, pág. 1158. En torno a las protestas contra la configuración del seguro de maternidad, se expresan las circunstancias del trabajo femenino. Las razones que la Unión de trabajadores de las fábricas de conservas de la ría de Vigo dieron para oponerse al seguro tal como estaba diseñado fueron que “no resuelve ningún problema de las firmantes por las siguientes razones: a) Porque cuando contraen matrimonio abandonan las fábricas, perdiendo el derecho al subsidio y las cuotas aportadas; b) porque los sueldos comprendidos entre 2 y 3,25 pesetas no permiten dispendio que no responda a una necesidad ampliamente sentida; (...) Que en cambio sería muy plausible el subsidio de enfermedad en general, porque a) Podía beneficiar a todas en cualquier tiempo mientras trabajaban en las conservas; b) porque hay enfermedades propias del oficio contraídas especialmente por las obreras estañadoras y soldadoras de costuras al respirar los vapores del ácido clorhídrico empleado en las operaciones de estañar y soldar (...)”. Y pedían o que el pago de la cuota fuera voluntario o que se extendiera a todas las enfermedades aunque para ello hubiera de señalarse una cuota algo mayor. Los fabricantes de conservas de Galicia se dirigieron al ministro, diciéndole que no se oponían al pago de la cuota pero que ante la postura de las obreras, se modificase el seguro en la forma solicitada por la Unión de Trabajadores.

legislación no lo preveía por temor a las consecuencias sociales de la medida. Los representantes obreros en la CANPO estuvieron de acuerdo en que se descontase a las mujeres el seguro de maternidad, actuando, en palabras del Presidente de la Comisión, “con verdadera generosidad” en lo que se planteó como un primer ensayo para posteriormente ser extendido al resto de los seguros¹⁷⁶.

El Sindicato de Obreras de Pamplona elevó el 10 de noviembre una instancia al Ministro de Trabajo, pidiendo una reforma del seguro en el sentido de que no se le pidiese cuota a la obrera, y principalmente que los beneficios de la ley se extendiesen, si no a todas las esposas de los trabajadores, al menos a las obreras afiliadas que al contraer matrimonio hubiesen dejado de trabajar¹⁷⁷.

El INP recogía los motivos por los que las obreras se opusieron a la implantación del Seguro en su folleto de divulgación: “El Seguro de maternidad y las obreras. La resistencia de las obreras es una ofuscación y un daño para ellas mismas”¹⁷⁸. Pedían las obreras que el seguro fuese voluntario, porque “cuando contraen matrimonio abandonan las fábricas, perdiendo derecho al subsidio y a las cuotas aportadas”; “que el trabajo es eventual durante poco más de medio año”; que “los sueldos o salarios de la mujer, por ser bajos, no permiten dispendio que no responda a necesidades ampliamente sentidas”.

El INP defendió la medida señalando que los cálculos de la ley del seguro de maternidad se habían hecho sobre la base de que el seguro sería obligatorio para todas las obreras; que era justo que existiese la cuota obrera, para lo que transcribe opiniones de reuniones internacionales, incluida la opinión de los obreros en el proyecto de Convenio de la OIT en Ginebra de 1927, en que se discutió “el seguro de enfermedad que comprendía el de maternidad y la representación obrera en aquella Asamblea aceptó y votó la cuota obligatoria del obrero y la obrera”.

El debate se produjo en torno a si todas las obreras dejaban de serlo al casarse, a lo que el INP afirma que faltaba una estadística que lo probase. Respecto a que trabajaban pocos meses, la respuesta es que solo se les obligaba a pagar el trimestre en que trabajasen; respecto a los bajos salarios, les imputa falta de seriedad, porque la cuota no es alta y su postura constituye una falta de solidaridad con las compañeras más pobres, que son las que más necesitarán el seguro. A la petición de que se suprimiese el seguro de maternidad y se implantase el de enfermedad, se les contesta que éste es mucho más caro y complejo. Y por fin, se les atribuye la responsabilidad de aportar a la salud pública reprochándoles que pidan que se suprima “aun sabiendo que ha de influir en el mayor vigor de la clase obrera y que ha de evitar muchas enfermedades y muertes”.

5.3. Previsión contra el paro

Después de una larga historia de dilaciones¹⁷⁹, la protección frente al paro, prevista entre los Seguros cuya implantación se había encomendado al INP¹⁸⁰, se concreta por la República. Se regula por Decreto de 25 de mayo de 1931, que establece el Servicio para el fomento y régimen de la Previsión contra el Paro invo-

176 COMISIÓN ASESORA NACIONAL PATRONAL Y OBRERA, *Resumen de las sesiones celebradas, Acuerdos, Documentación Anexa*, vol. XI, 3-4 diciembre de 1935. Madrid 1936, Sobrinos de la sucesora de M. Minuesa de los Ríos, págs. 25-26.

177 *Anales del INP*, núm. 94, noviembre-diciembre 1931-1932, pág. 1.159.

178 *Notas divulgadoras del INP*, núm. 5, año 1932.

179 CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los seguros sociales...*, pág. 723-784. SAMANIEGO BONET, Mercedes, *La Unificación de los Seguros Sociales a debate. La segunda república*. Ministerio de Trabajo, 1988, págs. 369-376.

180 Real Decreto de 20 de noviembre de 1919.

luntario de Trabajo, y crea la Caja Nacional contra el Paro forzoso, adscrita al INP. La previsión contra el paro no se constituyó como seguro obligatorio, la Caja tenía como misión administrar los fondos estatales dirigidos a subvencionar las entidades voluntarias de previsión constituidas a tal fin. En la Base décima se disponía que los beneficios de la bonificación debían alcanzar a los asalariados entre los 16 y 65 años de edad, cualquiera que fuese su sexo, su patrono, la clase de trabajo y forma de su remuneración, siempre que esta no excediese de 6.000 pts. Se exceptuaba a los funcionarios públicos y al servicio doméstico.

5.4. Incorporación del servicio doméstico a los seguros sociales

Entretanto, el INP había dirigido a la CANPO, una Comunicación de fecha 12 de junio de 1931, sobre incorporación de los asalariados del servicio doméstico al Régimen legal de Seguros sociales¹⁸¹. En ella se califica la exclusión de los seguros sociales como algo del pasado, “el concepto de servicio doméstico se transforma, no es ya el servicio indefinido de la persona, sometido al arbitrio único del amo; tiende a ser un servicio regular, semejante a los demás oficios y funciones (...)”¹⁸².

La Comunicación plantea dos problemas respecto a los seguros obligatorios vigentes, vejez y maternidad, que se dan en el servicio doméstico pero también en otros empleos femeninos. Para el seguro de vejez, el matrimonio rompe la carrera de seguro (“sirven un número limitado de años, de cinco a diez”) y las cuotas que se satisfacen no llegan a constituir la pensión mínima; para el seguro de maternidad, cotizarán mientras son solteras y la mayoría necesitarán el seguro precisamente cuando ya han sido baja al contraer matrimonio. Sobre ambos problemas, se plantea la necesidad de adaptar los seguros para salvar sus inadaptaciones, pero “las dificultades hijas de tal inadaptación no nos pueden decidir a negar a los trabajadores del servicio doméstico el beneficio de los Seguros Sociales (...)”.

En tanto se procediese a la extensión del Régimen de Retiro Obligatorio al servicio doméstico, la Comunicación instaba a realizar una interpretación restrictiva del concepto, limitándolo al que se prestaba dentro del hogar para los individuos que forman una entidad natural, la familia.

El Pleno de la CANPO aprobó la resolución propuesta por el INP, con tres puntos: incluir en los regímenes obligatorios de vejez y maternidad el servicio doméstico, en las mismas condiciones y con los mismos derechos y obligaciones que los demás asalariados; tener en cuenta, para los estudios de mejora del régimen legal, la situación de los asegurados que solo pueden serlo transitoriamente; y realizar una interpretación restrictiva de la condición de doméstico mientras subsistiese la exclusión.

La idea de que el servicio doméstico tenía que incluirse en los seguros sociales obligatorios era compartida ampliamente, al menos en las intenciones. Rafael García Ormaechea, letrado jefe de la asesoría jurídica del INP, señala que la única discordancia entre la extensión de la ley de contrato de trabajo y el régimen legal de los seguros sociales se produce en el servicio doméstico, diferencia que anunciará mucho tiempo¹⁸³.

181 COMISIÓN ASESORA NACIONAL PATRONAL Y OBRERA, *Labor del Pleno. 14-16 de julio de 1931. Resumen de las sesiones celebradas. Acuerdos. Documentación anexa*, págs.73-78. En otro anexo, se enviaba una Nota de Información realizada por Carlos G. Posada, en la que se hacía un estudio de la legislación internacional sobre servicio doméstico y seguros sociales.

182 “Tan obrera es la mujer que trabaja ocho horas en el taller o en la fábrica, en las oficinas o en el campo como la que pasa diez horas o más en la cocina” (...). La Comunicación habla de los módicos salarios de los domésticos, que no les permiten asegurarse la vejez, y el desamparo en que quedan.

183 En “La ley de contrato de trabajo en relación con los seguros sociales” *Anales del INP*, núm. 93, septiembre-octubre de 1931, pág. 928.

5.4.1. El proyecto de unificación de los seguros sociales

Por Orden del Ministerio de Trabajo de 10 de mayo de 1932, se ordenó al INP preparar un proyecto de seguro de enfermedad y otro de invalidez y muerte, y además, un estudio para la unificación de los Seguros sociales de invalidez, vejez, maternidad y muerte, y su coordinación con los seguros de accidentes de trabajo en la industria y la agricultura.

La subponencia del INP para el estudio del seguro de enfermedad aprobó unas bases para el seguro en las que el campo de aplicación incluía a todos los trabajadores por cuenta ajena, que no superasen los ingresos que se fijasen para los seguros sociales. Aprobadas las Bases en mayo de 1933, el concepto de asalariado se acogía en su máxima amplitud¹⁸⁴, incluido expresamente el servicio doméstico. El concepto de empresa era también amplio, incluyendo todos los entes y personas que empleasen a otros, “aunque el objeto total o parcial de su actividad no sea la obtención de un lucro, sino la prestación de un servicio cultural, educativo, benéfico o social”.

Los beneficiarios de la asistencia sanitaria debían ser el asalariado y su familia, para que el seguro cumpliera su función, posición que se había expresado ya en la contestación del gobierno español al cuestionario para la X Conferencia Internacional del Trabajo sobre el seguro de enfermedad¹⁸⁵.

La subponencia para el estudio del seguro de invalidez, vejez y muerte, incluyó en su campo de aplicación los trabajadores asalariados y los independientes, que en ambos casos no debían superar los ingresos que se fijasen para los seguros sociales. La Base 2ª incluía entre los beneficiarios el servicio doméstico. Y entre los independientes, la Base 3ª incluía a quienes por cuenta propia ejerciesen un trabajo industrial, mercantil, agrícola o de otra especie¹⁸⁶.

Contradictoriamente con la tendencia que marcaba el trabajo del INP para la unificación de seguros sociales, acogiendo al servicio doméstico, el proyecto de ampliación del seguro de maternidad de 1934 vuelve a excluirlo ateniéndose a lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto de 22 de marzo de 1929. La Disposición ordenaba al INP estudiar la ampliación del seguro de maternidad, cuando menos, a las trabajadoras autónomas y a las mujeres de los obreros¹⁸⁷, cumplidos tres años de su

184 *Notas informativas para la ponencia sobre unificación de Seguros Sociales*, núm. 4, junio de 1933, Bases aprobadas los días 17 y 18 de mayo de 1933, pág. 2. La Base 2ª consideraba como asalariados para el seguro de enfermedad a todos los trabajadores, “obrerros u obreras, cualquiera que sea su patrono, la clase de trabajo y la forma de remuneración (...) incluidos los del servicio doméstico y análogos, los trabajadores a domicilio, los destajistas, los apareceros, los familiares del patrono que no vivan en su domicilio y a su costa y los aprendices”; “los funcionarios del Estado y corporaciones locales, instituciones oficiales autónomas, personas, empresas, sociedades o asociaciones industriales, mercantiles, agrícolas o de otra clase cualquiera, aunque el objeto total o parcial de su actividad no sea la obtención de un lucro, sino la prestación de un servicio cultural, educativo, benéfico o social”; incluyendo entre los trabajadores a “los que desempeñan una función o servicio habitual de carácter intelectual por obligación contraída en virtud de un nombramiento o contrato escrito o verbal”, lo que incluía a toda persona asalariada.

185 *Publicaciones del INP* núm. 395, 1933, pág. 13. Se señalaba que la finalidad del seguro era evitar que tras la enfermedad entrara la miseria en los hogares humildes sin medios para abonar la asistencia médica, ya que la atención exclusiva al asegurado no impedía que su hogar fuese un posible foco de infección.

186 *Notas informativas para la ponencia sobre unificación de Seguros Sociales*, núm. 4, junio de 1933, cit, pág. 11. La Base 5ª permitía excluir a quienes ejecutasen un trabajo temporal que no excediese de un mínimo de días determinado por el Patronato de Previsión.

187 Aprobado en sesión de 29 de diciembre de 1934, según *Actas del Consejo del Patronato, sesión 29-XII-1934*, pág. 665 y ss. Citado por SAMANIEGO BONET, Mercedes, en *La unificación de los seguros sociales cit.*, pág. 304.

implantación, que se había producido en 1931. Así se hizo, en forma de propuesta de seguro voluntario a favor de las trabajadoras autónomas y las mujeres de los obreros.

El oficio de doméstica continuaba sin dar lugar al derecho a inscripción, aunque la condición de esposa de trabajador asalariado permitía el aseguramiento. Para ello, era necesario que el trabajador estuviera asegurado y al corriente en el pago de la cotización¹⁸⁸.

La CANPO aprobó el anteproyecto en su sesión de diciembre de 1934, y según el acuerdo, el seguro de maternidad quedaba como un seguro obligatorio para obreras y empleadas y voluntario para las mujeres de los obreros o empleados con derecho a los beneficios del Retiro Obrero. La ampliación se extendía a las mujeres que hubiesen estado inscritas en el Seguro obligatorio al menos cuatro trimestres en los dos años anteriores a la fecha en que hubiesen dejado de ser obreras, y solicitasen la inscripción en el seguro dentro del año siguiente a dicha fecha. Con esta ampliación se daba una solución a las trabajadoras que dejaban su empleo al contraer matrimonio¹⁸⁹.

Según el proyecto de unificación de los seguros sociales, la exclusión de las domésticas, iba en camino de desaparecer. Severino Aznar, en un curso para funcionarios del INP, sobre Retiro Obrero Obligatorio, dictado los días 6 y 8 de marzo de 1935, explicaba “por motivos que en los comienzos del seguro se estimaron suficientes, quedaron excluidas las domésticas. Era muy difícil, y muy expuesto a abusos, la invasión de los inspectores en el sagrado del hogar; era muy efímera y trashumante la estancia de la criada en las casas, y una parte muy considerable de ellas se casaban y dejaban de ser aseguradas. En general, por eso la pensión que se les podía constituir era irrisoria y no merecía la pena tan enorme y peligroso esfuerzo para resultados tan insignificantes. Pero el problema de la inclusión de las domésticas está todavía planteado.” Por el contrario, “en una gran parte de las leyes de retiro obrero de Europa están excluidos los obreros agrícolas; pero España creyó que eso era una injusticia (...) Y por eso los incluyó”¹⁹⁰.

El proyecto de seguros sociales unificados, publicado para información pública en la Gaceta de 28 de mayo de 1936, en su art. 1º creaba un seguro de vejez, invalidez y muerte y otro de enfermedad y maternidad, pero en el art. 2º disponía que fueran únicas la institución aseguradora, la cuota, el acto de afiliación, las instalaciones sanitarias, y la inspección. El campo de aplicación de los seguros era “todos los asalariados, sin distinción de estado civil, sexo o nacionalidad, que hayan cumplido dieciséis años y no lleguen a los sesenta y cinco, cuyas retribuciones anuales no excedan de 6.000 pesetas, que trabajen habitualmente y no perciban ya beneficios equivalentes a los de estos Seguros en virtud de una Ley, reglamento o Estatuto de carácter público”, quedando fuera, por tanto, únicamente los trabajadores independientes, que habían sido incluidos en la propuesta del INP sobre seguro de vejez, invalidez y muerte.

5.4.2. El seguro de accidentes laborales del servicio doméstico

Comenzada ya la guerra civil, por Decreto de 28 de octubre de 1937, publicado en la Gaceta de 31 de octubre siguiente, se extendieron al servicio doméstico los beneficios de la legislación de accidentes de trabajo¹⁹¹.

188 Ver “Anteproyecto de ampliación del Seguro de maternidad a las trabajadoras autónomas y a las mujeres de los obreros”, pág. 214 y 220. COMISIÓN ASESORA NACIONAL PATRONAL Y OBRERA, *Labor del pleno 12-14 de diciembre de 1934. Resumen de las sesiones celebradas. Acuerdos. Documentación anexa*.

189 *Ibidem*, pág. 71-72.

190 *Anales del INP*, Tomo XXVII, año 1935, pág. 689.

191 La Generalitat de Cataluña sacó un folleto divulgativo titulado “Ampliació dels avantatges de la legislació d'accidents del treball en la indústria al servei domèstic”, en su serie *Publicitat pro-assegurances socials*, serie catalana Full núm. 6.

En la definición del campo de aplicación se utilizó el concepto de servicio doméstico del artículo 147 del Código del Trabajo de 1926, “el que se preste mediante cualquier remuneración o sin ella, y que sea contratado, no por un patrono, sino por un dueño de casa que no persiga fin de lucro, para trabajar en una morada particular al servicio exclusivo del contratante, de su familia y de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del dueño o fuera de él”, añadiendo a continuación la exigencia de la nota de habitualidad, que no existía en el Código “(...) siempre que este servicio no se preste de un modo aislado o eventual, sino con carácter continuado o permanente”.

El preámbulo del Decreto lo presenta como la reparación de la injusticia que se había producido al excluir de la legislación de accidentes de trabajo la actividad doméstica “por la sola razón de que su empleo no tiene por finalidad la obtención de un lucro más o menos directo” lo que se considera discutible ya que el amo o dueño de casa que contrata a un servidor doméstico para su asistencia personal y la de sus familiares y dependientes, lo hace “porque obtiene una ventaja de que aquél supla con su actividad la que habrían de dedicar él y su familia a su propia asistencia y que, al ser suplida, pueden invertir en otras funciones de mayor provecho”.

Se señaló, sin embargo, que había que resolver dos dificultades: la insolvencia de los patronos que no hubiesen contratado el seguro, lo que podía afectar al Fondo de Garantía, y la comprobación de las enfermedades profesionales, cuya causalidad se estimó más difícil de determinar que la de otros trabajos.

La ley entraba en vigor el 1 de febrero de 1938, a los tres meses de su publicación el 31 de octubre de 1937. Todos los dueños de casa estaban obligados a contratar el seguro de accidentes laborales con la Caja Nacional de Seguros de Accidente de Trabajo, y las primas se debían abonar por anualidades anticipadas, en cuantía que se iba a fijar por Orden Ministerial según categoría y retribución de los trabajadores. La Orden de 28 de enero de 1938 estableció tres primas diferentes, del ocho, doce y quince por mil de los salarios, según el medio en el que se desempeñaran el trabajo, urbano, semiurbano y rural, y las funciones, estableciendo así un régimen de aseguramiento más sencillo que el existente en el régimen general en razón, de acuerdo con la norma, de la necesidad de simplificar el régimen administrativo en el sector.

La terminación del contrato del servidor daba derecho al dueño a recobrar las primas correspondientes a los meses sucesivos al cese, o a reservar la prima abonada a favor del siguiente trabajador. Esta disposición, contenida en el art. 3º, fue modificada por Decreto de 9 de enero de 1938, suprimiéndose la posibilidad de recobrar las cuotas en caso de cese del servidor doméstico, quedando solamente la opción de adjudicarlas al servidor que le sustituyese, con la obligación de reajustar la prima si el salario fuese superior.

El dueño de la casa no tenía obligación de llevar libro de matrícula ni de pago de salarios, obligatorio para los demás empresarios según el art. 95 del decreto de 31 de enero de 1933, del reglamento de accidentes de trabajo en la industria.

Según el art. 4º, los operarios, directamente o mediante sus sindicatos, podían investigar ante la Caja Nacional de Accidentes si estaban asegurados, y la falta de aseguramiento era sancionable por la Inspección de Seguros Sociales. El cumplimiento de la obligación de asegurar se pretendió reforzar en el art. 5º con estímulos económicos a los recaudadores, dejándoles la mitad del recargo recaído en los incumplimientos que detectasen, así como previendo sanciones en caso de que no cumpliesen con su deber de control.

El salario computable para la fijación de la prima y las prestaciones del seguro estaba valorado en su totalidad, tanto el metálico como la manutención y el alojamiento¹⁹².

El art. 7º de la norma hizo una relación cerrada de enfermedades profesionales del servicio doméstico, diferente de la entonces vigente Ley de 13 de julio de 1936, para el resto de las actividades. Las enfermedades se referían a la intoxicación por vapores tóxicos, dermatosis y bursitis¹⁹³, relacionadas con las duras condiciones físicas del trabajo doméstico en la época.

Los beneficios del Fondo de garantía de accidentes no se aplicaron, es decir, en caso de incumplimiento empresarial e impago de la indemnización, no existía automaticidad en el pago de la prestación a cargo del Fondo. El artículo 8º, regulando la excepción, preveía “tan pronto como la experiencia lo permita” la modificación del artículo, al objeto de equiparar a los servidores domésticos en este punto.

Por Leyes de fecha 17 de marzo de 1938, se ratificaron los Convenios de la OIT 33, 35, 36, 37, 39 y 40, que reconocían con carácter obligatorio los seguros de vejez, invalidez y muerte a los asalariados de las empresas agrícolas, industriales, comerciales, de las profesiones liberales así como de los trabajadores a domicilio y del servicio doméstico.

¹⁹² “Art. 6: La indemnización, y consiguientemente, las prima, se fijarán tomando como base el salario que en metálico perciban los servidores domésticos. Si además del salario corriese de cuenta del dueño de la casa la alimentación del servidor, se deberán sumar por este concepto las siguientes cantidades: en poblaciones mayores de cien mil habitantes, cuatro pesetas diarias. En poblaciones de más de diez mil y menos de cien mil habitantes, tres pesetas diarias. En poblaciones de menos de diez mil habitantes, dos pesetas diarias. Si el servidor doméstico habitase en la morada del dueño, se deberá aumentar el cómputo del salario en metálico con una peseta diaria sobre cada uno de los grupos precedentes”.

¹⁹³ “Art. 7: Únicamente se considerarán enfermedades profesionales del servicio doméstico, las que a continuación se expresan, comprendidas en la lista de la Base primera de la vigente Ley: Intoxicación por el benceno, sus homólogos, sus nitros y aminoderivados; Intoxicación por los derivados halógenos de los hidrocarburos de la serie grasa; Dermatitis profesional; Intoxicación por los gases o vapores tóxicos, en especial del óxido de carbono; Bursitis (inflamación de las bolsas serosas y vainas tendinosas)”.

Parte II.

Los seguros sociales del empleo doméstico en el franquismo hasta 1969

1. Los primeros seguros

1.1. Algunas características

La propuesta de unificación de seguros sociales proveniente de la república quedó en suspenso, y con ella la inclusión del servicio doméstico en los seguros sociales. Para los ideólogos de la previsión social en esta etapa, el trabajador por antonomasia era un varón, que antes o después contraería matrimonio y estaría llamado a ser el sostén de su familia.

Las normas sociales debían extender la tutela previsora del individuo trabajador a todo su núcleo familiar, considerado como la natural proyección de su personalidad en la vida social¹⁹⁴. La familia debía ser considerada el verdadero sujeto del ordenamiento jurídico de Previsión Social¹⁹⁵, y el esfuerzo del Estado debía empezar donde acabasen las posibilidades de ayuda de aquella.

La exclusión del servicio doméstico de los seguros sociales debía ser compatible con la adjudicación a los varones de su papel familiar. Esto se refleja en la posición de la administración de la seguridad social en relación a los oficios que desempeñan mujeres y hombres. Como ya se ha expuesto, la doctrina excluía de la domesticidad los trabajos especializados que carecían de nota de generalidad de los del servicio doméstico, aún así el INP dio diferente consideración a unas y otras especialidades.

Aplicará la doctrina de la especialidad en los oficios masculinos de chóferes y jardineros, pero en Resolución de la Dirección General de Previsión, de 29 de octubre de 1945, frente a la costurera en domicilios particulares que reivindica su actividad como un oficio a efectos de aplicación de los regímenes generales de Seguros y Subsidios Sociales, la entidad declara “diáfano” el carácter doméstico de la tarea¹⁹⁶.

El nacionalcatolicismo marca la actuación de la Administración laboral, lo que tendrá más de una consecuencia en la regulación de la seguridad social del empleo doméstico. Se amplía el carácter de morada particular en el sentido de admitir como doméstico el servicio de tal especie a comunidades religiosas. La Dirección General de Trabajo por Resolución de 9 de enero de 1950, declara doméstico al personal que presta servicio en un seminario diocesano, por la idiosincrasia de sus actividades¹⁹⁷, independientemente del carácter del empleador. En la misma línea, en Resolución de 7 de mayo de 1951, declara doméstica la trabajadora al servicio de la Comunidad religiosa titular de un Colegio, en el que no presta servicios directos¹⁹⁸. La posición de la Administración laboral y el TS fue divergente en este tema.

194 VANNUTELLI, Césare, “La tutela de la familia en el ámbito de la previsión social”, *Revista del Trabajo*, núm. 7-8, 1948, pág. 755.

195 UCELAY RIPOLLÉS, Mariano, *Previsión y Seguros Sociales*, Madrid 1955, pág. 185.

196 *Boletín de información del Instituto Nacional de Previsión*, 1945, tomo II, pág. 2.362.

197 FARRÉ de CALZADILLA, J. *Boletín...*, Fascículo III, ref. 244 de 1950.

198 *Ídem*, Fascículo IX, ref. 432 de 1951.

El TS se pronuncia sobre la cualidad no doméstica del operario que presta servicios de ayudante de cocina y mozo de limpieza en un seminario diocesano, que no tiene la condición de amo de casa¹⁹⁹ de acuerdo con la doctrina general de que el trabajo para las entidades sin fin de lucro no cambia el carácter laboral de las personas a su servicio²⁰⁰.

1.2. El subsidio familiar

El primer seguro social del franquismo fue el subsidio familiar, que se planteó como un estímulo a la natalidad, y un medio de evitar la indeseable salida de la mujer al empleo en detrimento de su función materna dentro del hogar²⁰¹. Aun cuando ya había algunas empresas que abonaban ayudas²⁰², el subsidio se generaliza por la Ley de 18 de julio de 1938 por la que se constituyó una Caja nacional adscrita al INP.

El reglamento del subsidio, Decreto de 20 de octubre de 1938, excluía a los servidores domésticos en su art. 3 b)²⁰³. La exclusión se encontró justificada “puesto que lo corriente es que la gran masa de estos trabajadores no tengan cargas familiares”²⁰⁴.

Exceptuado el servicio doméstico, el campo de aplicación era amplísimo, se extendía a “todos los trabajadores por cuenta ajena, cualquiera que sea su estado civil, edad, sexo, forma y cuantía de la remuneración y clase de trabajo, que tengan hijos o asimilados a ellos que vivan a su cargo y en su hogar, y sean menores de catorce años”. No existía ningún límite de remuneración para la percepción del subsidio, y en la interpretación de la Dirección General de Previsión, alcanzaba a los altos cargos de las empresas²⁰⁵. Llegó a incluir a los trabajadores agrícolas autónomos por Reglamento de 23 de mayo de 1943.

La familia protegida eran los hijos a partir del segundo, y el subsidio se abonaba por la empresa mediante pago delegado al cabeza de familia, estando prevista la entrega a la esposa en casos extraordinarios. La Ley de 23 de septiembre de 1939, extendió la prestación a las viudas y huérfanos de trabajadores que hubiesen sido beneficiarios del régimen de subsidios familiares, siempre que la viuda no tuviese empleo remunerado.

199 STS 24-5-1954, RJ 1287.

200 STS 13-2-1953, RJ 228, declarando laboralidad del personal al servicio de una fundación benéfica; STS 5-5-1954, RJ 1263, lo mismo respecto al trabajo para un colegio de la Diputación.

201 Según el preámbulo “Es consigna rigurosa de nuestra revolución elevar y fortalecer la familia en su tradición cristiana, sociedad natural perfecta y cimiento de la Nación”, para lo que “ha de otorgarse al trabajador -sin perjuicio del salario justo y remunerador de su esfuerzo- la cantidad de bienes indispensables para que aunque su prole sea numerosa -y así lo exige la Patria- no se rompa el equilibrio económico de su hogar y llegue la miseria, obligando a la madre a buscar en la fábrica o taller un salario con que cubrir la insuficiencia del conseguido por el padre, apartándola de su función suprema e insustituible (...)”.

202 PÉREZ BOTIJA, Eugenio, “Los salarios en relación con la familia y el rendimiento. Estudio de la reciente legislación española y portuguesa”, *Revista del Trabajo*, núm. 37, 1942, pág. 1.134.

203 Junto a otra exclusión clásica, la de los funcionarios y personal al servicio del Estado y corporaciones locales que tuviesen sus propios subsidios.

204 PERPIÑA RODRÍGUEZ, Antonio, “El sujeto protegido por las leyes de previsión social. Conceptualismo jurídico y finalidad social”, *Boletín informativo del INP*, vol. II, 1945, pág. 1.326.

205 ALONSO OLEA, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1959, pág. 145.

Perviviendo el subsidio, por Orden Ministerial de 29 de marzo de 1946 se crea el plus familiar. Tenía una cuantía muy superior al subsidio y se presenta como un primer paso hacia el salario familiar. Fueron exceptuados de la norma del plus los servidores domésticos (art. 2 c) y también otros sectores de actividad²⁰⁶. El plus se pagaba sobre un fondo formado por las empresas individualmente consideradas, en forma de porcentajes sobre las retribuciones de la plantilla, y se abonaba exclusivamente a los trabajadores a su servicio. Se distribuía igualitariamente entre todos los beneficiarios, cuyas cargas familiares a considerar eran más amplias que las del subsidio familiar, ya que incluían a la esposa, siempre que no trabajase y no hubiese separación matrimonial ni de hecho ni de derecho, salvo en este último caso que el marido hubiese sido declarado cónyuge culpable.

La cuantía del plus familiar era alta en algunas empresas, lo que reforzaba la permanencia de las esposas en las tareas domésticas, finalidad explícita que condicionaba los criterios para su aplicación²⁰⁷. El esposo constituía carga familiar en caso de ser incapaz para el trabajo y en caso de que ambos cónyuges trabajasen, las cantidades correspondientes a los hijos se pagaban siempre al varón por ser quien por definición legal era el cabeza de familia y por tanto titular de las cargas familiares²⁰⁸.

Sólo en el caso de que el esposo estuviese en paro involuntario debidamente justificado, o que en la actividad en que este se ocupase no existiese plus, podía la esposa cobrar el plus por los hijos, nunca por el marido.

1.3. Retiro Obrero

El Retiro obrero fue reformado por ley de 1 de septiembre de 1939, que sustituía el régimen de capitalización por el de pensión fija, y se desarrolló por Orden de 2 de febrero de 1940, que declaraba obligatoria la afiliación de todos los trabajadores por cuenta ajena entre los 16 y los 65 años de edad, cuyos ingresos anuales no superasen las 6.000 pts.

En su artículo 2º se declaraba no aplicable a los servidores domésticos, así como a funcionarios y obreros al servicio del Estado, provincia o municipio que tuviesen derecho a jubilación por otras vías.

La revista *Anales del INP* desaparece durante la guerra civil a partir de su último número de junio de 1936, reapareciendo en enero de 1941. Los artículos doctrinales de la nueva época se inician con el titulado “El subsidio de vejez y el servicio doméstico”²⁰⁹, y la exclusión que la Orden 2-2-1940 del Seguro de Vejez realiza en su art. 2º se justifica porque no se ha hecho otra cosa que “seguir la pauta marcada tanto en nuestro sistema de seguros sociales como en la mayor parte de las legislaciones extranjeras. Las dificultades que presenta la fiscalización de esa clase de trabajos, el producirse la relación, no entre obrero y patrono, sino entre amo y criado, son razones que, unidas a otras dificultades técnicas, han impuesto, en nuestra Patria y fuera de ella, el criterio que el precepto antes transcrito señala”.

206 Los trabajadores agrícolas, forestales y pecuarios; los trabajadores a domicilio, salvo que la reglamentación los incluyese, en las actividades en que la mayoría del personas trabajase a la parte, el alto personal artístico (art. 4).

207 De acuerdo con la Resolución de la Dirección General de Previsión de 7 de febrero de 1946, “Aunque el porcentaje resulte superior en la industria donde trabaja la mujer y, por tanto, perjudicado el hogar con menos ingresos al percibir los ‘pluses’ en la del marido, tal principio no puede alterarse, porque, aparte de los fundamentos doctrinales justificativos, la institución tiende a reintegrar a la mujer al seno de la familia”. *Revista de Trabajo*, tomo I, 1946, pág. 201.

208 Según el art. 10 de la Orden de 29 de marzo de 1946.

209 *Anales del INP* núm. 1-2, de enero-febrero de 1941, pág. 3.

El artículo recuerda las exclusiones del periodo republicano y las anteriores en el Retiro Obrero según la interpretación del INP de 1921. Se apoya en que los Convenios Internacionales habían reconocido “las dificultades que presentaba el llevar a los servidores domésticos, o, al menos, a algunas de sus categorías, al campo de aplicación de los Seguros sociales de vejez” y en la XVII Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, junio de 1933), se reconocía a los firmantes la facultad de exceptuar de la aplicación de aquél “a los domésticos al servicio personal de patronos agrícolas”. Justifica que si se les excluyó del Retiro Obrero debido a las dificultades de todo orden que suponía: “mucho más difícil había de ser el poderlos comprender de primera intención en el nuevo Régimen de Subsidio de Vejez, donde las prestaciones alcanzan un nivel extraordinariamente elevado, y que vino a transformar radicalmente todo el sistema financiero en que aquél descansaba, pasando desde el Régimen de capitalización al de reparto, con el consiguiente sacrificio económico que ello supone”²¹⁰.

La exclusión del subsidio de vejez se explicó doctrinalmente por el carácter de la relación, que permitía presumir que el trabajador sería espontáneamente amparado en su vejez por el amo de casa²¹¹, aunque la totalidad de los autores consideró necesario que el seguro se extendiese al servicio doméstico.

1.4. Asistencia en el embarazo y parto

Por la Ley de 18 de junio de 1942, se reconoció el derecho a la asistencia en el embarazo y parto a las trabajadoras afiliadas al régimen de subsidios familiares que no estuvieran afiliadas al de maternidad por superar el límite de retribución establecido (entonces, 9.000 pts.)²¹², por lo que pasaba a proteger a todas las trabajadoras por cuenta ajena, salvo a las domésticas, excluidas del régimen de los subsidios familiares. También pasó a cubrir a todas las esposas de los asegurados en el subsidio, siempre que no trabajasen fuera de casa²¹³, vía por la que el servicio doméstico pudo tener acceso a la prestación, al no tener acceso propio a los seguros sociales.

Esta fórmula no cubría a las trabajadoras domésticas internas, que eran solteras y constituían entonces la inmensa mayoría del sector. La falta de protección por embarazo y maternidad fue uno de los elementos con los que se forjó la figura de la criada descarriada y dependiente en su desgracia del auxilio de la beneficencia.

1.5. Seguro de enfermedad

El Seguro obligatorio de enfermedad (SOE) se creó por Ley de 14 de diciembre de 1942, aunque el comienzo de la prestación efectiva de asistencia fue el 1 de septiembre de 1944²¹⁴. Su campo de

210 *Ibidem*, pág. 4.

211 PERPIÑA RODRÍGUEZ, Antonio, “El sujeto protegido por las leyes...”, cit., pág. 1.318. Según el autor, “la razón de principio que determina esta excepción es el carácter íntimo y familiar de la sociedad heril, que tampoco es propenso a la explotación despiadada, propia de la empresa capitalista deshumanizada”, aunque se añade “con todo, hay una evidente dependencia laboral y riesgo de opresión, y de ahí que no haya habido completa unanimidad de criterio respecto de esta exclusión”.

212 La efectividad de esta Disposición se produjo a partir del 1 de julio de 1945, según acuerdo del Consejo del INP, publicado en el *Boletín de Información del INP*, vol. I, 1945, pág. 1.126.

213 En el artículo sin firma “El Fuero del Trabajo en la realidad española, cinco años de labor”, de la *Revista del Trabajo* núm. 1, 1944, pág. 15, la reforma se relata así: “se proveyó a extender los beneficios del seguro de maternidad a las esposas de los obreros que no trabajan fuera de casa, disposición interesantísima dentro de una sana política familiar (...)”.

214 Orden de 27 de julio de 1944.

aplicación, según el artículo 3º, eran todos los productores económicamente débiles, que de acuerdo con el artículo 4º eran “todos aquellos que con su trabajo intervengan en un ciclo cualquiera de la producción, bien por su cuenta o por cuenta ajena, así como los que trabajan en su domicilio y los colocados en servicios domésticos”. Según la Disposición transitoria sexta, el Ministerio de Trabajo, a propuesta del Instituto Nacional de Previsión, podía disponer que la obligación de afiliarse comenzase en fechas distintas, según se tratase de trabajadores fijos²¹⁵, de eventuales, a domicilio y de los servidores domésticos.

El comienzo de la afiliación de los trabajadores fijos se estableció para el 1 de mayo por Orden de 8 de abril de 1944, dejando pendiente la de los trabajadores eventuales, a domicilio y domésticos²¹⁶. Según el art. 8 de la Ley del SOE, eran beneficiarios del seguro de enfermedad los asegurados y familiares que convivieran con ellos y a sus expensas, entendiéndose por familiares al cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos menores de dieciocho años o incapacitados para el trabajo, por lo que las mujeres del servicio doméstico teóricamente tenían múltiples vías de acceso a la protección, siempre que no estuviesen en la situación que era más frecuente en su caso: solteras y sin convivencia familiar, al trabajar en régimen interno en casa ajena.

La Ley previó fusionar los seguros de maternidad y enfermedad (art. 21), y que las beneficiarias del seguro de enfermedad tuviesen asistencia facultativa en la gestación, parto y posparto (art. 5).

El reglamento para la aplicación del régimen especial de los seguros sociales en la agricultura, aprobado por Decreto de 26 de mayo de 1943, establecía en su artículo 20 que los servidores domésticos agrícolas quedarían incluidos en el régimen especial de la agricultura en la misma fecha en que entrase en vigor el seguro de enfermedad, inclusión que fue saludada como un importante avance²¹⁷.

Pero la entrada en vigor del seguro no dio lugar a la protección prevista. Al publicarse la Ley de 19 de julio de 1944 extendiendo los seguros sociales al personal doméstico, la Orden comunicada de 11 de noviembre de 1944 declaró que la Ley derogaba lo dispuesto en el Reglamento del régimen agrícola en cuanto a los domésticos, por lo que debía estarse al desarrollo de la Ley para su inclusión en los seguros sociales²¹⁸.

Con posterioridad, la Resolución de la DG de Previsión de 30 de enero de 1950, reiteraba que no eran trabajadores agropecuarios a efectos de los Seguros y Subsidios Sociales las personas dedicadas exclusivamente al servicio doméstico de los empresarios agrícolas, y solamente les serían aplicables las normas que en su día se dictasen para el desarrollo de lo dispuesto en la Ley de 19 de junio de 1944²¹⁹.

215 Para ver el concepto de trabajador fijo, BERNAL MARTÍN, Salvador, *El seguro obligatorio de enfermedad*, Madrid 1949, pág. 113. Los trabajadores fijos de temporada, o de la Construcción en obras de duración superior a dos meses, eran fijos a efectos del seguro.

216 La afiliación e implantación del seguro tuvo varios aplazamientos, la primera Orden dispuso la apertura de la afiliación a partir del 1 de mayo, la Orden 3 de junio lo atrasa al 1 de julio, la Orden de 27 de junio de 1944 declara como fecha simbólica el 18 de julio, y por Orden de 17 de julio se amplía al 31 de julio.

217 ROMERO, Julio, “Régimen especial de los seguros sociales en la agricultura”, *Revista del Trabajo*, núm. 32, 1943, pág. 639. Se alude a la inclusión de los servidores domésticos en la agricultura como una prueba concluyente del progreso que supone la norma.

218 *Revista de Trabajo*, 1945, tomo I, pág. 95.

219 *Ídem*, 1950, tomo I, pág. 446.

2. El debate entre Gobierno y Tribunal Supremo sobre el carácter doméstico de los chóferes particulares

La Resolución de la DG Previsión de 27 de abril de 1944, declaró trabajador por cuenta ajena a efectos de los subsidios, el chófer de un particular aunque simultáneamente prestase servicios domésticos²²⁰. Y por Resolución del mismo órgano, de 10 de septiembre de 1945²²¹, de manera general, se dispuso que los chóferes particulares debían ser afiliados a los seguros sociales.

La Reglamentación del Trabajo en las Empresas de Transporte por Carretera de 2 de octubre de 1947, incluyó en su art. 2º a los “transportes privados al servicio de particulares”, dejando fuera de dudas el sentido de la frase mediante la Orden de 21 de septiembre de 1950, que reformó el art. 19 de la norma, disponiendo que los conductores de automóviles al servicio de particulares estaban comprendidos, a todos los efectos, en la reglamentación, con algunas especialidades en cuanto a la jornada.

Sin embargo, a partir de una sentencia de 13 de noviembre de 1950 (RJ 1596), el TS comienza a atribuir al trabajo de los chóferes al servicio de particulares la condición de servicio doméstico²²². Según el Tribunal, el art. 1º de la LCT de 1944, había añadido una condición a la definición legal de contrato de trabajo, que era la necesidad de que quien presta el trabajo “participe en la producción”, sin que, por el contrario, fuese nota esencial el que el servicio se prestase en el interior de la morada. La calificación de domésticos se reiteró en sucesivas sentencias²²³, en todas, en función de la adscripción del chófer al servicio personal del amo de casa sin fin de lucro.

Especial importancia tuvo la STS de 25 de mayo de 1951, que declara inválida la inclusión de los chóferes particulares en la Ordenanza, e inaplicable la modificación operada por la Orden de 21 de septiembre de 1950, que por su rango no podía rectificar el concepto de servicio doméstico contenido en la LCT. La STS de 4 de febrero de 1952 (RJ 214), añadía a las consideraciones jurídicas, otras sobre el conjunto de derechos derivados de la condición laboral, incompatibles con el servicio a prestar²²⁴.

La polémica de la Administración con el TS llegó a convertirse en un enfrentamiento abierto entre poderes. La Resolución de la DG de Previsión de 6 de noviembre de 1952²²⁵, declara inadmisibles que

220 *Régimen obligatorio del seguro de vejez e invalidez, Manual de Legislación*, Ministerio de Trabajo, 1949, pág. 378.

221 La Resolución de la Dirección General de Previsión se repite el 17-11-1950, 28 de febrero y 7 de marzo de 1951. *Jurisprudencia de los Regímenes obligatorios de los seguros sociales unificados*, Instituto Nacional de Previsión, diciembre 1958, págs. 110-111.

222 La STS de 9 de abril de 1951 reitera la doctrina respecto a los chóferes particulares como operarios en un procedimiento en el que se debatía la condición laboral de un jardinero dedicado al ornato de un jardín particular. La sentencia declara irrelevante la ausencia de fin de lucro del patrono de la casa particular, y considera al jardinero operario porque el trabajo excluido por el art. 2º de la LCT se refiere a las atenciones interiores de la vida familiar. Sin embargo, el mismo ponente de esta sentencia es el de la posterior de 25-5-1951, RJ 1553, en el que se cambia radicalmente de criterio, declarando domésticos a los chóferes particulares.

223 STS 25-5-1951, RJ 1553; 4-2-1952, RJ 210; 7-2-1952, RJ 214; 9-11-1953, RJ 1878.

224 Los “irrenunciables derechos del obrero a jornada de trabajo, descansando en días festivos y en los inhábiles, vacaciones y, por tanto, o el dueño del vehículo debe renunciar a su derecho a disponer o el conductor a exigir el cumplimiento de tales derechos; esto es, que el servicio en tales condiciones sería inaceptable, y el perjuicio redundaría, no solo en el propietario, sino para la clase de conductores porque sus servicios dejarían de buscarse en vista de que no se cumplía el fin para los que son necesarios”. Razonamiento paralelo se utiliza en el f.º 5 de la STS 4-5-1999, RJ 5148, referido a la impugnación del sistema de cotización de trabajo discontinuo en el RESS.

225 Publicada en FARRÉ CALZADILLA, J. cit., fascículo III, ref. 86, 1953.

los chóferes privados queden excluidos de los beneficios de la legislación social y de previsión, y que “contra tal criterio (...) no pueden prevalecer las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia, puesto que no son fuentes de derecho y se pronuncian para casos concretos (...)”.

La Administración rectifica parcialmente mediante la Orden de 5 de marzo de 1952, que declara inaplicable la Ordenanza del Transporte a los chóferes particulares, y sin entrar en la calificación de su trabajo como doméstico o laboral, les atribuye derechos que exceden los del servicio doméstico. Se mantiene la Ordenanza como referencia obligatoria en dos cuestiones: retribución mínima y base de cotización, ya que también se declara obligatoria la afiliación a los seguros sociales, régimen de accidentes y Montepío de Previsión Laboral. La Ordenanza fue declarada de aplicación por el TS, al ser compatible con la cualidad doméstica del servicio²²⁶. Constituye una excepción la STS de 22 de octubre de 1955, que declara que no es necesaria la afiliación de los chóferes a los seguros sociales²²⁷.

Parte de la doctrina se posicionó inicialmente por el carácter obrero de los chóferes²²⁸. Pérez Botija daba una interesante razón para considerar al chófer partícipe de la producción y, por tanto, operario: “si la conducción mecánica del coche hace que su dueño pueda dedicar más tiempo a otros quehaceres, logrando así la concatenación de actividades (básica del entramado económico-social), tiene ya su indiscutible sustancia patrimonial el cuidado del coche”²²⁹. Razonamiento que era y es aplicable al trabajo doméstico por idénticos motivos.

Se consideraba decisivo el que el desarrollo del trabajo se realizase fuera de la morada y no para la casa. Los argumentos jurídicos a favor del carácter doméstico como la falta de afán de lucro del amo de casa, o la especial relación de confianza entre las partes, fueron discutidos con fundamento en el estado de la doctrina judicial sobre la irrelevancia de la falta de fin de lucro del patrono, o el deber de lealtad como obligación en cualquier relación laboral.

A partir de 1959, precedido por una larga serie de sentencias a favor de la condición doméstica de los chóferes, Miguel Hernández Márquez²³⁰ da por cerrada la polémica, considerando plenamente justificada la doctrina jurisprudencial.

En paralelo al debate de los chóferes se dio el de la condición doméstica de los jardineros de casas particulares. La Administración había declarado su carácter de operarios²³¹ y en principio el TS mantuvo la calificación en la sentencia de 9 de abril de 1951 (RJ 948), interpretando que la exclusión del art. 2º LCT se limitaba a la del servicio referido a las atenciones interiores de la vida familiar, con independencia de que el trabajo se dirigiese al mero ornato de la vivienda del contratante sin fin de

226 La STS de 3-6-1955 (RJ 1975) con ocasión del accidente de un chófer mientras estaba trabajando, declara plenamente aplicable la Orden de 5 de marzo de 1952. Las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS de 4 de febrero de 1956, RJ 969, 9 de febrero, RJ 640 y 14 de marzo del mismo año, RJ 1416, también.

227 Según la sentencia “les falta en absoluto la condición fundamental de participar en la producción, creación o aumento de la riqueza, que es el hecho o fenómeno primario motivador de la legislación laboral (...)”.

228 Ver NÚÑEZ SAMPER, Arturo, “El servicio doméstico y los conductores de automóviles de turismo al servicio de particulares”, *Cuadernos de Política Social*, 1952, núm. 13, pág. 70-81.

229 PÉREZ BOTIJA, Eugenio, en “Jurisprudencia Social. Contrato de Trabajo”, *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, abril 1952, pág. 485.

230 Intentando explicar la polémica, señala que la asignación a los chóferes de carácter obrero se debió a “la impresión sobrevalorada del nuevo vehículo que empezaba a circular -un poco mito, al fin y al cabo- que requería una especial pericia en su piloto, de los chóferes”. HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Miguel, “Los conductores de automóviles particulares”, *Revista del Trabajo*, núm. 2, 1959, pág. 37.

231 Resolución Dirección General de Previsión de 31 de marzo de 1945, *Revista de Trabajo*, 1945, tomo I, pág. 901.

lucro. El criterio cambia a partir de la STS de 22-9-1953 (RJ 2269): el concepto de servicio doméstico puede comprender múltiples trabajos, incluidos los exteriores al hogar, sin que la clase de trabajo sea un elemento para su calificación y lo único exigido es que el servicio sea exclusivamente al servicio de la casa y sus moradores.

3. Los porteros particulares

Por acuerdo de 27 de septiembre de 1921, el INP había declarado excluido el servicio doméstico del Seguro de Vejez, y por el contrario incluidos a “los porteros, como empleados al servicio de particulares” según el art. 4 del Reglamento General del Régimen Obligatorio de Retiro Obrero²³², que consideraba asalariados a efectos del seguro no solo a quienes trabajaban para empresas con fin de lucro, sino también a quienes prestasen un servicio público o social para todo tipo de entidades y personas.

La Ley de 1 de julio de 1931, de Jornada máxima de Trabajo excluye de su ámbito de aplicación en el art. 2.4º a “los porteros de casas particulares y el de todos los que presten idénticos servicios que ellos y tengan habitación en el mismo edificio encomendado a su vigilancia”; los servidores domésticos quedan excluidos en un apartado distinto, el 2.2º, por lo que es claro que las dos figuras se diferenciaban a efectos laborales.

La discusión sobre el carácter del trabajo de los porteros al servicio las casas destinadas a viviendas aparece en conexión a la obligatoriedad de aseguramiento por accidentes de trabajo. La Resolución de la DG de Previsión de 25 de febrero de 1934²³³ los declaró domésticos y por tanto excluidos de la protección por accidente. El motivo fue que la actividad no aparecía mencionada en el listado del art. 3º de la Ley y 2º del Reglamento de Accidentes de Trabajo, y asimismo, que los servicios no se realizaban siempre fuera del domicilio ni para un patrono, sino para los moradores de una casa.

Pero el trato chocaba con la cualidad de una parte de las tareas de portería, como la atención de ascensores y encendido y vigilancia de calderas de calefacción, tareas claramente “mecánicas” y diferentes de las entendidas como domésticas. Al de poco tiempo, se dicta la Resolución de la DG de Previsión de 18 de marzo de 1934²³⁴, que declara aplicable la Ley de Accidentes a los porteros que por la índole de su trabajo y por el contrato tuviesen la condición de operarios.

La cuestión siguió siendo conflictiva, y por Resolución del Ministerio de Trabajo y Previsión Social de 27 de noviembre de 1934²³⁵, se declara obligatorio el aseguramiento de accidentes en dos casos: cuando existiese contrato de trabajo (sin más especificación, que debe entenderse referido a contrato escrito) o en el caso de los porteros que no se limitasen a prestar un servicio de vigilancia, sino que ejecutasen trabajo manual, teniendo a su cargo la limpieza, manejo de ascensores, instalaciones de calefacción y otros mecanismos. Se añade en la misma resolución, que se van a admitir las pólizas de accidente de trabajo contratadas por los propietarios que deseen hacerlo en un acto de generosidad, lo que dejó el aseguramiento en una libertad relativa²³⁶.

232 También la Resolución del INP de 23 de noviembre de 1933 los declara no domésticos. ARNALDOS, Pedro, “Extensión de los seguros sociales obligatorios al personal del servicio doméstico”, *Boletín de información del INP*, vol. I, 1946, pág. 839.

233 Gaceta de Madrid de 25 de febrero de 1931.

234 Ídem, de 11 de abril de 1934.

235 Ídem, de 28 de noviembre de 1934.

236 PEDREGAL, Luis J., “El portero en el Derecho laboral, en el policial y en el penal”, *Revista General del Derecho*, tomo IV, 1948, pág. 677.

Por fin, la Resolución de la DG de Previsión de 8 de noviembre de 1939 declaró que los porteros de fincas urbanas tenían la condición de trabajadores por cuenta ajena a efectos de los seguros sociales²³⁷. No obstante, declara servidora doméstica a la portera de un convento de religiosas, por cuanto se prestan a la Comunidad como entidad familiar²³⁸.

Con posterioridad a la LCT de 1944, la doctrina se manifiesta de manera casi unánime en favor de la posición de los porteros como operarios. Se teoriza sobre su condición laboral en función de que el servicio doméstico excluido por el art. 2 c) es el prestado en morada o casa particular, condición que solo reuniría el portero de una mansión habitada únicamente por el propietario y sus familiares²³⁹. Excepcionalmente, se les considera domésticos en congruencia con la legislación laboral, que en la Orden de 31 de diciembre de 1945, dedicada a la regulación de actividades no reglamentadas, excluye a los domésticos al dar en su art. 8.8 una definición de portero como el que cuida los accesos de fábricas y locales industriales realizando funciones de custodia y vigilancia, sin que exista en la norma ninguna alusión a otra clase de porteros²⁴⁰.

El Tribunal Supremo nunca declaró a los porteros servidores domésticos, estableciendo expresamente su no condición de tales incluso cuando la única contraprestación al trabajo de portería era el uso de una vivienda²⁴¹. Cuestión diferente es que la Resolución de la DG Previsión de 30 de septiembre de 1950, excluyó del concepto de trabajador sujeto a los seguros sociales a quien ocupaba la habitación de portería con la única obligación de hacer la limpieza de la escalera²⁴², y al inquilino que limpiaba la escalera de acuerdo con el propietario²⁴³.

El TS se declaró competente en todas las cuestiones que se le plantearon en los conflictos laborales de los porteros con sus patronos²⁴⁴. La situación de los porteros que trabajaban para inmuebles cuyos propietarios tenían oficinas o viviendas en alquiler, resultaba más clara, en función del lucro al que contribuían los porteros con su actividad²⁴⁵, pero también se les atribuyó el carácter de operarios en el supuesto de trabajo al servicio de comunidades de propietarios²⁴⁶.

A efectos de seguros sociales, las vacilaciones sobre la protección de los porteros en materia de accidentes desaparecen con el Decreto de 5 de junio de 1953²⁴⁷, que reforma los arts. 3 y 7 del Reglamento

237 QUINTANILLA ÁLVAREZ, Bernardino, “Los porteros de casa particulares, ¿se hallan protegidos por la Legislación o Fuero Laboral?”, *Revista General de Derecho*, tomo III, 1947, pág. 492.

238 Resolución de la Dirección General de Previsión de 16-2-1945, *Revista de Trabajo*, tomo I, 1945, pág. 650.

239 MÉNENDEZ PIDAL, Juan, “El contrato de portería”, *Revista de Derecho Privado* núm. 369, diciembre 1947, pág. 961. En el mismo sentido, PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *El contrato de trabajo, comentarios a la ley, doctrina y jurisprudencia*, Madrid 1945, pág. 14. HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel, “Los porteros ante el derecho del trabajo: teoría y legislación española”, en *Revista de Derecho Privado*, Julio-agosto de 1954, pág. 633.

240 QUINTANILLA ÁLVAREZ, Bernardino, “Los porteros de casas particulares...”, cit., pág. 491.

241 STS 10-1-1943, hay contrato de trabajo cuando los servicios de una portera de casa particular se retribuyen solamente con el uso de un piso, *Revista de Derecho Privado*, núm. 27, 1943, pág. 195; en el mismo sentido, STS 15-1-1941, RJ 39.

242 HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel, “Los porteros ante el derecho...”, cit., pág. 637.

243 La Resolución de 28-3-1952 declara el supuesto no sujeto a los regímenes de Previsión. *Jurisprudencia de los Regímenes obligatorios de los seguros sociales unificados*, Instituto Nacional de Previsión, diciembre 1958, pág. 180.

244 Como en las STS 9-11-1943, 4-1-1945, 20-4-1945, 26-4-1945.

245 STS 20-1-1952, RJ 39.

246 STS 24-5-1954, RJ 1488.

247 HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel, “Los porteros ante el derecho...”, cit., pág. 636.

de accidentes de 31 de enero de 1933. Suprime del art. 3º el detalle de las actividades protegidas, en las que la ausencia de la de portería había dado base a la exclusión de una parte de los porteros. Por su parte, en artículo 7º declara que todas las industrias y trabajos, de cualquier naturaleza que sean, darán lugar a responsabilidad del patrono.

4. La Ley de 19 de julio de 1944

La exclusión del conjunto de los seguros sociales pareció acabar con la Ley de 19 de julio de 1944, por la que se extiende al personal del servicio doméstico los beneficios de los Subsidios y Seguros sociales que disfrutaban los demás trabajadores. La definición de servicio doméstico era la de la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944.

El preámbulo de la norma explicaba la reiterada exclusión como una consecuencia de la consideración tradicional de los servidores domésticos como una prolongación de la familia, y justificaba la necesidad de la reforma legal por la imposibilidad frecuente por parte de los empleadores de hacer frente a las contingencias de accidente, enfermedad y vejez.

Los seguros a extender eran el subsidio familiar, de vejez, seguro de accidentes de trabajo y de enfermedad, revistiendo la forma de un seguro global, estableciéndose como derecho supletorio todas las leyes y reglamentos sobre seguros y subsidios sociales. El INP era gestor del seguro, al que todos los dueños de casa tenían que afiliar obligatoriamente a sus servidores domésticos.

La cuota era única y el dueño debía contribuir en tres cuartas partes, quedando a cargo del servidor el cuarto restante. Conceptuado como un seguro global²⁴⁸, es el primero en el que se dispone que el trabajador contribuya para todas las contingencias; hasta entonces solo existía aportación de la parte trabajadora en el subsidio familiar (una sexta parte de la cuota) y en el de enfermedad (en la misma cuantía que el patrono). Así como la contribución de los trabajadores en el seguro de vejez era algo previsto en un futuro, en lo que se refiere al accidente de trabajo en el servicio doméstico la disposición de reparto de las cargas rompía el principio que había regido siempre sobre la cobertura del accidente como una contribución exclusivamente a cargo del patrono²⁴⁹.

Las cuotas se bonificaban tanto a los amos de casa como a los servidores que fuesen cabeza de familia numerosa, en un diez o un veinte por ciento, dependiendo de la categoría. Hay que tener en cuenta que la cualidad de cabeza de familia solo podía ser ostentada por una mujer soltera o viuda, de tal modo que una trabajadora doméstica casada no gozaba de bonificación.

El artículo séptimo disponía que el disfrute y cuantía de los beneficios que se extendían al servicio doméstico se debía acomodar a lo establecido en las disposiciones reguladoras de los subsidios y seguros sociales existentes o que se estableciesen en el futuro. Sin embargo, continuaba “la percepción de los seguros y subsidios sociales por los servidores domésticos será incompatible con los que puedan corresponderles por cualquier otro trabajo que realicen, así como los que disfrute el cónyuge si fuera casado, exceptuándose de tal incompatibilidad los beneficios derivados del régimen de accidentes de

248 G. POSADA, Carlos, Los seguros sociales obligatorios en España. *Revista de Derecho Privado*, segunda edición, 1946, pág. 318.

249 MENÉNDEZ PIDAL, Juan, “Datos históricos y ámbito de la legislación de accidentes de trabajo”, *Revista del Trabajo*, núm. 11-12, 1946, pág. 1.004.

trabajo, los cuales podrán ser percibidos por ambos cónyuges”. Por tanto, salvo la excepción anterior, la disposición excluía a las trabajadoras domésticas pluriempleadas y a las casadas del beneficio del seguro y sus prestaciones.

El artículo noveno de la Ley daba un plazo de seis meses al Instituto Nacional de Previsión para elevar al Ministerio de Trabajo la propuesta de la cuota a pagar por dueños de casa y servidores, y facultaba al Ministerio de Trabajo para fijar los plazos en que debía empezar a regir la Ley. Por Orden de 30 de noviembre de 1944 se nombró la comisión encargada de formular el proyecto, de la que formaron parte Luis Jordana de Pozas, comisario del INP, y Mariano González-Rothwoss, técnico de la institución y defensor de la extensión de los seguros sociales al servicio doméstico.

La Ley nunca llegó a ejecutarse²⁵⁰, aunque años después se hablaba de ella como si hubiese tenido algún efecto. La Revista Previsión Social, del INP, mencionaba en 1946 la extensión de los seguros sociales al servicio doméstico como algo realizado por la Ley de 1944²⁵¹; su mera existencia era catalogada por una parte de la doctrina como una modificación en la protección al servicio doméstico²⁵².

El que no llegasen a realizarse sus previsiones se atribuyó a razones económicas²⁵³, también llegó a entenderse como una señal de que el propósito del legislador era incluir al personal doméstico en el seguro total, en lugar de establecer un seguro especial²⁵⁴.

Una parte de la doctrina calificó la Ley de 1944 como ley muerta²⁵⁵. Borrajo Dacruz señaló que la historia de la Ley de 19 de julio de 1944 demuestra “cómo la sociedad, con sus prejuicios y sus estructuras, lastra los proyectos, y no solo los proyectos, lastra también las decisiones del legislador”²⁵⁶. Alonso Olea puso de relieve que, además de no desarrollarse la norma, se dio el contrasentido de que el servicio doméstico fue posteriormente excluido del campo de aplicación de la legislación de accidentes de trabajo, por el apartado c) del artículo 8 del Decreto de 22 de junio de 1956²⁵⁷.

250 Una Sentencia de la Magistratura de Trabajo núm. 2 de Madrid, cuya fecha no consta deniega el reembolso del gasto de asistencia médica realizado por una trabajadora doméstica, cuya pretensión se basaba en La Ley de 1944. El juzgador señala que no está en vigor, para lo que se requería una disposición del Ministerio de Trabajo acordando su fecha de aplicación. *Revista General de Derecho*, tomo I, enero 1946, pág. 249.

251 Ver el artículo sin firma “La previsión social en España”, revista *Previsión Social*, del INP, de enero de 1946, pág. 7.

252 De modificación radical la califica HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel, en *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1946, pág. 324; como algo ya realizado se refiere a ella BERNAL MARTÍN, Salvador, “Alrededor del concepto de trabajadores manuales e intelectuales”, *Revista Española de Seguridad Social*, 1948, núm. 6, pág. 1.227; FERNÁNDEZ HERAS, Amado, *Tratado Práctico de Legislación Social*, Zaragoza 1952, pág. 254, en referencia a la Ley de 1944, señala “este importante sector del trabajo manual se ha encontrado desasistido hasta hace muy poco de la protección de la legislación social (...)”.

253 ALMANSA PASTOR, José M., explica su falta de desarrollo por la situación económica posterior al momento en que se promulgó. *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 7ª edición, 1991, pág. 621.

254 ARNALDOS, Pedro, “La extensión de los seguros sociales obligatorios al personal del servicio doméstico”, cit., pág. 849.

255 BAYON CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Manual de Derecho del Trabajo*, tomo I, vol. II, Madrid, 1958, pág. 583; LOZANO MONTERO, Manuel, “El servicio doméstico y el contrato de trabajo”, cit., pág. 383.

256 BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La responsabilidad del amo de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, separata núm. 4, julio-agosto de 1962, pág. 3.

257 ALONSO OLEA, Manuel, *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, 1959, pág. 201.

La exclusión del trabajo doméstico de los seguros sociales, unida a la insuficiencia de su retribución, propiciaron que la Dirección General de Previsión, en Resolución de 27 de enero de 1945, exceptuase el servicio doméstico de la incompatibilidad general que el trabajo por cuenta ajena tenía para la percepción de las prestaciones de viudedad en el Régimen de Subsidios Familiares, hasta tanto no se desarrollasen las previsiones de la Ley de 19 de julio de 1944²⁵⁸.

5. La unificación de los seguros sociales

En paralelo a las reformas legislativas, ampliando el campo de aplicación y las contingencias protegidas por los seguros sociales, el gobierno se plantea dar los pasos para instaurar lo que llamó el Seguro total. Por un lado, debía realizarse la codificación de las normas, para aclararlas, ordenarlas y simplificar un panorama caracterizado por la multiplicidad de leyes. Por otro, debía unificarse el campo de aplicación de los seguros sociales, terminando con la peculiaridad del ámbito de protección de cada seguro²⁵⁹.

El Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se fijan las bases para el Seguro total, encomienda a una Comisión que en el plazo de tres meses redacte un proyecto de ley que establezca un seguro obligatorio, sobre la base de una consideración conjunta de riesgos que termine con la dispersión existente²⁶⁰.

Respecto a la población protegida, se establece que unas mismas normas fundamentales deben regular la protección a dispensar a los trabajadores de las distintas ramas de la producción, distinguiendo trabajadores por cuenta ajena y autónomos, disponiendo que la acción protectora se determine con carácter uniforme en cada uno de los dos grupos (art. 2º. 3º).

La Comisión redacta un anteproyecto²⁶¹ que incluye como afiliados del régimen del seguro total a todos los productores autónomos y trabajadores por cuenta ajena, independientemente de su sexo y estado civil. La inclusión de los servidores domésticos se prevé expresamente, estableciendo la obligación de contribuir al seguro con una cuota del 4% de su remuneración, de la que el amo pagaría el 3% y el restante 1% el servidor doméstico, en un contexto en el que se prevé implantar de manera generalizada la distribución de la carga de cotización entre patronos y obreros.

En el año 1948 comienzan a darse los pasos hacia la unificación de los seguros sociales. El Decreto de 29 de diciembre de 1948, del Seguro de Vejez e Invalidez, Subsidio Familiar y Seguro de Enfermedad, declara en su artículo primero obligatoriamente comprendidos en el campo de aplicación de los Seguros Sociales de vejez e invalidez y enfermedad a todos los trabajadores por cuenta ajena, manuales e intelectuales, mayores de catorce años, ya sean fijos, eventuales o a domicilio, cuyas rentas no excedan de 18.000 pts. anuales, así como los productores autónomos agropecuarios. En su Disposición

258 *Revista de Trabajo* 1945, tomo I, pág. 219.

259 ARNALDOS, Pedro, “La codificación de la legislación social y el régimen nacional de seguros sociales”, en *Boletín Informativo del INP*, junio, núm. 6, 1943, págs. 10-35. JORDANA DE POZAS, Luis, “El principio de unidad y los seguros sociales”, *Revista del Trabajo*, núm. 21-22, 1941, págs. 12-20.

260 El intento de unificar los seguros sociales existe ya desde el año 1932, UCELAY REPOLLÉS, Mariano, *Previsión y seguros sociales*, cit., págs. 243-245.

261 *Ibidem*, contenido del anteproyecto en detalle, págs. 344-347.

Transitoria aplaza la incorporación al Seguro de enfermedad a los trabajadores autónomos y eventuales agrícolas, desapareciendo en el Decreto cualquier mención al servicio doméstico²⁶².

Por Decreto de 18 de octubre de 1957, a partir de 1 de abril de 1958 se extiende el seguro de enfermedad a los eventuales agrícolas y por Orden de 9 de diciembre de 1959 se regula la incorporación de los eventuales de todos los demás sectores de actividad al conjunto de seguros sociales, incluido el de enfermedad. La aplicación del Seguro de enfermedad al servicio doméstico no llegó a realizarse²⁶³, hasta la creación del Montepío Nacional del Servicio Doméstico, con unas normas diferentes a las del seguro general.

La protección de accidentes de trabajo en el texto refundido de la Ley y el Reglamento por Decreto de 22 de junio de 1956²⁶⁴, amplió su campo de aplicación a todos los trabajadores agrícolas, pero mantuvo la exclusión del servicio doméstico en su art. 8 apartado c); quedaron fuera también los trabajadores a domicilio, al contraerse el concepto de trabajador a la persona que prestase servicios por cuenta ajena fuera de su domicilio. Los conductores al servicio de particulares, a quienes en su calidad de servidores domésticos no se les aplicaba la Ley de Contrato de Trabajo, se incluyeron expresamente por el art. 12 del reglamento.

La no inclusión del resto de servidores domésticos en la protección de accidente fue valorada negativamente por los comentaristas de la norma, que en lo que respecta a su técnica jurídica criticaron que no se especificara el alcance de la expresión “dedicación exclusiva” al servicio del amo de casa como elemento tipificador del servicio doméstico no protegido²⁶⁵.

262 La inclusión había sido pospuesta. HARO, Ginés de, “Unificación de los seguros sociales, seguro social único y seguro total”, *Boletín de Información del INP*, vol. II, 1946, págs. 1687-1693. Se pronuncia en favor de incluir el servicio doméstico en la protección de accidentes de trabajo y restantes seguros sociales. Una vez dictada la norma, SALVADOR BERNAL Martín, encuentra lógica la exclusión al contar para entonces los domésticos con un régimen específico, refiriéndose a la Ley de 1941. “Servicio doméstico y seguridad social”, *Revista de Política Social* núm. 10, 1951, pág. 39.

263 LUJÁN ALCARAZ, José, *El régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar*, Aranzadi, 2000, pág. 18.

264 El Decreto de 5 de junio de 1953 había modificado el art. 3º del Reglamento de accidentes, con una definición más general del concepto de operario, que daba cabida a las diferentes disposiciones que se habían publicado en los años anteriores fijando el alcance de la protección respecto de algunos sectores. UCELAY REPOLLÉS, Mariano, *Previsión... cit.*, págs. 306-307.

265 BAYON CHACÓN, Gaspar, “La nueva legislación de accidentes de trabajo”, *Revista de Derecho del Trabajo* mayo-junio, 1957, pág. 52. Pone como ejemplo el caso de que la familia a la que se prestase servicios tuviese huéspedes. Señala también que la exclusión del servicio doméstico plantea una vez más el carácter de norma muerta de la Ley que reguló su seguro total, y que en algunos casos el riesgo del personal doméstico se estaba cubriendo mediante pólizas de seguro privado. PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Derecho del Trabajo, apéndice a la cuarta edición*, Tecnos 1956, pág. 5, en la misma posición crítica. ALONSO OLEA, Manuel, *Instituciones...*, cit., pág. 201, tacha la exclusión de contrasentido.

Razones de la exclusión del servicio doméstico del proceso de Seguro Total

La ausencia del servicio doméstico de los seguros sociales fue criticada por una parte²⁶⁶ de la doctrina. Martín de Nicolás²⁶⁷, señala que no puede atribuirse la exclusión al carácter patriarcal que ha tenido el servicio, carácter que comparte con los maestros artesanos y sus aprendices y oficiales, o los comerciantes y sus dependientes, o los labradores y dueños. Tampoco considera válida la objeción relacionada con el sexo de la mayoría de los servidores, que al ser mujeres abandonan el empleo al contraer matrimonio. En primer lugar, porque es una circunstancia compartida con ciertas tareas agrícolas en las que las mujeres son mayoritarias, y además porque el abandono del trabajo no es cierto en todos los casos.

La referencia a la condición femenina de las trabajadoras aparece también en la obra de Pérez González, que defiende que las criadas debieran tener todos los seguros sociales, específicamente el Seguro de Vejez y la protección del Seguro de Accidentes de Trabajo, y propone que “las aportaciones ya hechas se podrían transformar en una dote para las solteras al contraer matrimonio”²⁶⁸.

Arnaldos, aún partidario de dar Seguros Sociales al servicio doméstico, refiere los obstáculos que se suelen oponer, mencionando en lugar relevante el hecho de que las potenciales beneficiarias de los seguros en su mayor parte serían mujeres que dejaban su empleo al casarse. Sistematiza las dificultades, planteando por un lado las propias del contexto en el que se dan los servicios, que serían: la dificultad del ejercicio de la inspección, la dificultad en la recaudación de cuotas, lo problemático de la evaluación de la parte de la retribución que se da en alimentos. Por otra parte, los ligados a la condición femenina de las trabajadoras, a las que sería poco útil y económico someterles a Seguros sociales a largo plazo (vejez, invalidez y muerte) cuando lo previsible es que cotizaran por poco tiempo²⁶⁹.

Bernal Martín justifica la exclusión por las dificultades técnicas que para un cabeza de familia tendría gestionar para las altas, bajas, cobertura de boletines de cotización, dificultades agravadas por la eventualidad que se da comunmente en la actividad²⁷⁰.

266 UCELAY REPOLLÉS, Mariano, en su obra *Previsión y Seguros Sociales*, cit., de 648 apretadas páginas menciona en dos ocasiones la palabra servicio doméstico, en páginas 275 y 276; la primera, para dar cuenta de su exclusión del seguro de enfermedad y la segunda, para citar la existencia de la Ley de 19 de julio de 1944, señalando que no se había dictado su reglamento de aplicación.

267 MARTÍN DE NICOLÁS, Isidro, “El servicio doméstico en relación con los seguros sociales”, *Revista del Trabajo*, núm. 39, 1943, págs. 29-33, especialmente, pág. 31. Funcionario del INP, realizó una detallada propuesta proponiendo la inclusión en una primera etapa en los seguros de vejez y accidentes, dando por hecho que la inclusión en la Ley de 14 de diciembre de 1942, del Seguro de Enfermedad, recién dictada, iba a ser operativa. Siguiendo la lógica de la época, para defender la inclusión del servicio doméstico necesita defender su utilidad económica y lo hace así: “esa carencia de ánimo de lucro en todo cabeza de familia es más bien aparente que real (...) al contratar a un servidor doméstico (...) lo hace porque obtiene con ello un beneficio que se traduce en la ventaja que supone emplear el tiempo y el trabajo que le llevara su asistencia personal y la de toda su familia y dependientes (...) en otras actividades de mayor provecho y rendimiento económico, al ser sustituido por el tiempo que emplea y el trabajo que realiza el servidor doméstico (...)”.

268 PÉREZ GONZÁLEZ, “Aspecto social del servicio doméstico”, *Revista del Trabajo* núm. 2, 1944, pág. 125. Por otra parte, estando de acuerdo con la exclusión del sector de la LCT de 1944, proponía la regulación de algunos derechos laborales.

269 ARNALDOS, Pedro, “Extensión de los seguros sociales...”, cit., pág. 841.

270 BERNAL MARTÍN, Salvador, “Servicio doméstico y seguridad social”, *Revista de Política Social*, núm. 10, 1951, págs. 51-52.

Hernáinz Márquez encuentra un “desencaje por exceso de amplitud” de las prestaciones de la Seguridad Social, que no permiten la simple inclusión de los trabajadores domésticos, proponiendo un seguro con tres prestaciones: asistencia sanitaria, vejez y dote por matrimonio, dada la cualidad femenina del sujeto protegido²⁷¹.

6. El Montepío de la Divina Pastora

En ausencia de protección en los seguros sociales obligatorios al servicio doméstico, a iniciativa de la iglesia católica se crea en 1957 el Montepío de la Divina Pastora (MDP)²⁷². La creación del Montepío nació ligada a una preocupación por la disminución de las mujeres dispuestas a emplearse en el servicio doméstico, debido a “la deserción hacia otras profesiones”, motivada por sus ventajas laborales, entre las que se encontraban los seguros sociales²⁷³.

Se aprobó por la DG de Previsión del Ministerio de Trabajo el 15 de marzo de 1957 al amparo de la Ley de Mutualidades 6 de diciembre de 1941 y su Reglamento de 26 de mayo de 1943²⁷⁴,

Tuvo una rápida extensión a consecuencia de la implicación de la jerarquía católica y posterior patrocinio de Cáritas Española, que le dio los recursos económicos para iniciar su actividad²⁷⁵. Cáritas era socio protector nato del Montepío, lo que le situaba en sus órganos de gobierno.

Según el artículo 12 de los Estatutos, podían pertenecer al Montepío todas las categorías “de personas naturales del sexo masculino o femenino, de edad entre los 14 y 55 años, que prestando servicios por cuenta ajena” pudieran clasificarse dentro de una amplia relación de categorías de actividad al servicio del hogar familiar, prácticamente todas enunciadas en femenino.

271 HERNÁINZ MÁRQUEZ, Miguel, “Aportación a una teoría jurídica del servicio doméstico”, *Revista de Derecho Privado*, vol. XLIII, 1959, págs. 637-638. Menciona también la carestía de las cuotas como un obstáculo para la incorporación del personal doméstico a la órbita general de los seguros sociales.

272 El Montepío fue iniciativa del fraile valenciano Salvador de Rafelbuñol. El arzobispo de Valencia “otorgó su beneplácito a los Estatutos” y “alentó la obra proyectada a favor de la cual publicó reiteradas cartas pastorales dirigidas a todo el clero y fieles de su diócesis”. Obispos de otras diócesis colaboraron en dar a conocer la entidad e instaron a colaborar con ella. En enero de 1959 el Montepío celebró una asamblea en Madrid con representantes de todas las diócesis españolas. Según la publicación *Informe sobre el servicio doméstico en España y la actuación del Montepío “Divina Pastora”*, edit. Departamento de propaganda del Montepío, Valencia, 1963, pág. 19.

273 *Ibidem*, pág. 9.

274 Inscrito con el núm. 2.381 en el Registro de Montepíos y Mutualidades.

275 El 16 de noviembre de 1958, Cáritas Española pactó con el Montepío su patrocinio, lo que se tradujo en poner a disposición de la Mutualidad toda la organización administrativa de Cáritas en setenta diócesis, aportando también el dinero suficiente para constituir los fondos de reserva iniciales. *Informe sobre el servicio doméstico en España y la actuación del Montepío “Divina Pastora”*, cit., pág. 19.

Recogía tanto a las llamadas sirvientas con dedicación exclusiva a una sola familia como a las asistentes por horas, calificadas como aquellas que se dedicasen a la actividad con más o menos asiduidad²⁷⁶.

No existía ninguna limitación por razón del estado civil. Tal como señalaba la propaganda del Montepío, “tampoco importa si el trabajo es por horas o jornadas enteras, si cobran por meses o por semanas, si pernoctan o no en el domicilio donde trabajan, si efectúan sus tareas en uno o varios hogares, si son parientes o no del amo de la casa”.

Por extensión, también se incluían los empleados al servicio de centros o comunidades religiosas, como sacristanes, mandaderos, campaneros y similares, extensión que la propaganda del Montepío refiere solamente a personal masculino²⁷⁷.

El carácter de seguro privado del Montepío tuvo incidencia en su política de dificultar que trabajadores mayores se asociasen, imponiendo una cuota de entrada a partir de los 40 años, progresivamente más alta según tramos de edad²⁷⁸, lo que puso fuera del alcance de su protección a un sector de las posibles beneficiarias²⁷⁹. La limitación deliberada en la protección, tal como señaló la Dirección del Montepío en respuesta a las protestas que se dieron, se preveía en los Estatutos y era conforme con el art. 4º del Reglamento de Mutualidades de 26-5-1943, que prohibía limitar la entrada de socios en una Mutualidad salvo por causas justificadas relacionadas con sus fines, entre las que se señalaban en primer lugar la edad y el sexo.

Las prestaciones del Montepío eran pensión de vejez, indemnización o pensión de invalidez por enfermedad, indemnización a tanto alzado de incapacidad derivada de accidente, cantidad a tanto alzado por nupcialidad o vocación religiosa, premio de natalidad por cada hijo nacido, auxilio por defunción y asistencias económicas en situaciones diversas, tales como accidente, viaje urgente o pérdida de bienes. Un complemento voluntario sobre la cuota obligatoria, daba derecho a prestaciones de asistencia sanitaria²⁸⁰.

La cotización realizada al Montepío de la Divina Pastora durante los años 1957 a 1959 se ha declarado válida a efecto de pensión de jubilación SOVI²⁸¹, con fundamento en el criterio de equidad que, como se verá, basó la equiparación a esos efectos de las cotizaciones del Montepío Nacional del Servicio Doméstico.

276 Según el artículo 12 de los Estatutos, podía ser mutualista toda aquella persona que trabajase en oficios domésticos, mediase o no convivencia y sin necesidad de dedicación exclusiva a una sola familia. Según el apartado a) las sirvientas podían ser: para todo servicio, doncellas, niñeras, amas de cría, amas secas, cocineras y pinches. En el b) entre las asistentes por horas se incluían las lavanderas, planchadoras, mandaderas y todos aquellos que con más o menos asiduidad se dedicasen al servicio de la familia contratados por horas. El c) comprendía modistas o costureras, bordadoras, zurcidoras y todas aquellas cuya función al servicio de la familia fuese de índole artesana. En el d) peinadoras o peluqueras, además de manicuras, masajistas y aquellos que prestasen servicios a la familia por su especialidad de conocimientos estéticos. Los apartados e) f) g) recogían, respectivamente, mayordomos, gobernantes de casa e institutriz o señorita de compañía. Un último apartado h) cerraba el contenido posible de la actividad, declarando incluidas todas las demás personas que prestasen servicios domésticos.

277 *Informe sobre el servicio doméstico en España y la actuación del Montepío “Divina Pastora”*, cit., pág. 20.

278 En 1968, desde los 1.500 pts. a partir de los 41 años hasta las 10.000, para mayores de 51 años. *Manual de Producción*, edit. Montepío Social Divina Pastora, Valencia junio 1968, pág. 9.

279 *El Boletín informativo de la Divina Pastora*, en su número de abril de 1969 se hace eco de las múltiples peticiones para que se suprimiese la cuota de entrada o, al menos, que se pudiese pagar a plazos mensuales, junto con la cuota ordinaria.

280 *Informe sobre el servicio doméstico en España y la actuación del Montepío “Divina Pastora”*, cit., pág. 20.

281 La STSJ Cataluña, de 3-10-2007 (JUR 256474) da como probadas cotizaciones al Montepío Nacional del Servicio Doméstico en el periodo indicado, lo que no es posible y solo puede referirse al de la Divina Pastora.

Los socios que se daban de baja del Montepío después de haber cotizado veinticuatro mensualidades, recibían un 20% de las cuotas abonadas. Como más adelante se verá, la posterior creación del Montepío Nacional del Servicio Doméstico en el año 1959 supuso una crisis en el de la Divina Pastora, que terminó teniendo una relación conflictiva con el INP.

7. El Montepío Nacional del Servicio Doméstico

7.1. Creación y objetivos

El Montepío Nacional del Servicio Doméstico (MNSD) se creó por Decreto de 17 de marzo de 1959, de acuerdo con la Ley de Mutualidades y Montepíos de 6 de diciembre de 1941. El preámbulo de la norma justifica la tradicional exclusión del servicio doméstico de la seguridad social por su carácter de prolongación de la familia, lo que habría impedido aplicarle las normas laborales²⁸². A partir de este carácter cuasifamiliar teoriza el Ministerio de Trabajo la creación del Montepío, que sería una manifestación más del fuerte amparo a la familia por parte del sistema de previsión²⁸³.

Los Estatutos del Montepío, aprobados por Orden de 6 de abril de 1959, hablaban de socios protectores y socios beneficiarios, con la terminología de las mutualidades de socorros mutuos²⁸⁴.

Según el art. 1 del Decreto, el Montepío se crea para que los servidores domésticos disfruten de los beneficios de la seguridad social establecidos en la Ley de 19 de julio de 1944. La Institución tiene personalidad jurídica y patrimonio propios, gestionada y administrada por el Instituto Nacional de Previsión, pero con separación completa de bienes. El Montepío estaba dirigido por una Junta rectora, presidida por el INP y con fuerte presencia de la Sección Femenina (art. 64 de los Estatutos). La Sección Femenina del Movimiento tuvo asignada la orientación social del Montepío, en atención a la finalidad de la institución, que declaraba perseguir no solamente la protección material de los servidores domésticos sino su perfeccionamiento moral y profesional.

La Sección Femenina se atribuyó un historial de defensa del sector, según el que habría presentado ya una ponencia sobre la urgente necesidad de extender la Seguridad Social al sector en el I Congreso Nacional de Trabajadores en 1947, petición que se reiteró en los siguientes Consejos nacionales²⁸⁵. Por acuerdo de colaboración de 12 de enero de 1960 con la Sección Femenina de Falange, se creó

282 El Decreto 385/1959, de 17 de marzo, comienza “El ambiente cristiano de la sociedad española mantiene afortunadamente para el servicio doméstico su carácter tradicional como prolongación de la familia. El aplicarle, sin circunstanciarlas a tal medio ambiente, las normas que en general se dictan para entidades de carácter laboral pudiera causar efectos contrarios a los laudables que se persiguen. En atención a ello, la legislación del Régimen mantuvo apartadas las tareas domésticas del régimen general de seguridad social y de los vínculos puramente sindicales (...)”.

283 *Memoria del Ministerio de Trabajo*, libro I, 1959, pág. 90.

284 BORRAJO DACRUZ, Efrén, “El concepto de ‘socio beneficiario’ del montepío nacional del servicio doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, vol. 2, 1959, pág. 405.

285 Ver el saludo de Pilar Primo de Rivera en la revista del Montepío *Nuestra Casa* núm. uno, diciembre 1959 pág. 18-19.

un cuerpo de visitadoras adscritas al Montepío²⁸⁶, que nombraba la delegación nacional de la Sección Femenina y trabajaban a las órdenes del servicio provincial del Montepío.

La colaboración de la Sección Femenina se concretó en labores de promoción de la afiliación, inspección del cumplimiento de la obligación de dar de alta y cotizar, educación en el uso y conservación de la cartilla de previsión²⁸⁷. Realizaban también propaganda a favor de la constancia, dadas “las beneficiosas consecuencias de la continuidad y permanencia del servicio doméstico en una misma casa”. La función de las visitadoras era asimismo aliviar la soledad en que se encontraban unas trabajadoras frecuentemente desarraigadas de su medio social y familiar en caso de hospitalización, y ante la invalidez y la vejez.

Otra de sus funciones era “dignificar el servicio doméstico como trabajo trascendental desde todos los puntos de vista que se le considere”²⁸⁸. Los términos en que la revista *Nuestra Casa* se dirige a las socias del Montepío, son muy expresivos de la penosa situación sociolaboral y personal de las servidoras domésticas, a las que se exhortaba a la conformidad²⁸⁹ y al consuelo religioso²⁹⁰ y se animaba al alta en el Montepío como solución a su precaria existencia²⁹¹.

7.2. El ámbito de aplicación

Con respecto al campo de aplicación del Montepío, el art. 2 del Decreto de 17 de marzo de 1959 da la siguiente definición de lo que se entiende por servicio doméstico: “el que se presta mediante jornal, sueldo o salario, o remuneración de otro género, contratado entre un cabeza de familia amo de casa y el prestador del trabajo, sin ánimo de lucro, y para tareas de carácter exclusivamente doméstico dentro de la casa que habita con sus familiares dicho dueño de casa, bien se albergue el doméstico dentro fuera de ella”.

El trabajo que da lugar a la inserción en el Montepío tiene que ser retribuido, lo que supone una restricción respecto al concepto de la LCT de 1944, que en su art. 2 c) entiende por servicio do-

286 El papel de las visitadoras era amplio, desde el asesoramiento a las partes hasta el informe sobre las alegaciones hechas por servidores domésticos y amos de casa, dando al Montepío elementos de juicio para la resolución y otorgamiento de prestaciones. *Memoria Ministerio de Trabajo-INP*, Vol. II, INP 1962, pág. 468. También en *Visitadoras sociales de la sección femenina: orientaciones generales para el ejercicio de sus funciones en el Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, edit. Regiduría Central de Trabajo de FET y JONS, 1965.

287 *Ibidem*, pág. 9.

288 *Ibidem*, pág. 12.

289 “Vuestro trabajo no es un castigo del destino, sino una obligación que, poniendo en ella cariño, podéis hacer bastante llevadera” en “Servir es importante”, revista *Nuestra Casa*, núm. cuatro, marzo, 1960, pág. 3.

290 “No menospreciéis vuestro trabajo (...). En fin de cuentas, la Virgen también era pobre, su casa más modesta que la que tenéis en el pueblo; se casó con San José, un carpintero, y eso no impidió que hoy la Virgen tenga el puesto más alto en el cielo”. En “Un primer saludo” número uno de la revista *Nuestra Casa*, diciembre de 1959, pág. 3. Y en el número cuatro, de marzo de 1960 de la misma publicación, pág. 3 “Recordamos aquí, por ejemplo, a la madre de un emperador romano, el gran Constantino (...). Fue, además de emperatriz, una gran santa (...). Pues bien, de joven había servido en una posada (...). Llegar a emperatriz como ella, es imposible, pero llegar a santa ¿por qué no?”.

291 “Yo de lo que estoy más contenta es del Seguro para la Vejez. Figúrate. Si no te casas y llegas a una edad en que ya no puedes trabajar, en vez de ir a un asilo, que es lo que podíamos esperar las sirvientas, pues cuentas con tu dinerito, y aunque estés en casa de algún familiar, ya te mirarán bien y no serás un bulto que molesta a todo el mundo”. En “Conversación a la puerta de un mercado”, *Nuestra Casa*, núm. tres, febrero de 1960, pág. 28.

méstico también aquél que se presta “mediante jornal, salario o remuneración de otro género o sin ella”. La posible existencia contrato de trabajo sin salario en metálico se había reflejado en algunas resoluciones²⁹² en las cuales la contraprestación es la mera manutención. Por otro lado, la mención a la exclusión de la prestación de servicios domésticos sin ningún género de retribución podía considerarse redundante con la exclusión de los trabajos realizados en virtud de amistad, benevolencia o buena vecindad, pero no lo era porque estos últimos tenían que ser ocasionales (art. 2 b). El requisito de ocasionalidad se mantiene en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, y es a partir del Estatuto de los Trabajadores que se excluyen las prestaciones de servicios no ocasionales a título gratuito (art. 3 d).

Según la regulación del Montepío, el destinatario del servicio doméstico tiene que ser el amo de casa y los familiares con los que habita (art. 2 Decreto). El concepto es más amplio en la LCT, que en su art. 2 c) junto al amo de casa y sus familiares, añade a los dependientes de aquél. La mención al servicio para los dependientes desaparece del Decreto, aunque se atenúa la exigencia de que los servicios sean solo al amo de casa y sus familiares²⁹³ al desaparecer la expresión “al servicio exclusivo” de éstos, que contenía la LCT.

El Decreto señala que las tareas objeto del contrato tienen que tener “carácter exclusivamente doméstico dentro de la casa”. La LCT no señalaba el carácter doméstico de las tareas, aunque pudiera deducirse de las notas que contenía la definición de su art. 2 c) la condición de amo de casa del contratante, falta de ánimo de lucro del contrato, marco del trabajo, una morada o casa particular y destinatarios del trabajo: el contratante, su familia o sus dependientes. El que las tareas tuvieran que desarrollarse dentro de la casa, parece una fórmula para evitar la afiliación al Montepío de los chóferes particulares, terciando en el debate existente.

El requisito de carencia de ánimo de lucro por parte del empleador fue la vía para que se admitieran en algunos casos altas en el Montepío para personas que trabajaban al servicio de personas jurídicas, ya que los Estatutos no obligaban a que el amo de casa fuese una persona física. Así, se admitió a quienes prestasen servicios de tal índole a las Comunidades religiosas, siempre que la Comunidad no dedicase sus actividades a un fin lucrativo, como venta de productos o enseñanza²⁹⁴, en base a la Resolución de la DG de Previsión de 5 de noviembre de 1941, que les declaraba personal doméstico.

Pero con respecto del trabajo para empresas con fin de lucro, en un principio el Montepío denegaba las afiliaciones de quienes trabajaban para personas jurídicas por no ser amos de casa. La DG de Previsión con fecha 5 de diciembre de 1960 (oficio circular nº 10), ordena al Montepío admitir al personal contratado por la empresa nacional “Calvo Sotelo” para prestar servicios de carácter doméstico en una vivienda de su propiedad, habitada por sus trabajadores. Declara además que el concepto de amo de casa del art. 13 de los Estatutos del Montepío acoge también a personas jurídicas, en base a que la definición de la LCT sobre trabajador doméstico incluye a quien presta servicios para los dependientes del contratante. Se ordena al Montepío cambiar su criterio y revisar las solicitudes denegadas anteriormente. La adscripción al Montepío se amplía desde entonces, aceptando la incorporación del personal de un comedor de empresa que facilitaba sin ánimo de lucro el servicio de comidas a sus trabajadores²⁹⁵.

292 STS 6-5-1930, *CL* núm. 105, pág. 539 y STS 19-1-1943, *RDP* núm. 27, 1943, pág. 195.

293 BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La responsabilidad del amo de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico”, cit., pág. 410.

294 Citado en el consultorio del número de Marzo de 1960 de la revista *Nuestra Casa*, pág. 24.

295 *Ídem*, enero 1961, pág. 26.

El artículo 3º del Decreto establecía el territorio español como lugar de prestación de los servicios objeto de aseguramiento, aunque por autorización de 4 de marzo de 1961, de la Dirección General de Previsión, se afilió al Montepío con efectos a 1 de enero el mismo año el personal doméstico que prestaba servicios en Gibraltar, a través del Sindicato de Trabajadores Españoles en Gibraltar. Hasta el 1 de septiembre de 1967 la cotización se abonaba vía Sindicato, a partir de entonces se da de baja a los servidores domésticos²⁹⁶.

El plazo inicial de la afiliación, previsto para comenzar el 1 de octubre de 1959 y finalizar el 31 de diciembre del mismo año, se prorrogó por Orden de 20 de enero de 1960, para comenzar desde el 1-1-1960 hasta el día 31 de marzo de 1960. Sin embargo, las inscripciones se produjeron en algunos casos con anterioridad, lo que ha dado lugar a resoluciones judiciales que declaran computables periodos de 1959 a efectos de pensiones SOVI, en el caso de quienes aparecen afiliadas al Montepío ese año²⁹⁷.

El fomento de la afiliación se encomendó a las Visitadoras de la Sección Femenina y a los carteros. A estos últimos, dada su privilegiada situación para obtener la información, por Oficio-circular nº 13 del MNSD se les encomendó dar parte sobre el personal doméstico no dado de alta en el Montepío²⁹⁸.

7.2.1. El trabajador afiliado. La edad

La afiliación era obligatoria para todos los servidores de ambos sexos entre los 14 y los 55 años. El límite de los 13 años afectaba únicamente al acceso al Montepío, no a la capacidad de dedicación al trabajo doméstico, ya que la Ley de Contrato de Trabajo no era aplicable a la actividad y por tanto tampoco su art. 171, que prohibía el empleo de menores de catorce en todas las actividades, excepto la agrícola y la desarrollada en talleres de familia.

Posteriormente, el Decreto 1.119, de 2 de junio de 1960, prohibió contratar a menores de 14 años en tareas domésticas, edad que se prolongaba hasta los dieciséis en el caso de los que careciesen de estudios primarios²⁹⁹.

La limitación por razón de edad avanzada en el acceso al Montepío era paralela a la dispuesta en el art. 9 del Reglamento General del Mutualismo Laboral, Orden de 10 de septiembre de 1954, que excluía a quienes al iniciar o reanudar su actividad hubieran cumplido los 55 años pero en este último caso la exclusión era mucho menos estricta ya que no alcanzaba a quienes hubiesen pertenecido a una Mutualidad en los dos años anteriores, ni a quienes estuviesen en situación de paro involuntario.

En el caso del servicio doméstico, la Disposición Transitoria 1ª de los Estatutos hizo una excepción permitiendo la afiliación al Montepío a quienes estuviesen en activo en la fecha inicial, con una edad entre

296 *Memoria Ministerio de Trabajo-INP*, Vol. II, 1968, pág. 377.

297 STSJ Extremadura, 14-5-2009. AS 2162. Se imputa la responsabilidad en un pequeño porcentaje de la pensión SOVI al empleador que había afiliado a su empleada de hogar el 7-11-1959, y comenzado a cotizar el día 1-1-1960, faltándole 48 días para acreditar los 1800; STSJ Extremadura, 29-5-2008, ROJ 1084, que computa el periodo desde el 7-11-1959; y STSJ Castilla y León, de 12-10-2006, JUR 267793, da como cotizado a efectos de la jubilación SOVI el periodo de 9-10-1959 a 31-12-1959, en el que la trabajadora había estado de alta en el MNSD a efectos de asistencia sanitaria, comenzando a cotizar desde el 1-1-1960, primer día en que fue posible.

298 Oficio-Circular núm. 13, de 26-3-1962, pág. 15. De cara a las actuaciones posteriores de invitación a la afiliación, se prescribía absoluta discreción sobre la fuente informante.

299 La protección de los menores de dicha edad en el servicio doméstico siguió a una recomendación realizada por el Consejo Nacional de Mujeres de Acción Católica, de acuerdo con MELÉNDEZ, Leonor, *El servicio doméstico en España*, edit. Consejo Nacional de Mujeres de Acción Católica, Madrid, 1962.

los 55 y los 65 años, siempre que contasen con una antigüedad mínima en la actividad de diez años en los últimos quince, y además acreditaran las condiciones mínimas de salud necesarias para la actividad.

Esta política se rectifica en parte por OM de 13 de octubre de 1960, que modifica la DT 1ª de los Estatutos suprimiendo el límite de los 65 años de edad³⁰⁰. Se atendía así a la situación de trabajadores con antigüedades de 50 y más años en la casa, que de otro modo quedaban en su vejez a merced de la protección de sus empleadores. La forma de acreditar la antigüedad fue la inscripción en el padrón de la vivienda, o el informe de la policía municipal y la comparecencia de dos vecinos con establecimiento comercial o industrial, que declarasen como testigos³⁰¹.

El límite de acceso a partir de los 55 años para el resto de los casos se mantuvo hasta que por Instrucción del INP de 18 de noviembre de 1968, se declaró posible la incorporación de personal doméstico mayor de cincuenta y cinco años que hubiese estado anteriormente inscrito en otros regímenes de seguridad social³⁰².

7.2.2. El estado civil

En la versión inicial de la regulación por Decreto 17 de marzo de 1959, las mujeres tenían que ser solteras o viudas para poder pertenecer al Montepío, haciéndose excepción con las casadas separadas por causas a ellas no imputables (art. 4 del Decreto). Para el supuesto de separación de hecho, el oficio circular nº 2 del MNSD, de 28 de octubre de 1959 exigía declaración jurada de la interesada sobre tal circunstancia, suscrita también por el empleador.

Los Estatutos de 6 de abril de 1959, en su artículo 13 añadieron a los supuestos anteriores otro más: el de aquéllas cuyo marido estuviese incapacitado de manera permanente y absoluta. A estos efectos, la dirección del Montepío equiparó posteriormente a los pensionistas de vejez con los de invalidez absoluta³⁰³. Es este aspecto el Montepío de la Divina Pastora había sido más amplio, al no establecer limitaciones por razón del estado civil.

El estado civil como motivo de restricción del derecho al alta en los seguros sociales fue una situación compartida con las trabajadoras de múltiples reglamentaciones laborales³⁰⁴, que imponían la excedencia de las mujeres por razón de matrimonio. La diferencia está en que en el servicio doméstico el matrimonio no era causa de cese en la actividad sino de baja en el aseguramiento.

Al ser un Montepío concebido para mujeres, que si eran casadas no iban a tener el carácter de cabeza de familia, las prestaciones del MNSD no generaban derechos derivados para el cónyuge. El Decreto 980/60 de 19 de mayo vino a resolver la situación en que quedaban “las servidoras domésticas cuyos esposos desempeñan actividades de igual naturaleza, produciéndose entonces el desamparo de aquellas

300 El Oficio Circular núm. 9, de 25-10-1959, del Montepío Nacional, daba las instrucciones para el control médico de la aptitud laboral de quienes solicitasen la afiliación.

301 *Nuestra Casa*, abril 1961, pág. 27.

302 *Memoria Ministerio de Trabajo-INP*, Vol. II, 1968, pág. 368.

303 *Nuestra Casa*, febrero de 1961, pág. 26.

304 Sesenta y tres de ellas establecían la dote forzosa por matrimonio, en otras dos la excedencia era forzosa para la trabajadora pero potestativa para la empresa, y sesenta y siete no la establecían. Entre estas últimas dominaban los sectores que empleaban mucha mano de obra femenina (por ej. actividades del ramo textil o del ramo de la alimentación). GÓMEZ DE ARANDA y SERRANO, Luis, “La excedencia y la dote laboral de la mujer trabajadora” *Revista de Política Social*, núm. 86, 1979, págs. 30-37.

a no poder ser afiliadas al Montepío ni tampoco ser beneficiarias del marido, como sucedería si éste estuviera comprendido en la rama general de los Seguros Sociales Obligatorios”. Se reformó el art. 13 de los Estatutos, manteniendo la exigencia de ser soltera, viuda, o separada inocente para poder pertenecer al Montepío, y permitiendo excepcionalmente afiliarse a las mujeres casadas cuyos esposos desempeñasen actividades de igual naturaleza doméstica. Asimismo, se añadió la posibilidad de afiliación en el caso la separación de hecho por causa no imputable a la esposa, que ya se admitía por resolución administrativa.

De acuerdo con la Orden de 20 de julio de 1960, las solicitudes de servidoras domésticas casadas con empleados de hogar se comenzaron a admitir a partir del 30 de julio de 1960.

La Ley 56/1961, de 22 de julio, sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, en su artículo 1º reconoció la igualdad de la mujer con el varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo. En su artículo 4º prohibía la discriminación en razón del estado civil en las Reglamentaciones laborales, convenios colectivos y reglamentos de empresa, pero ninguna disposición prohibía la discriminación en el acceso a la protección de la seguridad social. El posterior Decreto 258/1962, de 1 de febrero, por el que se aplica a la esfera laboral la Ley de 22 de julio de 1961, junto a desarrollar aspectos laborales de la no discriminación, tiene una única disposición en materia de Seguridad Social: en su artículo 7º declara aplicable a las mujeres el Régimen de Ayuda a la Familia, en igualdad de derechos y obligaciones con el trabajador varón.

La norma no fue más allá, pero quizá bajo la influencia de los cambios legales y el estado de opinión social³⁰⁵, la Orden de 3 de mayo de 1962 hizo desaparecer la limitación en el acceso al Montepío por el estado matrimonial, al disponer en su artículo 1º el aseguramiento de las llamadas asistentas cualquiera que fuese su estado civil. El preámbulo de la norma hablaba de la existencia de un numeroso grupo de servidoras domésticas, cabezas de familia unas veces, y otras, las más, cónyuges, que con dicho trabajo aportaban un complemento a los ingresos familiares. Era un reconocimiento, aun limitado, de la inexistencia en la realidad del ideal de varón, cabeza y único sustentador de la familia.

7.3. El régimen de afiliación de las asistentas

El apartado e) del art. 15 de los Estatutos del Montepío excluía de su protección a “los servidores domésticos que se alberguen fuera del domicilio del amo de casa y presten servicios de análoga naturaleza a otro u otros amos de casa”. Sin embargo, el art. 13 de los mismos Estatutos incluía en el MNSD al servidor contratado para tareas de carácter exclusivamente doméstico dentro de la casa “bien se albergue el servidor dentro o fuera de ella”.

La exclusión había sido criticada por su falta de claridad, además de que suponía la desprotección de un grupo muy numeroso de empleadas de hogar³⁰⁶.

En respuesta a la consulta sobre el sentido de la exclusión, la dirección del Montepío aclaró que no se refería a los servidores que pernoctasen fuera de la casa, sino a quienes trabajasen para más de un empleador doméstico, por faltarles la nota de exclusividad en la dependencia³⁰⁷.

305 Significativa es la crítica a la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo “La mujer en el fuero del trabajo”, publicado en la *Revista del Trabajo*, núm. 2, de 1963, págs. 247-249, cuya autora, Carmen SALINAS era asesora jurídica de la delegación nacional de la sección femenina.

306 BORRAJO DACRUZ, Efrén, “El concepto de ‘socio beneficiario...’”, cit., pág. 413.

307 *Revista Nuestra Casa*, de julio de 1960, pág. 31. Resolviendo sobre la afiliación de una costurera, señala que si cosiese para una sola casa podría afiliarse al Montepío, no así en el caso de trabajar para más de un domicilio.

La Orden de 3 de mayo de 1962 termina con la exclusión de las llamadas asistentas por horas. La redacción de la norma³⁰⁸ no definió cuándo se pasaba a tener la cualidad de trabajadora doméstica por horas en el caso de prestarse servicios para un solo empleador.

La afiliación inicial solo era posible hasta los cincuenta y cinco años (art. 4º), y se debía acreditar una antigüedad mínima de dos años en la prestación del servicio doméstico en forma de asistenta (art. 2, a), lo que excluía el aseguramiento durante dicho periodo inicial. La exigencia sobre antigüedad de dos años en la actividad se refiere al tiempo de instauración del seguro para las asistentas, pero también para el futuro (arts. 4 y 5).

Las disposiciones transitorias para la afiliación inicial con más de 55 años, y para el disfrute de la pensión de vejez por parte de las asistentas, eran iguales que las que los Estatutos primitivos habían establecido para las demás servidoras.

Según el art. 2 se tenía que justificar el estado de salud y las condiciones físicas necesarias para el desempeño de servicio. El art. 5 sujetaba la admisión a que el Montepío verificase la realidad de los requisitos al momento de la afiliación, comprobación que se debía realizar periódicamente. La desconfianza en la realidad de la prestación de servicios y la voluntad de controlar el fraude se manifiestan desde esta primera norma de seguridad social protectora del servicio doméstico y serán una constante posterior.

La cotización de la cuota mensual corría a cargo exclusivo de la asistenta y, tal como advierte la disposición, también el recargo de mora, en su caso (art. 3). Según la interpretación de los órganos gestores del MNSD -al menos en el año 1964- la Orden de 3 de mayo de 1962 no disponía el carácter obligatorio del alta de las asistentas³⁰⁹.

7.4. Exclusión del alta en pluriactividad

El art. 13 de los Estatutos del Montepío declaraba socios del Montepío quienes se dedicasen única y exclusivamente a la prestación del servicio doméstico. La Resolución de la DG de Previsión de 9 de febrero de 1962³¹⁰ explicaba el sentido de la norma, que lo que pretendía era “evitar una duplicidad del seguro, la cual se podría dar estando asegurado el trabajador eventual doméstico en otro empleo de carácter fijo”. La prohibición de afiliación al Montepío en pluriactividad planteaba el problema de la cobertura de los riesgos actualizados con ocasión de la prestación de servicios domésticos, cuestión que se resolvió adjudicando la cobertura al seguro en el que la trabajadora doméstica estaba encuadrada en función de la otra actividad³¹¹.

308 Según el artículo 1º de la Orden, se podía afiliarse en el Montepío Nacional de Servicio Doméstico a “las asistentas de dicho servicio que presten el mismo en territorio nacional, bien sea su retribución por horas, cantidad fija diaria, mensual o análoga, con o sin comida, por cuenta de un amo de casa cabeza de familia, sin propósito de lucro y exclusivamente para tareas de carácter doméstico, siempre que su edad no exceda de cincuenta y cinco años, cualquiera que sea su estado civil”.

309 *Memoria del Montepío* de 1963 publicada en junio de 1964, pág. 14. Así, a finales de 1963 aparecen como socios protectores (empleadores inscritos) del Montepío 245.651 y como altas de asistentas 8.910.

310 *Anuario del Ministerio de Trabajo*, 1962-1963, pág. 862.

311 La Dirección General de Previsión, en Resolución de 9-2-1962, resuelve que el SOE debe atender las consecuencias del accidente de la trabajadora de una empresa que también se dedicaba al servicio doméstico, y había sufrido un accidente de trabajo en esta última actividad.

7.5. Los familiares del patrono

La regulación del encuadramiento de los familiares del patrono fue una de las diferencias entre el régimen general de los seguros sociales y el del Montepío. En éste, el ámbito subjetivo de la familia excluida se extiende al máximo³¹². El art. 15 de los Estatutos declaraba excluidos del concepto de servidor a los ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado e hijos adoptivos del dueño de la casa o de su esposa; los prohijados de hecho o de derecho; las personas ligadas con el cabeza de familia por vínculos distintos a los de subordinación propios del servicio doméstico.

El tercer grado de parentesco era el límite máximo de la exclusión en los restantes seguros sociales. El régimen de los subsidios familiares excluía a los parientes del patrono hasta el tercer grado, cuando vivieran en su hogar (art. 10 LSF); la Ley de 10 de febrero de 1943, sobre el Régimen especial de los seguros sociales en la agricultura³¹³ excluía de la condición de asegurados al cónyuge y familiares del empresario hasta el tercer grado, si vivían con éste (art. 8).

La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 excluía de su campo de aplicación los trabajos de carácter familiar entendiendo por tales aquellos “donde estén ocupadas personas de la familia o por ella aceptadas, siempre que los que trabajen no se consideren asalariados”, sin fijar límite en el grado de parentesco, pero reconociendo la laboralidad en el caso de que mediase salario. El Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo de 22 de junio de 1956, permitía en el artículo 13 del reglamento el aseguramiento voluntario de los familiares en línea recta sin límite y hasta el segundo grado de consanguinidad en la colateral, cuando trabajasen personalmente sin percibir remuneración y conviviesen a cargo del patrono.

Situar el límite de los trabajos familiares en el parentesco de tercer grado, fue la pauta que siguieron las normas del régimen general de los seguros inmediatamente posteriores a los Estatutos del Montepío. El Decreto 931/1959 de 4 de junio, que en su artículo 5 señalaba el campo de aplicación de los Seguros de Vejez e Invalidez y Enfermedad, excluía de los Seguros Sociales Unificados a la mujer y demás parientes del patrono hasta el tercer grado inclusive, siempre que viviesen en su hogar y a su cargo.

El Decreto 1586/1960, de 10 de agosto, exceptúa de la exclusión de parentesco en el disfrute de los beneficios del Montepío a los familiares del sexo femenino de sacerdotes que conviviesen con ellos y a su costa, siempre que reuniesen dos condiciones: no trabajar por cuenta ajena y realizar labores domésticas en el domicilio del sacerdote. No se exigía que mediase remuneración. En el caso de ser varios los familiares en que concurriesen las circunstancias, solo uno podía darse de alta en el Montepío.

La disposición vino a rectificar el criterio de los órganos de dirección del MNSD, que estaba denegando las solicitudes de inclusión³¹⁴.

312 SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio “El ámbito subjetivo del trabajo familiar”, *Revista de Política Social* núm. 57, 1963, pág. 59 y ss.

313 Dictada para normalizar el percibo de los subsidios sociales ya reconocidos en el campo.

314 La Junta Rectora del Montepío al expresar su posición en contra, además de la razón general de que la norma excluía a los familiares hasta el 4º grado, añadía en este caso: “existe la razón, confirmada por la práctica, de que generalmente tales familiares, que suelen ser la propia madre o hermana del interesado, constituidos en regidores de su hogar familiar, están atendidos juntamente con el amo de casa por verdaderos servidores, que son los que, en definitiva, resultan afiliables (...)”. *Revista Nuestra Casa*, núm. seis, de mayo de 1960, pág. 2.

Al poco, miembros del Magisterio plantearon al Montepío que se les aplicase el mismo beneficio en función de que su misión pedagógica resultaba equiparable a la sacerdotal, pero no se admitió ninguna otra excepción en favor de quienes prestasen servicios domésticos a miembros de su propia familia³¹⁵.

7.6. La cotización

La cuota de seguridad social era única³¹⁶, determinada por el Ministerio de Trabajo y legalmente debía estar basada en el cálculo del montante de prestaciones a satisfacer en régimen de reparto y reservas. El dueño de casa abonaba las tres cuartas partes, el resto corría a cargo del trabajador (art. 6 Decreto). La cuantía inicial de la cuota no se modificó durante toda la existencia del Montepío.

La cuota se abonaba mensualmente dentro del mes siguiente al del devengo. El pago se acreditaba mediante los cupones de cotización adheridos a dos documentos, uno para cada parte: el Libro del Amo de Casa y la Cartilla de Previsión Social del servidor doméstico. El trabajador tenía que ocuparse de tener al día la Cartilla, que debía presentar semestralmente en las oficinas del Montepío. El pago atrasado de cuotas tenía una retroactividad máxima de seis meses (at. 27 Estatutos).

De acuerdo con los arts. 21 b) y 26 de los Estatutos, la cartilla sellada acredita la cotización al Montepío. Con posterioridad, la cartilla ha sido único documento eficaz para probar el abono de los periodos de cotización en caso de discrepancia con los datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social³¹⁷.

La gestión de la cotización se facilitó mediante convenio de 30 de septiembre de 1959 con la Mutua Benéfica de Correos³¹⁸, convenio que se extendió a la entidad concertada Montepío de la Divina Pastora el 11 de diciembre del mismo año. Los carteros eran quienes, desde cada domicilio, cursaban las altas y bajas, gestionaban los cobros y cumplimentaban los documentos que acreditaban las cotizaciones realizadas³¹⁹, realizando asimismo la tarea de presentar semestralmente la cartilla ante el Montepío.

La Orden de 21 de septiembre de 1961 declaró de aplicación supletoria el procedimiento administrativo especial para la exacción de cuotas por vía de apremio en caso de impago, lo que de acuerdo con el balance de los órganos directivos del MNSD contribuyó a la regularización de la situación. En junio de 1962, los órganos de dirección del Montepío estimaban en un 20% los empleados de hogar sin dar de alta³²⁰.

315 Así se hace constar respecto a todas las profesiones, en respuesta a la petición de que se extienda a los miembros del Magisterio el criterio que hay con los sacerdotes, apelando a su misión, que aunque complementaria y subordinada a la de ellos, se entiende equiparable. *Nuestra Casa*, febrero 1961, pág. 26.

316 A la fecha de implantarse el Montepío, de 40 pts. mensuales (art. 24 Estatutos).

317 STSJ Cataluña de 2-10-1992, AS 5071, STSJ Andalucía, de 28-5-2009, JUR 312139 y STSJ Aragón, de 10-2-2011, JUR 243403.

318 Según el convenio el Montepío Nacional abonaba a la Mutua de Correos diversas cantidades por su gestión. Entre otras, el 4% del total de cupones de cotización vendidos, porcentaje del que el 3% quedaba para el personal de Correos y 1% para la Mutua. Ver el "Convenio regulando la gestión colaboradora del cuerpo de carteros con el Montepío nacional del Servicio Doméstico" en MELÉNDEZ, Leonor, *El servicio doméstico en España*, cit., págs. 193-196.

319 *Guía para beneficiarios del Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, INP, 1961, pág. 19.

320 INP, *Memoria del Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, ejercicio 1961, pág. 11.

7.7. Las prestaciones

Según el artículo 1º del Decreto, los servidores domésticos disfrutarían “de los beneficios de Seguridad Social establecidos en la Ley de 19 de julio de 1944”. La Ley, en su artículo 7º disponía que “el disfrute y cuantía de los beneficios que se extienden al servicio doméstico se acomodarán a lo establecido en las disposiciones reguladoras de los subsidios y seguros sociales existentes o que en lo sucesivo se establezcan”.

El artículo 5 del Decreto de 17 de marzo de 1959 reiteraba que el Montepío debía conceder a los socios las prestaciones establecidas en la Ley de 19 de julio de 1944, que eran los subsidios familiar y de vejez, y los seguros de accidentes de trabajo y de enfermedad. Bajo la denominación Subsidio familiar debían entenderse comprendidas las ayudas familiares, dotes para contraer estado, auxilio por defunción y otras prestaciones especiales del Montepío. Sin embargo, las prestaciones podían implantarse de manera total y simultánea o gradualmente, en los Estatutos que dictase el Ministerio de Trabajo.

Los Estatutos del Montepío Nacional del servicio doméstico, de 6 de abril de 1959, dictados por el Ministerio de Trabajo, regularon las prestaciones del Montepío por debajo de los beneficios de los Seguros Sociales ya establecidos, incumpléndose así la Ley de 1944 e incluso el Decreto de 1959, que autorizaba la implantación gradual de los seguros en los propios Estatutos, pero no la rebaja indefinida de sus prestaciones.

Las prestaciones del Montepío consistieron en asistencia sanitaria, pensiones de vejez, invalidez, dote por matrimonio o por profesar en Religión, ayuda familiar y auxilio por defunción (art. 28). La dote por profesar en Religión era una de las prestaciones que tenía el Montepío de la Divina Pastora, y no existió en ningún otro régimen de previsión del resto de actividades.

La ausencia de las prestaciones de muerte y supervivencia expresaba la condición femenina esperada de las socias. El régimen general de los seguros sociales y el de las Mutualidades Laborales no reconocían prestaciones generadas por muerte de la esposa, salvando la excepción a favor del viudo inválido.

7.7.1. Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria que el Montepío otorgó, por primera vez, a los servidores domésticos a partir del 1 de mayo de 1960³²¹, se reconoció con varias particularidades respecto a la regulación general del Seguro de Enfermedad (SE).

El Montepío solo reconocía la asistencia sanitaria al socio, por derecho propio (art. 42 Estatutos), pero no generaba derecho derivado en favor de otras personas, lo que era consistente con la previsión del carácter femenino de las socias del Montepío y la posición subordinada asignada a las mujeres dentro de la familia.

El régimen general reconocía un amplio campo de beneficiarios, familiares del cabeza de familia: cónyuge, ascendientes y descendientes e hijos adoptivos, hermanos menores de 18 años y los mayores incapacitados permanentes, incluso aquellos otros familiares a quien se concediese el beneficio (art. 20 del reglamento, Decreto de 11-11-1943). Se exigía en todos los casos convivencia y dependencia económica del asegurado.

321 Las prestaciones comenzaron a satisfacerse el día 1 de mayo de 1960, por acuerdo de la Junta Rectora del Montepío, según la revista *Nuestra Casa*, número seis, de mayo 1960, pág. 2. Las condiciones de las prestaciones se reflejan en la *Circular de la Subdelegación General de Servicios Sanitarios*, núm. 2.148, de 20 de abril de 1960.

La labor interpretativa de la DG de Previsión respecto al régimen general del SE amplió el campo inicial, incluyendo, entre otros, a hermanas de cualquier edad solteras o viudas, nueras viudas, y padres políticos del asegurado. Cuando la asegurada era una mujer, podía declarar como beneficiario a su esposo trabajador si éste no era beneficiario del seguro, pero quedaban excluidos los hijos, cuya patria potestad le estaba atribuida al padre, con los consiguientes deberes en cuanto a su manutención, por lo que existiendo padre no era posible que la madre adujese cubrir el requisito de dependencia económica de los hijos respecto a ella³²².

En el régimen doméstico se exigía un periodo de carencia de seis meses para tener derecho a la asistencia médica (art. 35 e) Estatutos)³²³; en el régimen general el derecho para el asegurado, su cónyuge e hijos comenzaba en el mismo momento de la afiliación, y el requisito de carencia de seis meses también existía, pero era solamente para el derecho a la asistencia sanitaria de los restantes familiares del asegurado.

El Montepío únicamente otorgaba asistencia médica en enfermedades cuyo proceso de curación fuese superior a siete días (art. 40), ya que según la norma era deber del amo la atención en tal circunstancia³²⁴. En el régimen general no existía ningún periodo de espera para la asistencia.

La Asamblea General del Montepío de 1961, solicitó la reducción en la medida de lo posible del periodo de carencia de seis meses y la desaparición del periodo de espera de siete días, calificándolo de discriminatorio³²⁵.

Por Orden comunicada del INP de 19-1-1960³²⁶, se autorizaba al Montepío para dedicar no más del 60% de la cuota a la asistencia sanitaria, por “las condiciones especiales de los asegurados, que implican una morbilidad bajísima”, ya que “el índice de complacencias y bajas inmotivadas desaparece en este caso completamente, por estar el paciente bajo el inmediato cuidado de los dueños de la casa”.

La asistencia farmacéutica del Montepío se limitaba, salvo caso de hospitalización, al abono del 50% de los medicamentos (art. 44 Estatutos), por su parte, el Seguro de Enfermedad los financiaba enteramente a su costa (art. 59 y ss. Reglamento).

La atención sanitaria de las servidoras domésticas en caso de parto quedaba cubierta con la prestación de enfermedad del Montepío. Sin embargo, las restantes prestaciones económicas del Decreto 11-11-1943 del Seguro de enfermedad, indemnización durante el descanso maternal (art. 86) y subsidio de lactancia (art. 92) no eran aplicables. En el SE el subsidio de lactancia se percibía por las aseguradas y

322 BERNAL MARTÍN, Salvador, *El seguro de enfermedad*, Madrid 1949, págs. 122-123.

323 La orden de 4 de noviembre de 1959, por la que se aprueba el reglamento de Servicios Sanitarios del Montepío, en su artículo 2 da opción a la asistencia inmediata a quienes estuvieran ya de alta en la fecha en que comenzó el funcionamiento de los servicios sanitarios. El resto, según el artículo 3º tenía que acreditar seis meses de cotización.

324 Según el art. 40 “los amos de casa tienen el cristiano deber de prestar a sus servidores domésticos la debida asistencia en caso de enfermedad, por lo que, respetando, además, costumbre tan tradicional, quedará a su cargo la de enfermedades de carácter leve que no precisen especiales cuidados (...)”.

325 INP, *Memoria del Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, ejercicio 1961, pág. 41.

326 Publicada en *Compilación de disposiciones vigentes sobre Seguros Sociales*, INP, suplemento núm. 35, Tít. V. Cap. 3º, pág. 14/7, 1953.

también por las beneficiarias. La servidora doméstica de alta en el Montepío estaba más desprotegida que la esposa no afiliada a los seguros sociales; no podía cobrar el subsidio como beneficiaria de su esposo al no depender económicamente de él.

El régimen general tenía una prestación económica durante la enfermedad que durase más de siete días, que se abonaba a partir del quinto día y se extendía un máximo de 26 semanas. Se requería acreditar un periodo de carencia de 6 meses, y su cuantía era el 50% de la última retribución cotizada (art. 72 y ss. del Reglamento del Seguro de Enfermedad de 11-11-1943). El mismo Reglamento preveía una disposición específica para determinar la base reguladora de la prestación en el caso del servicio doméstico. Según el artículo 81 “en el caso de asegurado del servicio doméstico la indemnización se calculará sobre la parte metálica de la retribución, si durante la incapacidad para el trabajo continuara en la casa donde preste su servicio o si fuera hospitalizado”.

Sin embargo, la norma no se llegó a aplicar al suprimirse la prestación económica por enfermedad por Orden Ministerial de 6 de abril de 1959, de los Estatutos del Montepío del Servicio Doméstico, que era el marco legal de las prestaciones del Montepío de acuerdo con el art. 5 del Decreto 385/1959, de creación del mismo.

7.7.2. Jubilación

En relación con los requisitos y cuantía de las prestaciones, el régimen de Seguro de vejez entonces vigente³²⁷, exigía un periodo de carencia de 1800 días para la pensión de jubilación (art. 7º 2 b) de la Orden 2-2-1940), carencia que se elevaba en el Montepío a 120 mensualidades en los últimos quince años (art. 30 d) Estatutos).

El Seguro de Vejez establecía una edad de jubilación de 65 años, que se adelantaba a los 60 en caso de invalidez laboral (art. 6, Ley 1-9-1939), prestación de invalidez por edad inexistente en el Montepío, en el que la edad de jubilación era siempre a los 65 años.

Tal como ya se ha expuesto, el régimen transitorio de la incorporación inicial al Montepío de los servidores mayores de 55 años fue más restrictivo que el que imponía el Mutualismo Laboral, y también fue más duro que el que había impuesto el Seguro de Vejez, cuya Orden de 2 de febrero de 1940 no sometía la afiliación inicial a ninguna condición de edad y en las normas transitorias para el acceso a la pensión al crearse el Seguro, estableció unos periodos de carencia inferiores (art. 7)³²⁸.

7.7.3. Invalidez

La contingencia de invalidez se protegía en el régimen general en el Decreto de 18 de abril de 1947, por el que se creó la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez. La incapacidad para el trabajo se refería al desarrollado en la profesión habitual³²⁹ (art. 8º Primera) y se exigía un periodo de carencia de

327 Regulado por la Ley de 1 de septiembre de 1939 sobre el régimen del subsidio de vejez, y Orden de 2 de febrero de 1940 para su aplicación; Decreto de 18 de abril de 1947 creando la Caja Nacional del Seguro de Vejez e Invalidez, y Orden de 18 de abril de 1947 para su aplicación.

328 Era suficiente con haber sido afiliados al retiro obrero antes del 1 de septiembre de 1939, o en su caso un periodo mínimo de carencia de 600 días en 1940, elevándose progresivamente 300 días anuales hasta llegar a los 1800 en 1944.

329 La Orden de 18 de abril de 1947, desarrollaba el concepto de profesión habitual en su artículo 3º, que en caso de haber variado de oficio era el realizado durante más tiempo en los últimos cinco años.

1800 días. En el Montepío, con un requisito de carencia muy inferior, de seis meses, la única invalidez protegida era la absoluta para todo trabajo.

En las contingencias profesionales, el art. 12 del entonces vigente Decreto de 22 de junio de 1956 que aprobaba el texto refundido de la legislación de accidentes de trabajo y su reglamento, excluyó de su campo de aplicación el servicio doméstico (salvo los chóferes particulares). La norma no exigía ningún periodo de carencia para lucrar sus prestaciones. La Asamblea General del Montepío de 1961 solicitó sin éxito la supresión del periodo de carencia para los traumatismos causados en acto de servicio³³⁰.

7.7.4. Ayuda familiar y dote por matrimonio y profesión religiosa

La Ayuda familiar por hijo a cargo, regulada en el art. 52 de los Estatutos, exigía tener cubierto un periodo de cotización de seis meses; en el subsidio familiar del régimen general, que cubría la misma contingencia, no existía el requisito de cotización previa. El subsidio se abonaba a favor de los hijos menores de 18 años o mayores incapacitados que viviesen exclusivamente a cargo del servidor doméstico³³¹.

El Montepío otorgaba una Dote por matrimonio a los varones de menos de 40 años y las mujeres de menos de 35, de cuantía variable según el periodo cotizado, a partir de 36 mensualidades (art. 48)³³². La versión inicial de los Estatutos contenía una prestación por profesión religiosa, reconociendo para ésta una dote única de 3.000 pts., que requería un periodo mínimo de cotización previa de 60 mensualidades.

La regulación de la dote por religión fue modificada por la Orden de 5 de junio de 1964, que equiparó periodos de carencia y prestaciones entre ambas opciones. Sin embargo, la prestación religiosa no tenía ninguna limitación por razón de edad, lo que evidencia la configuración natalista de la prestación por matrimonio.

De acuerdo con la Memoria del Ministerio de Trabajo, la rapidez con que se produjo la implantación del MNSD hizo necesario “retocar sobre la marcha disposiciones constitutivas del mismo”, lo que se hizo al subsanar por Orden de 19 de julio de 1961 la omisión en las Disposiciones Transitorias de las condiciones iniciales de percibo de la prestación por profesión religiosa³³³.

7.8. La concertación con el Montepío de la Divina Pastora

La noticia de la creación del Montepío Nacional obligatorio por Decreto de 17 de marzo de 1959, generó un momento de crisis en el Montepío de la Divina Pastora, cuyas socias se daban de baja o incurrían

330 INP, *Memoria del Montepío...*, ejercicio 1961, cit., pág. 40.

331 Era incompatible con la percepción del subsidio de viudedad y orfandad del régimen general de Seguros y Subsidios unificados. Ver *Nuestra Casa*, enero de 1961, pág. 26.

332 Art. 49 de los Estatutos: de 6.000 pts. si se había cotizado ciento veinte mensualidades; 3.000 pts. si se habían cotizado sesenta, y 1.500 pts. si se habían cotizado treinta y seis mensualidades. La Disposición Transitoria segunda de los Estatutos del Montepío dispuso que a los trabajadores que contrajesen matrimonio en los tres años posteriores a la entrada en vigor del Montepío solamente se les exigiría un año de cotización. Por Orden de 19 de julio de 1961, la Disposición Transitoria segunda se reformó para incorporar como situación paralela a la de contraer matrimonio la de profesión religiosa.

333 *Memoria del Ministerio de Trabajo*, vol. I, 1961, pág. 67.

en deliberada morosidad en el pago de sus cuotas³³⁴, ante la perspectiva de su afiliación obligatoria al Montepío nacional, que entraba en vigor el 1 de octubre.

Según los Estatutos del MNSD, el Montepío podía concertarse con otras instituciones religiosas y civiles que quisiesen coadyuvar en la realización de sus fines. Los convenios debían aprobarse por el Ministerio de Trabajo, previo informe del INP y la Sección Femenina del Movimiento. El Ministerio de Trabajo aprobó el 12 de agosto de 1959 las Bases de colaboración de instituciones religiosas y civiles con el Montepío Nacional del Servicio Doméstico³³⁵. Las entidades vehiculaban los actos de afiliación, altas, bajas y cotización, solicitud y abono de prestaciones. Según la Base 9ª, los conciertos de colaboración tendrían una duración máxima de cinco años, al término de los cuales podrían ser renovados. La Base 16ª establecía que las entidades concertadas podían adquirir los cupones de cotización con una bonificación del 5%, para ponerlos luego a disposición de los socios.

El 20 de octubre de 1959, el Ministerio de Trabajo reconoció al Montepío de la Divina Pastora el carácter de entidad concertada con el Montepío Nacional y el 11 de diciembre se suscribió el convenio entre ambas entidades³³⁶, con unas condiciones de duración y financiación que en algunos aspectos mejoraban sensiblemente las señaladas con carácter de generalidad en las Bases de colaboración para las entidades concertadas. El concierto tenía una duración de diez años prorrogables por iguales periodos (según la norma 20 del concierto) y una adjudicación del 10% de la cuota recaudada en concepto de gasto de administración (norma 17 del concierto). La cuota era la fijada para el Montepío Nacional, pero quienes se daban de alta a través del MDP tenían además algunas otras prestaciones como cursos de formación, servicios de empleo, residencias y colonias de vacaciones³³⁷.

El MDP tuvo un gran crecimiento al amparo de su calidad de entidad concertada del Montepío obligatorio y posteriormente amplió su campo de actuación, incorporando a las amas de casa³³⁸.

La relación entre ambos Montepíos comenzó siendo conflictiva y lo fue también en el final del Concierto³³⁹. El MDP dio fin a su gestión como entidad colaboradora el 31 de mayo de 1965, y de

334 Según la *Memoria del Montepío de Previsión Social Divina Pastora del Servicio Doméstico. Ejercicio 1959*, de marzo a octubre hubo muchas bajas (pág. 10) La memoria habla de colapso, de clima de ansiedad y de siete meses de reuniones por parte de La Comisión Episcopal de Beneficencia y Obras Sociales, Ministerio de Trabajo y Dirección del Montepío de la Divina Pastora, a fin de darle salida a la situación creada con dos Montepíos, uno de ellos obligatorio y otro voluntario (pág. 5). Según la Memoria, el Montepío Divina Pastora hace el día 20 de marzo de 1959 la primera gestión ante el Ministerio de Trabajo para saber qué derechos se le iban a reconocer y para defender su subsistencia, lo que sugiere que el nacimiento del Montepío Nacional fue inesperado para la entidad (pág. 4).

335 LEONOR MELÉNDEZ, *El servicio doméstico en España...*, cit., págs. 174-183, especialmente págs. 177 y 179.

336 *Memoria del Montepío de Previsión Social Divina Pastora del Servicio Doméstico*, Ejercicio 1959, pág. 6.

337 *Informe sobre el servicio doméstico en España y la actuación del Montepío Divina Pastora*, cit., pág. 21.

338 Acuerdo en Asamblea de 27 de marzo de 1968, aprobado por la DG de Previsión y publicado el 3-10-1968.

339 SÁNCHEZ JIMÉNEZ, José, en la obra *Cáritas Española, 1942-1997*, edit. Cáritas Española, 1998, se refiere a las reticencias del Montepío Nacional dirigido por la Sección Femenina de Falange hacia el de la Divina Pastora, y al malestar de algunas Cáritas Diocesanas por su obligación de coordinarse con aquél. Ver págs. 158-159.

acuerdo con la Memoria del MNSD, dejó algunas de sus obligaciones desatendidas³⁴⁰. La Junta Rectora, tras aprobar el Balance de Liquidación presentado, acordó “solicitar de la Divina Pastora la devolución de los valores mobiliarios y el efectivo que figura en dicho Balance de Liquidación, sin que al momento de formular esta Memoria se tenga conocimiento de que lo haya llevado a cabo. Si hizo entrega, en cambio, en su momento, de los cupones de cotización sobrantes (...)” La mención a la deuda y los requerimientos reiterados del MNSD para su cobro, aparecen en las Memorias del INP en años sucesivos³⁴¹.

La Dirección General de la Seguridad Social dictó resolución el 8 de agosto de 1970, ordenando al Montepío Divina Pastora liquidar principal e intereses³⁴², resolución firme en vía administrativa el 7 de noviembre de 1972³⁴³. Finalmente, la cuantía de lo adeudado y sus intereses se hizo efectivo a favor de la Mutualidad Nacional de empleados de hogar, sucesora del Montepío Nacional, el 5 de septiembre de 1973³⁴⁴.

7.9. La implantación del Montepío Nacional

La extensión del MNSD fue muy rápida. En noviembre de 1960 había 282.766 trabajadores afiliados³⁴⁵; mayo de 1961 eran 322.000, que constituían el 80% del censo estimado³⁴⁶; y en diciembre del mismo año 336.000³⁴⁷. En el ejercicio 1963, las afiliadas activas pasaron a ser 275.000, descenso que en la Memoria del INP se atribuyó al peso de las jubilaciones, ya que según la disposición transitoria primera de los Estatutos y única de la Orden de 3 de mayo de 1962, por la que se dio entrada en el Montepío a las denominadas asistentas, las trabajadoras afiliadas inicialmente a la edad de sesenta y tres o más años, podían ser beneficiarias de la pensión de vejez tras veinticuatro mensualidades de cotización³⁴⁸.

340 Según la *Memoria del Ministerio de Trabajo-INP*, vol. II, de 1965, en el apartado de información sobre el Montepío Nacional: “La entidad concertada Montepío Divina Pastora dio fin a su gestión al entregar el colectivo afiliado por su conducto en la Delegación de Madrid, última provincia en donde venía actuando, comunicando a este Montepío, en fecha 6 de mayo, su decisión de dejar de actuar a partir del día 15 de dicho mes, accediéndose a ello con efectos de 31 de dicho mes, y haciéndose cargo nuestros Servicios provinciales a partir de 1º de junio siguiente del cobro de cuotas y pago de todas las prestaciones, incluso de algunas pendientes que dicha Entidad dejó desatendidas, pues, de otro modo, se hubieran perjudicado los socios beneficiarios”. En la *Memoria* del año 1963, vol. II, pág. 436, se da cuenta del cese durante 1963 en la gestión del colectivo afiliado por su conducto en varias provincias.

341 *Memoria Ministerio de Trabajo-INP* 1968, pág. 373 “No podemos hacer omisión en esta Memoria de que la que actuó como Entidad Concertada ‘Divina Pastora’ sigue reteniendo en su poder el efectivo y Valores Mobiliarios que figuran en su balance de liquidación referido al 31 de mayo de 1965, no obstante haberse solicitado y reiterado la petición de entrega del aludido saldo. (...)”. En el mismo sentido, la *Memoria* de 1968, pág. 373; 1969, pág. 338; *Memoria* de 1971, pág. 210.

342 *Ídem* de 1971, pág. 210.

343 *Ídem* de 1972, pág. 201.

344 *Ídem* de 1973, pág. 215.

345 “El régimen representativo del Montepío del servicio doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, enero-febrero 1961, pág. 135.

346 “Balance anual del servicio doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, tomo II 1961, pág. 988. La *Memoria del Ministerio de Trabajo-INP*, se refiere también a la rapidez con que se había producido la implantación y funcionamiento del Montepío Nacional. Vol. I de 1961, pág. 67.

347 *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, enero-febrero 1962, pág. 151.

348 *Memoria Ministerio de Trabajo-INP*, vol. II, 1963, pág. 435. Aún con esa explicación, se entiende que las dificultades de actuación de la Inspección de Trabajo en el sector están influyendo en la ausencia de afiliación de una parte del sector.

El Montepío no contó con capital estatal fundacional, y la necesidad de hacer frente al pago de prestaciones transitorias de jubilación, unido a lo reducido de su cuota (40 pts. mensuales), provocó un déficit que fue aumentando cada año. La Dirección del Montepío propuso que el Ministerio de Trabajo contribuyese con una aportación del 50% de la cuantía de las prestaciones de vejez³⁴⁹ y, asimismo, en el año 1965 se propone el aumento de la cuota mensual de 40 pts., establecida en los Estatutos del año 1959, que, se alega, era inferior a la propuesta en su día por los Servicios Técnicos del INP³⁵⁰. La propuesta de incremento de cuotas se realizó todos los años³⁵¹, pero no se atendió, manteniéndose en la misma cuantía hasta 1969, con la creación del Régimen especial de seguridad social.

En las cifras de 1965, sobre el censo activo de 278.875 -algo inferior por falta de depuración de los ficheros- el Montepío estima que existe un 20% de personal no asegurado. Teniendo en cuenta que la cifra de asistentes que aparecen de alta son 11.500, la cifra debía de ser mucho mayor.

7.10. El Montepío Nacional del Servicio Doméstico y el Mutualismo Laboral

Según el art. 9 del Decreto creador del Montepío, le eran de aplicación las normas reguladoras de las entidades de previsión social de carácter privado, Ley de Mutualidades y Montepíos de 6 de diciembre de 1941 (LMM), y su Reglamento, en cuanto no se opusieran al Decreto. Estas normas establecían un marco jurídico que remitía a los estatutos de la entidad para las condiciones de admisión, baja, derechos y deberes de los asociados, cuantía de las cuotas y régimen de las prestaciones (art. 14).

Según el art. 11 de la LMM, las prestaciones de las Entidades eran compatibles y totalmente independientes de los beneficios que pudiesen corresponder a sus asociados por consecuencia del régimen de los Seguros Sociales obligatorios establecidos por el Estado, salvo que por preceptos legales en contrario o por disposición expresa del Ministerio de Trabajo se les declarase sustitutivas de dichos seguros sociales obligatorios. Según la disposición, “en ningún caso las prestaciones de carácter económico dispensadas por los Montepíos y Mutualidades podrán ser objeto de tal declaración cuando fuesen inferiores a las que se fijen por la legislación general respecto del seguro o subsidio de que se trate”.

En el caso de los servidores domésticos no era de aplicación la legislación de los seguros sociales, por lo que ésta no funcionaba como suelo mínimo infranqueable, y las prestaciones del Montepío pudieron ser inferiores sin infringir la legalidad³⁵².

En la fecha de creación del Montepío Nacional había nacido ya el Mutualismo Laboral, por Decreto de 10 de agosto de 1954, y Orden de 10 de septiembre de 1954. Hasta entonces, las mutualidades existentes, tanto las voluntarias como las nacidas de las Reglamentaciones de Trabajo, estaban regidas por la Ley de 9 de diciembre de 1941. El carácter obligatorio derivaba, en su caso, de su inserción en la Reglamentación, que según el artículo primero de la Ley de 16 de octubre de 1942 era la regulación sistemática de las condiciones mínimas a que habían de ajustarse las relaciones laborales.

349 *Ibidem*, pág. 435-6 e *idem*, vol. II, 1965, pág. 393.

350 *Ídem*, vol. II, 1965, pág. 394.

351 *Ídem*, vol. II, 1968, pág. 374.

352 La sustitución se podía realizar, así la Mutualidad Nacional de Previsión Agraria, creada por Decreto de 23 de abril de 1959, preveía la sustitución del subsidio de vejez por la pensión de jubilación que creaba. MEILAN GIL, José Luis, *El mutualismo laboral*, CSIC, Madrid, 1963, pág. 86.

El art. 1 del Reglamento definía el Mutualismo Laboral como un sistema de previsión social obligatorio establecido en favor de los trabajadores por cuenta ajena en actividades laborales determinadas por el Ministerio de Trabajo. El colectivo objeto de protección era fragmentado por ramas de actividad económica, y la condición de mutualista no estaba necesariamente ligada a la condición de trabajador, ya que tanto los altos cargos como los socios de cooperativas, excluidos de la LCT, estaban obligatoriamente incorporados al Mutualismo Laboral, según art. 8 de su Reglamento.

Una parte de los servidores domésticos, los conductores de automóviles al servicio de particulares, estaban obligatoriamente adscritos a la Mutualidad Laboral de Transportes por Orden de 5 de marzo de 1952, lo que fue un exponente de la posibilidad técnica de incorporar a los servidores domésticos al Mutualismo Laboral.

El reglamento del Mutualismo Laboral establecía como prestaciones reglamentarias, pensiones por accidente de trabajo (en los grados de invalidez parcial, total o absoluta), jubilación, invalidez absoluta derivada de contingencias comunes, larga enfermedad, viudedad, orfandad, a favor de familiares, defunción, y natalidad, correspondiendo a cada Institución determinar cuáles otorgaría (art. 30). De entre estas, el Montepío del servicio doméstico no reconocía ninguna prestación por accidente de trabajo, únicamente concedía pensiones de vejez, invalidez absoluta, auxilio por defunción, ayuda familiar y dote por matrimonio.

En las prestaciones coincidentes, el Montepío tenía requisitos en casi todos los casos más exigentes que el Mutualismo. Éste tenía para todas sus prestaciones un mismo requisito de periodo de carencia, entre los 180 y los 700 días como máximo, según el tiempo transcurrido entre el momento inicial de cotización en el sector y el hecho causante (art. 35). En el Montepío, el requisito de cotización difería según la prestación.

En el Montepío, era requisito para la pensión de vejez la edad de 65 años cumplidos, situación de actividad como mínimo hasta los 60 años y una cotización al Montepío de 120 mensualidades. En el Mutualismo, la edad de jubilación era 60 años, y el periodo de carencia exigido era variable y nunca superior a los 700 días de cotización (art. 35), y la exigencia de dedicación profesional se concretaba en reunir un mínimo de diez años de trabajo efectivo, que no cotización, por cuenta ajena en empresas incorporadas al Mutualismo Laboral a la fecha del hecho causante (art. 57).

El Montepío abonaba la dote por matrimonio a las mujeres menores de 35 años y los hombres menores de 40; el Mutualismo daba un subsidio de nupcialidad para ambos sexos hasta los 60 años. La única prestación en la que el periodo de carencia exigido era menor en el Montepío, fue la de invalidez absoluta por causas comunes, que en éste era de seis meses y en el Mutualismo podía llegar a setecientos días.

Parte III.

**Regímenes y sistemas especiales.
Constitucionalidad**

1. Creación y fundamento de regímenes y sistemas especiales

1.1. Nacimiento de los regímenes especiales

La Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 establece como objetivo de la norma el tránsito de un conjunto de Seguros Sociales a un sistema de seguridad social³⁵³, entre cuyos principios inspiradores están la tendencia a la unidad, compatible con la existencia de regímenes especiales; y la consideración conjunta de los riesgos y definición unívoca de las situaciones protegidas, tendiendo a que la protección no presente diferencias notables entre diferentes categorías de personas, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Esta expresión de propósitos no ha tenido realización, especialmente en lo que se refiere a la protección de los trabajadores domésticos. En la medida en que las particulares condiciones económicas de cada sector han condicionado su grado de protección, la especialidad ha quebrado el principio de solidaridad³⁵⁴.

La Ley de Bases amplía el campo de aplicación de los diversos seguros sociales a todos los españoles, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión (Base 2ª) previendo la creación de regímenes especiales de seguridad social “para aquellas actividades profesionales en que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de sus procesos productivos se hiciere preciso” (base 3ª 10). La norma establecía un régimen para los servidores domésticos, además del de los funcionarios públicos, civiles y militares, personal al servicio de los Organismos del Movimiento, Funcionarios de Entidades estatales autónomas, socios trabajadores de Cooperativas de producción, trabajadores por cuenta propia o autónomos, estudiantes y personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares.

Las Bases 2ª y 3ª se aplican en el Texto Articulado de la Ley de la Seguridad Social por Decreto 907/1966, de 21 de abril (LSS), que estructura el sistema en dos grandes bloques, el Régimen General y los Regíme-

353 Basado en la solidaridad que “impone sacrificios a los jóvenes, respecto de los viejos; a los sanos, respecto de los enfermos; a los ocupados, respecto de los que se hallan en situación de desempleo; a los vivos, respecto de las familias de los fallecidos; a los que no tienen cargas familiares, respecto de los que las tienen; a los de actividades económicas en auge y prosperidad, en fin, respecto de los sectores deprimidos”, según la Justificación y directrices de la Ley.

354 MONEREO PÉREZ, José Luis, y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Art. 10”, VV. AA., (Monereo Pérez, José Luis y Moreno Vida, Mª Nieves, directores), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, 1999, pág. 185.

nes Especiales (art. 9), disponiendo el establecimiento de once regímenes, entre ellos, el de los servidores domésticos (art. 10)³⁵⁵. Además de los ya establecidos por la LSS, se autorizaba al Ministerio de Trabajo a establecer otros Regímenes especiales, facultad que ejerció regulando otros seis³⁵⁶.

Las facultades normativas del Ministerio de Trabajo no alcanzaban a tres de los regímenes, el de las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, el de los trabajadores del mar y el de los estudiantes, que debían ser regulados por Ley (art. 10.4). Según la Ley de Bases los regímenes del Mar y Agrario debían tender a la paridad de derechos y prestaciones con el Régimen general. Respecto a los restantes regímenes se dieron facultades al Gobierno para establecer su campo de aplicación, alcance y requisitos de la acción protectora, y especialidades de su gestión, ordenando asimismo, de acuerdo con las disponibilidades financieras del sistema y las características del grupo afectado, tender a la máxima paridad y homogeneidad posible con el Régimen General (art. 10.5 b). Lo mismo se prescribía en relación a la afiliación, cotización, recaudación, régimen económico financiero y Entidades Gestoras (10.5 c).

Según Alonso Olea la exigencia de paridad con el Régimen General jugaba con intensidad máxima en los regímenes agrarios y del mar, por cuanto derivada directamente de la Ley de Bases (base III, 11 “en la regulación de ambos regímenes se tenderá a la paridad de derechos y prestaciones con el régimen general”); y con intensidad similar, y aún mayor, el principio juega respecto a los regímenes especiales a regular por norma sin rango de ley, que quedan sometidos al mandato de homogeneidad (LSS art. 10.3 y 5.), principio reiterado por la Ley del Plan de Desarrollo Económico y Social aprobada por Decreto 1541/1972, de 15 de junio que ordena la participación del Estado en la financiación de la Seguridad Social, estableciendo un sistema solidario entre los sectores con el fin de alcanzar la paridad en materia de prestaciones entre los distintos regímenes en el menor plazo posible (art. 32.1). El principio de homogeneidad no juega con intensidad respecto a los regímenes que sean objeto de regulación por norma con rango de ley, por cuanto el legislador pasado no manda sobre el futuro, salvo en las normas constitucionales³⁵⁷.

La norma se plasmó en la creación de un conjunto de regímenes especiales en el periodo de finales de los años sesenta y primeros de los setenta. Los regímenes fueron el agrario (Ley 38/1966, de 31 de mayo), de trabajadores del mar (Ley 116/1969, de 30 de diciembre), autónomos (Decreto 2530/1970, de 20 de agosto), de la minería del carbón (Decreto 384/1969, de 17 de marzo), de empleados de hogar (Decreto 2346/69, de 25 de septiembre), representantes de comercio (Decreto 2180/1967, de 19 de agosto), ferroviarios (Decreto 1495/1967, de 6 de julio), artistas (Decreto 635/1970, de 12 de marzo), escritores de libros (Decreto 3262/1970, de 29 de octubre), toreros (Decreto 166/1972, de 8 de junio), y jugadores profesionales de fútbol (Decreto 2806/1979, de 7 de diciembre).

No llegó a dictarse la Ley del régimen especial de los estudiantes, manteniéndose en vigor la Orden de 11 de agosto de 1953, reguladora de los Estatutos del Seguro Escolar.

355 Los regímenes especiales del art. 10, fueron once: a) Trabajadores de las actividades agrícolas, forestales y pecuarias, así como los titulares de pequeñas explotaciones que las cultivasen directamente, b) Trabajadores del mar, c) Trabajadores por cuenta propia o autónomos, d) Funcionarios públicos, civiles y militares, e) Personal al servicio de los Organismos del Movimiento, f) Funcionarios de Entidades estatales autónomas, g) Socios trabajadores de cooperativas de producción, h) Servidores domésticos, i) Estudiantes, j) Personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, k) Representantes de comercio.

356 Minería del Carbón (Decreto 384/1967); Trabajadores ferroviarios (Decreto 1495/1967); Artistas Profesionales (Decreto 635/1970); Escritores (Decreto 3262/1970); Toreros (Decreto 1600/1972); Futbolistas profesionales (RD 2806/1979).

357 ALONSO OLEA, Manuel, “Características comunes y clasificación de los Regímenes Especiales”, VV. AA., *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Universidad de Madrid, 1972, págs. 26-27.

La Ley de la Seguridad Social había previsto establecer regímenes especiales para los funcionarios públicos, civiles y militares (art. 10 2. d); el personal al servicio de los organismos del Movimiento (art. 10 2. e); funcionarios de entidades estatales autónomas (art. 10 2. f) y personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (10.2. j). La previsión no llegó a realizarse por falta de voluntad política³⁵⁸, que ya se había anticipado de alguna manera cuando al dar un plazo de dos años al gobierno para desarrollar los textos de desarrollo de la Ley de Bases (art. 2º) se hizo una excepción con la ordenación de la seguridad social de los funcionarios civiles y militares, que debía ser objeto de Ley, disposición cuya ejecución no se sometía a plazo (Disposición Adicional única). Se declaró aplicable a los funcionarios de entidades estatales autónomas el Régimen General (por Resolución de 10 de abril de 1967)³⁵⁹, el personal al servicio de los organismos del Movimiento quedó también incluido en el Régimen General por Decreto 23/1977, de 2 de mayo. Para el resto del funcionariado, permaneció vigente el sistema anterior a la Ley de Bases³⁶⁰.

1.2. El fundamento de los regímenes especiales

La existencia de Regímenes especiales en la Ley de la Seguridad Social de 1966 se calificó como una cuestión que excedía con mucho el planteamiento técnico-jurídico, y respondía a una decisión política³⁶¹. Siguiendo a Alarcón Caracuel y González Ortega, los motivos para la creación y permanencia del sistema de Regímenes Especiales han sido múltiples: la conformación del campo subjetivo de aplicación del sistema a base de la incorporación paulatina de grupos de similares características profesionales; la carga histórica de la incorporación de colectivos con una regulación ya diferente, caso del sector agrario; la inercia burocrática que obstaculizó el replanteamiento global del sistema; los propios intereses y presiones de algunos colectivos afectados que encuentran en el instrumento de los Regímenes Especiales la manera de conservar privilegios de protección, caso de los funcionarios, ferroviarios y minería del carbón; la existencia de sectores de actividad deficitarios y con escaso nivel de renta, como los trabajadores agrícolas, con un número bajo de integrantes, como el de artistas o escritores, o con una patronal de singulares características, como el de hogar; trabas de carácter administrativo derivadas de la preexistencia de entes gestores del sistema; y el oportunismo político, que lleva a incorporar a colectivos profesionales en condiciones no plenas, “con el único objetivo del nominalismo de la incorporación”, siendo en algunos la precariedad de la protección la justificación de la creación del Régimen especial³⁶².

La diferente protección que se produjo en la regulación de los regímenes reflejó las diferencias existentes ya con anterioridad a la Ley de Bases de 1963. La existencia de los regímenes de autónomos y estudiantes estuvo justificada por la peculiaridad de los sujetos protegidos, pero en el resto de los casos las razones decisivas de la fragmentación del sistema fueron económicas. Por una parte, la atribución a algunos sectores de beneficios no extensibles al conjunto de los beneficiarios del Régimen General,

358 RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, *La seguridad social de los Empleados, Cargos y Servidores públicos*, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 41.

359 ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, edición 1991, pág. 81.

360 RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, *La seguridad social...* cit., pág. 41.

361 MONTOYA MELGAR, Alfredo, “La fragmentación de la seguridad social y sus razones”, *Revista de Política Social*, núm. 98, 1973, pág. 6.

362 ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, cit., págs. 76-77.

caso de los funcionarios, ferroviarios y minería del carbón³⁶³ y la infraprotección de otros³⁶⁴, como el agrario y el doméstico.

La posibilidad de fraude y la dificultad de control³⁶⁵, junto al costo de las prestaciones se adujo como una de las razones de la especialidad del Régimen agrícola, lo que es aplicable también al del servicio doméstico en el origen de la regulación y en su desarrollo posterior. Martín Valverde afirma que la debilidad económica del sector agrícola situó al legislador ante tres opciones: dar unas prestaciones precarias, ajustadas a la capacidad económica del sector, nivelar las prestaciones con las del régimen general, para lo que había que acudir a la solidaridad de otros sectores, o la solución intermedia, admitir un nivel inferior de protección, sin abandonar al sector a sus posibilidades³⁶⁶. Se optó por esta última.

El fundamento del RESS

La fragmentación del sistema en regímenes especiales, más allá de otras justificaciones formales, tiene una explicación financiera³⁶⁷. En el desarrollo del RESS, junto a razones comunes a otros regímenes especiales, existe una específica: la voluntad del legislador de no encarecer el servicio doméstico³⁶⁸, y el que el sujeto protegido han sido mujeres³⁶⁹.

Con respecto al propósito de no encarecer el servicio, las cuotas de Seguridad Social se han mantenido en un nivel muy bajo contra la opinión reiterada de los gestores del sistema. A excepción del primer año de su vigencia, el RESS ha resultado un régimen que durante toda su existencia ha tenido más gastos que ingresos³⁷⁰.

363 MARTÍN VALVERDE, Antonio, califica de regímenes privilegiados los de minería del carbón y ferroviarios. “La ‘especialidad’ del Régimen Agrario de Seguridad Social”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 6, noviembre-diciembre de 1969, pág. 1231. ALARCON CARACUEL Manuel Ramón y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio...*, cit., Tecnos, edición 1990, pág. 76.

364 MONTOYA MELGAR, Alfredo, “La fragmentación...”, cit. pág. 10. Señala el autor “la supresión de los Regímenes especiales es un tema sobre el que los economistas y los actuarios tienen mucho más que decir que los juristas”, pág. 14.

365 BAYON CHACÓN, Gaspar, “El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: régimen general y regímenes especiales”, VV. AA., *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales...*, cit., págs. 11 y 12. En su creación, los regímenes especiales son pobres en cotización, pobres en prestaciones y pobres en asistencia inmediata.

366 MARTÍN VALVERDE, Antonio, “La ‘especialidad’ del Régimen...”, cit., pág. 1.238. El autor prevé que en la medida en que el sector se libere de su debilidad, los trabajadores agrícolas por cuenta ajena pasarán a estar incluidos en el Régimen General como sistema especial.

367 MONEREO PÉREZ, José Luis, “El derecho a la Seguridad Social”, VV. AA. (dir. Monereo Pérez, José Luis y Moreno Vida, María Nieves), *Comentarios a la constitución socio-económica de España*, Comares, 2002, pág. 1.479.

368 VIDA SORIA, José, “Régimen General y Regímenes Especiales en el sistema de la Seguridad Social Española”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, núm. 3, Junio 1972, pág. 56.

369 Según VICENTE PALACIO, Arantzasu, fueron razones ajenas al sexo femenino predominante en el sector las que determinaron la creación del Régimen Especial, “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de seguridad social”, *Lan Harremanak*, núm. 25, 2012, pág. 210.

370 El balance de ingresos y gastos dio superávit en el primer año de la existencia del Régimen Especial, lo que no se repetiría nunca más. *Memoria Estadística de las Contingencias de la Seguridad Social administradas por el INP*, correspondiente al año 1970, Ministerio de Trabajo, pág. 215.

Lo bajo de la cuota a pagar y la existencia de la figura de la trabajadora discontinua han facilitado altas indebidas difícilmente controlables, por lo que no se ha querido mejorar el nivel de las prestaciones a que daba lugar la pertenencia al régimen.

El escaso interés de los órganos de gestión en extender el número de personas encuadradas en el RESS se manifiesta en que no ha existido una actividad dirigida de alguna manera sistemática a controlar el fraude por omisión del alta en los supuestos en que era obligada. El supuesto contrario, la depuración de las altas indebidas se ha realizado de manera programada de acuerdo con lo dispuesto por la Circular 25/70, de 11 de julio del INP, que establecía la realización de una revisión anual del censo de empleados de hogar, que pasó en su día a realizarse por la TGSS. Por Circular 52/94, de 30 de diciembre, de la Dirección General de la TGSS, a partir de 1995 se alarga a cinco años la frecuencia de la revisión del censo. En ambas resoluciones la revisión se refiere al alta del personal discontinuo, al que se le insta a cumplimentar la declaración de servicios domésticos de carácter parcial o discontinuo, a partir de la cual la entidad resuelve lo que proceda sobre el alta, encomendando en su caso a la Inspección de Trabajo investigar la veracidad de los datos que fundan el encuadramiento. No hay constancia de campañas para incorporar a personas que permaneciesen indebidamente fuera del régimen.

La imposibilidad de acceder al RESS con una jornada mensual de menos de 72 horas o el cobro de prestaciones como la IT a partir del 29 de la baja, han contado con el hecho de que las trabajadoras tenían de todas formas acceso a prestaciones básicas del sistema en función de sus vínculos familiares, caso de la asistencia sanitaria, o que los ingresos salariales no constituían su medio fundamental de vida, por lo que la renta de sustitución no les era imprescindible para garantizar su subsistencia. La incorporación de las trabajadoras domésticas inmigrantes al servicio doméstico y al RESS ha trastocado estas condiciones de posibilidad, al ser personas cuyo único medio de vida es la profesión doméstica, y ha puesto en evidencia lo inaplazable de una reforma.

Respecto a las prestaciones de jubilación a que hubiese dado lugar una carrera de cotización en el RESS, muchas empleadas de hogar casadas han admitido que la parte empleadora no les diese de alta a cambio de una pequeña subida del salario, en la expectativa de recibir la pensión de viudedad al verse privadas de su medio fundamental de vida, los ingresos del cónyuge.

Ha de tenerse en cuenta que en el RESS el 59,55% de las pensiones de jubilación en vigor y el 77,69% de las nuevas altas tenían en el año 2008 complemento a mínimos³⁷¹. De acuerdo con la norma de revalorización de pensiones anual, el complemento a mínimos se cobrará solamente si no se percibe otra pensión del sistema, o si la suma de ambas no excede la cuantía de la mínima más alta³⁷². El efecto en el caso de las pensiones de jubilación de las empleadas de hogar cuando enviudan es la “desaparición” de parte de su pensión de jubilación en el caso de que la pensión de viudedad devengada sea superior a la mínima, porque se suprime el complemento a mínimos de la pensión de jubilación. Si la pensión de viudedad resulta también de cuantía inferior a la mínima, de la suma de ambas puede resultar una cuantía igual o muy parecida a la que se venía cobrando por jubilación antes de enviudar, con lo que la percepción de la empleada de hogar jubilada será la de haber visto desaparecer totalmente la pensión propia de jubilación. Según una creencia muy extendida en el sector, las pensiones de jubilación y viudedad son incompatibles, lo que tiene su fundamento práctico.

371 *Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo*, elaborado por la Secretaría de Estado de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, de octubre 2008, vol. II, cuadros 4.36 y explicación al cuadro 4.39.

372 De acuerdo con el art. 8.1 a) del Real Decreto 1794/2010, de 30 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2011, criterio que se repite en la norma de todos los años.

1.3. El proceso de fusión de regímenes

El *Documento base sobre la reforma de la seguridad social para la comisión tripartita del Acuerdo Económico y Social* de 1984 (AES)³⁷³, 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 actuarial, al estar integrados por pocas personas.

La enorme proliferación 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, que dispuso la integración de los regímenes de trabajadores 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 Ley General de la Seguridad Social: similitud del régimen integrado y máxima homogeneidad con el Régimen General. Todos se incorporaron al Régimen General, excepto el de escritores de libros, que pasó a integrarse en el de Autónomos.

La supresión de estos regímenes y no de otros se ha explicado de varias formas. Por un lado, los regímenes integrados fueron los que habían sido creados por norma reglamentaria, y no estaban previstos en el listado del art. 10 de la LGSS³⁷⁴, con dos salvedades de signo contrario: el de representantes de comercio, que sí aparecía, y la pervivencia como especial del régimen de la minería del carbón, no previsto en la LGSS. De otra parte, el escaso número de personas que encuadraban, salvo en el caso del de los trabajadores ferroviarios³⁷⁵, hacía irracional el mantenimiento de una organización diferenciada de la protección. 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 derogadas³⁷⁶.

No han sido obstáculo para la pertenencia a un solo Régimen las excepciones a la homogeneidad en las prestaciones en relación a algunas categorías de personas. En el Régimen General, es el caso de la exclusión de las prestaciones de desempleo y del FOGASA para los consejeros y administradores de las sociedades mercantiles capitalistas con funciones de dirección y gerencia (art. 97 2. k de la Ley General de la Seguridad Social, redactado por art. 34.1 de la Ley 50/1998), o la exclusión de la prestación de desempleo de los hijos e hijas menores de 30 años de los trabajadores autónomos que les contraten como asalariados (DA 10ª de la Ley 20/2007 de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo).

373 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.

374 BLASCO LA HOZ, José Francisco, LÓPEZ GANDÍA, Juan y MONPERLER CARRASCO, Mª Ángeles, *Curso de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch 1998, pág. 97.

375 ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio...* de 1991, cit., pág. 378.

376 BLASCO LA HOZ, José Francisco y otros, *Curso de Seguridad Social*, cit. pág. 97.

1.4. Los sistemas especiales

La Ley de Bases de 1963 dispuso que a las personas no encuadradas en los regímenes especiales les serían de aplicación las normas del Régimen General, sin perjuicio del establecimiento de sistemas especiales en materia de encuadramiento, afiliación y cotización (Base 3ª 12). 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 LSS de 1966 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 creado con tal nombre, son 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).

Los sistemas especiales establecen mecanismos para adaptar la regulación general a los problemas técnicos que plantean determinados colectivos³⁷⁷, 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 campañas³⁷⁸. La especialidad estriba 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 regulación³⁷⁹. A pesar de exceder el marco de actuación acotado por el art. 11 de la LSS de 1974, en algunos Sistemas existentes hay particularidades en materia de prestaciones³⁸⁰.

Peculiaridades 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 especiales³⁸¹. 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.

377 RODRÍGUEZ RAMOS, María José, GORELLI HERNÁNDEZ, Juan y VILCHEZ PORRAS, Maximiliano, en *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 5ª edición, 2003, pág. 97.

378 ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio...* de 1991, cit., pág. 387.

379 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.

380 MONEREO PÉREZ, José Luis, y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, "Art. 11" en *Comentario a la Ley General...*, cit., pág. 255.

381 Se ha dicho que eran genuinos sistemas especiales que no han sido calificados de tales, ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago *Compendio...* de 1990, pág. 362.

En alguna ocasión, cabe interpretar que la creación de un sistema no era legalmente posible al existir también diferencia en las prestaciones. Se da en la integración del clero diocesano en el Régimen General de la Seguridad Social por RD 2398/1977, en la que hay especialidades en la cotización y recaudación, aun cuando la forma de prestación de servicios es semejante al de cualquier otra prestación estable y continua de servicios por cuenta ajena³⁸², y particularidades también en las prestaciones³⁸³. Asimismo, en la inclusión de los religiosos y religiosas de la iglesia católica en el Régimen de Autónomos por RD 3325/1981, 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.

Al integrar cinco regímenes especiales en el Régimen General y un sexto en el Régimen de autónomos, el RD 2621/1986, no crea formalmente ningún sistema especial³⁸⁴, y usa el término modalidades de integración para expresar las especificidades de cada colectivo en materia de cotización y prestaciones. Su 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. La terminología utilizada es más ajustada que la de sistemas, cuya creación como algo separado puede no tener especial funcionalidad. Por otra parte, los casos en que se ha utilizado la figura no parecen responder a un criterio definido.

Normas como las que regulan la afiliación y cotización de los representantes de comercio³⁸⁵ tienen tanta o más especificidad que las de los colectivos incluidos sistemas especiales, sin que haya ninguna diferencia en las prestaciones que reciben, por lo que teóricamente podía haberse creado un sistema especial.

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 han creado sistemas especiales para actividades nuevas. La figura de los sistemas especiales ha reaparecido en la integración de regímenes.

1.5. Los nuevos sistemas especiales

La razón de ser y las características de los sistemas especiales cambian a partir del proceso de integración de regímenes derivado de las Recomendaciones del Pacto de Toledo. La rígida diferenciación

382 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.

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

384 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.

385 RD 2621/1986, de 24 de diciembre, por el que se integran en el 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.

entre sistema y régimen especial se desdibuja³⁸⁶ al servicio de procesos de integración en los que el grupo integrado mantiene particularidades de todo orden.

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 un 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). En la norma de integración no existen particularidades en los requisitos y contenido de las prestaciones.

La Ley 28/2011, de 22 de septiembre, integra a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Agrario en el Régimen General con efectos al 1 de enero de 2012, creando un sistema especial. Las particularidades del Sistema Especial para Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios exceden el ámbito de lo dispuesto en el art. 11 de la LGSS 1994 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. 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.

El sistema comentado contraviene el art. 11 de la actual LGSS, que ha mantenido desde su primera redacción de 1966 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, por lo que el sistema comentado contraviene el art. 11. En cualquier caso, el sistema especial de los trabajadores por cuenta ajena agrarios ha sido regulado por una norma con rango suficiente para cambiar disposiciones de la LGSS, por lo que solo hubiese constituido un problema de regularse mediante una norma de rango inferior.

El último de los sistemas creados es el que vehiculiza la integración del RESS en el Régimen General, por Ley 27/2011, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. En este caso, las variaciones se dan en la cotización y prestaciones, dentro de un planteamiento de equiparación gradual. La integración mantiene a largo plazo algunas particularidades del RESS: la discordancia entre ingresos y base de cotización, la falta de cobertura de vacíos y la ausencia de la prestación de desempleo, que plantean hasta qué punto la palabra integración refleja la realidad o se trata más bien de un paso, importante pero incompleto, en el proceso de homogeneización del RESS con el Régimen General.

2. Constitucionalidad de los regímenes especiales de seguridad social

2.1. La seguridad social como mandato constitucional

El artículo 41 de la Constitución española exige mantener un sistema público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones

³⁸⁶ El estudio de CONCEPCIÓN SEVILLANO, José Luis, *Los sistemas especiales del Régimen General de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, págs. 54-57, recoge la doctrina hasta entonces existente sobre la cuestión del fundamento y ámbito de especialidad de los sistemas.

de necesidad, pero no establece cuáles son esas situaciones, salvo el desempleo³⁸⁷ que señala además como contingencia objeto de especial protección. Tampoco el resto de los preceptos constitucionales contiene una relación de cuáles deben ser las prestaciones del Sistema.

El Capítulo III, de los principios rectores de la política social y económica, impone una serie de deberes a los poderes públicos, que se han ido traduciendo en prestaciones de Seguridad Social. Algunas son de nueva creación, otras mejoran la cobertura de las prestaciones preconstitucionales.

Sin embargo, el Capítulo III no prefigura si los derechos que recoge son derechos de Seguridad Social o, por el contrario, pueden encuadrarse en el concepto más amplio de protección social estatal. El art. 50 CE, que exige garantizar la suficiencia económica a los ciudadanos de la tercera edad mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, sin duda se refiere a una prestación de Seguridad Social, pero impone asimismo la obligación de promover el bienestar de las personas de la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atiendan, entre otros, sus problemas de salud. El preámbulo de la Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, invoca este mandato junto con lo dispuesto en el art. 49 de la CE sobre la protección de las personas con discapacidad³⁸⁸, en el contexto de una norma que ha optado por regular las prestaciones de la dependencia fuera de la Seguridad Social.

Las disposiciones del art. 43 de la Constitución, sobre protección de la salud, y del art. 39 sobre protección de la familia, se realizan mediante una acción estatal en ámbitos de protección social que sobrepasan la vertiente de Seguridad Social. Las prestaciones de la sanidad pública y los subsidios familiares preexistían a la Constitución, aunque sus contenidos posteriores se han desarrollado, entre otros aspectos, en una dirección respetuosa con los derechos fundamentales. Por otra parte, el cumplimiento del mandato del art. 42, sobre protección a los trabajadores españoles en el extranjero y promoción de su retorno, ha tenido un desarrollo normativo posterior a la CE en dos áreas distintas. De un lado, las prestaciones de desempleo para los retornados, que son Seguridad Social, y de otro, la protección de la incapacidad para el trabajo y la vejez mediante prestaciones económicas, que pertenecen al ámbito de la asistencia social.

La noción de Seguridad Social es fluctuante, los riesgos incluidos en el ideal de cobertura no son fijos³⁸⁹. El TC reiteradamente ha establecido que los derechos que la ciudadanía pueda ostentar en materia de seguridad social son de estricta configuración legal (por todos, fj. 3.c) de la STC 37/1994). Determinar el contenido de la cobertura es tarea del legislador, que -respetando un núcleo o reducto de prestaciones a cargo del sistema, que lo hagan reconocible en el estado de la conciencia social de cada momento- tiene libertad para modular la acción protectora en atención a circunstancias económicas y sociales imperativas para su viabilidad (STC 65/1987, fj. 17), considerando que al legislar se está disponiendo de recursos económicos escasos en conexión con las disponibilidades del momento y las necesidades de los grupos sociales (STC 65/1987, fj. 17, entre otras).

La idea de que la sujeción a las disponibilidades del momento en función de unos recursos económicos escasos pueda justificar cualquier legislación, ha sido discutida desde el punto de vista cons-

387 FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004, pág. 151.

388 El tenor literal del art. 49 del texto constitucional, de acuerdo con la terminología de la época, habla de “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos”.

389 MONEREO PÉREZ, José Luis, “El derecho a la Seguridad Social”... cit., pág. 1.429.

titucional. El derecho a la seguridad social no es un derecho de estricta configuración legal; el art. 9.2 de la CE exige a los poderes públicos poner los medios para que todas las personas alcancen una ciudadanía plena en los aspectos político, civil y social, este último en conexión con el art. 1.1 de la CE, cláusula constitucional del Estado Social, una de cuyas instituciones es el sistema de la Seguridad Social³⁹⁰. La orientación de los recursos económicos responde a opciones de política social³⁹¹, y la insuficiencia de medios financieros es resultado de determinadas opciones por la distribución de los recursos, por lo que no puede pretenderse por esa vía la validación de cualquier medida contraria al Estado social³⁹².

Según el TC, no existe un modelo constitucional de Seguridad Social (STC 34/1994, fj. 4º). El único rasgo del sistema de Seguridad Social que el TC considera impuesto constitucionalmente es la garantía institucional de carácter público de un “sistema protector que se corresponda con las características técnicas de los mecanismos de cobertura propios de un sistema de Seguridad Social” (STC 37/1994, fj. 4º), garantía que no asegura un contenido concreto, a salvo de la interpretación que pueda darse a un concepto jurídico indeterminado: el núcleo o reducto de prestaciones que debe ser preservado en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar (STC 32/81)³⁹³.

En relación a las situaciones de necesidad y a la protección suficiente, ambos son conceptos jurídicos indeterminados, por lo que ninguno podrá funcionar como parámetro de constitucionalidad relevante³⁹⁴. Será el legislador quien defina las situaciones de necesidad, según el TC, “situaciones que habrán de ser determinadas y apreciadas, sin duda, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales” (entre otras, STC 65/1987, fj. 6º); de tal manera que fracasan las tentativas de cuestionar la intensidad protectora porque “es al legislador al que corresponde determinar el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales y articular técnicamente los sistemas de protección destinados a su cobertura” (STC 128/2009, de 1 de junio, fj. 3º).

El alcance de la suficiencia se ha entendido de manera diferente según la protección sea contributiva o no; la contributiva cumple la función de sustitución de rentas del trabajo, y es suficiente cuando es proporcional a la contribución previa, la no contributiva estaría en función de los medios necesarios

390 *Ibidem*, pág. 1477.

391 *Ibidem*, pág. 1429.

392 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El Estado social y democrático de derecho, significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, *Comentario a la constitución socio-económica...* cit., pág. 114.

393 STC 32/1981, fj. 3º “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de éstas. En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace”.

394 PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2001, pág. 66.

para subsistir³⁹⁵. La concreción del principio de suficiencia está en manos del legislador³⁹⁶, pero la garantía institucional estaría siendo desconocida cuando se le priva en la práctica de las posibilidades de existencia real para convertirse en un nombre³⁹⁷. Las obligaciones en materia de estados de necesidad y suficiencia vienen definidas en el derecho positivo, como mínimo, por los acuerdos internacionales vigentes³⁹⁸.

El art. 53.3 CE dispone que los derechos del Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. La disposición ordena al legislador desarrollar un sistema de protección social, y obliga a quien juzga a interpretar la norma de la manera más favorable a la pautas constitucionales.

Pero la realización del mandato del art. 41 no pueden ser objeto de amparo ante el Tribunal si no está ligado a un principio fundamental. Cuando se ha discutido el art. 41, el tema solo se ha planteado ante el TC directamente vía cuestión de inconstitucionalidad por entender que el legislador se oponía a la esencia del compromiso público³⁹⁹. El control del Tribunal Constitucional de las normas de Seguridad Social se ha realizado principalmente a través del principio de igualdad, porque el legislador ni puede crear distinciones irrazonables ante supuestos idénticos ni excluir de la regulación situaciones que no reúnan rasgos diferenciales de suficiente entidad⁴⁰⁰.

2.2. La irregresividad del Sistema

El mandato constitucional de mantener un sistema público de Seguridad Social en condiciones que lo hagan reconocible a la conciencia social (entre otras, SSTC 26/1987, f. 4º y 76/1988, f. 4º) y dado que la imagen de la institución se construye socialmente sobre la realidad de su propio desarrollo, se ha interpretado en el sentido de que el legislador no puede eliminar los riesgos y contingencias reconocidos hasta el momento⁴⁰¹. Este sería el sentido del término “mantendrán” del mandato del art. 41: cuando menos, el espacio del régimen público de Seguridad Social sería el que se corresponde

395 SÁNCHEZ URAÑA, Yolanda, “Sentencia 37/1994, de 10 de febrero. La garantía institucional en materia de Seguridad Social y la configuración constitucional del sistema como función del Estado: contenido y límites”, VV. AA., (coords. Alonso Olea, Manuel y Montoya Melgar, Alfredo), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. Elenco y estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional*, tomo XII, 1994, pág. 109.

396 La STC 113, 1993 en su f. 3º, en relación a la embargabilidad de las pensiones de la Seguridad Social, señala que “Es claro que la determinación de cuál es el nivel económico de subsistencia de las personas corresponde determinarlo al legislador dentro del margen razonable de libertad que es necesario reconocerle cuando se trata de concretar un concepto indeterminado o cláusula general que es preciso coordinar con los límites que exige el respeto debido a los derechos fundamentales (...)”

397 LÓPEZ LÓPEZ, Julia, “El derecho a una seguridad social pública que garantice prestaciones sociales suficientes y su realidad en el sistema español”, *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 21, 2003, pág. 67.

398 MONEREO PÉREZ, José Luis, “El derecho a la Seguridad Social”, cit., págs. 1.426-1.429.

399 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto (a propósito de algunas Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social)”, VV. AA., (dir. Alarcón Caracuel, Manuel Ramón y Cruz Villalón, Jesús), *Jurisprudencia Constitucional Social (1991-1999)*, Mergablum, 1999, pág. 168. Es el supuesto de la STC 37/1994; se impugnaba como contrario al principio de mantenimiento de un sistema público la obligación impuesta a las empresas de abonar a su costa los primeros 15 días de Incapacidad Temporal.

400 PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley...* cit., pág. 40.

401 SÁNCHEZ URAÑA, Yolanda, “Sentencia 37/1994, de 10 de febrero. La garantía institucional en materia de Seguridad Social...”, cit., pág. 137.

al tipo, calidad y nivel de las prestaciones del sistema en el momento de la aprobación del texto constitucional⁴⁰².

Cuando el TC se ha pronunciado sobre si existe algún principio constitucional de irregresividad del sistema de Seguridad Social, se ha referido a expectativas de derecho que no se iban a realizar por un cambio legislativo que reducía prestaciones que se hubiesen llegado a devengar constante la norma. El Tribunal ha declarado que “no puede hablarse así de derechos adquiridos a que se mantenga un determinado régimen regulador de unas prestaciones a obtener en el futuro” (STC 97/1990, de 24 de mayo, fj. 4º), y descarta que exista arbitrariedad en la acción legislativa cuando el cambio tiene una finalidad constitucionalmente protegible, y su razón de ser es la apreciación del legislador sobre las circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación del sistema de pensiones.

Así, se declaró constitucional la congelación de pensiones de una parte de los funcionarios, derivada de la Disposición Adicional Quinta de la Ley 74/1980, cuya finalidad era homogeneizar situaciones similares y reordenar la protección del funcionariado (STC 27/1981, 20 de julio)⁴⁰³; se declararon constitucionales las condiciones de integración de la Mutualidad de Previsión en el Régimen General de la Seguridad Social, que no garantizaban el percibo de todas las prestaciones del sistema mutual en lo que excedían de las prestaciones del Régimen General, y la prohibición establecida por la Ley 44/1983 de compatibilizar pensión de jubilación y trabajo para la Administración pública⁴⁰⁴ (STC 65/1987, de 21 de mayo); o la supresión de la cotización de los funcionarios de la MUNPAL sobre las pagas extras, con el consiguiente impacto en las prestaciones (STC 97/1990, de 24 de mayo).

En todos los supuestos se declara que el homogeneizar la protección de colectivos equiparables reordenando el sistema de prestaciones, es un objetivo constitucionalmente protegible y, en tal caso, los cambios legales no son arbitrarios. Razón que se completa para el juicio de necesidad de las reformas, con un objetivo de sostenibilidad del sistema “en un marco, además, que no resulta irrelevante, de saneamiento financiero de las entidades gestoras con vistas a garantizar su solidez en el futuro” (STC 97/1990, fj. 3ª).

En la misma línea, la STC 134/1987, de 21 de julio, declaró la licitud de la fijación de un tope máximo a las pensiones iniciales de Seguridad Social por Ley 44/1983, de 28 de diciembre, que incluía la no revalorización de las que lo estuviesen superando. En el caso de la limitación de la cuantía máxima de

402 RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario para su reforma”, VV. AA., *II Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y seguridad social*, IELSS, 1985, pág. 283.

403 STC 27/81, fj. 10º “una reforma del Mutualismo Administrativo, acometida a partir de una situación jurídica anterior, plagada de quiebras, insuficiencias y desigualdades entre unas y otras Mutualidades y Montepíos existentes, sostenidos por muy dispares sistemas de cobertura, que determinaba, para algunos beneficiarios, prestaciones al menos satisfactorias, mientras que otros colectivos se desenvolvían en plena carencia de recursos (...)”.

404 STC fj. 10º “No hay que olvidar, por otra parte, que, en la configuración actual del sistema de Seguridad Social, el tratamiento diferenciado en un régimen especial solo está previsto para aquellas actividades en las que, por su naturaleza, por sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de los procesos productivos, sea indispensable para proporcionar una protección adecuada y eficaz, como ya se decía en la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, y como se ha dispuesto en las sucesivas normas que, a partir de entonces, se han ocupado de la estructura del sistema. Ello quiere decir, por un lado, que el tratamiento diferenciado que se derive de alguna de esas razones no sería contrario al principio constitucional de igualdad ante la Ley (...) Y quiere decir también que la petición de un trato especial dentro del sistema carecería de fundamento jurídico no solo constitucional sino legal cuando tuviera por objeto, pura y simplemente, la defensa de intereses corporativos o el mantenimiento de situaciones de privilegio”.

las pensiones, añade la consideración de que el art. 50 CE no impone la actualización anual de todas las pensiones de vejez. La resolución establece que es función del legislador la apreciación de las circunstancias socioeconómicas que condicionan la adecuación y actualización del sistema de pensiones, y lo lícito de la medida en función del principio de solidaridad del sistema, que exige el sacrificio de los intereses de los más favorecidos frente a los más desamparados (fj. 5º)⁴⁰⁵, “sin que pueda prescindirse de las circunstancias sociales y económicas de cada momento y sin que quepa olvidar que se trata de administrar medios económicos limitados para un gran número de necesidades sociales (fj. 5º).

Con ocasión de pronunciarse sobre el mantenimiento de supuestos derechos adquiridos, que se estaban defendiendo en base a la seguridad jurídica, el TC apela a la responsabilidad de los poderes públicos en promover condiciones de igualdad: “el acto del Legislativo se revela arbitrario, aunque respetara otros principios del 9.3, cuando engendra desigualdad. Y no ya desigualdad referida a la discriminación -que ésta concierne al art. 14-, sino a las exigencias que el 9.2 conlleva, a fin de promover la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra, finalidad que, en ocasiones, exige una política legislativa que no puede reducirse a la pura igualdad ante la Ley” (STC 27/1981, fj. 10º). El art. 9.2 ha sido utilizado por el TC como argumento frente a quien tiene una situación privilegiada y debe admitir medidas restrictivas con una finalidad igualatoria, pero no ha servido -salvo alguna rara excepción⁴⁰⁶- contra los supuestos de subprotección. En general, el art. 9.2 CE no tiene ninguna operatividad correctora de las diferencias, no exige garantizar la igualdad de oportunidades para alcanzar los beneficios que la ley concede⁴⁰⁷.

Naturalmente, no cabrían apelaciones a la solidaridad si la naturaleza de la Seguridad Social fuese la de un seguro privado. Pero, según el fj. 4º de la STC 134/1987, la Seguridad Social se diferencia de aquél en sus notas de obligatoriedad, universalidad y uniformidad; hay una cierta correlación entre cotización y prestación, pero ésta no es matemática, no existe la conexión inmediata y directa entre la cotización y la pensión propia de un régimen contractual: se trata de un régimen legal cuyos límites son el principio de igualdad, la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la asistencia y prestaciones sociales suficientes para situaciones de necesidad.

Según el TC “la adecuación entre cuota y prestación no puede utilizarse como criterio para determinar la validez de las normas” (SSTC 103/1983, fj. 3º; 121/1983, fj. 3º). El criterio se ha utilizado ante la pretensión de quienes por haber cotizado más, pretendían mayores prestaciones (caso integración Mutualidad de la Previsión, STC 65/1987), quienes reclamaban prestaciones iguales al cotizar lo mismo (caso periodo de carencia de 60 meses en la IPT del RETA, 38/1995) o quienes no pudiendo reclamar más prestación, pretendían cotizar menos (caso de la asistencia sanitaria en la pluriactividad, STC 39/1992). El principio no alcanza al supuesto contrario, el de quien ha pretendido desconexión al alza entre cotización y prestación ignorando las disposiciones sobre cálculo de las pensiones en función de bases reguladoras sobre lo cotizado, caso en el que el TC remite al carácter contributivo del sistema, en el que hay una correspondencia entre cotización y prestación (STC 121/1983, fj. 3º).

405 Según el fj. 5º de la sentencia “ciertas declaraciones constitucionales, como el de ser España un Estado social y democrático de Derecho que propugna entre otros valores superiores de su ordenamiento la justicia (art. 1.1) o el deber de promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa (art. 40.1), lejos de apoyar las tesis sustentadas por el TCT pueden ser invocados precisamente en su contra cuando se mantienen y actualizan las pensiones más bajas y se limitan las más altas en atención, como se ha dicho, a los recursos limitados que a todos ellos pueden dedicarse”.

406 Es la STC 19/1982, de 5 de mayo, que se comentará más adelante.

407 FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “La igualdad y la discriminación”, VV. AA., *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992, pág. 170.

La STC 65/1987, de 21 de mayo, en su fj. 10º rechaza la pretensión de los afiliados a la Mutuality de la Previsión de mantener con garantía estatal sus prestaciones, superiores a las del Régimen General ya que “la petición de un trato especial dentro del sistema carecería de fundamento jurídico, no solo constitucional, sino legal cuando tuviera por objeto, pura y simplemente, la defensa de intereses corporativos o el mantenimiento de situaciones de privilegio”.

2.3. El principio de igualdad y la Seguridad Social

Se han cuestionado desigualdades internas de los propios Regímenes de Seguridad Social y, más frecuentemente, la diferencia de prestaciones entre ellos. La fragmentación del sistema de Seguridad Social está justificada en perspectiva histórica como la solución que dio un principio de unidad a los regímenes y mutualidades preexistentes⁴⁰⁸.

El art. 10 de la LSS de 1966 justificaba la creación de Regímenes Especiales en su apartado 1: actividades profesionales que por su naturaleza, por sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de sus procesos productivos hicieran preciso el establecimiento de un Régimen Especial. Y en sus apartados 5 y 6, ordenaba su regulación tendiendo a la máxima paridad y homogeneidad posible con el Régimen General según las disponibilidades financieras y las características del grupo afectado.

Según la STC 65/1987, fj. 10º, “no hay que olvidar, por otra parte, que, en la configuración actual del sistema de Seguridad Social, el tratamiento diferenciado en un régimen especial solo está previsto para aquellas actividades en las que, por su naturaleza, por sus peculiares condiciones de tiempo y lugar, o por la índole de los procesos productivos, sea indispensable para proporcionar una protección adecuada y eficaz (...)”.

Según la doctrina del TC, no toda desigualdad de trato normativo respecto a una materia supone una violación del principio de igualdad del art. 14, siempre que los supuestos de hecho objeto de regulación sean distintos. En general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y exige justificación desde el momento inicial, el de la clasificación: no se pueden utilizar elementos de diferenciación arbitrarios. El legislador no puede crear distinciones irrazonables o artificiosas “dos situaciones consideradas como supuestos de hecho normativos son iguales si el elemento diferenciador debe considerarse carente de la suficiente relevancia y fundamento racional” (STC 142/1990, de 20 de septiembre, fj. 3º), ni tampoco pueden excluirse de la regulación situaciones que no reúnan rasgos diferenciales de suficiente entidad⁴⁰⁹.

Sin embargo, cuáles sean los rasgos o términos de comparación que se toman en consideración para afirmar o negar la igualdad entre dos entes, viene determinado por el punto de vista desde el que se lleva a cabo el juicio de igualdad⁴¹⁰. La aplicación del principio de igualdad del art. 14, exige examinar la justificación del porqué se distinguen los supuestos de hecho, base de análisis posterior de racionalidad

408 LUJÁN ALCARAZ, José y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, “Los regímenes especiales de la seguridad social”, VV. AA., (coord. Martín Jiménez, Rodrigo, y Sempere Navarro, Antonio), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, 2003, pág. 1.009.

409 PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley...*, cit., pág. 40.

410 RUBIO LLORENTE, Francisco, “Principios y valores constitucionales”, VV. AA., *Estudios de derecho constitucional y de ciencia política : homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997, pág. 648.

y razonabilidad del trato jurídico desigual. El problema de la igualdad no consiste en justificar que las situaciones son distintas, sino que el legislador, por eso, las trata desigualmente⁴¹¹.

Una vez analizadas las razones por las que el legislador ha creído necesario singularizar una determinada situación, hay que contrastar tales razones con las finalidades constitucionalmente legítimas en las que pueden ampararse y resolver, en último término sobre la proporcionalidad que guarda el fin perseguido con la diferenciación establecida (STC 34/1981, de 10 de noviembre, Voto particular de Francisco Rubio Llorente).

Según la STC 88/2005, de 18 de abril, fj. 5 “Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados”. La manera de entender los valores constitucionales cambia al cambiar la sociedad, con lo que en el transcurso del tiempo cambia la jurisprudencia de igualdad⁴¹².

Sobre los términos en que el derecho a la Seguridad Social se actualiza para los diferentes grupos sociales, el Tribunal Constitucional ha mantenido que el art. 41 de la CE no obliga a establecer un sistema prestacional único fundado en principios idénticos, ni a regular unos mismos requisitos o prever iguales circunstancias de nacimiento del derecho (STC 114/1987, de 6 de julio, fj. 3º). La STC 103/1984, sobre incompatibilidad de pensión de invalidez SOVI y viudedad, señala en el fj. 4º 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 jurídico”.

Excepción inicial en la posterior trayectoria, la STC 19/1982, de 5 de mayo, aplica el art. 9.2 para reconocer a una jubilada autónoma del régimen agrario el derecho a percibir la pensión de viudedad a la que en su momento no había tenido derecho por ser incompatible con la de jubilación que ya venía percibiendo. El TC entra a considerar que la diferencia de trato según el momento del hecho causante no se ha justificado suficientemente por el legislador (fj. 4º y 5º) y que el principio de igualdad debe interpretarse en el sentido más favorable al cumplimiento del art. 50 CE, que ordena a los poderes públicos garantizar, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, “la suficiencia económica de los ciudadanos durante la tercera edad”, y que debe considerarse criterio de interpretación de acuerdo al art. 53.3 CE. Desde ese punto de vista, el TC declara que el dato de que el hecho causante se haya producido antes o después de una determinada fecha no es motivo suficiente para establecer un trato diferente en cuanto a la compatibilidad de pensiones.

Las diferentes normativas de los distintos Regímenes de Seguridad Social, se justifican según el TC por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren (STC 184/1993, de 26 de octubre, fj. 2º). El examen de la violación del principio de igualdad exige un término de comparación válido, que para serlo debe ser homogéneo⁴¹³.

El Tribunal ha definido en el examen de las diferencias de trato las tres fases del juicio de igualdad: no deben ser arbitrarias, es decir, deben tener un fundamento objetivo; deben ser racionales, guardar

411 ALONSO GARCÍA, Enrique, “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, enero-diciembre 1983, pág. 24.

412 *Ibidem*, pág. 65.

413 *Ibidem*, pág. 24.

relación con el fin de la norma; y por último, razonables, esto es, proporcionales⁴¹⁴. En el test de razonabilidad se reconoce que la norma tiene un fin constitucionalmente legítimo, pero se analizan las diferencias a la luz de si el fin es suficiente para explicar la diferencia, o esa finalidad se podía obtener por otros medios que no graven excesivamente los derechos⁴¹⁵.

Sin embargo, el test de razonabilidad no opera en el enjuiciamiento de las diferencias entre regímenes de Seguridad Social, cuestión en la que, una vez encontrado el punto de apoyo objetivo, que es la diferencia de Régimen que se corresponde con una diferencia de actividad, el TC no entra a analizar las decisiones que el legislador deba tomar “dentro de las posibilidades reales que tampoco este Tribunal puede ni debe conocer ni valorar” (STC 189/1987, fj. 10º). Descartada la arbitrariedad, para lo que es suficiente que los defensores de la norma aporten una causa que la explique, el argumento de los requerimientos financieros del sistema puede justificar por parte del TC las diferencias más variadas, sin mayores matices o esfuerzos argumentales, concentrados todos ellos en la mera confianza en la “evolución progresiva” del sistema protector en su conjunto⁴¹⁶.

Inicialmente, el TC resolvía los controles de constitucionalidad en relación a la diferencia de prestaciones, o requisitos para obtenerlas, entre los diferentes Regímenes de la Seguridad social en base al dato formal; no cabía examen de realidades heterogéneas⁴¹⁷, y lo eran las peculiaridades de cada sector de actividad y sus trabajadores.⁴¹⁸

La posición de TC era tajante: “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” (STC 103/1984 y 27/1988).

414 El Auto 306/2008 de 7 de octubre, en cuestión de inconstitucionalidad, resume los criterios del tribunal sobre la igualdad en su fj. 4º: “rasgos esenciales de nuestra doctrina sobre esta cuestión, los cuales pueden encontrarse sintetizados en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, FJ 5, la cual, por remisión a la STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a), se pronuncia en los términos siguientes:

“a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce solo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino solo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.”

415 ALONSO GARCÍA, Enrique, “El principio de igualdad...” cit., pág. 42.

416 FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “La igualdad y la discriminación”..., cit., pág. 185.

417 LUJÁN ALCARAZ, José y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, “Los regímenes especiales...” cit., pág. 1.016.

418 STC, 173/1988, fj. 2º “Respecto a la supuesta discriminación en relación con los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social, este Tribunal ha reiterado con frecuencia que no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de regímenes de Seguridad Social distintos, dado que no son términos homogéneos y que las peculiaridades de cada sector de actividad y las diferencias entre trabajadores de unos y otros son muy claras (entre otras resoluciones, STC 103/1984, fj. 5.º; AATC 78/1984, 112/1984 y 987/1986)”.

Sin embargo, el TC entró en el análisis de las peculiaridades laborales que concurren en el trabajo autónomo (ATC 341/1989, de 19 de junio) por contraste con el sujeto al Régimen General, para justificar la exigencia de tener cumplidos 45 años de edad para obtener la prestación de IPT en el RETA, fundando la razonabilidad del requisito en la diferente relevancia que tiene padecer una IPT en la ocupabilidad residual de un trabajador por cuenta propia o por cuenta ajena (FJ 2º).

A partir de la STC 39/1992, de 30 de marzo⁴¹⁹, se anuncia un giro, que por una parte mantiene el principio general, “las diferencias de trato que se producen por aplicación de regímenes jurídicos distintos encuentran justificación, en el distinto ámbito objetivo y subjetivo que cada uno de ellos regulan (STC 137/1987) y, por tanto, también, en principio, la pertenencia a órdenes normativas distintas constituyen, por sí misma, causa justificativa de la diferencia de trato (...)”. Pero añade una idea nueva, según la cual parece que en adelante el Tribunal se obliga a entrar en el examen concreto de las diferencias: “sin embargo, esta doctrina no puede aplicarse de manera automática y sin más reflexión a todos los supuestos de confluencia o concurrencia de regímenes jurídicos distintos, pues ello sería tanto como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales diferentes que actuarían como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concurriesen razones sustantivas que legitimaran su diferencia”.

En el fj. 2º señala que en el contraste entre Regímenes, el nuevo criterio “permitirá excepcionalmente en algún caso singular trascender el mero aspecto formal de la diversidad de ordenamientos si la misma notoriamente carece en algún punto de diferencias reales objetivas que funden la distinción (...) Pero en estas hipótesis corresponde al demandante acreditar la falta de razonabilidad del trato desigual que denuncia, a diferencia de las discriminaciones producidas en el ámbito de un mismo régimen legal en las que incumbe a quien defiende su constitucionalidad ofrecer la existencia de una justificación objetiva y razonable”.

En esta sentencia, el TC sigue manteniendo que la relevancia de la diferencia se presume de la propia clasificación realizada por el legislador⁴²⁰ y que la desigualdad de trato resulta constitucional a no ser que se haya fundamentado que no lo sea⁴²¹. El Tribunal anuncia que el giro no va a llevar consigo una intervención igualadora que sustituya la labor del legislador (fj. 8º) “siendo cierto que existe tendencia a la unificación de los distintos regímenes de la Seguridad Social, olvida que la culminación de ese proceso, en la actualidad aún no consumado, es misión que corresponde realizar al legislador (...) función legislativa en la que este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas que careciendo de justificación constitucional, puedan alterar sustancialmente el sistema legal con grave peligro de producir perniciosos desequilibrios en la ordenación de ese complejo sector”.

Después del cambio que parecía anunciarse, el TC volvió a las posiciones iniciales⁴²². La sentencia inmediatamente posterior en materia de diferencia entre Regímenes, la 184/1993, de 31 de mayo, por una parte entra en el análisis del caso concreto y por otra, defiende la diferencia de trato sobre la base de consideraciones generales. El hecho debatido es la denegación en el RETA de la prestación de acci-

419 En el caso concreto, se deniega el amparo tras una consideración global de los dos regímenes en contraste, el RETA y el Régimen General, y consideraciones específicas sobre lo que se estaba reclamando: el derecho a la devolución de las cuotas correspondientes a la asistencia sanitaria abonadas en el RETA, al constituir una duplicidad de cotización por una misma contingencia.

420 PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley...*, cit., pág. 24.

421 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Entre la igualdad como límite y la diversidad...”, cit., pág. 176.

422 BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María, “Igualdad de trato y regímenes especiales en la Jurisprudencia Constitucional”, *Temas Laborales* 2003, núm. 68, pág. 91.

dente no laboral por no alcanzar los 45 años en la fecha del hecho causante. El Tribunal contradice los argumentos que se habían dado en el anterior ATC 341/1989 sobre el mismo tema, y los amplía en el sentido de reconocer que la situación de necesidad del autónomo afecto a una IPT es la misma que la del Régimen General. Sin embargo, (fj. 6º) “la presencia de una misma situación de necesidad derivada de una contingencia invalidante no basta para estimar lesionado el principio de igualdad”.

La justificación de la diferencia de trato pasa a ser una cuestión de política general, ajena al detalle concreto de la diferencia que se ha planteado “el art. 41 de la C.E. convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio 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. 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)”. Reitera el argumento sobre que no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema.

Y señala algo más en el fj. 5º: que el cumplimiento de una determinada edad ha sido uno de los requisitos tradicionales para el acceso a las prestaciones, que los 45 años era requisito común al Régimen General y RETA, siendo suprimido para el Régimen General por el art. 11.2 de la Ley 24/1972 de 21 de junio, cambio que no genera sin más una discriminación constitucionalmente prohibida. El TC introduce aquí la explicación del cambio gradual, que aparece en más resoluciones, incluso en la misma sentencia cuando en el fj. 2º, sobre los Regímenes Especiales, dice: “sus diferencias normativas se justifican por las peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren, aun cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras” (184/1993, de 26 de octubre, f 2º).

La sentencia plantea en toda su plenitud el problema de la igualdad en la ley en el contraste entre el Régimen General y el RETA⁴²³, y se remite a la necesidad de respetar el equilibrio financiero del sistema, salvo en casos de total irrazonabilidad.

En la STC 189/1987, de 24 de noviembre, sobre la disposición que negaba eficacia a las cotizaciones extemporáneas correspondientes a periodos anteriores al alta en el Régimen de autónomos, el Tribunal señala en el fj. 10º que “decir que una norma reglamentaria, en este caso el art. 28.3 d) del Decreto 2.530/1970 no viola derechos fundamentales, en el caso el derecho a la igualdad, no equivale a decir que sea ni la mejor norma de las posibles ni la más adecuada a la Constitución, pues, como es obvio, este género de pronunciamientos irían mucho más allá de lo que debe decir este Tribunal (...) es indudable que se trata de una norma discutible, si bien, por lo que hemos visto no exenta de racionalidad”.

Continúa el Tribunal diciendo que la norma discutida es preconstitucional, y que a partir de la Constitución “los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, y singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE)”. A continuación, establece su renuncia a entrar a enjuiciar la necesidad (razonabilidad) de la medida restrictiva de derechos discutida, una vez que ha sido considerada racional (idónea para el fin pretendido): “pero entre tales poderes públicos

423 GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, “Regímenes especiales de seguridad y principio de igualdad: Régimen Especial de Autónomos e invalidez”, *REDT*, núm. 69, 1995, pág. 155.

son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa, y no este Tribunal. Son ellos, y no este Tribunal, quienes deben adoptar decisiones y normas de efectos directos sobre el sistema de la Seguridad Social que lo configuren, dentro de las posibilidades reales que tampoco este Tribunal puede ni debe conocer ni valorar, como más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos. Quizá sea posible combatir el fraude con normas menos severas que la analizada y quizá ello permitiera dar una imagen de la Seguridad Social más alejada de una primordial preocupación recaudatoria”

En materia de Seguridad Social, el fundamento objetivo de la propia existencia de Regímenes y sus diferencias normativas se ha explicado más como una situación dada que hay que destejer con prudencia, que por las diferencias entre las actividades objeto de encuadramiento.

2.4. La necesaria gradualidad del proceso como justificación de las diferencias

Reconocido de alguna manera que los Regímenes Especiales son creación del pasado, y que la legislación posterior tiende a la equiparación de derechos, el Tribunal ha alegado la necesaria gradualidad de los procesos de cambio en la Seguridad Social, y esa inevitable gradualidad es la que justifica las diferencias, que por constituir una necesidad objetiva y no un capricho del legislador no son inconstitucionales.

Reiterando algunas ideas ya conocidas, según el ATC 367/2003, de 13 de noviembre, fj. 4º “el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél” (SSTC 65/1987, FJ 17, entre otras).

Este amplio margen de libertad reconocido al legislador por el Tribunal Constitucional en relación con prestaciones sociales que tienen fundamento constitucional en el art. 41 CE descansa, en efecto, en el hecho de “tratarse de recursos económicos necesariamente escasos en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades y deberes de los grupos sociales”⁴²⁴.

Las circunstancias económicas “imperativas para la propia viabilidad y eficacia” del sistema, no operan para el TC en todos los casos. Las diferencias que tienen fundamento en las causas de discriminación que menciona el art. 14, son inadmisibles desde el punto de vista constitucional, aunque la reparación de la desigualdad tenga consecuencias gravosas para el sistema. Así ha sucedido con las sentencias sobre prestaciones de viudedad en relación con la discriminación por razón de sexo.

La STC 103/1983, además de obligar al legislador a reconocer a los varones la pensión de viudedad, advertía de la posibilidad de cambiar su régimen. Se entiende que el Tribunal era consciente de la carga adicional que estaba imputando al sistema⁴²⁵. En este caso, el Tribunal interviene reponiendo la

424 SSTC 65/1987, FJ 17; 134/1987, FJ 5; 97/1990, FJ 3; 184/1990, FJ 3, y 361/1993, FJ 2.

425 Fj 7º: “Falta de la necesaria fundamentación que la justifique, la desigualdad del régimen jurídico de los apartados 1 y 2 del art. 160 de la Ley General de la Seguridad Social se presenta nitidamente como contraria a los dictados de la Constitución. Por ello, para restablecer la igualdad se hace preciso declarar inconstitucional el apartado segundo del art. 160, y el inciso del apartado 1 donde dice en femenino “la viuda”, pues solo de este modo se consigue que los viudos de las trabajadoras afiliadas a la seguridad social tengan el derecho a la pensión en las mismas condiciones que los titulares del sexo femenino. Todo ello, naturalmente, ha de entenderse sin perjuicio de la potestad de los órganos de producción jurídica del Estado para articular un sistema diferente, siempre que en el mismo se respeten los principios y dictados de la Constitución y en especial el principio de igualdad”.

igualdad, y recuerda la facultad del legislador de reparar el posible desequilibrio económico que pueda generarse.

La STC 253/1988, sobre pensión de viudedad en el SOVI, es más explícita en su fj. 6º: “El principio del equilibrio económico del sistema en su conjunto puede ser un factor a tener en cuenta por el legislador en el momento de configurar un sistema concreto de Seguridad Social -y puede, en su caso, dar lugar a una nueva configuración del mismo si se produce una situación de desequilibrio-, pero no puede aducirse para fundamentar el mantenimiento de situaciones que suponen una vulneración por parte de dicho sistema de derechos reconocidos en la Constitución; concretamente, por lo que aquí interesa, del art. 14 de la misma, que impone expresamente la no discriminación por razón de sexo.”

La gradualidad se ha defendido tal cual en la cuestión de la posibilidad de acceso de los profesionales colegiados al sistema⁴²⁶, o en las diferencias de cotización dentro del Régimen General de personas con los mismos ingresos, en función del juego de las bases máximas y mínimas de cada grupo de cotización. La diferencia resulta admisible, en primer lugar, porque se asienta en un dato objetivo, que son las diferentes categorías profesionales y porque responde a la historia de la Seguridad Social, cuya evolución es lenta y paulatina⁴²⁷.

El necesario desarrollo gradual del sistema para la sostenibilidad económica de las reformas, es base para negar la violación del art. 14 en situaciones de desigualdad generadas por los cambios legislativos, en los que la fecha del hecho causante ha determinado la diferencia de prestaciones dentro del mismo Régimen. La desigualdad es constitucionalmente admisible porque es la única manera de hacer posible la evolución progresivamente favorable de las prestaciones, lo cual exige marcarles un límite

426 La STC 68/82, de 22 de noviembre, en recurso de amparo planteado contra la aplicación del art. 3º del RD de 20 de agosto de 1970, que exigía para la integración en el RETA el acuerdo del órgano corporativo en las profesiones que para su ejercicio requerían colegiación, señala que la incorporación al régimen de la Seguridad Social, fj. 5º “de los distintos grupos de trabajadores ha sido y es necesariamente gradual y constituye una opción política legítima el postponer la incorporación de un determinado grupo o el condicionarla a una negociación con el respectivo colegio profesional”.

427 STC 70/1991, de 8 de abril, fj. 9º: “No es de extrañar que, en relación con la determinación de las bases de cotización, haya existido una evolución y que además ésta haya sido relativamente lenta. No puede olvidarse que el edificio de la Seguridad Social se asienta, por las estrechas conexiones entre su financiación y la política económica general, sobre difíciles equilibrios que explican el tránsito paulatino desde la cotización por bases tarifadas anterior a 1972 al sistema de equiparación parcial entre bases de cotización y salario real. Estas constataciones permiten excluir que el actual sistema de cotización genere la discriminación denunciada por el recurrente. En efecto, la fijación de bases máximas y mínimas por categorías puede dar lugar a tratamientos distintos de personas que perciben los mismos salarios, pero esta circunstancia, que no es, en modo alguno, la general, no responde a un designio arbitrario ni irrazonable de los Decretos de cotizaciones de 1984 y 1985, que permita afirmar el carácter discriminatorio de los preceptos impugnados. Por el contrario, siendo evidente que el criterio de la categoría profesional como delimitador de la aplicación de las bases máximas y mínimas por grupos es de carácter objetivo, no lo es menos que tal criterio aparece también como razonable al encontrar sus raíces en la propia evolución del sistema de Seguridad Social que, por su complejidad y sus repercusiones financieras, ha de ser necesariamente lenta.”

temporal (STC 70/1983, de 26 de julio, fj. 3º)⁴²⁸. La desigualdad en ese caso no puede “ser tachada de arbitraria, pues no responde a una decisión caprichosa o injustificada del legislador” (ATC 306/2008, de 7 de octubre, fj. 8º).

Según la STC 38/1995, fj. 3º y 4º, el legislador no tiene ninguna obligación de establecer la retroactividad de las mejoras “Reiteradamente hemos declarado que el art. 14 C.E. no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa (...) no significa que se lesione aquel precepto constitucional en relación con quienes no pudieron beneficiarse de la mejora en cuestión, ni que, para no vulnerar el art. 14 de la Constitución, el legislador, y si éste no lo ha hecho así el intérprete, deban consagrar ineludiblemente la retroactividad de la mejora”. El principio de igualdad no exige que la ley creadora de un nuevo derecho, y sobre todo de un derecho de carácter prestacional, haya de tener una retroactividad ilimitada en el tiempo y ni siquiera retroactividad alguna (AATC 790/1988 y 1172/1988).

La idea de lo legítimo de la gradualidad en el proceso de mejora del sistema ha sido reforzada con la referencia a los acuerdos de desarrollo del Pacto de Toledo. En el Auto 306/2008, de 7 de octubre, en el que el tema planteado era la fecha de efectividad del reconocimiento del derecho al incremento del 20% de la IPT a los autónomos del Régimen Agrario, el fj. 7º señala los diferentes acuerdos parlamentarios y sociales que prevén el proceso de acercamiento de Regímenes, que el Pacto de Toledo establece como “progresiva”, y en el fj. 8º recuerda que la convergencia “no viene ordenada de inmediato” (fj. 8º) sino que queda condicionada a un posterior desarrollo legal y reglamentario, con lo que corresponde al legislador culminar el proceso con sujeción a la viabilidad económica del sistema.

La referencia a los acuerdos del Pacto de Toledo sirve también al TC para afirmar la razonabilidad de una medida, rechazando la imputación de arbitrariedad de la reforma que trae su causa en los criterios de aquél. Así, en el Auto de 13-11-2003 (RTC 367) sobre la extensión del periodo de cotización a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación resultante de la aplicación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, el Tribunal menciona (fj. 4º) que la norma se basa en las recomendaciones del Pacto de Toledo y el posterior Acuerdo sobre consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social, suscrito en octubre de 1996.

El TC ha declarado reiteradamente que la comparación entre Regímenes debe hacerse de manera global, sin recoger aspectos aislados de su regulación, lo que ha aplicado en ocasiones. A partir de la STC 39/1992, se anunciaba la posibilidad de entrar a la comparación de aspectos parciales, y así se hace en la STC 291/1994, de 27 de octubre, sobre denegación del abono del 20% de incremento de IPT al trabajador agrícola por cuenta propia; en el fj. 3º el Tribunal entra en la comparación con el Régimen General, señalando que el autónomo de más de 55 años declarado en IPT tiene más favorables expec-

428 El STC 70/1983, de 26 de julio no concede amparo a la viuda del trabajador autónomo que fallece perteneciendo a la Mutualidad Agraria, meses antes de la creación del Régimen Especial Agrario, a cuya esposa se le había denegado la pensión por ser menor de 50 años en la fecha del hecho causante, edad que los estatutos de la mutualidad exigían para llegar a tener derecho a la prestación. Posteriormente, la Ley 20/1975, de 2 de mayo reconoció el derecho a recibir pensión a las viudas de los trabajadores autónomos de la Agraria que hubiesen sido alta en el Régimen Especial, independientemente de la edad de la esposa a la fecha del fallecimiento (fj. 3º) “Las sucesivas alteraciones de los preceptos rectores de estas prestaciones pasivas, de signo progresivamente favorable a los beneficiarios, con incrementos cualitativos y cuantitativos, pero en todo cosa ineludiblemente limitados en todo orden, y por supuesto en cuanto al ámbito de las personas afectadas, ha obligado permanentemente a la fijación de determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones, como ha sucedido en el caso presente, lo que provoca diferencia de situaciones entre los beneficiarios a los que la Administración reconoce nuevos derechos, con aquellos otros entre los que se halla la recurrente en amparo a los que no los extiende (...)”

tativas en cuanto a la posible continuidad laboral, por la propia naturaleza autónoma de su trabajo, por lo que la diferencia de trato es legítima.

La doctrina ha llamado la atención sobre el diferente grado de exigencia del TC en el juicio de igualdad según de la resolución se generen obligaciones al sistema de Seguridad Social o las consecuencias sean otras. Es el supuesto de la STC 134/1996, de 22 de julio, sobre la peor condición fiscal de las pensiones de incapacidad permanente causadas en el Régimen de Clases Pasivas, sujetas al IRPF, frente a la exención de que disfrutaban las de incapacidad permanente absoluta del Régimen General y resto de los Regímenes. Se declara inconstitucional la diferencia de trato, pasando por encima de que en clases pasivas no se distinguen la Incapacidad Permanente Total y la Absoluta, con lo que se crea una nueva desigualdad, esta vez desfavorable al resto de los Regímenes. Y tampoco se alude a la desigualdad de Regímenes, que en este caso pudiera haber tenido una justificación muy clara⁴²⁹.

La misma diferencia en el nivel de exigencia se percibe en la resolución diferente que se da a los derechos de la pareja de hecho, según se reclamen ante el sistema de la Seguridad Social o frente a particulares. No se considera violado el art. 14 CE por la exigencia de vínculo matrimonial para lucrar la pensión de viudedad (STC 184/1990, de 15 de noviembre, entre otras muchas), y por el contrario, se consideran situaciones comparables la de la pareja matrimonial y la de hecho a efectos de declarar la nulidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, por discriminar al sobreviviente al no concederle el derecho de permanencia en la vivienda tras el fallecimiento de la pareja (STC 222/1992, de 11 de diciembre).

2.5. La justificación de las diferencias del Régimen General con el RESS

En su sentencia 268/1993, de 20 de septiembre, el TC se pronuncia sobre la denegación de la prestación de Incapacidad Permanente Total a la trabajadora doméstica que había sufrido un accidente durante la prestación de trabajo y no acreditaba el periodo de carencia de 60 mensualidades en los últimos diez años, exigido por el art. 31 del DRESS para la prestación de invalidez. En la fecha del percance, en el Régimen General no se exigía periodo de carencia para ninguna clase de accidente, y en la fecha de dictarse la sentencia el requisito era ya inexistente en el resto de los Regímenes, incluyendo al RETA. El Tribunal habla textualmente de “accidente de trabajo”, aunque la contingencia no existe como tal en el Régimen.

Se declara la constitucionalidad del trato desigual por tres argumentos centrales: lo especial del ámbito en el que se desarrolla el trabajo, el posible objetivo del legislador de evitar el fraude y la inexistencia de cotización para contingencias profesionales y menor cuantía de la cotización para contingencias comunes.

En el f.j. 3º se detiene en explicar el porqué de la ausencia de la protección específica por contingencias profesionales, atribuyéndola al momento en que nace el Régimen, anterior a la consideración laboral de la actividad, por lo que el diseño jurídico es análogo al de los trabajadores autónomos, razón que explicaría la ausencia de protección de partida. Su pregunta es si continúa siendo razonable la pervivencia de la falta de protección específica por contingencias profesionales una vez que la actividad pasa a conceptuarse como relación laboral especial, a partir de la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

429 GIMÉNEZ GLÜK, David, Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional, Bosch 2004, págs. 150-151; GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Entre la igualdad como límite y la diversidad...”, cit., pág. 198.

Tal como se ha señalado⁴³⁰, la exclusión del requisito de cotización tenía lugar en el Régimen General en todos los accidentes, no solo en los de trabajo, por lo que la cuestión a resolver era la exigencia de un periodo previo de carencia en caso de accidente, siendo irrelevante la diferenciación de contingencias. Sobre este punto de partida, se construye el resto de la argumentación de la sentencia, y así, en el f. 4º el Tribunal entra en la justificación de la ausencia de protección de accidentes de trabajo⁴³¹ contradiciendo su doctrina sobre lo inadecuado de establecer comparaciones sobre aspectos parciales de los distintos Regímenes de Seguridad Social⁴³².

La desigualdad se justifica, en primer lugar, por la incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar, que explica su consideración como relación laboral de carácter especial con un régimen jurídico peculiar. El Tribunal se refiere a la especial configuración de la jornada y el lugar de trabajo, con su régimen de tiempo de presencia y descansos regulado en el Real Decreto 1424/1985, que es una norma postconstitucional. La complejidad y difusa determinación de los factores de tiempo y lugar de trabajo harían sumamente difícil la apreciación de un suceso como accidente laboral. La dificultad de apreciar la cualidad de accidente de trabajo no explicaba entonces la desprotección proveniente de la exigencia de periodo de carencia en los accidentes en general.

En perspectiva posterior, la dificultad era superable a la vista de la regulación de la protección de accidente laboral para el Régimen de Autónomos por RD 1273/2003, de 10 de octubre, que define el accidente en su art. 3º, para un marco de trabajo que también en muchos casos será difuso en el tiempo y en el espacio, dependiendo de la actividad.

La sentencia plantea en su f. 4º que en la hipótesis de que la norma tuviese como finalidad “la prevención de conductas con riesgo de fraude, es una de las legítimas finalidades del legislador de Seguridad Social”. No se expresa, sin embargo, en qué consistiría en el RESS la conducta fraudulenta que se quiere evitar con el déficit de protección en materia de accidentes, conducta que no fuese igualmente posible en el Régimen General, que no exige cotización previa para las prestaciones derivadas de accidente no laboral⁴³³. Cita como antecedente sobre la prevención del fraude como finalidad legítima, la doctrina de la STC 189/1987, de 24 de noviembre, que resolvió un recurso de amparo sobre la no validez de las cuotas abonadas fuera de plazo correspondientes a periodos en que no existía alta en el

430 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Entre la igualdad como límite y la diversidad...”, cit., pág. 181; CÁMARA BOTÍA, Alberto, “Sentencia 268/1993, de 20 de septiembre. Sobre las desigualdades entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial del Servicio Doméstico”, VV. AA., *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Elenco...*, cit., edición 1993, pág. 634.

431 El Auto 1015/1988, de 12 de septiembre de 1988, al pronunciarse sobre la inaplicación del incremento del 20% en la IPT en el Régimen de Autónomos, califica en el f. 4º de “error de enfoque: comparar la incidencia de una determinada prestación en dos categorías integradas en la Seguridad Social y así concluir que el grupo que las tiene inferiores es discriminado respecto al otro. Este modo de razonamiento no es aceptable, porque cuando se trata de comparar dos regímenes prestacionales, la comparación ha de hacerse en bloque y no en aspectos concretos, en los que cualquiera de ellos puede resultar inferior al otro, con independencia de la valoración que los sistemas merezcan globalmente considerados”.

432 CÁMARA BOTÍA, Alberto, “Sentencia 268/1993, de 20 de septiembre...”, cit., pág. 635.

433 Tal como señala GARCÍA NINET, José Ignacio, “La invalidez permanente total de los empleados de hogar y su periodo de carencia”, *Tribuna Social*, núm. 35, 1993, pág. 25.

RETA a efectos de cómputo del periodo de carencia para la jubilación. En este caso sí se razonó en detalle el proceder que daba sentido a la norma para evitar conductas fraudulentas⁴³⁴.

Es doctrina constitucional que la evitación del fraude no es por sí mismo motivo de reconocer la legitimidad de una medida, que debe superar el juicio de proporcionalidad y en caso contrario se declara inconstitucional, porque tan contraria a la igualdad es “la norma que diversifica por un mero voluntarismo selectivo, como aquella otra que, atendiendo a la consecución de un fin legítimo, configura un supuesto de hecho, o las consecuencias jurídicas que se le imputan, en desproporción patente con aquel fin, o sin atención alguna a esa necesaria relación de proporcionalidad” (STC 209/1988, fj. 6º).

La posible utilización fraudulenta de los derechos ha sido más de una vez considerada razón insuficiente, por desproporcionada, para su privación. Es el caso de la STC 222/1992, de 11 de diciembre, que declaró inconstitucional el art. 58.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, en la medida en que excluía del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido, y frente al argumento de la posible utilización fraudulenta del derecho, declaraba en su fj. 6º “es, sobre todo, de inexcusable consideración que la mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 C.E.) cuando de conseguir un objetivo constitucional se trata”.

De la misma manera, se excluye la justificación de evitar el posible fraude para la constitucionalidad de la norma que exigía dos años de adopción previa para lucrar la pensión de orfandad (STC 46/1999, fj. 2º y 200/2001, fj. 9º). La medida se acepta si es proporcional, como en el caso de la norma que suprime la prestación de desempleo parcial cuando éste es permanente, entre otros motivos, porque la situación “carecería en gran parte de los casos de toda posibilidad de control, tanto sobre la justificación de la medida como respecto de la involuntariedad para el trabajador de la situación resultante” (STC 213/2005, fj. 7º).

En la STC 268/1993 (fj. 5º), se afirma que lo relevante en el juicio de igualdad es que “no cabe comparar aisladamente el marco jurídico de las prestaciones de distintos Regímenes, olvidando otros aspectos propios de las características contributivas de algunas instituciones y su coexistencia normativa con rasgos de tipo asistencial”. Se justifica la diferencia de trato porque se trata de una prestación contributiva, y como tal “no debe extrañar” que esté en función de la existencia e importe de las cotizaciones previas, recordando que en el RESD no existe cotización por accidentes de trabajo, que sí existe en el Régimen General.

⁴³⁴ La STC 189/1987, en su fj. 10 señala “decir que una norma reglamentaria, en este caso el art. 28.3 d) del Decreto 2.530/1970 no viola derechos fundamentales, en el caso el derecho a la igualdad, no equivale a decir que sea ni la mejor norma de las posibles ni la más adecuada a la Constitución, pues, como es obvio, este género de pronunciamientos irían mucho más allá de lo que debe decir este Tribunal (...) No hay que olvidar tampoco que se trata de un precepto preconstitucional y que, después de la Constitución y de lo que en ella se dispone no solo en el art. 14, invocable en vía de amparo, sino también en los arts. 41 y 50 (no protegidos por el recurso de amparo), sobre Seguridad Social y sobre protección a la eufemísticamente denominada tercera edad, los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la realidad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, y, singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (art. 9.2 C.E.). Pero entre tales poderes públicos son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa, y no este Tribunal. Son ellos, y no este Tribunal, quienes deben adoptar decisiones y normas de efectos directos sobre el sistema de la Seguridad Social que lo configuren, dentro de las posibilidades reales que tampoco este Tribunal puede ni debe conocer ni valorar, como más adecuado para conseguir los fines constitucionalmente previstos. Quizá sea posible combatir el fraude con normas menos severas que la analizada y quizá ello permitiera dar una imagen de la Seguridad Social más alejada de una primordial preocupación recaudatoria. Pero no debe este Tribunal, al analizar simplemente la condición discriminatoria o no de una norma, deslizarse hacia otros terrenos, sino que debe limitarse a decir si la norma viola o no el precepto constitucional invocado por el recurrente como infringido por aquella dentro de los susceptibles de amparo Constitucional”.

Razonamiento que podría haber sido exactamente el contrario⁴³⁵, es decir, que en el Régimen General están equiparados a efectos de no exigencia de periodo de carencia el accidente común y el laboral, y dado que en el RESD se cotiza por contingencias comunes es irrazonable pedir en este Régimen periodos previos de cotización para el accidente. Por otra parte, si el carácter contributivo de la prestación es el motivo de la denegación de la pensión, debería haberse denegado también en el resto de los Regímenes en los que es una prestación contributiva⁴³⁶.

Además de la falta de cotización para contingencias profesionales, razón central de la diferencia de trato, el fj. 5º señala también la menor cuantía de la cotización en el RESD para contingencias comunes, que aplica un porcentaje menor que el Régimen General sobre la base reguladora. A lo que se ha objetado que, siendo la cuota de Seguridad social una parte del costo salarial, el razonamiento remite a una menor carga de cotización a la Seguridad Social para la parte empleadora; esta menor presión contributiva no desplaza su coste sobre el sistema de Seguridad Social sino sobre sus beneficiarios⁴³⁷.

La sentencia añade que -por contraposición al área contributiva del sistema- la trabajadora tiene la opción de acogerse a la modalidad no contributiva de la prestación. La afirmación no tiene en cuenta varias cuestiones: por un lado, que el grado de invalidez que se exige para la modalidad no contributiva de la prestación es superior al que se requiere en la IPT⁴³⁸, y que en el área asistencial, la determinación legal de los requisitos configuradores de los estados de necesidad protegidos es durísima y la cuantía de las prestaciones, ínfima⁴³⁹.

La remisión al área no contributiva no tiene en cuenta que las prestaciones se devengan en función de los ingresos de la posible beneficiaria y de su entorno familiar. La solución que el TC encuentra para la trabajadora supone su salida del área de la protección de la Seguridad Social como un derecho individual para pasar al área de la prestación condicionada a la situación de extrema pobreza y falta de un entorno familiar de convivencia del que depender económicamente.

La sentencia termina mencionando la equiparación de la acción protectora como un *desideratum*, que no un imperativo constitucional en la cuestión planteada.

La STC 377/1993, de 20 de diciembre resuelve sobre denegación de prestación de Gran Invalidez por accidente no laboral en el RESD por no reunir el periodo de carencia de 60 mensualidades. Al tratarse de un accidente sin relación con la actividad laboral, el fj. 4º señala que la justificación no puede descansar en su consideración de relación laboral especial, ni al encuadramiento en un Régimen especial, porque a ningún otro sector se le exige periodo de carencia; tampoco se puede fundar en la singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar puesto que la situación de necesidad no está vinculada a un riesgo profesional, y porque el grado de invalidez hace necesario el auxilio de otra persona para los actos más esenciales de la vida cotidiana.

La sentencia se enfrenta con la denegación de una prestación por accidente no laboral, cuyo motivo es la falta de un periodo de carencia, pero no realiza ninguna justificación específica del caso planteado.

435 CÁMARA BOTÍA, Alberto, “Sentencia 268/1993, de 20 de septiembre... cit., pág. 635.

436 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Entre la igualdad como límite y la diversidad...”, cit., pág. 181.

437 *Ibidem*, pág. 182.

438 *Ibidem*, pág. 182.

439 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “El contenido constitucional de la asistencia social”, VV. AA., *El Trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo, 2003, pág. 601.

Se remite a todos los argumentos de la anterior, sobre accidente durante el trabajo, en el que la falta de cotización por tal contingencia había sido decisiva. El motivo que legitima la posición del Tribunal es que, (fj. 4º) “no cabe comparar aisladamente el marco jurídico de prestaciones de distintos Regímenes, olvidando otros aspectos propios de las características contributivas de algunas instituciones y su coexistencia normativa con rasgos de tipo asistencial”.

Finaliza diciendo que la equiparación de los niveles de protección puede constituir algo deseable desde el punto de vista social y “especialmente cierto en supuestos como el presente en el que el requisito del periodo de carencia se exige únicamente a un tipo de trabajadores, los que están al servicio del hogar familiar y, dentro de ellos, a los integrados en el Régimen Especial del Servicio Doméstico”.

El motivo se expresa después: el proceso de equiparación tienen que culminarlo los poderes legislativo y ejecutivo de acuerdo con los recursos disponibles en cada momento y el TC no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable, extremo que no concurre en el caso. Tal como se ha señalado⁴⁴⁰ la afirmación de la escasez de los recursos financieros no es objeto de justificación en relación a la solución dada al caso concreto.

La problemática que tratan las dos sentencias comentadas desapareció inmediatamente después con la reforma del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, que en su DA 11ª suprime la exigencia de periodo de carencia en el RESS para el acceso a las pensiones de invalidez permanente derivada de accidente, si el trabajador se encontrara en alta o en situación asimilada a la de alta. A la vista de la reforma, el argumento de la escasez de recursos financieros como justificación de la desigualdad por parte del TC no tenía base real.

2.5.1. La exclusión de los parientes en el RESS

El TC ha otorgado amparo a una línea de reclamaciones en el RESS, que se produjo durante el tiempo en el que se mantuvo la exclusión de pleno derecho de los parientes del empleador hasta el tercer grado de parentesco de consanguinidad y afinidad en base al RD 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar (DRESS). Son las SSTC 79/1991, de 15 de abril (empleadora esposa de sobrino carnal); 59/1992, de 23 de abril (empleadora tía carnal); 49/1994, de 16 de febrero (yerno empleador).

En la primera de ellas, se declara que existe violación del art. 14 CE, que se produce por el trato diferente de parientes y no parientes en el interior del Régimen, ya que (fj.4) “expulsando de la protección dispensada por la Seguridad Social al trabajador que es pariente de tercer grado del titular del hogar familiar por el solo hecho de la relación de parentesco existente entre ambos se inflige a aquél un trato distinto y más oneroso que el que prevé la legislación aplicable al sector laboral en cuestión, trato que no resulta justificado ni razonable”.

El resto de la argumentación se remite a la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3, ya que (fj.4) “la propia unidad del ordenamiento jurídico no permite que una norma niegue radical e incondicionalmente la condición de trabajador asalariado que otras normas posteriores de igual o superior rango reconocen, sin permitir siquiera demostrar que se reúne dicha condición”. Se rompía también el principio de jerarquía normativa, al entrar en contradicción con una norma superior en jerarquía y posterior

440 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, en relación a la sentencia 184/1993, de 31 de mayo, sobre la denegación de la prestación de IPT a un autónomo que sufre accidente no laboral por no tener 45 años de edad. “Entre la igualdad como límite y la diversidad...”, cit., pág. 175.

en el tiempo: lo dispuesto en el art. 7.2 de la Ley General de Seguridad Social vigente sobre extensión del campo de aplicación del sistema, que establece en el segundo grado el límite de la presunción de no laboralidad de los parientes, siempre que convivan en el hogar y a cargo del empleador.

2.5.2. La discriminación indirecta

La infraprotección del RESS, en el que de manera constante las mujeres constituyen algo más del 93% de la afiliación, podría ser un supuesto de discriminación indirecta.

El factor diferencial en la discriminación indirecta no es la directa alusión al sexo de quienes padecen un régimen jurídico peor, sino el impacto de la norma principalmente en un colectivo de mujeres. Según el art. 2.2 de la Directiva 97/80/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, existe discriminación indirecta por razón de sexo: “cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

En palabras de la STC 145/1991, de 1 de julio, primera sentencia en la que analiza la discriminación indirecta por razón de sexo en el ámbito laboral⁴⁴¹, “el art. 14 C.E. prohíbe específicamente la discriminación por razón de sexo, sea en su expresión más tosca donde el sexo es objeto de consideración directa, sea en su vertiente más sutil y común, la que tiene lugar bajo la apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios, pero que encubren consecuencias perjudiciales para un grupo social determinado, generalmente femenino”. Según el f. 2º de la sentencia, ante la invocación de discriminación indirecta, “el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.”

La STC 240/1999, de 20 de diciembre, señala en su f. 6º “cuando el derecho que se dice vulnerado no es el derecho a la igualdad *in genere*, sino su concreción en el derecho a no ser discriminado por alguno de los motivos expresamente proscritos en el art. 14 C.E., no resulta en todo caso necesario aportar un *tertium comparationis* para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos casos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta. En efecto, en estos supuestos los términos de comparación, lo que se compara, no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales; es decir, grupos entre los que alguno de ellos está formado mayoritariamente por personas pertenecientes a una de las categorías especialmente protegidas por el art. 14 C.E., en nuestro caso las mujeres”.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS desconoce esta doctrina en su sentencia de 4-5-1999 (RJ 5148) al pronunciarse sobre la impugnación de los apartados 1 y 2 del art. 46 del Reglamento de Cotización aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre, por parte de la Asociación de Trabajadoras de Hogar de Bizkaia. La norma impugnada disponía que la mera prestación de servicios para más de un empleador obligaba a los trabajadores domésticos a hacerse cargo de la cuota entera del RESS. Entre los motivos de impugnación se alegaba violación del art. 14 de la CE y la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre de 1978, sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

441 El TC ha estimado la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo en el ámbito laboral en las SSTC 145/1991, de 1 de julio, 58/1994, de 28 de febrero, 147/1995, de 16 de octubre y 240/1999, de 20 de diciembre.

La sentencia denegó la existencia de ninguna discriminación en razón de sexo, ni directa ni indirecta, declarando que el Régimen cuya norma estaba en cuestión tenía como denominación de empleados de hogar y no empleadas (fj. 3º), por lo que su regulación afectaba por igual a mujeres y hombres y negando ninguna relevancia al hecho de que la práctica totalidad de los sujetos encuadrados fuesen mujeres, reiterando el hecho de que el Régimen trataba igualmente a trabajadores y trabajadoras (fj. 7º), desconociendo totalmente en su argumentación la existencia de una posible discriminación indirecta.

En cuanto a la infracción del principio de igualdad entre trabajadores domésticos con un solo empleo y los pluriempleados, el fj. 6º declaró la inexistencia de discriminación sin ningún otro fundamento que la existencia de diferencias entre ambas clases de trabajadores y empleadores, sin especificar en qué consistían las diferencias ni su incidencia para avalar la razonabilidad del distinto trato.

La STC 253/2004, de 22 de diciembre, dictada en Pleno, se mueve en el eje en el que el TC ha solido entrar más a fondo en la comparación de normas: el trato desigual dentro de un mismo Régimen de Seguridad Social. Declara inconstitucional el art. 12.4 del Estatuto de los Trabajadores en la redacción dada por el RD Legislativo 1/1995, por violación del art. 14 CE. Según la resolución, la fórmula de cómputo del periodo de carencia en el trabajo a tiempo parcial rompía el principio de proporcionalidad, que es uno de los aspectos del principio de igualdad (fj. 6º). La ruptura de la proporcionalidad se producía al computarse para las prestaciones solamente las horas o días trabajados, lo que hacía muy difícil el devengo de prestaciones que exigen periodos largos de cotización.

Se encuentra también discriminación indirecta por razón de sexo, porque el trabajo a tiempo parcial es una institución que afecta sobre todo a mujeres. Según el fj. 7º cuando se denuncia una discriminación indirecta, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones; basta que exista una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por trabajadoras femeninas.

Pero la doctrina constitucional sobre la justificación de la diferente regulación de los Regímenes, exige un término de comparación idóneo, homogéneo, cuando se mueve en los parámetros del juicio ordinario de igualdad. En el específico caso del RESS no habría dificultad en establecer que aunque el DRESS es una norma formalmente neutra en el sentido de que se aplica a quien se dedique a la actividad de servicio doméstico, no lo es a la vista de la prueba estadística.

La regulación del Régimen entra en el terreno de la sospecha de la discriminación por razón de sexo⁴⁴², caso en el que corresponde probar la razonabilidad de la regulación a quien defiende la constitucionalidad de la norma, cuyos estándares de infraprotección no serían viables generalizados a los hombres; sí son viables cuando el sujeto infraprotegido son mujeres, debido a la posición familiar dependiente de muchas de ellas. En relación con esto, no es un dato irrelevante el que a lo largo de toda la historia del Régimen la parte más significativa de los varones dedicados al servicio doméstico, los chóferes particulares, hayan sido encuadrados siempre en el Régimen General.

442 Consideran indudable la existencia de discriminación indirecta, LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo, “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”, *REDT* núm. 55, 1992, pág. 688; LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al derecho de la seguridad social”, *AL*, tomo I, 1996. La Ley 2504/2001, apdo VI.

3. Algunas consideraciones finales

El examen de constitucionalidad de las normas, en el caso de lo que se ha llamado el juicio ordinario de igualdad, en el que no están en juego las cláusulas específicas del art. 14 o la limitación de derechos fundamentales, es un juicio de mínimos. Es decir, las normas se declararán inconstitucionales cuando sean irracionales o notablemente desproporcionadas⁴⁴³. Es la posición del TC en materia de Seguridad Social, en la que el legislador cuenta con la presunción de legitimidad y acierto en la gestión del sistema, y las desigualdades de tratamiento se entienden justificadas de acuerdo con los criterios y juicios de valor comunmente aceptados.

En la comparación entre Regímenes la relevancia de la diferencia se presume de la propia clasificación realizada por el legislador, y no se pone en relación la distinción normativa con la sustantividad de la diferencia entre los grupos de personas o cosas implicadas⁴⁴⁴.

Tal como se ha dicho, “aunque el artículo 14 CE no consagre un derecho a ser tratados igualmente (...), tampoco puede interpretarse el precepto en el sentido de que se consagra en él un derecho a tratar desigualmente por parte de los poderes públicos sin necesidad de razonar más que superficialmente -o no razonar- la diferenciación; interpretarlo así equivaldría a vaciar de contenido a la norma constitucional”⁴⁴⁵. Sin embargo, el TC ha mantenido una interpretación favorable a una libertad casi absoluta del legislador en la configuración del derecho a la Seguridad Social⁴⁴⁶.

El mandato del art. 9.2 CE no puede ser alegado con éxito ante el TC porque el sistema de protección social no tenga el suficiente desarrollo. La inconstitucionalidad por omisión, dice el propio Tribunal (SSTC 24/1982, f. 3º y 74/1987, f 4º) existe solo cuando la Constitución impone al legislador la obligación de dictar normas de desarrollo de derechos fundamentales⁴⁴⁷.

El problema planteado por las lagunas legislativas en la regulación de los derechos sociales no tiene una respuesta jurídica en la Constitución, salvo por la vía del principio de igualdad, para extender la protección legal ya existente a colectivos excluidos de manera no razonable⁴⁴⁸.

La referencia a la excepcionalidad de los Regímenes Especiales, la explicación de su existencia por las actividades que cubren, y la justificación de su necesidad como medio indispensable para proporcionar una protección adecuada y eficaz excede con mucho a la realidad de los Regímenes, que en el momento de su creación respondió a motivos variados, más en la línea de mantenimiento de ventajas, establecimiento de peores prestaciones, inercias normativas e institucionales y otros⁴⁴⁹. La causa justa para permitir la existencia de Regímenes Especiales debiera estar en la imposible aplicación de las

443 GIMÉNEZ GLÜK, David, *Juicio de igualdad...*, cit., pág. 139.

444 PUMAR BELTRÁN, Nuria, *La igualdad ante la ley...* cit., pág. 24.

445 FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “La igualdad y la discriminación”, cit., págs. 179-180.

446 SÁNCHEZ URAÑA, Yolanda, “Sentencia 37/1994, de 10 de febrero. La garantía institucional...”, cit. ed. 1994, pág. 112.

447 RIVERO LAMAS, Juan, “La garantía de los derechos constitucionales” VV. AA., (coord. Molina Navarrete, Cristóbal, Monereo Pérez, José Luis, y Moreno Vida, M^a Nieves), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares 2002, pág. 2.041.

448 *Ibidem*, pág. 2.039.

449 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Entre la igualdad como límite y la diversidad...”, cit., pág. 173.

normas aplicadas a otros trabajadores en razón de las peculiaridades de la propia actividad, y todo lo que exceda de ese ámbito debiera considerarse una diferencia injustificada⁴⁵⁰.

Al declarar constitucionales medidas que tienen como objetivo la viabilidad de los seguros sociales, que es un interés constitucionalmente protegido, el TC no basa sus valoraciones de idoneidad y proporcionalidad en datos empíricos⁴⁵¹, lo que es problemático a la hora de dar por lícita la limitación de derechos constitucionales en función de otros bienes constitucionalmente protegidos, en este caso, la viabilidad económica del sistema de Seguridad Social. Además, tal como ha señalado el TJE, las consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar la desigualdad de trato entre hombres y mujeres que de no existir aquellas constituiría una discriminación indirecta por razón de sexo⁴⁵², por lo que el equilibrio financiero del sistema deberá encontrarse por otras vías.

El argumento de la financiación, que es el central en resoluciones que no ofrecen mejor explicación de las diferencias, es una decisión política y no un argumento objetivo, y el juicio sobre la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, es una opción por un determinado grupo de trabajadores⁴⁵³. La intensidad de la protección social está condicionada por las opciones de política social adoptadas respecto a la orientación de recursos siempre escasos⁴⁵⁴, con lo que la explicación económica no es satisfactoria, porque no agota el razonamiento.

En materia de prestaciones de Seguridad Social, en supuestos en los que el TC había declarado no hallar violación del art. 14, pasado un tiempo el legislador ha realizado reformas legales que han puesto fin a las diferencias de trato constitucionalmente legítimas⁴⁵⁵.

En el concreto caso del Régimen de Hogar, tras las sentencias 268/1993 de 20 de septiembre y 377/1993, de 20 de diciembre, que declaraban la constitucionalidad del art. 31 del Decreto 2346/1969, del RESD, sobre requisito del periodo de carencia de 60 mensualidades de cotización para la invalidez permanente, se hizo una reforma que lo suprimía, por RD 2319/1993, de 29 de diciembre. El mismo requisito de exigencia de periodo de carencia para el RETA, establecido en el art. 58 de la OM de 24 de septiembre de 1970, se había suprimido tres años antes, por el RD 9/1991, de 11 de enero.

En otro sentido, declaraciones del TC sobre inconstitucionalidad de las normas de Seguridad Social llegan en un momento en el que el legislador ya ha corregido la desigualdad, con lo que no tienen trascendencia en el terreno de crear obligaciones al sistema⁴⁵⁶.

Es el caso de la STC 3/1993, de 14 de enero, sobre prestaciones en favor de familiares, en la que la discriminación en razón de sexo de hijos y hermanos había sido ya corregida en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de las pensiones no contributivas. O, muy señaladamente, cuando se dicta la STC

450 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Igualdad y discriminación” VV. AA., (coord. Rodríguez Sañudo, Fermín y Elorza Guerrero, Fermín), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2001, pág. 280.

451 ALONSO GARCÍA, Enrique, “El principio de igualdad...”, cit., pág. 65.

452 STJE de 11-9-2003, asunto C77-02, apdo. 68.

453 GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “Entre la igualdad como límite y la diversidad...”, cit., pág. 179.

454 MONEREO PÉREZ, José Luis, “El derecho a la Seguridad Social”, cit., pág. 1.429.

455 LUJÁN ALCARAZ, José y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, “Los regímenes especiales...”, cit., págs. 1.018 y ss.

456 GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 174.

253/2004, declarando la inconstitucionalidad de las reglas sobre cómputo de la cotización del trabajo a tiempo parcial a efectos de prestaciones, ya había sido reformado el precepto por el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, y desarrollado por el RD 144/1999, de 29 de enero.

El derecho a la Seguridad Social es un derecho distributivo, condicionado a políticas públicas de intervención, y sujeto a las relaciones de fuerzas en el marco del conflicto redistributivo⁴⁵⁷. La lucha por el Estado social es, básicamente, de naturaleza política, y no puede eludirse sobre la base de la exigibilidad de los mandatos constitucionales⁴⁵⁸. La razonabilidad de las diferencias tiene como base juicios de valor de la comunidad en la que se producen⁴⁵⁹, cuya conciencia evoluciona. Por ello, la ampliación de la esfera de protección social y pública de los derechos del Capítulo III no se da a través de su reconocimiento teórico, sino a impulso de los movimientos sociales provocadores de una ruptura institucional con el pasado⁴⁶⁰.

El proceso de confluencia de Regímenes en ejecución de las recomendaciones del Pacto de Toledo ha mostrado lo prescindible de la dispersión como fórmula protectora. Las peculiaridades de algunas actividades se resolvían ya en el pasado con la figura de los sistemas especiales dentro de un mismo Régimen; los Regímenes han admitido en su interior diversidad de situaciones, diferencias en la cotización y en las prestaciones. El mantenimiento en bloque de un Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores de hogar separado del Régimen General ha servido a la finalidad de mantener un régimen infraprotector en todos los ámbitos, desde el encuadramiento a las prestaciones.

457 MONEREO PÉREZ, José Luis, “El derecho a la Seguridad Social”, cit., pág. 1.434.

458 BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El Estado social y democrático de derecho, significado...”, cit., págs. 119-120.

459 APARICIO TOVAR, Joaquín y OLMO GASCÓN, Ana Marta, *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, 2007, pág. 35.

460 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Protección y eficacia de los derechos sociolaborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías”, VV. AA., *El modelo social en la Constitución...*, cit., pág. 1.209.

Parte IV.

El Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico

1. Consideraciones generales

La Memoria del INP sobre el ejercicio de 1967, publicada en 1968⁴⁶¹, al analizar la perspectiva del MNSD señala que el balance de afiliados y cotizantes muestra “que el servicio doméstico no es una actividad en trance de desaparición sino más bien que está en periodo de transformación y en el futuro sufrirá mayores cambios, lo que obligará a que las normas de la Seguridad Social tengan que acomodarse, en su día, a las nuevas formas en que se preste el servicio doméstico (por días, horas, etc.), sin perjuicio de mantener como esencial el grupo básico constituido por las empleadas en los hogares de forma continuada y estable”. En el ejercicio a que se refiere la Memoria las trabajadoras discontinuas eran solo algo más del 5% de las de alta en el Montepío, por lo que la observación del redactor del documento debe referirse a una realidad no recogida en la estadística. De hecho, desde 1962 (fecha en la que comienzan a cotizar las “asistentas”) hasta 1969, la cifra de las trabajadoras de alta como discontinuas había sido fuertemente ascendente, tendencia que se mantuvo con posterioridad.

Pero como se verá, esta realidad ya presente en el año 1969 no fue tomada en cuenta en el diseño del Régimen, en el que la presencia de las trabajadoras discontinuas nunca se ha alentado, sino todo lo contrario.

Según el art. 1º.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre (DRESS), el Régimen Especial se regula por el título I de la entonces vigente Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966, de conformidad con lo que la propia Ley disponía, además de por el DRESS y sus disposiciones de aplicación y desarrollo, así como por las restantes normas de obligada observancia del sistema de Seguridad Social. El art. 1.2 declara de aplicación supletoria las normas reguladoras del Régimen General con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado de hogar. Esta remisión ha sido motivo de dudas aplicativas que se irán comentando.

A lo largo de su vigencia, el DRESS se ha reformado con mecanismos diversos, en los que la excepción es la modificación realizada en la propia norma, y lo más habitual es la regulación por disposiciones externas a su texto⁴⁶². Conocer la normativa aplicable al RESS exige un dominio de los procesos legislativos habidos y una labor interpretativa que convierte la materia en algo solo al alcance de las personas expertas. Algunas disposiciones del texto original, como el art. 3.1,a) que excluye del RESS a los parientes hasta el tercer grado, no han sido nunca formalmente derogadas en lo que entendemos demuestra una voluntad inequívoca del legislador gubernativo de inducir a error sobre la cuestión⁴⁶³.

461 *Memoria del INP de 1967*, edit. 1968, vol. II, pág. 375.

462 CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y CAMARA BOTÍA, Alberto, *La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia*, Aranzadi 2005, págs. 48-50, comentan la misma cuestión referida al régimen de autónomos, coincidente con el análisis que debe hacerse respecto al RESS.

463 El texto del RD 2346/1969 publicado en la página web de la seguridad social, última actualización a 15-3-2011, tiene notas aclaratorias a muchas disposiciones declarándolas inaplicables o matizando su alcance, como “este artículo/apartado debe considerarse inaplicable”, “entiéndase (...)”, pero no hay comentario aclaratorio a la prohibición incondicionada al encuadramiento de parientes.

Los cambios producidos mediante la introducción de un texto que modifica el preexistente son dos: el añadido del apartado d) del art. 3, sobre exclusión del régimen de los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación de la Ley de Dependencia (por RD 615/2007, de 11 de mayo) y la nueva redacción del apartado 2 del art. 32, sobre la prestación de jubilación (por RD 1609/1987, de 23 de diciembre).

Las derogaciones expresas han afectado en bloque a los capítulos III, sobre afiliación, altas y bajas y el IV sobre cotización y recaudación, que pasaron a regularse en normas generales sobre la materia (RD 84/1996, de 26 de enero y RD 1415/2004, de 11 de junio y Orden 1562/2005, de 25 de mayo); y al art. 35 sobre prestaciones de protección familiar, que pasó a regularse entonces por el RD 356/1991, de 15 de marzo.

Otro numeroso grupo de cambios se ha producido por derogación tácita de artículos que son sustituidos por lo dispuesto en normas posteriores que señalan expresamente que las materias que regulan son de aplicación al RESS. Es el caso de la Ley 26/1985, de 31 de julio y sucesivas, sustituyendo las disposiciones de los arts. 31, 32 y 34 sobre periodo de carencia y base reguladora de las pensiones de invalidez y jubilación; o el RD 2319/1993, de 29 de diciembre, sustituyendo al art. 33.2 sobre periodo de carencia de las prestaciones de muerte y supervivencia, o el D 825/1976, de 4 de enero y sucesivas sobre cotización, que sustituye al art. 15 (derogado en 1996) estableciendo un nuevo sistema de cotización. La fórmula de la derogación tácita no presenta problema de interpretación, cuando la norma nueva, como en los casos anteriores, dispone expresamente que es aplicable al RESS, y la materia que va a ser sustituida está claramente delimitada en ambas normas.

Prestaciones inexistentes en el DRESS inicial, como las de paternidad y riesgo durante el embarazo y para la lactancia, se declaran aplicables al RESS en la DA 11bis y ter de la LGSS.

La diferencia de interpretaciones sobre la vigencia de disposiciones del DRESS, proviene de las que podrían resultar inaplicables por contradecir normas generales de seguridad social posteriores no directamente referidas al régimen especial. Fue el caso de la vigencia del art. 3 sobre la exclusión *iuris et de iure* de familiares hasta el tercer grado, a partir del cambio en el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, norma general de superior jerarquía, que al establecer el concepto de trabajador por cuenta ajena a efectos del sistema, limitaba al 2º grado de parentesco la presunción de no laboralidad.

En supuestos en que la norma nueva regula con carácter general cuestiones también presentes en la norma especial, y es de superior o igual jerarquía, queda la duda de si es aplicable en base al principio de especialidad⁴⁶⁴. El pronunciamiento sobre la subsistencia de la norma del DRESS requiere una operación interpretativa que no ha sido pacífica. A partir del Texto Refundido de la LGSS 1/1994, de 20 de junio, las normas del Régimen General aplicables a los Regímenes Especiales se señalan de manera sistemática en la DA 8ª de la norma, lo que contribuye a la seguridad jurídica.

Sin embargo, a pesar de que la DA 8ª haya declarado la aplicabilidad en todos los regímenes de trabajadores por cuenta ajena, y por tanto en el RESS, de algunas instituciones del Régimen General, como la jubilación parcial, la cuestión ha sido dudosa al no haber ido acompañada de las necesarias reformas en el sistema de cotización del RESS que la hubiesen hecho viable.

La contradicción entre reconocimiento de la institución e inviabilidad de su puesta en práctica se podía haber entendido como un caso de técnica legislativa deficiente, pero el problema ha sido que la remisión del art. 1.2 del DRESS a la aplicación supletoria de las normas reguladoras del Régimen General tenía siempre un condicionante: el de las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia

464 CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Editorial Trotta, 1999, pág 110.

y empleado de hogar. Este concepto indeterminado ha introducido un elemento que relativizaba el reenvío formal del DRESS a las normas del Régimen General.

La regulación del RESS ha tenido múltiples lagunas, que han sido integradas por medio de resoluciones administrativas no publicadas, de rango infraministerial. Las disposiciones internas en forma de circulares o notas-circulares han venido a subsanar las lagunas en todos los sentidos: realizando interpretaciones que restringían derechos reconocidos en normas legales, pero también en sentido expansivo en algunos casos.

La publicación de las circulares y notas-circulares sólo se ha realizado por vía interna, a pesar de que su contenido incidía de manera decisiva en el reconocimiento de las prestaciones, violando así el art. 9.3 de la CE sobre el derecho a la seguridad jurídica. Generalmente, los Tribunales han ignorado las circulares no publicadas en el BOE por no tener fuerza de obligar de acuerdo con el art. 2 del Código Civil, pero también hay sentencias que se han basado en su contenido.

En cualquier caso, la publicidad de las circulares no las convertiría en normas jurídicas que obliguen a terceros; la circular, de acuerdo con el art. 21. 1 de la LRJAP, es un mandato que un órgano de la Administración emite para dirigir las actividades de sus inferiores. Los órganos judiciales analizan las circulares en tanto que tiene que resolver sobre sus efectos, no por su carácter de normas⁴⁶⁵.

Aún sin fuerza de obligar a los administrados, el mismo art. 21.1 de la norma citada ordena publicar las instrucciones y órdenes de servicio de la Administración cuando se estime conveniente en razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse. Una aplicación constitucional de esta disposición obligaría a las entidades gestoras a publicar de manera sistemática la mayoría de las circulares ya que dan la medida de aquello que se puede esperar de su gestión de las prestaciones.

La TGSS hace pública cada año la circular que explica su interpretación de la respectiva Orden de Cotización, traduciendo el interés que en el caso concreto tiene para la entidad que los administrados conozcan en detalle cuál es la aplicación de la norma que el órgano va a realizar, y se atengan así a la misma al cumplimentar sus obligaciones de colaboración con la seguridad social⁴⁶⁶.

El DRLE se ha considerado por lo general válido para completar la definición del art. 2º sobre encuadramiento en el RESS, en la medida en que, siendo la norma especial que delimita la relación laboral, matiza la figura del trabajador doméstico y se trata de una construcción legal posterior. Pero el que ambas normas mantengan distinta redacción sobre el sujeto protegido ha dado lugar a pronunciamientos judiciales que se basan en la autonomía de cada una.

La exposición sobre la normativa del RESS y su aplicación se referirá a las disposiciones vigentes hasta la fecha de integración en el Régimen General, omitiendo en esta parte las disposiciones de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en la medida en que su eficacia comienza el 1 de enero siguiente. Así, los cambios se comentarán en la parte correspondiente.

465 LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Fuentes del derecho*, LETE 2007, pág. 194.

466 Circular 3-002-2012, de la TGSS, en su preámbulo: “A fin de establecer la necesaria uniformidad de criterio en la aplicación de estas disposiciones, esta Dirección General, a propuesta de la Subdirección General de Recaudación, previo informe de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones y de la Secretaría General, en uso de las atribuciones que tiene conferidas, dicta las siguientes Instrucciones (...)”.

2. Encuadramiento en el RESS

Según el art. 2 DRESS el campo de aplicación del Régimen Especial incluye a quienes a) se dediquen en territorio nacional a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia; b) que estos servicios sean prestados en la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar; c) que perciba por este servicio un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea.

El posterior RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar (DRLE) matiza los elementos que configuran la actividad: las figuras del empleador y trabajador, y el objeto de los servicios. La doctrina ha entendido que norma laboral debe ser la guía que interprete el sentido de las disposiciones de la de seguridad social⁴⁶⁷, en el sentido de que son los trabajadores domésticos así definidos en aquella los que son objeto de la protección de seguridad social. Con ocasión de pronunciarse sobre el encuadramiento de familiares en el RESS, el Tribunal Constitucional (STC 79/1991, de 15 de abril) plantea la necesaria concordancia entre lo que la norma laboral reconoce como relación de trabajo y su correlativa protección de Seguridad Social, en el sentido de que una relación reconocida como laboral en el DRLE no podría quedar excluida de la protección del sistema de seguridad social, pero esto no significa que el régimen aplicable sea necesariamente el especial de servicio doméstico. No todas las actividades sujetas a la relación laboral especial están incluidas en el régimen especial de seguridad social, como es el caso de los chóferes particulares y de las personas que prestan servicios cuya contraprestación económica está financiada por la Ley de Dependencia.

Las diferencias entre ambas normas en la caracterización del servicio como doméstico no suponen un giro de fondo, como se verá más adelante. El DRLE se limita a precisar cuestiones que estaban siendo objeto de debate judicial: según el DRESS, el servicio debe ser prestado en la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar; según el DRLE, los servicios son en o para la casa en cuyo seno se realizan. En cuanto las tareas objeto del contrato, mientras el DRESS habla de servicios exclusivamente domésticos, el DRLE detalla las tareas en que pueden consistir los servicios contratados. En ambos casos puede entenderse que la norma, recogiendo las cuestiones conflictivas preexistentes, intenta delimitar con más claridad el campo de aplicación de la relación laboral especial. Aunque de la lectura literal del DRESS podría deducirse una discordancia importante: los servicios domésticos prestados fuera del hogar y no dirigidos directamente a su sostenimiento no estarían incluidos en el RESS.

2.1. El empleado

El artículo 2.1 del DRESS dispone “Quedarán incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, en calidad de empleados del hogar, todos los españoles mayores de catorce años, cualquiera que sea su sexo y estado civil”, que reúnan determinados requisitos. La denominación empleados de hogar fue una novedad, frente a la anterior de servidores domésticos que aparecía en el art. 10 h) de la LSSS de 1966. Es la expresión que se seguirá utilizando a partir del Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que en su art. 10 enumera los regímenes

⁴⁶⁷ QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de Servicio Doméstico*, La Ley 1991, pág. 220. LUJÁN ALCARAZ, José, *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi, 2000, pág. 35.

especiales⁴⁶⁸. El término se ha mantenido a lo largo del posterior proceso regulador del contrato de trabajo doméstico, tanto en el área laboral como el de la seguridad social.

2.1.1. La edad

El límite de catorce años para la inclusión en el Régimen era el mismo que para la afiliación obligatoria en el Montepío Nacional del Servicio Doméstico, lo que no impedía la existencia de servidores domésticos más jóvenes. Los catorce años era la edad mínima de admisión al trabajo según el art. 11. b) y c) de la LCT de 1944, pero al no ser una norma aplicable a los servicios domésticos remunerados, no existió ningún límite de edad hasta la aparición del Decreto de 2 de junio de 1960, que prohibió la admisión en la actividad de los menores de catorce años.

La Ley 16/1976, de Relaciones Laborales en su art. 6 elevó la edad mínima de entrada al trabajo a los 16 años, pero tampoco entonces la norma era aplicable al sector. La LRL, que lo declaraba relación laboral especial, remitía en su Disposición Transitoria Primera a una posterior normativa, declarando mientras tanto vigente la legislación anterior, por lo que la edad mínima de acceso al empleo doméstico no se eleva a los 16 años hasta la entrada en vigor del RD 1424/1985, de 1 de agosto, que en su Disposición Adicional única declaraba subsidiario el Estatuto de los Trabajadores en lo no previsto en la norma especial.

2.1.2. La nacionalidad

El requisito de la nacionalidad española, tenía una salvedad en la norma original, la contenida en el número 3 del art. 2, que remitía al art. 7.4 de la entonces vigente Ley de la Seguridad Social en la redacción dada por el Decreto 907/1966, de 21 de abril. La disposición referida, en su apartado 1, declaraba incluidos en el sistema de Seguridad Social a efectos de las prestaciones de carácter contributivo solamente a los españoles, pero en su apartado 4 equiparaba en derechos de Seguridad Social a las personas hispanoamericanas, portuguesas, brasileñas, andorranas y filipinas residentes legalmente en territorio español, y al resto de los extranjeros con sujeción a convenios o reciprocidad.

El tratamiento de las personas extranjeras continuó siendo el mismo hasta la reforma del art. 7.1 de la Ley General de la Seguridad Social de 20 de junio de 1994, por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, que declaraba incluidos en el sistema, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, junto a los españoles, a “los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España” siempre que, en ambos supuestos ejerciesen su actividad en territorio nacional. A efectos de las prestaciones de modalidad no contributiva, el art. 7.2.bis en relación con el 7.4, en redacción dada por la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, solo reconoce la equiparación a las personas hispanoamericanas, portuguesas, brasileñas, andorranas y filipinas, sujeta en el resto de los casos a convenios o reciprocidad. La Ley Orgánica de Extranjería, 4/2000, de 11 de enero, en sus arts. 12 y 14 establece el derecho a la asistencia sanitaria y a la Seguridad Social de los trabajadores extranjeros en igualdad de condiciones con los nacionales, con lo que debe entenderse extendida la equiparación también respecto a las prestaciones no contributivas⁴⁶⁹.

468 LUJÁN ALCARAZ, José, *El Régimen Especial...cit.*, pág. 36. Como señala el autor, el cambio de denominación desde servidor doméstico a empleado de hogar significaba no continuar la denominación utilizada por la Ley de Bases de la Seguridad Social y la Ley de la Seguridad Social de 1966, pero el cambio solo se dio para nombrar a los trabajadores, no la actividad, que en el título de la norma reguladora del Régimen Especial siguió siendo servicio doméstico.

469 ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, “Art. 7”, VV. AA., (dir. Alarcón Caracuel, Manuel Ramón), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2003, pág. 73.

Residencia legal y encuadramiento en el RESS

La posibilidad de inclusión en el sistema de seguridad social, que el art. 7 de la LGSS 1994, en su redacción de 1996, abre a todos los extranjeros está sujeta a la previa autorización administrativa para trabajar. La normativa de extranjería ha sufrido continuos cambios a partir de que el hecho migratorio se intensificase a partir de la década de los noventa.

El permiso de trabajo es condición para poder solicitar el alta en la Seguridad Social según el art. 42 del Reglamento General de inscripción de empresas, afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero. El RD 1041/2005 modifica el art. 42 para añadir que “los extranjeros que, precisando de autorización administrativa previa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de la Seguridad Social (...)”. A la vez que la inclusión en el sistema no es posible sin previa autorización administrativa para trabajar, la obtención, o en su caso la renovación de la autorización para trabajar tiene relación con el alta en la Seguridad Social.

El papel del alta ha ido teniendo una incidencia distinta a lo largo de las sucesivas normas de extranjería. El RD 155/1996, de 2 de febrero, por el que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de Extranjería (LOEX), establecía como precondition para el alta en la Seguridad Social el contar con permiso de trabajo, inicialmente de un año, renovable por otros dos, y finalmente por tres hasta poder obtener el permiso por tiempo indefinido (art. 75). La obtención del permiso requería la intervención del empleador, que debía suscribir una oferta de trabajo y acreditar su solvencia para hacer frente a las obligaciones derivadas del contrato. Una vez obtenido el permiso de trabajo inicial era posible el comienzo de la actividad y afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social⁴⁷⁰ (art. 95.3).

La norma no condicionaba la validez del permiso inicial a la efectiva alta en la Seguridad Social y el comienzo de la actividad en ningún plazo determinado, pero la dilación sí tenía consecuencias en la posterior renovación, ya que el art. 78 del Reglamento exigía, entre otros requisitos: ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso; cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, en particular, si el sujeto responsable del cumplimiento era el propio trabajador; continuidad en la relación laboral; actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable. La consecuencia del incumplimiento de los requisitos era, según el art. 82.3, la denegación del permiso.

A partir del Reglamento de la LOEX 4/2000, de 11 de enero, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, el permiso de trabajo inicial continúa obteniéndose sin relación con el alta en la Seguridad Social, pero la renovación se sujeta a la situación de alta real o asimilada en el mismo empleo para el que se concedió el permiso o en otro distinto, y en caso de no existir alta en la fecha de la solicitud, se exige una nueva oferta de empleo y acreditar, precisamente mediante la situación de alta real o asimilada, la realización habitual de la actividad durante el permiso anterior (art. 72).

El RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que entra en vigor el 8 de enero siguiente, estableció un nuevo reglamento de la LOEX. En la exposición de motivos señala que la afiliación y el alta del trabajador en la Seguridad Social va a ser la vía para verificar el inicio de la relación laboral, controlar ofertas de trabajo ficticias y evitar que obtengan autorizaciones quienes no tienen una verdadera intención de iniciar una relación laboral. El tiempo de alta en la Seguridad Social se convierte en un dato crucial para la efectividad del permiso de trabajo y sus renovaciones.

470 En este orden, ya que el RD 155/1996 se publicó días antes que el RD 84/1996, de 26 de enero, cuyo art. 32.3 reforma el plazo para instar el alta en el trabajo por cuenta ajena, que pasó a tener que realizarse en el trabajo por cuenta ajena antes del comienzo de la actividad.

La vía principal de regularización de las personas inmigrantes dedicadas al empleo doméstico ha tenido lugar mediante el procedimiento por arraigo social, regulado en el art. 45.2,b) del Reglamento. El procedimiento de arraigo laboral del art. 46.2,b), exigía acreditar dos años de estancia y un año de relación laboral (pasa a ser seis meses en la actual regulación) pero requería probar la relación mediante resolución administrativa sancionatoria firme de la Inspección de Trabajo o resolución judicial que la reconociese. Esta vía no se ha escogido por las empleadas de hogar, que han esperado a reunir los requisitos del arraigo social.

La fórmula del arraigo social exigía, entre otros requisitos, una permanencia en España de tres años y presentar con la solicitud un contrato escrito de trabajo suscrito por ambas partes, de duración no inferior a un año. El art. 46.7 condicionaba la eficacia de la autorización para residir y trabajar por arraigo a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social, en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización comenzaba su período de vigencia.

Otra vía de regularización menos frecuente, la contratación en origen del art. 50 del Reglamento, también requería acreditar el alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes a partir de la entrada en España (art. 51.4).

En ambos casos, según el art. 75.2.c) la falta de alta en el plazo de un mes se consideraba un supuesto de desaparición de las circunstancias que dieron base a la concesión del permiso, y causa de su extinción⁴⁷¹.

Una vez obtenido el permiso, su renovación pasaba a estar condicionada a haber desarrollado periodos precisos de actividad laboral, que la autoridad competente exigía acreditar mediante el alta en la Seguridad Social en el periodo anterior. Los periodos eran mayores o menores dependiendo de la existencia o no de contrato de trabajo a la fecha de solicitud de la renovación, según lo dispuesto en los arts. 54.4 y 55 del Reglamento de 2004⁴⁷².

El encuadramiento en el RESS ha sido una vía importante de regularización de personas inmigrantes en función de la posibilidad de incorporación al Régimen Especial a través de la figura de la trabajadora discontinua.

El proceso de normalización extraordinaria regulado en la DT 3ª del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que estableció a partir de su entrada en vigor el 8 de enero de 2005 un plazo de tres meses para presentar una oferta de trabajo por cuenta ajena en cualquier sector, es muestra de ello. La DT 3ª.2, contenía previsiones concretas para la autorización a las personas que tuvieran oferta de trabajo en el

471 En la contratación en origen, circunstancias excepcionales relacionadas con el fallecimiento o la desaparición del empleador, o la comunicación por parte de éste de la imposibilidad de realizar la contratación, abrían un nuevo plazo de 60 y 45 días respectivamente, para que el trabajador presentase una nueva oferta de empleo.

472 De tres a nueve meses por año, dependiendo de la causa del cese en el empleo, requisito que según los casos va acompañado de la exigencia de contrato actual a la fecha de la solicitud de renovación, oferta de empleo o situación asimilada a la alta.

servicio doméstico como discontinuas con una jornada semanal no inferior a las 30 horas⁴⁷³. En todos los casos, la autorización de residencia y trabajo obtenida en el proceso estaba condicionada al alta en la Seguridad Social en el plazo de un mes.

En diciembre de 2004 había en el RESS 125.341 personas de alta como fijas y 58.852 como discontinuas. En diciembre de 2005, las cifras de altas eran de 224.004 y 140.750 personas, respectivamente, lo que refleja que acabado el proceso de regularización las trabajadoras fijas habían ascendido un 78% y las discontinuas un 239%. Por otra parte, la relación entre modalidades de cotización en el RESS se situó entonces en 63 trabajadoras discontinuas por cada 100 fijas, relación que posteriormente no se ha mantenido.

Junto al posible uso del alta en el RESS por parte de personas extranjeras que no se dedican a la actividad doméstica como medio para regularizar su situación, estimamos que la situación contraria, la de quienes trabajan sin poder darse de alta por falta de permiso para trabajar, es la mayoritaria.

No es extraordinario el caso de las empleadas de hogar extranjeras que trabajan para un solo empleador que no quiere realizar los trámites que conducen al alta, o simultáneamente para varios empleadores, alguno o algunos de los cuales no está dispuesto a declarar sus servicios. La particular situación en que les sitúa la legislación de extranjería ha obligado a buscar la resolución del problema por diferentes vías. Desde la de quien trabaja para un empleador y aparece de alta con otro ficticio, hasta el alta como discontinua de quien no lo es, o el alta como fija de quien es discontinua, pero de entre las varias personas para las que trabaja solo ha encontrado una dispuesta a cumplir su obligación de realizar el contrato escrito que le dará posibilidad de acreditar sus servicios.

El actual RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, establece en su art. 124 el mismo procedimiento y requisitos para la autorización de residencia u trabajo. La exigencia de que en el procedimiento por arraigo social se aporte a la fecha de la solicitud un contrato escrito de trabajo de al menos un año, crea una especial situación de sujeción laboral en quien de hecho lleva ya un tiempo, pueden ser años, prestando servicios al empleador cuya colaboración necesita para su regularización.

De acuerdo con el art. 71 del Reglamento de 2011, para la renovación del permiso será requisito suficiente con acreditar la continuidad de la relación laboral que dio origen a la primera solicitud. En caso de que esta relación laboral hubiese terminado, existen tres vías por las que se puede obtener la renovación y todas ellas exigen periodos de alta en la seguridad social.

La primera opción es acreditar actividad durante 6 meses cada año, lo que se realiza mediante el alta en la seguridad social, y presentar un nuevo contrato con otro u otros empleadores de al menos 30 horas semanales en total, además de estar en alta o situación asimilada en el momento de la solicitud. La segunda opción es haber tenido actividad 3 meses por año y, acumulativamente: acreditar que el cese en la anterior actividad fue involuntario, que se ha buscado activamente empleo y que en el momento de la solicitud de renovación se tiene

473 Disposición Transitoria 3ª.2. “(...), podrán solicitar igualmente la concesión de una autorización inicial de residencia y trabajo los extranjeros que pretendan desarrollar su actividad en el ámbito del servicio del hogar familiar, trabajando parcialmente y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar. Para ello deberán acreditar que reúnen los requisitos previstos por la legislación aplicable a los efectos del alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos y que van a realizar un núm. de horas de trabajo semanales no inferior a treinta, en el cómputo global. Las prestaciones laborales concertadas a estos efectos deberán de abarcar un período mínimo de actividad de seis meses. Los extranjeros que puedan desarrollar una actividad en el servicio del hogar familiar a tiempo completo para un solo empleador podrán obtener la autorización (...)”.

un contrato en vigor. La tercera opción es acreditar haber estado de alta en la seguridad social un mínimo de 9 meses en un periodo de 12 o de 18 en un periodo de 24, siempre que la relación laboral se hubiese terminado por causas ajenas a la voluntad de la persona solicitante y que ésta haya buscado activamente empleo.

El art. 71.6 dispone que los descubiertos en el pago de las cotizaciones no excluyen la renovación, siempre que se acredite la realización de la actividad, a partir de lo que el órgano competente pondrá el hecho en conocimiento de la Inspección de Trabajo. La oficina de extranjería del Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales exige que la persona interesada realice la denuncia.

En el sistema especial para empleados de hogar la persona extranjera ya no podrá gestionar su propia alta. Esta consecuencia de la integración en el Régimen General, con toda seguridad traerá mayor economía sumergida en el empleo doméstico salvo que el incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador comience a ser objeto de sanción como en las demás ramas de actividad.

2.2. El empleador

2.2.1. El empleador cabeza de familia en el DRESS

La persona a cuyo servicio se está, y da lugar al encuadramiento en el DRESS, es según el art. 4º.1 el cabeza de familia, definido como toda persona natural que tenga algún empleado de hogar a su servicio en su domicilio y sin ánimo de lucro. En la norma de Seguridad Social, el patrono o empresario o empleador doméstico no recibe ningún otro nombre que el de cabeza de familia, término que ya no aparecerá en la norma laboral al haber caído en desuso tras desaparecer del Código Civil la autoridad familiar del varón⁴⁷⁴. El DRESS se refiere a un solo cabeza de familia por cada hogar.

Según el art. 4º. 2, en el caso de quienes prestan servicios a un grupo de personas que sin ser familia viven todas ellas con tal carácter familiar en el mismo hogar, asume la condición de cabeza de familia la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación del grupo.

La expresión “titularidad de la vivienda que habite” deberá entenderse como el derecho de habitación que puede ostentarse por propiedad o arrendamiento. La expresión excluye la posibilidad de que se atribuya la condición de empleador al simple titular que no tiene su domicilio en la vivienda, lo que es congruente con lo dispuesto en el art. 2º, 1 b) del DRESS, que para que se considere doméstico impone como condición que el servicio se preste en la casa que habite el cabeza de familia.

La norma no se pronuncia sobre cuál de las dos opciones debe priorizarse en el caso de que titular de la vivienda y representante no sean la misma persona física. Imputar la titularidad a la persona que asuma la representación del grupo resulta problemática a la luz del Derecho del Trabajo, porque permitiría considerar sujeto obligado solamente a quien el grupo escoge, aun cuando todas las personas que lo forman tuviesen una misma capacidad de dirección de la actividad laboral y fuesen igualmente destinatarios de los servicios objeto del contrato. Admitida la posible existencia de un empleador plural, ello debe tener un efecto en cuando a la deuda laboral y en las responsabilidades en materia de Seguridad Social.

⁴⁷⁴ Los arts. 917 y 1910 del Código Civil hablan del cabeza de familia, sin definirlo. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, suprimió la preponderancia del varón en el matrimonio, con lo que el uso social del término ha ido disminuyendo. En operaciones estadísticas como el Panel de Hogares de la Unión Europea, se entiende por cabeza de familia “aquél miembro del hogar que sea designado como tal”.

2.2.2. El empleador en el DRLE

El Estatuto de los Trabajadores usa la expresión empleador una sola vez, en su art. 1.1., denominación que aparece como alternativa a la de empresario, que es la única que utiliza a lo largo del texto restante. El DRLE habla solamente de empleador, vocablo que representa mejor, en el uso ordinario de las palabras, la naturaleza de la parte contratante acreedora del trabajo doméstico, sin que la expresión tenga mayor trascendencia⁴⁷⁵.

El empleador es el titular del hogar familiar. Desaparecen las expresiones amo de casa, presente en las anteriores normas laborales, y cabeza de familia, del DRESS. También se suprime la mención a la inexistencia de ánimo de lucro, que sigue presente en la norma de seguridad social. Se ha interpretado la omisión como la supresión de un elemento irrelevante en una relación laboral⁴⁷⁶, lo que es cierto en el sentido de que la existencia de un contrato de trabajo, también el ordinario, no depende de la finalidad lucrativa o no del empresario. Pero el objetivo o la aplicación del servicio doméstico recibido juega un papel central en esta relación, y la ausencia de fin de lucro se sustituye, logrando el mismo resultado, con lo dispuesto en el art. 1. 4 del DRLE, al definir el objeto de la relación laboral como los servicios prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan⁴⁷⁷, lo que excluye la actividad con un destino mercantil. En ese sentido, contratar los servicios de un empleado doméstico para acondicionar una vivienda a fin de alquilarla no sería un servicio doméstico⁴⁷⁸.

El art. 1º.3 del DRLE señala que por titular del hogar familiar se entiende tanto el que lo sea efectivamente como el simple titular del domicilio, o lugar de residencia, en el que se presta el servicio doméstico. El texto es oscuro, y el significado de ambas expresiones ha sido objeto de diversas interpretaciones. Al poco de publicarse el DRLE, se entendió que simple titular sería quien ostentase un derecho real de propiedad o arrendamiento sobre la vivienda, y titular efectivo a quien la ocupase a título gratuito⁴⁷⁹. Tiempo después, los autores que sostenían esta interpretación se decantaron por otra: titular efectivo sería el propietario o arrendador de la vivienda y simple titular el que la ocupase de hecho⁴⁸⁰.

Según la interpretación más general, la distinción busca atribuir la titularidad en el caso de formas de convivencia para-familiares. El titular efectivo del hogar familiar sería el que aparece representando a la familia entendida en el sentido típico, y la otra figura, la del simple titular del domicilio o residencia en el que se presta el servicio doméstico, se referiría al que ostenta la titularidad jurídica del

475 MONTOYA MELGAR, Alfredo y otros, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi 1997, pág. 25, califican el término empleador de “modernista”; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, en *Derecho del Trabajo*, Cívitas, 1997, decimoquinta edición, pág. 163, consideran que la expresión no es más que una traducción de las palabras inglesa y francesa; por el contrario LUJÁN ALCARAZ, José, en *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo 1994, pág. 536, considera que el término empleador se incluye para dar cabida al empleador no empresario frente al que sí lo es y precisamente para poder luego integrar la relación laboral de trabajo doméstico. En la misma línea, CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 153.

476 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, cit., pág. 210. LÓPEZ CUMBRE, Lurdes, “La relación especial del servicio del hogar familiar”, *El estatuto de los Trabajadores, 20 años después, REDT*, núm. 100, 2000, pág. 157.

477 CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 165.

478 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar (RD 1424/85 de 1 de agosto)”, *AL*, vol. I, 1986, pág. 5.

479 *Ibidem*, pág. 5. SALA FRANCO, Tomás, “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”, *RRL*, vol. I, 1986, pág. 289.

480 ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis, GARCÍA NINET, Ignacio, LÓPEZ GANDÍA, Juan, SALA FRANCO, Tomás, *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, 1991, págs. 861-862.

inmueble y vendría a resolver la atribución de la figura del empleador en el caso de convivencia de personas no unidas por vínculos familiares⁴⁸¹. Esta interpretación, válida en el caso de que el titular resida en la vivienda, no resuelve la cuestión de qué sucede en el supuesto de quien teniendo la cualidad de propietario o arrendatario de una vivienda no participe de la convivencia y no reciba los servicios domésticos. El atribuir responsabilidad al mero titular anudaría la responsabilidad a un hecho totalmente externo a la relación de trabajo, lo que no es aceptable⁴⁸². La doctrina mayoritaria coincide en considerar que el titular del inmueble tiene que ser también el receptor de los servicios domésticos⁴⁸³, y así lo ha entendido también la doctrina judicial⁴⁸⁴. Ninguno de los supuestos de titularidad del lugar de prestación de servicios es válido por sí mismo para constituir la figura del empleador; el titular del hogar familiar es el titular de la organización y dirección del trabajo doméstico⁴⁸⁵.

Tampoco podría adjudicarse la condición de empleador doméstico a quien, siendo titular de una vivienda, la pone a disposición de otra persona física o varias junto con los servicios de un trabajador doméstico, en el caso los servicios formase parte de un contrato de arrendamiento, en cuyo caso la relación laboral sería ordinaria y el empleador el dueño de la vivienda⁴⁸⁶. En el caso de la vivienda que se cede a título gratuito junto con los servicios de un empleado de hogar, se ha declarado la existencia de relación laboral especial, y como empleador el titular de la vivienda⁴⁸⁷. En este caso, el concepto de atenciones del hogar se amplía desde las que se dirigen a los miembros de la familia o quienes convivan en el domicilio (art. 1º.4 DRLE) hasta las personas que en virtud de relaciones de familia o amistad disfrutaran de las instalaciones del hogar familiar. En este supuesto, faltando el elemento de la convivencia familiar con el empleador, prevalece el carácter no lucrativo de la actividad.

No parece posible otra situación en la que se atribuya la condición de empleador al mero titular, salvo que la norma se refiera a una vivienda vacía que no es el hogar de su titular, que recibe los servicios de una persona dedicada a su mantenimiento.

Cuando la persona física que se ocupa de gestionar la prestación de servicio doméstico (contrata, ejerce el poder de dirección organizando las tareas, abona el salario, despide) es la misma que recibe los servicios, no hay problema de atribución de la condición de empleador. A partir de esto, las demás realidades requerirán de un análisis legal para el que normalmente no se contará con el dato de la voluntad de las partes expresada en un contrato escrito de trabajo⁴⁸⁸, ni el de quién aparece como pagador

481 QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio...*, cit., pág. 121-122; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La relación laboral especial de trabajo al servicio del hogar familiar” *Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores*, dirigido por Efrén Borrajo Dacruz, *Revista de Derecho Privado*, tomo II, 1987, pág. 50; CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 155; SÁNCHEZ ICART, Francisco Javier, “La relación laboral de los trabajadores domésticos” *CEF, RTSS*, núm. 27/1996, pág. 17.

482 En ese sentido, fj. 2º de la STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2002, AS 2133.

483 SALA FRANCO, Tomás, “La relación laboral especial...”, cit., pág. 289, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, “La relación especial de trabajo...”, cit., pág. 5; RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, GARCÍA ORTEGA, Jesús, y SALA FRANCO, Tomás, *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 1997, pág. 529; GARCIA VIÑA, Joaquín, “¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?”, *Tribuna Social*, núm. 207, 2008, pág. 71.

484 STSJ Cataluña 16-5-2002, AS 2133.

485 CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 155.

486 ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, y otros, Tomás, *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 862.

487 STSJ Galicia, de 13-10-2005, ROJ 3383/2005. Es el supuesto del servicio en un pazo que, además de utilizarse como segunda residencia por la familia empleadora, se cedía para el disfrute de las amistades de la misma.

488 La afirmación se refiere al contexto temporal de la norma que se está comentando.

del salario en una nómina, documentos ambos normalmente inexistentes en la relación de trabajo doméstico, y que, de existir, no serían elementos de juicio únicos ni decisivos.

2.2.3. El empleador en el Reglamento sobre inscripción de empresas

El Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero, en su art. 10.3 definía el concepto de empresario doméstico por la mera remisión al artículo 4º del DRESS.

El RD 1041/2005, de 5 de septiembre, modifica la disposición en dos aspectos que hay que pensar que son relevantes. Por una parte, incorpora el texto del art. 1º 3 del DRLE, atribuyendo la cualidad de empresario “al titular del hogar familiar o cabeza de familia, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos”, con una ligera variación en la redacción que deja igualmente clara la asignación de la condición de empleador al mero titular de la vivienda.

La segunda modificación, más importante, se refiere a las formas de convivencia de personas que “sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan con tal carácter familiar en la misma vivienda”. En tal caso, “asumirá la condición de titular del hogar familiar o cabeza de familia la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación del grupo, que podrá recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes”. La introducción novedosa de la posibilidad de que la representación del grupo recaiga de forma sucesiva en cada uno de sus componentes, parece una respuesta del legislador a resoluciones judiciales que, como más adelante se verá, habían declarado relación laboral ordinaria la de quienes prestaban servicios en inmuebles propiedad de Órdenes religiosas, que eran vivienda de personas unidas por su proyecto común, y sometidas a la disciplina de la Orden. En dichas resoluciones la sucesión de personas sin vínculo de parentesco a nombre de quienes había estado de alta el personal doméstico había sido un dato relevante para negar el carácter familiar de la convivencia.

La figura de un cabeza de familia es operativa a efectos de poder referir a alguna persona concreta la gestión de las obligaciones que suscita la relación laboral doméstica en el campo de la Seguridad Social (inscripción, alta, baja, cotización). Pero la aparición del cabeza de familia ante el sistema no excluye la posibilidad de atribuir a otras personas físicas que se han situado en la posición empleadora la responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización.

2.2.4. El destinatario de los servicios domésticos como empleador

La indefinición sobre la figura del empleador no es exclusiva de las formas de convivencia no familiares: sucede frecuentemente en grupos familiares. Y no por falta de personas físicas que cumplan las condiciones que permiten atribuir la condición de empleador, sino por su abundancia. Es decir, salvando la figura de quien contrató los servicios, que no suele ser plural, sí lo son quienes dan las órdenes y organizan el trabajo, reciben los servicios e incluso pagan el salario.

a. La familia conviviente

La cuestión de la recepción de los servicios en el contrato de trabajo doméstico, como elemento que define al empleador, no admite un paralelo con el esquema del empresario como receptor de los frutos

del trabajo en régimen de ajenidad. Si se hiciese de tal manera, serían empleadores todos los miembros de la familia. En la definición tradicional que recogía el art. 2º c) de la LCT de 1944, trabajo doméstico era el realizado “al servicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus dependientes”. Aparece así la posibilidad de separación entre empleador y receptores de los servicios, que pueden serlo incluso personas ajenas a la familia.

El DRLE también admite la separación entre el empleador contratante, que es el titular del hogar bajo cuya dependencia y por cuya cuenta se prestan servicios al hogar familiar (art. 1º 2) y los receptores de los servicios, que son los miembros de la familia o quienes convivan en el domicilio (art. 1º 4).

En el mismo hogar familiar puede contratarse a una persona exclusivamente para atender a otra. La figura del empleador, que es la persona para quien se trabaja, no se aplica con los criterios que definen la relación laboral ordinaria, por obra de la regulación legal especial. En el contrato de trabajo doméstico, el concepto de ajenidad tiene especificidades, porque la recepción de los frutos del trabajo, en este caso el servicio personal, no es paralelo al de la actividad mercantil. Cuando una persona contrata empleo doméstico para que se cuide a otra en su domicilio, el receptor de los servicios es doble: quien delega en otra persona funciones que de otro modo le corresponderían y quien recibe directamente las atenciones objeto del contrato. Mediando convivencia, la doctrina ha considerado empleadora a la persona que contrató el servicio a favor de otra⁴⁸⁹.

b. La familia matrimonial

Cuando el trabajo se presta para una familia matrimonial, por obra de la Constitución y el Código Civil, no existe la figura de un solo titular de la familia⁴⁹⁰, sino que la titularidad es compartida. El acuerdo para la prestación de trabajo se realiza habitualmente entre uno de los cónyuges (prácticamente siempre la esposa) y la trabajadora doméstica, pero la deuda laboral no va ligada al hecho de quién realiza la gestión de la contratación sino de quién es el que se sitúa en la posición del empleador. Éste, según el art. 1 del ET es quien organiza y dirige el trabajo o puede hacerlo, paga el salario y se apropia de los frutos en el sentido de recibir el servicio.

En este sentido, el empresario doméstico es la unidad familiar beneficiaria del servicio, de la que los dos cónyuges son cotitulares.

Según el art. 1319 CC “cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma”. El servicio doméstico no aparece expresamente entre las cargas de la sociedad de gananciales que menciona el art. 1362.1 del CC. A pesar de que es algo presente en las familias de clase media desde tiempo inmemorial, no es fácil encontrar la mención a los gastos derivados del servicio doméstico en los comentarios a las normas civiles sobre ejercicio de la potestad doméstica

⁴⁸⁹ Situación que reflejan, típicamente, la STSJ Cantabria de 29 de julio de 1991, AS 4489, en la que una trabajadora doméstica contratada exclusivamente para cuidar a una anciana dependiente en el domicilio de la hija de ésta, con la que convive, demanda a la hija y no a la madre, que es la receptora de sus atenciones; y la STSJ de Baleares, de 16 de junio de 1994, AS 2681, en la que la trabajadora está contratada por el matrimonio demandado, siendo su tarea exclusivamente atender a la madre uno de ellos, con quien conviven.

⁴⁹⁰ El art. 66 del CC: “El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes”.

y cargas comunes, pero en los casos en que existe referencia expresa se entiende comprendido en los gastos de sostenimiento de la familia⁴⁹¹.

En cualquier caso, el hecho de que el cónyuge que no participó en el acto de contratar acepte los servicios de la persona contratada equivale a la aceptación expresa del art. 1368 CC, según la teoría de que no es precisa la manifestación formal de voluntad cuando hay hechos de los que se concluye una voluntad inequívoca, en este caso, de constituirse en empleador doméstico⁴⁹². Excepcionalmente, se ha considerado que existía falta de legitimación pasiva en el llamamiento a juicio de la esposa, cuando el matrimonio tenía régimen de separación de bienes y había sido el esposo quien había realizado todas las gestiones para contratar una trabajadora doméstica extranjera, considerando que era él y no ella el titular del hogar familiar, a pesar de que ambos recibían indistintamente los servicios de la trabajadora y era la esposa quien se encargaba de retribuirlos⁴⁹³, posición que no compartimos.

En otro sentido, se ha considerado inexistente la falta de litisconsorcio pasivo necesario en el caso de la demanda dirigida solamente a uno de los cónyuges convivientes⁴⁹⁴, lo que es habitual en la práctica forense⁴⁹⁵.

Las obligaciones contraídas a consecuencia del contrato de trabajo doméstico, obligan al patrimonio común, si existe, ya que “de las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad (doméstica) responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge” (art. 1319, párr 2º). Se ha criticado que la responsabilidad del cónyuge que no realizó la contratación sea subsidiaria, ya que el gasto del que respondería es de los realizados por uno de los cónyuges en el ejercicio de las atenciones ordinarias de la familia y por tanto la responsabilidad debiera ser solidaria⁴⁹⁶. Las deudas derivadas del contrato de trabajo y sus consecuencias en cuanto a responsabilidades en materia de Seguridad Social, dado que la condición de empleadores es compartida, deberán entenderse solidarias, por lo que la norma civil no sería aplicable aún en el caso de que la gestión de contratar o de dar de alta en la Seguridad Social se hubiese realizado por uno solo de los cónyuges.

Incluso cuando el régimen económico del matrimonio sea el de separación de bienes, según el art. 1438 del CC, “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio

491 GARCIA SERRANO, Francisco de A., “Notas sobre el trabajo doméstico (a propósito de los artículos 1319.1 y 1438 del Código Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pág. 615. El autor señala que ‘la decisión de admitir personal de servicio (salvo acaso en familias de alto nivel) como en principio la concreta elección de la persona contratada, deberán sujetarse al común acuerdo de los esposos’, lo que no exigiría, entendemos, más que una aceptación de hecho posterior. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, señala que las cuotas de Seguridad Social son cargas matrimoniales, en *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, 1989, pág. 683.

492 SAIZ GARCÍA, Concepción, *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Thomson-Aranzadi, 2006, pág. 1.365. Reiterada jurisprudencia señala que los facta concludentia significan el consentimiento expreso.

493 Ver STSJ Cataluña, de 17-11-2005, JUR 68954.

494 La STSJ Cataluña de 27-9-2005, AS 77/2006, declara innecesario demandar a ambos cónyuges cuando se llevó a juicio al que figuraba como titular del hogar familiar.

495 La STSJ País Vasco, de 2-7-2007, La Ley 199279, es muy representativa. La demandada, casada y conviviente con su cónyuge, contrata una empleada de hogar para cuidar a aquél, resultando parte en el pleito como empleadora solamente ella y no su esposo.

496 VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, 5ª edición. 1999, pág. 1.212.

lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos”. La disposición del segundo inciso afecta a la relación económica entre los cónyuges, no a la que tiene lugar frente a la persona contratada, respecto a la cual la responsabilidad es la que determinan las normas laborales, con sus derivaciones en materia de Seguridad Social.

En el caso de tener que reclamar responsabilidades en materia de Seguridad Social, en situación de impago de cuotas, la Tesorería de la Seguridad Social se vuelve contra el cabeza de familia, entendido como tal quien dio su nombre como empleador ante el sistema de seguridad social⁴⁹⁷. Cuestión diferente es la posterior distribución de la carga entre los cónyuges. En el supuesto de que el cabeza de familia deudor no fuera solvente, la TGSS podría volverse subsidiariamente contra su cónyuge o excónyuge por la deuda generada en el periodo en que los servicios se prestaron a la unidad matrimonial. Ésta será la forma habitual de operar, pero entendemos que la TGSS podría dirigirse contra cualquiera de los cónyuges, cuya responsabilidad deberá considerarse solidaria.

En el periodo de separación matrimonial se plantea la cuestión de si las obligaciones del cónyuge separado subsisten frente a la trabajadora doméstica que en su día trabajaba para el matrimonio. En el supuesto de separación de hecho de un matrimonio en régimen de gananciales, la deuda que se pueda generar a continuación se ha considerado carga del patrimonio ganancial, independientemente del derecho a reclamar el costo de las cuotas de Seguridad Social por parte de quien no disfrutó de los servicios debido a la separación de hecho⁴⁹⁸. En el caso de separación judicial, cuando el uso de la vivienda conyugal pasa a disfrutarse por uno solo de los cónyuges, el otro pasa a cesar en la titularidad de la relación laboral doméstica, con todas las consecuencias en cuanto a exención de responsabilidades en materia laboral y de seguridad social⁴⁹⁹.

c. La pareja de hecho

Con respecto a las parejas de hecho, a diferencia de las normas del Código Civil que regulan las cargas en el contrato matrimonial, no existe ninguna disposición que permita obligar al otro miembro de la pareja en las responsabilidades contraídas por uno de los miembros en la gestión de los asuntos domésticos, o que les obligue a ambos a contribuir a las cargas derivadas de la vida en común. Por ello, en las parejas de hecho la figura de empleador puede resultar más incierta. Salvo que el contrato se haya formalizado apareciendo como empleadores ambas personas, habrá que aplicar las disposiciones previstas para el caso de que los servicios se presten a un grupo de personas que no constituyen familia. Si son titulares de la vivienda los dos miembros de la pareja no se suscita ninguna cuestión, porque la posición empresarial estaría definida por lo dispuesto en el art. 1º. 3 del DRLE. Si solo uno de ellos lo es, entendemos que aun así las obligaciones derivadas de la relación de servicios pueden imputarse a ambos, aplicando el criterio de la titularidad efectiva del art. 1º. 3, entendida como conjunto de atribuciones de dirección del hogar, unida a la recepción directa de los servicios domésticos y muy frecuente reparto de los gastos generales de la vivienda que es un indicio de posición empleadora cuando va unido a la recepción del servicio. Quien remunera el trabajo o contribuye económicamente a hacerlo no solo por ello se constituye en empleador, pero es una circunstancia que unida a otras denota a quien lo es.

497 La STSJ de 16-7-1996, AS 3317, declara ajustada a derecho la baja de oficio de la empleada a cargo del esposo, y sus consecuencias en materia de recaudación por las cuotas no abonadas, aun cuando la propietaria (titular) de la vivienda conyugal y quien contrató a la trabajadora doméstica había sido la esposa. El motivo es que él había dado su nombre como cabeza de familia empleador.

498 STSJ Contencioso administrativo de Navarra, de 18-01-2001, JUR 82173.

499 STSJ Madrid, de 11-11-2009, ROJ 9351.

d. Los grupos no familiares

Cuando los servicios se prestan para un grupo de personas que los retribuyen, que constituyen un grupo de convivencia no familiar, el empleador es un ente sin personalidad jurídica, una comunidad de bienes, entendiendo por tal la que existe cuando un derecho (propiedad, usufructo, uso y habitación, servidumbre, etc.) corresponde en común a varios sujetos. Según el art. 393 CC, en la comunidad de bienes el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus cuotas, que serán iguales mientras no se pruebe lo contrario. Según éste criterio, los derechos económicos que genera a favor del trabajador doméstico su prestación de servicios serían un crédito que debería realizar dirigiéndose a todas las personas individuales que forman la comunidad, reclamándoles su cuota de responsabilidad en las deudas⁵⁰⁰, siendo además esta cuota el límite de la responsabilidad individual. No es ésta la posición de la doctrina laboralista mayoritaria, que compartimos, que entiende que en las agrupaciones de personas naturales o jurídicas que reciben los servicios de un trabajador, existe una pluralidad de empresarios cuya responsabilidad es solidaria⁵⁰¹.

La misma doctrina sostiene el TS cuando el trabajador presta servicios simultáneamente para varios empresarios, existiendo unidad de dirección, confusión patrimonial, y prestación de servicios al grupo de forma indiferenciada⁵⁰². Esa es la situación del trabajador doméstico cuyo centro de trabajo es la vivienda común, sobre cuyos elementos comunes trabaja (además de los particulares), utilizando instrumentos de trabajo únicos y proporcionados por los empleadores, a cuyas órdenes indistintas se somete. Cada empresario individual responde solidariamente de las obligaciones laborales y de seguridad social contraídas con el trabajador, sin perjuicio de su derecho a repercutir la deuda contra los demás miembros del grupo. El TS, en sentencia de 5 de marzo de 1985 (Ar. 1274), señala que “la pluralidad de empleadores implica siempre, en relación con los trabajadores, responsabilidad solidaria”.

La práctica forense admite la interposición de demanda contra la persona que aparece como representante del grupo de personas que actúan como empleadoras de la trabajadora demandante, sin estimar la existencia de una falta de litisconsorcio pasivo necesario, que sería una cuestión a apreciar de oficio, pero en la que influye probablemente que la parte demandada no suele alegar su existencia.

e. La familia no conviviente

La pluralidad de empleadores y consiguiente solidaridad ha sido admitida en el supuesto (no infrecuente) de familiares que, residiendo en distintos domicilios, utilizan simultáneamente los servicios domésticos de la misma persona, con uno solo de ellos como contratante y pagador del salario⁵⁰³. No existe pluriempleo, sino unidad empresarial de más de un empleador. No ha sido admitida la existencia de más de un empleador en el caso de prestaciones domésticas habituales a personas de la familia no convivientes, cuando se prestaban siempre en el marco de una sola vivienda familiar⁵⁰⁴.

500 Es el criterio que sostiene QUESADA SEGURA, Rosa, en *El contrato...*, cit., pág. 122.

501 CASAS BAAMONDE, María Emilia y ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Thomson-Cívitas, 25 edición, 2008, pág. 268; MONEREO PÉREZ, José Luis, “Aspectos laborales de los grupos de empresas”, *RDT* núm. 6, 1981, pág. 113; CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 159.

502 SSTS 7-10-1987, RJ 8851; 30-1-1990, RJ 233; 30-6-1993, RJ 4939, entre otras.

503 STSJ Cataluña, de 14-10-2008, ROJ 10518. Se considera responsables solidarios al padre y la hija que recibían en sus respectivos domicilios los servicios domésticos de la misma trabajadora, siendo el padre el empresario formal, que había contratado, remitido a la trabajadora a la casa de su hija, pagaba el salario por todos los servicios y procedió al despido.

504 El caso de un pariente del empleador que diariamente acudía a comer a la casa, y a quien también se le lavaba la ropa, en el marco de la misma vivienda. STSJ Cataluña, de 16-12-2003, AS 325/2004.

La gestión de la contratación (frecuentemente a cargo de las mujeres de la familia), puede no traer consigo residencia en el domicilio en el que se va a prestar el servicio ni ninguna otra actividad como empleadora, con lo que la persona que realiza el acto de contratar lo estaría haciendo en calidad de mandataria y en representación de los verdaderos empleadores. En ese caso, se imputa la relación a las personas receptoras de los servicios, convivientes en el domicilio en que se presta el trabajo⁵⁰⁵.

A pesar de la definición del DRLE, que habla de prestación de servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar, el objeto del contrato de trabajo doméstico a veces consiste en el cuidado de personas del círculo familiar que no conviven con los empleadores. Es el caso de los descendientes que contratan personas para cuidar a sus ascendientes en el domicilio de éstos. Los descendientes contratan, definen las condiciones de trabajo y abonan los servicios, además de participar de manera más o menos próxima en la organización cotidiana del trabajo. En este caso, la prestación tiene dos caras y cumple dos funciones, ambas de orden doméstico: el cuidado y atención directa de una persona y la sustitución de otra en sus deberes familiares.

Planteado el carácter de la relación y quién es el empleador en estos supuestos, la doctrina judicial ha dado soluciones distintas. Una de ellas, declarar ordinaria la relación porque no reunía el requisito de prestación de servicios en el hogar de quien los había contratado⁵⁰⁶. Otra, admitiendo el carácter doméstico del contrato, declarar empleadora a la persona en cuyo domicilio se trabaja y a nombre de quien se abona el salario⁵⁰⁷. En una interpretación flexibilizadora, se ha dado por buena la imputación de las responsabilidades empresariales a quien aparecía tomando las decisiones de contratación y despido, aun cuando fuese un familiar que no residía en el domicilio de la persona receptora de los servicios⁵⁰⁸, llegándose a absolver a los padres en cuya vivienda y a cuyo servicio se trabajaba, declarando único empleador al hijo residente en otra localidad, por el hecho de haber contratado los servicios y procedido al despido⁵⁰⁹.

Finalmente, se ha atribuido la condición de empleador a las dos partes, responsables solidarias de las deudas laborales⁵¹⁰. Parece la solución más ajustada a derecho, puesto que la naturaleza de los servicios

505 La STSJ Extremadura de 18-3-1999, AS 1262, declara responsables solidarios de las obligaciones contraídas al padre y los dos hermanos que convivían en el domicilio de prestación de los servicios, no imputando ninguna responsabilidad a la hija y hermana que vivía aparte y había sido quien realizó el contrato verbal.

506 La STSJ Cataluña núm. 4940, de 22-9-1994, declara ordinaria la relación laboral entre la empleada doméstica y las sobrinas que contratan el cuidado de sus tías, con las que no conviven, en el domicilio de éstas. El fundamento es precisamente que no existe convivencia entre empleador y receptor del servicio y por tanto falta una de las notas de la definición legal de la relación especial.

507 La STSJ Andalucía de 15-1-1999, ROJ 141, considera que no tiene la calidad de empleadora la hija que había contratado una trabajadora para atender a su madre en el domicilio de ésta, siendo la madre quien abonaba el salario a la empleada. En el mismo sentido, la STSJ contencioso administrativo de Asturias, de 18-12-1998, RJCA 4747, declara exento de responsabilidad por falta de alta en la seguridad social al hijo de la mujer que la trabajadora atendía, que sufría una discapacidad del 88%, dado que madre e hijo residían en diferentes domicilios, aunque el hijo se ocupaba de gestiones que la madre no era capaz de realizar.

508 STSJ Madrid, 1-9-2005, JUR 220256. Condena al sobrino de la persona cuidada, que ni convivía con su tía ni era receptor de los servicios. La contratación, verbal, la había realizado la esposa del demandado y el despido lo había realizado él mismo. El fundamento de la condena es considerar empleador a quien ejerce el poder empresarial de contratar (se entiende que la esposa es mandataria del marido) y despedir. En la STSJ Madrid, de 23-1-2007, JUR 157492, se demanda a quien había realizado todos los trámites y contratado a su nombre a una trabajadora extranjera para prestar servicios como interna en el domicilio de sus padres y hermanos adultos, en el que la demandada no residía. Despide a la trabajadora y es quien resulta condenada en calidad de empleadora.

509 STSJ Castilla y León de 30-4-2002, AS 4222.

510 La STSJ Cataluña de 28-10-1992, AS 5159, que condena solidariamente y como empleadores al hijo que contrató los servicios y los retribuía y a la receptora de los mismos, la madre de aquél, que residía en diferente domicilio.

no cambia, pero sí se amplía el círculo de quienes se colocan en la situación de parte empleadora al ejercer la dirección de la relación laboral y recibir el servicio⁵¹¹.

La misma solución debería darse en las ocasiones en que la evolución de la situación física y mental de las personas a cuyo servicio se está, hace necesario que un familiar tome las riendas de la relación laboral, empiece a organizar el trabajo y ocuparse del abono del salario, a cargo o no del patrimonio de la persona atendida. Esta última circunstancia no cambiaría la consideración sobre la calidad de empleador de quien ejerce como tal o de quien sin haber participado en la contratación inicial, dirige la relación laboral en todos sus aspectos a partir del momento en que la persona cuidada ya no es capaz de gobernarse por día misma⁵¹². La manera de evitar que la titularidad de la relación laboral pase a ser también de quien ejerce las facultades del empleador sería el que existiese una declaración de incapacidad y consiguiente nombramiento de tutor en la persona que ejerce el papel de empleador. En el supuesto de personas naturales incapaces de gobernarse por sí mismas y sometidas a la tutela de personas jurídicas, se ha considerado especial la relación en la que personal de la entidad se ocupaba de gestionar la actividad del personal doméstico al servicio de la tutelada⁵¹³.

2.2.5. El empleador persona jurídica

El DRESS no contiene una exclusión explícita de las personas jurídicas como contratantes de servicios domésticos. Ésta se deduce de las notas del art. 2º. 1 de la norma, que exige que el empleador sea cabeza de familia y los servicios se presten en la casa que habite. La DRLE, en su art. 2º. 1 a) explícitamente excluye de la relación laboral especial los servicios contratados por personas jurídicas, aún cuando tengan por objeto tareas domésticas, así como el art. 10.3, del RD 84/1996, que define como trabajador doméstico al que está al servicio de los convivientes que no constituyen una persona jurídica.

No ha sido problemático el encuadramiento en el caso de quienes trabajaban para una persona jurídica⁵¹⁴, cuando el resultado de su labor tuviese alguna trascendencia frente a terceros. Según la doctrina, la esencia de la relación laboral especial no estriba tanto en la materialidad de las actividades, análogas a otras propias de determinados contratos de trabajo como los de la hostelería, limpieza de edificios o de ciertos empleados de fincas urbanas, sino en el destinatario de las mismas y su finalidad, porque el servicio doméstico viene referido no a la creación de bienes y servicios que se proporcionan a un tercero sino a la satisfacción de las necesidades de la familia dentro de su propio hogar. Con independencia de la actividad y fines de la persona jurídica, es suficiente con que aparezca como empleador⁵¹⁵.

511 De acuerdo con el carácter dual del empleador, ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, “Despido disciplinario de asistente domiciliaria por transgresión de la buena fe contractual en una relación laboral (¿especial u ordinaria?) controvertida”, en *Aranzadi BIB* 2005\734, pág. 2.

512 Es el caso de la hija que pagaba el salario y organizaba el trabajo a favor de su madre, enferma de Alzheimer, primero en la vivienda y luego en la residencia, según STSJ Comunidad Valenciana de 31-10-2006, JUR 118033/2007. En sentido contrario, la SJS núm. 19 de Barcelona, de 14-12-1995, *AL* 721/1996, declara verdadero empleador al padre que recibe los servicios en un domicilio separado de la hija, que es quien lleva las riendas de la relación laboral debido a la disminución de las facultades cognitivas del que según la sentencia es el único empleador, porque es quien paga el salario de su patrimonio, si bien a través de su hija, que actúa en representación de él.

513 STSJ País Vasco de 23-2-1999, ROJ 963; STSJ Madrid de 30-6-2009, JUR 342574.

514 La STSJ Andalucía, de 20-3-1992, La Ley 5458, declara ordinaria la relación del jardinero de una mansión de recreo cuyo titular es una Sociedad.

515 La STS, Contencioso-administrativa de 17-6-1971, JUR 3661, declara incluidas en el campo de aplicación del Seguro de Accidentes a las trabajadoras que prestan servicios domésticos en colonias infantiles de verano de la Caja de Ahorros, porque el empleador no es un amo de casa ni el establecimiento un hogar familiar; STCT de 14-11-1984, AR 8628, declarando laboral el trabajo al servicio de una Asociación benéfica sin fin de lucro.

Se plantea qué consecuencias tiene el que se ampare la prestación de servicios domésticos con un contrato de trabajo ordinario para hacer posible el encuadramiento en el Régimen General, o para obtener bonificaciones en la cotización de la Seguridad Social. Se han dado dos soluciones distintas: en el supuesto del contrato realizado por una sociedad con un matrimonio para prestar servicios de carácter exclusivamente doméstico a su socio mayoritario por mera conveniencia de éste, reputa la relación como ordinaria⁵¹⁶, por el principio de que una conducta fraudulenta no puede aprovechar a su responsable, con las correspondientes consecuencias en el orden laboral y responsabilidad solidaria de la empresa y el socio. La resolución no entra en la cuestión de si podría seguirse la misma conclusión a efectos de seguridad social, materia indisponible por las partes; entendemos que a pesar de aplicarse a la relación las normas del ET sobre despido, que era lo que se discutía, correspondía dar de baja a los trabajadores por alta indebida en el Régimen General, encuadrándolos en el RESS.

En sentido contrario, se declara especial la relación de la trabajadora contratada por una empresa para prestar servicios domésticos en el domicilio de uno de sus trabajadores, a la que tenía declarada como auxiliar administrativa, abonándole el correspondiente salario. Se declaró que la relación realmente existente era la especial de servicio doméstico⁵¹⁷. La solución es discutible dado que de los hechos probados se dedujo que la cobertura del coste de los servicios domésticos era una remuneración en especie pactada con su beneficiario, por lo que la actividad doméstica estaba adscrita a una finalidad mercantil de la empresa. En este supuesto el Régimen de Seguridad Social debió ser el General.

a. Servicios en residencias de empresa y casas de huéspedes

La Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar no admitió el alta de personas que prestaban servicios domésticos a residencias de empresa, negando el carácter familiar de la convivencia. Las tareas de limpieza en residencias habían sido declaradas domésticas y excluidas del régimen laboral por algunas Reglamentaciones de Trabajo⁵¹⁸ pero el TCT declaró que el hecho de que la vida de las residencias tuviese cierto carácter familiar, no autorizaba a declarar doméstico a su personal⁵¹⁹. El carácter familiar de la convivencia, por sí mismo y en presencia de otros datos, no justifica el alta en el Régimen Especial, lo que es el caso del servicio prestado en una casa de huéspedes, que acogía sin fin de lucro a personas que pagaban una cuota mensual⁵²⁰. Se declaró relación ordinaria la prestación de servicios domésticos en una residencia que alojaba estudiantes, con un ideario cristiano y sin ánimo de lucro⁵²¹, aun cuando la Inspección de Trabajo había levantado acta inscribiendo al empleador en el Régimen Especial. A la vista de otras resoluciones que declaran especial la relación, en este supuesto resultó decisivo el que la persona que dirigía la residencia no formaba parte del grupo de estudiantes alojados.

⁵¹⁶ STSJ Cataluña, de 2-4-2002, JUR 172512. Solución contraria da el tribunal de misma sede en el caso del contratante persona física, declarando especial la relación entre quienes habían suscrito dos contratos ordinarios cuyo verdadero objeto eran servicios domésticos, STSJ Cataluña 19-1-1995, AS 274.

⁵¹⁷ STSJ Madrid de 23-3-2004, JUR 238247.

⁵¹⁸ Entre otras, la de la Empresa Nacional Calvo Sotelo, de 23-4-1949, excluía en su art. 2 e) “al personal empleado en las Residencias en funciones o trabajos propios de servicios domésticos”; en los mismos términos, la de la Empresa Nacional Bazán, de 24 de julio de 1950, en su art. 2 d); la de la Compañía Telefónica Nacional de España, en su art. 1º e) excluía al personal dedicado atenciones complementarias, como la limpieza de locales y servicios análogos.

⁵¹⁹ La STCT 9-3-1973, AR 1217, declara inaplicable la disposición de la Reglamentación de Trabajo de la Empresa Nacional Bazán, que excluía de la condición de trabajadoras a las dedicadas al servicio doméstico en las residencias de la empresa.

⁵²⁰ STCT de 7-7-1973, AR 3192.

⁵²¹ STSJ Madrid, de 19-1-1999, AS 165.

La doctrina cambia en la STSJ Comunidad Valenciana, de 21 de enero de 1993 (AS 515), que declara incluida en el Régimen especial a la trabajadora que prestaba servicios para una Residencia de viudas y huérfanos del ejército, propiedad de un Patronato adscrito al Ministerio de Defensa, y que había ido sucesivamente apareciendo de alta a cargo de de las diferentes Directoras de la residencia como cabezas de familia. El motivo es que la Residencia como tal no era una persona jurídica. En este caso, se adjudicó indebidamente el carácter de cabeza de familia a quien ostentaba la dirección de las instalaciones cuyo titular era una persona jurídica, y a las que se accedía como derecho derivado de la pertenencia del esposo o padre a la Institución de adscripción. La resolución tiene el mismo fundamento que llevaría, como se verá más adelante, a considerar doméstica la relación laboral al servicio de comunidades religiosas, con el único requisito de que figurase como empleadora una persona física.

b. Servicios a las Congregaciones religiosas

El INP siempre tuvo el criterio de que quienes trabajaban en centros de beneficencia de órdenes religiosas prestando servicios de índole doméstica a terceros debían encuadrarse en el Régimen General⁵²². Cuestión distinta es el trabajo para las atenciones domésticas de las comunidades religiosas, que ha tenido una consideración fluctuante. La Resolución de la DG de Previsión de 28 de junio de 1966 declaró que podían afiliarse al MNSD quienes desempeñasen labores exclusivamente domésticas en los centros de enseñanza de la Iglesia (entonces, católica).

La posición de la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar fue contraria a admitir en su régimen a las personas al servicio de entidades eclesiásticas, incluyendo las fórmulas de convivencia en simples pisos, siempre que el nexo de unión de las personas fuese la pertenencia a una orden religiosa. Consideraba en este caso de aplicación la Orden de 28 de diciembre de 1966, sobre campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación en período voluntario en el Régimen General de la Seguridad Social, que en su art. 1, núm. 3 c) imponía la afiliación en el Régimen General de los laicos que prestasen servicios en establecimientos o dependencias de las Entidades eclesiásticas.

La Resolución de la DG de la Seguridad Social de 24 de marzo de 1970 declara derogada la de 1966⁵²³, y sujetos al Régimen General a quienes prestaban servicios de limpieza y análogos en un seminario diocesano, resolución que se reiteró, entre otras, en la de 17 de julio de 1975⁵²⁴, declarando que el personal seglar que prestaba servicios a entidades de la Iglesia debía inscribirse en el Régimen General de la Seguridad Social, en función de que las comunidades religiosas no tienen el carácter de persona natural cabeza de familia del Régimen Especial.

La tesis fue acogida por el TCT en el supuesto de un piso-residencia de jesuitas, a pesar de que el alta en el Régimen Especial se hubiese realizado a nombre de una de las personas naturales convivientes⁵²⁵. El Tribunal valora que la convivencia trae causa en la pertenencia a la Comunidad Religiosa, y quien figura como cabeza de familia no goza de autonomía para regir un hogar, sometido a la disciplina de la Orden.

522 STCT de 31-12-1971, AR 583/1971, Repertorio de Jurisprudencia Social, tomo 49/1972.

523 BOE 17-7-1970, marginal 1160 del Repertorio de Legislación de Aranzadi de 1970.

524 Ar. Leg. 2460/1976. Cita sus anteriores resoluciones en el mismo sentido, de 25-1-1971 y 10-5-1975. La DG de la Seguridad Social mantiene el mismo criterio en la respuesta a la consulta de 25-3-1976, sobre el personal que presta servicios domésticos en un centro de enseñanza de la Iglesia que se dedica exclusivamente a la formación de sacerdotes y religiosos, Ar. Leg. 2219/1976.

525 STCT de 15-2-1973, AR 711, sobre alta indebida en el Régimen Especial de una trabajadora que realizaba servicios domésticos para ocho jesuitas que residían en un piso llamada "Residencia L".

Posteriormente, el TCT cambia su posición en sentencia de 7-2-1976 (AR 653), admitiendo el carácter familiar de la convivencia y por tanto el alta en el Régimen Especial de tres trabajadoras que atendían a los miembros de una Orden religiosa residentes en una vivienda contigua al centro de enseñanza de la Orden, en el que impartían sus clases. Las trabajadoras habían sido dadas de alta en la misma vivienda por sucesivos amos de casa.

En adelante, el trabajo doméstico para las entidades religiosas fue considerado relación de servicio doméstico y por tanto no laboral⁵²⁶ hasta la publicación del DRLE. A partir de que la norma excluyera a las personas jurídicas como contratantes, el trabajo al servicio de las Órdenes religiosas se ha declarado relación ordinaria⁵²⁷, considerándose irrelevante que el ámbito de los servicios no tuviese ninguna proyección mercantil externa. Se señala que no toda convivencia conlleva la existencia de un hogar familiar, circunstancia que se da cuando el marco de convivencia está reglado según las pautas de un instituto de vida religiosa que tiene personalidad jurídica⁵²⁸ y es mera coordinación de privacidades, con un interés común diferente de los particulares de sus miembros⁵²⁹.

El objetivo de eludir la disposición que excluye a las personas jurídicas como posibles contratantes domésticos, ha derivado en la práctica de la contratación a nombre de una persona física lo que son servicios a grupos humanos que conviven con fundamento en su carácter de miembros de una entidad que sí que tiene personalidad jurídica, como el caso de los grupos religiosos. A partir de 1991, hay una serie de sentencias que declaran especial la relación en la que el alta en el Régimen Especial se ha hecho a nombre de la persona que ostenta las funciones de dirección de un grupo que convive por pertenecer a una asociación religiosa⁵³⁰, y en la que el cabeza de familia puede ir cambiando según el cargo pasa de unas a otras manos. La separación entre el servicio a la persona jurídica y el servicio a las personas que la componen ha llegado a admitir como relación especial la que unía a la persona que realizaba servicios domésticos en el convento de una Congregación, con fundamento en la inscripción de la Superiora como cabeza de familia en la Seguridad Social⁵³¹.

526 STCT de 20-11-1984, AR 8780, declarando la incompetencia de la jurisdicción laboral en el caso de la cocinera de una Congregación religiosa. STCT de 15-11-1988, AR 7133, declarando inexistente la relación laboral de quien limpiaba la Residencia en la que vivían los miembros de la Compañía de Jesús, porque la actividad se había desarrollado en un periodo anterior a la vigencia del DRLE.

527 La STCT de 4-11-1986, AR 10876, sobre prestación de servicios a la entidad religiosa Hermanas de la Caridad, interpreta que los servicios no se consumen por la empleadora sino por terceros, que son los miembros integrantes de la comunidad religiosa, por lo que no existe un amo de casa destinatario de los mismos. La STSJ Contencioso-administrativa, Comunidad Valenciana, de 15-11-2000, JUR 76943, declara ordinaria la prestación de servicios domésticos en la vivienda de los miembros de una Congregación religiosa y en consecuencia el régimen de encuadre, el General, en un supuesto en el que había falta de alta en la Seguridad Social.

528 STCT de 14-4-1988, AR 3260, declarando común la relación de la persona que atendía la portería de la Comunidad religiosa y encuadrable en el Régimen General.

529 STSJ de Madrid, de 4-6-1996, AS 2512. En el mismo sentido, la STSJ de Madrid, de 2-3-1995, núm. recurso 3648/94, STSJ Contencioso-administrativo Comunidad Valenciana, de 15-11-2000, JUR 76943.

530 La STSJ Navarra, de 10-5-1991, AS 3198, declara doméstica la relación entre el sacerdote contratante y la trabajadora que atiende indistintamente a los sacerdotes que ocupan un edificio de tres plantas, denominado "Residencia Bidasoa" que constituye su vivienda y a cuyo sostenimiento contribuyen. La STSJ Navarra, de 15-6-2001, AS 1881, admite como cabeza de familia a uno de los once varones que unidos por su una "misma idea de vida" residen en una vivienda propiedad de una empresa denominada Iniciativas Sociales Universitarias. La STSJ Madrid, de 13-2-2008, ROJ 24710, declara especial la relación laboral de la trabajadora doméstica al servicio de la Residencia Neila, en la que conviven mujeres de una misma idea religiosa, y en la que la trabajadora aparece dada de alta en la Seguridad Social a nombre de la que figura como arrendataria de la vivienda.

531 STSJ Cataluña, de 19-3-1999, AS 1738. El trabajo se desarrollaba en el convento, al servicio de las monjas, y la Superiora figuraba como cabeza de familia.

La exigencia de que el empleador sea una persona natural pretende cumplirse con la mera formalidad de nombrar empleador o cabeza de familia a una persona física, aunque la adscripción de la trabajadora doméstica tenga como objeto la atención de quienes resulten en cada momento beneficiarios de los servicios residenciales que se les prestan por razón de pertenencia y dentro de un proyecto de un grupo no familiar. En este caso, no se debería considerar empleador familiar al que aplica la actividad del trabajador doméstico a unidades de convivencia cuya razón de ser es la dotación de los servicios de alojamiento y manutención a quienes viven agrupados al servicio del funcionamiento de entidades no familiares.

En otros casos, la apariencia formal del empleador como una persona física no ha sido obstáculo para que se declarase ordinaria la relación laboral. Es el caso de la actividad laboral de las auxiliares domiciliarias, cuyos salarios se abonaban por los beneficiarios de los servicios, siendo el verdadero empleador el ayuntamiento que los dirigía y subvencionaba⁵³². También el caso de quienes se dedicaban al servicio doméstico en una residencia propiedad de una persona jurídica mercantil, en la que se alojaban los técnicos pagando una cuota por el servicio de alojamiento y manutención, a pesar de que quien abonaba los salarios y daba las órdenes de trabajo era la persona que aparecía como Presidente de la residencia; en este caso se considera que las tareas domésticas se estaban realizando en beneficio de la entidad mercantil⁵³³.

La reforma del RD 84/1996 en el año 2005, que incorpora la posibilidad de que en los grupos de convivencia no familiares la cualidad de cabeza de familia pueda recaer de forma sucesiva en cada uno de los componentes del grupo, no puede entenderse neutralizando la imposibilidad de las personas jurídicas de contratar servicio doméstico. Habrá que entenderla de otra forma: en el supuesto de un correcto encuadramiento en el RESS, la norma contiene la mera indicación de que es posible la rotación en las obligaciones formales, lo que no será obstáculo para que entre en juego la responsabilidad solidaria de los demás empleadores en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social por parte de quien represente al resto.

c. El trabajo en hospitales y residencias geriátricas

El DRLE, en su art. 1º. 3 habla indistintamente de domicilio o lugar de residencia. El hogar familiar como ámbito físico de la prestación de servicios se ha ampliado, llegando a formar parte del mismo cualquier lugar de residencia⁵³⁴ incluso cuando el titular de ésta es una entidad mercantil que presta a sus residentes servicios personales sanitarios y similares.

La STSJ País Vasco de 9-5-2000 (AS 3160) tuvo que pronunciarse sobre el carácter ordinario o especial de la relación de trabajo de quien prestaba sus servicios en el módulo de una residencia geriátrica con derecho vitalicio de habitación, en la que la demandante prestaba servicios similares a los de una auxiliar de clínica para su empleadora doméstica. Se declara relación especial, no solo por la

532 STSJ País Vasco, de 21-7-1992, AS 3809. STSJ Cataluña, de 21-1-1993, AS 430. De la misma manera, la STCT 26-5-1984, AR 4645, declara que deben encuadrarse en el Régimen General las trabajadoras que realizan servicios a domicilio bajo la dirección del Instituto Nacional de Servicios Sociales.

533 STSJ de Madrid, de 25-3-2003, AS 2728.

534 BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA, Fernando, "Análisis de la relación especial de empleados de hogar a la luz de la jurisprudencia", en Revista Social, núm. 81, enero de 2003.

Y http://solucionesmemento-indiv.efl.es/Actum WEB/comexperto-texto.jsp?id_art=12, apdo. II. (20-09-2010).

consideración de que la residencia en este caso es equivalente al hogar familiar, sino por la índole de las tareas contratadas, que no son de carácter estrictamente médico sanitario⁵³⁵.

En la prestación de servicios a personas alojadas en residencias e instituciones sanitarias, las funciones de una trabajadora doméstica se confunden con las del personal subalterno de la institución. Excluyendo la labor de acompañamiento, las restantes son tareas que de no ser cumplimentadas por la trabajadora doméstica tendrían que realizarse por el personal de la institución, como es el caso de la limpieza de los enseres de alimentación y la habitación que se ocupa⁵³⁶ y el alimento y limpieza personal⁵³⁷; en estos casos se ha declarado la existencia de una relación laboral doméstica, señalando las resoluciones que las funciones propiamente sanitarias las realizaba el personal de la institución⁵³⁸.

La distinción de las atenciones entre sanitarias y no sanitarias no resuelve la cuestión de la confusión de las tareas o la coordinación de éstas entre el personal de la plantilla de las instituciones con la categoría de auxiliar y los empleados de hogar. La divisoria estaría en quién da las órdenes de trabajo y paga el salario, aunque entendemos que la consideración de una relación laboral como especial no puede responder a una interpretación extensiva de la norma que la regula. De otra parte, el argumento del carácter no especializado de las tareas choca con la realidad de la cada vez mayor profesionalización del trabajo doméstico realizado con formación en geriatría y sometido, aún así, a las normas de la relación laboral especial.

Una institución residencial u hospitalaria no debe asimilarse al hogar familiar y así lo entiende la STSJ País Vasco, de 1-9-2004 (AS 3893), que reputa relación laboral ordinaria la de la trabajadora que acudía tres horas diarias a una residencia geriátrica a atender a una persona ingresada en las necesidades que se presentasen en dicho periodo de tiempo, con fundamento en que los empleadores codemandados (la persona cuidada y sus familiares) no eran titulares de la residencia en la que se desarrollaba el trabajo y por tanto del domicilio de prestación de los servicios. Frente a las resoluciones anteriores, esta última resulta más acorde con los límites del ámbito del contrato de trabajo doméstico.

d. Embajadas

Ha sido declarado de carácter ordinario el trabajo de quienes prestan servicios de cocina y limpieza en las Embajadas, por el hecho de que su actividad, además de dirigirse a la familia del embajador, servía

⁵³⁵ La sentencia se basa en que el módulo era la vivienda habitual de la contratante, que tenía sobre el mismo el derecho de habitación del art. 524 del Código Civil. Con respecto a las atenciones objeto del contrato, la sentencia declara en su fundamento cuarto que “las puede hacer cualquiera” y que la especialización de la trabajadora como auxiliar de clínica era posterior al contrato y no había sido tenido en cuenta para su realización.

⁵³⁶ STCT de 14-6-1989, AR 478.

⁵³⁷ STCT de 22-4-1989, AR 1449.

⁵³⁸ Del mismo modo, aunque la clase de relación laboral no era objeto del litigio, aparece como empleada de hogar quien primero estuvo prestando servicios en el domicilio de su empleadora y a continuación lo hizo en la residencia en que fue ingresada, debido a que padecía Alzheimer, STSJ Comunidad Valenciana de 31-10-2006, ROJ 7618. Son trabajadoras domésticas las que atendían a una persona tetrapléjica en una residencia asistida en los aspectos emocionales, dado que la asistencia física la prestaba el personal de la residencia, STSJ Castilla-León, de 4-2-2009, ROJ 274. La persona que atiende a un enfermo en una clínica, cuatro horas diarias de lunes a viernes durante algo más de dos años es empleada de hogar, STSJ de Madrid de 23-2-2010, ROJ 1694.

a sus compromisos institucionales⁵³⁹, a pesar de que la contratación se había realizado con el embajador como cabeza de familia. Se entiende que las funciones, pese a ser de naturaleza doméstica, trascienden el objetivo de atender a los miembros del hogar familiar. Esta doctrina sería extrapolable al trabajo para las residencias de congregaciones religiosas en las que sus miembros sostienen una actividad de relaciones sociales que sirve para darse a conocer e impulsar su implantación.

2.3. Servicios objeto del contrato: La naturaleza de las tareas como factor de inclusión o exclusión

Al disponer el contenido de los servicios objeto del contrato que dan lugar al alta en el régimen especial, el art. 2.1.a) del DRESS señala que deben ser exclusivamente domésticos, sin ningún desarrollo sobre cuáles son las tareas que comprenden.

El posterior RD 1424/1985, regulador de la relación laboral, detalla en su art. 1.4 las actividades objeto de la relación laboral especial. Comienza encuadrándolas, diciendo que son servicios o actividades prestadas en o para la casa en cuyo seno se realizan y a continuación da una relación abierta de las mismas, que pueden revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección y cuidado del hogar en su conjunto o alguna de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de las tareas domésticas. A partir de la publicación del DRLE se ha considerado que la norma debe tomarse como pauta de cuáles son las actividades encuadradas en el RESS, salvo aquéllas que alguna disposición especial haya excluido expresamente, como es el caso de los chóferes particulares.

Haciendo un análisis gramatical del precepto, el TSJ del País Vasco entendió⁵⁴⁰ que el párrafo está estructurado en tres partes. La primera (los servicios o actividades prestadas en o para la casa en cuyo seno se realizan) y la segunda (la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes, el cuidado o atención de miembros de la familia o de quienes convivan en el edificio) comprenden tareas que son domésticas, y la tercera parte (así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas) comprendería tareas que lo son si se realizan como una parte junto a las otras.

La primera parte de la disposición plantea la cuestión de qué sea actividad prestada para la casa. La fórmula se dirige claramente a zanjar el debate histórico sobre la condición doméstica de quienes hacían trabajos que se realizan fuera del marco físico del hogar. Hay que recordar que el DRESS habla en su art. 2º, 1 b) de “servicios prestados en la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar” y fue uno de los fundamentos de la discusión sobre la condición laboral de los chóferes particulares. La doctrina judicial ha entendido que la norma amplía el concepto primitivo⁵⁴¹ y no deja lugar a duda sobre la extensión del concepto a actividades externas a la vivienda.

539 STSJ Madrid, 18-12-2003, AS 3485, sobre la cocinera de una embajada, que atendía a la familia del embajador y a sus visitantes, comentada por AYALA DEL PINO, Cristina, “Relación común o especial de servicio del hogar familiar”, *Aranzadi* BIB 2004\149; en el mismo sentido, declarando ordinaria la relación al servicio de la embajada española en Roma, la STSJ Madrid de 15-6-2004, AS 2933.

540 STSJ País Vasco de 9-5-2000 (AS 3160), f.º 4º.

541 STS Contencioso-administrativa, de 12-12-1990, RJ 621/1991, f.º 3º.

2.3.1. El cuidado

Tal como se ha expuesto, en el periodo de la codificación del contrato de trabajo la doctrina consideró excluidos de la condición doméstica los trabajos que, aún desarrollados en el interior de la morada, exigían especialización profesional en ciertas áreas como la enseñanza, enfermería y secretaría. Después de la LCT se mantiene la interpretación restrictiva, a lo que ayudó una concepción del servicio doméstico como algo referido a tareas inespecíficas⁵⁴². No ha sido polémica la inserción doméstica de actividades que admiten diferentes niveles de especialización en tareas consideradas unánimemente como domésticas, lo que se ha denominado domesticidad intrínseca de los servicios⁵⁴³, como las de mayordomos o cocineros, o incluso la costura a domicilio⁵⁴⁴. El TCT denegó el encuadramiento en el RESS de la actividad de peluquería a domicilio por faltarle carácter doméstico⁵⁴⁵. El debate más frecuente se ha dado en relación a una actividad que sigue practicándose de manera privada de forma amplia y estable: la atención a personas enfermas o en situación de dependencia.

Se ha planteado si la titulación sanitaria en tareas de cuidado excluía la cualidad doméstica de la relación de trabajo. La STCT 27-1-1973 (AR 342), al calificar como doméstica la actividad de quien atendía a una persona en su domicilio, señala que no le atendía como enfermera, criterio que responde a la posición inicial del Tribunal sobre la importancia de la nota del carácter no técnico de los servicios de cuidado. El TS declaró ordinaria la relación laboral de quien atendía, sin titulación sanitaria, a una persona en su domicilio, porque el trabajo encomendado no reunía los caracteres de “inespecificidad, indeterminación y universalidad, frente a la tipicidad y especialización” de las tareas de la demandante, que atendía a un anciano, tomándole la tensión y dándole la medicación, en labores que según el Tribunal son propias de una enfermera⁵⁴⁶.

La línea divisoria no se ha trazado en la titulación sino en la extensión de las tareas contratadas. Las sentencias que declaran especial la relación laboral de personas con titulación sanitaria que cuidan a domicilio, señalan la existencia de labores de cuidado y atención junto a las propiamente sanitarias⁵⁴⁷. Es doméstica la relación de la persona con titulación sanitaria cuando las tareas objeto del contrato son las relativas a la atención de una persona discapacitada al no estar circunscritas a las técnicas propias de la profesión, sino a todas las que requiere el cuidado de la persona⁵⁴⁸, y cuando aún habiendo titulación “ni consta fue factor determinante de su contratación, ni era necesaria para el desempeño de las funciones desarrolladas”⁵⁴⁹. Se ha declarado doméstica la relación de quien cuidaba a domicilio con título de geriatría, declarando que la tarea solamente hubiese quedado excluida de la relación especial de haber consistido estrictamente en la atención médico-sanitaria⁵⁵⁰.

542 ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Universidad de Madrid, 1971, pág. 9; LOZANO MONTERO, Manuel, “El Servicio doméstico y el contrato de trabajo”, cit., págs. 379-384.

543 CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...* pág. 168.

544 STCT 24-3-1982, AR 1820.

545 STCT 11-6-1984, AR 5179.

546 STS 1-7-1987, RJ 5052.

547 La STSJ Cantabria, de 29-7-1991, AS 4489, es representativa de lo expuesto.

548 STCT 5-2-1985, AR 766 y en el mismo sentido STCT 13-10-1987, AR 21361.

549 STCT 22-4-1989, AR 1449.

550 STSJ Galicia, de 2-6-2009, ROJ 4438.

Con criterio diferente, se declara correctamente encuadrada en el Régimen General a la persona con titulación de enfermería que trabaja en un domicilio particular realizando las funciones propias de una enfermera y otras propias de la ayuda personal, tal como la alimentación de un enfermo terminal⁵⁵¹.

Introduciendo otra matización, la STCT 13-10-1988 (Ar 6350) señala que no es obstáculo para la consideración de doméstico el servicio que consiste en funciones de carácter técnico sanitario, porque lo que le da tal carácter es el ámbito de convivencia con el destinatario del cuidado. Sin embargo, en ésta y otras sentencias, se menciona la falta de titulación profesional como uno de los elementos a tener en cuenta para calificar la relación⁵⁵².

La actividad de cuidado o atención de los miembros de la familia está dentro de las señaladas expresamente como domésticas en el art. 1.4 RDLE, por lo que no parece haber sustento jurídico para excluirla del contrato de servicio doméstico, incluso en el supuesto de que el contrato se refiera a las atenciones personales de alguien cuyo trato requiere conocimientos sanitarios.

La distinción entre cuidado y asistencia sanitaria resulta artificiosa en algunos de los supuestos mencionados, porque tareas tales como levantar de la cama, alimentar, u otras de ayuda personal requieren conocimientos específicos dependiendo de la dolencia de la persona atendida. Tal como se ha señalado, habida cuenta que el cuidado es uno de los posibles objetos de la relación, existirá o no contrato de trabajo doméstico en función de la habitualidad de la prestación de servicios⁵⁵³ junto al resto de las condiciones del contrato de trabajo, señaladamente el trabajo a cambio de un salario y la prestación del servicio en régimen de dependencia, que significa la posibilidad del empleador de modalizar la ejecución del servicio como manifestación del poder empresarial.

Cuestión diferente es que la regulación de la relación laboral doméstica, tanto en el DRLE de 1985 como el actualmente vigente, debiera haber establecido categorías profesionales que reconociesen la cualificación del servicio prestado, con sus consecuencias económicas. De acuerdo con ambas normas no hay obstáculo legal para abonar el mismo salario a quien presta servicios en tareas domésticas sencillas y a quien reúne las habilidades profesionales que requiere el cuidado en ciertas situaciones de dependencia.

2.3.2. Los trabajos de jardinería, conducción de vehículos y análogos

Se ha discutido el alcance del art. 1º.4 del DRLE, al declarar domésticas las actividades de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, “en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas”. La cuestión es si debe calificarse de doméstica la realización de dichas actividades cuando se realizan de manera aislada del resto.

551 STSJ Canarias, de 17-3-2003, RJ 130036.

552 En la STSJ Castilla y León, Burgos, de 25-9-2001, JUR 9360/2002, se declara especial el contrato aunque sea exclusivamente para cuidar una persona dependiente por un salario superior al habitual en el sector doméstico y aquí también señala la ausencia de titulación profesional en los hechos probados. Para la STSJ Baleares, de 16-4-1994, AS 2618, es especial la relación de quien solo atendía a la persona dependiente, sin realizar tareas de hogar, aunque no consta como probado que tuviese titulación sanitaria.

553 QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio...*, cit., pág. 131.

a. Guardería y jardinería

Por lo general, la doctrina judicial ha trazado la línea divisoria entre la relación ordinaria y la especial en la importancia económica de la finca en la que se realizan los trabajos y en si debe entenderse que el objetivo principal de la actividad es la conservación de un patrimonio. No son elementos fundamentales el que constituya o no el domicilio habitual del empleador, o que la persona empleada desarrolle otras tareas además de las de jardinería.

Incluso en supuestos en los que había existido baja de los trabajadores en el régimen agrario por no existir explotación agrícola⁵⁵⁴, la atención de fincas de importancia económica se ha declarado no doméstica sino encuadrable en el Régimen General, tanto si la actividad consistía en jardinería⁵⁵⁵ como custodia frente a intrusos⁵⁵⁶. Para ser excluida del régimen doméstico no es preciso que la actividad se desarrolle en fincas que sus propietarios no habitan, o que constituyan segundas residencias⁵⁵⁷, puede producirse en la residencia habitual siempre que el objeto de la actividad exceda de las atenciones de vida doméstica y esté dirigido a mantener un patrimonio.

El razonamiento es que debe hacerse una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación de los Regímenes Especiales, con lo que es preciso “que se dé el supuesto literal y finalístico prevenido en la norma especial”, y que las tareas complementarias de guardería, jardinería y conducción de vehículos se consideran domésticas por extensión, lo que debe ser aplicado limitadamente⁵⁵⁸.

En general, el cuidado de segundas residencias y fincas de descanso en las que no se da el elemento de importancia económica señalado, ha sido calificado de relación especial⁵⁵⁹, salvando la excepción del cuidado profesional propio de un guarda jurado, que ha sido calificado de relación ordinaria, resolución que debe encuadrarse en la tendencia de exclusión de las actividades profesionales especializadas cuando no se combinan con las tradicionalmente consideradas domésticas⁵⁶⁰. La TGSS ha dado de baja en el Régimen Especial a trabajadores que se ocupaban del mantenimiento de residencias de verano y fin de

554 La STSJ Cataluña de 15-3-1993, AS 1530, declara incluido en el Régimen General al trabajador que se dedicaba exclusivamente a la jardinería y cuidado de árboles de una finca de importante extensión, denegándose la inclusión en el Régimen Especial de Hogar, por la entidad de las tareas. Previamente se había dado de baja al trabajador del Régimen Agrario, por no existir en la finca actividad agraria. En parecidas circunstancias y previa baja del régimen agrario, la STSJ Madrid 1-7-1997, AS 4817, declara relación laboral ordinaria la de guarda, jardinería y mantenimiento de una finca importante.

555 STSJ de Madrid, 29-1-1998, AS 5019.

556 STCT 10-11-1981, AR 6542; STCT 2-7-1976, AR 3645.

557 No es preciso que la finca sea de recreo: la STSJ Cataluña, de 4-9-1998, AS 3039 declara ordinaria la relación laboral del jardinero de una importante finca, residencia del empleador, en base a que el trabajador realizaba exclusivamente labores de jardinería y ninguna otra.

558 En la misma línea restrictiva, la STSJ Asturias, de 24-5-1991, declaró incluido en el Régimen General el trabajo de jardinería y el cuidado de una manada de perros en una finca que no era el hogar familiar, y como hipótesis y aunque así lo fuera, los servicios desarrollados se realizaban al margen de cualquier otra actividad al servicio del hogar.

559 Entre otras muchas, STCT 9-4-1985, marginal 2333; STCT 20-9-1988, marginal 5719; STSJ Castilla y León 2-11-1998, AS 4475, STSJ Extremadura, 20-4-1991, AS 2494; STSJ Andalucía 10-1-1996, AS 783; STSJ Madrid de 10-9-1998, AS 6011.

560 STCT 30-9-1975, AR 3997.

semana, por no reputarlas hogar familiar, pero el acuerdo ha sido anulado por los tribunales, que han declarado que el concepto hogar familiar no se contrae a una sola ubicación⁵⁶¹, doctrina que es la del TS⁵⁶².

En sentido contrario, aunque es una doctrina que no ha tenido continuidad, el TCT ha señalado que al margen de la valoración laboral de los servicios, hay que seguir lo dispuesto en la ley especial, y que ambos órdenes, laboral y de seguridad social, no tienen por qué coincidir⁵⁶³, por lo que ha declarado ajustada a derecho la baja de un jardinero en la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar y su encuadramiento en el Régimen General porque la finca que no era el domicilio familiar, con fundamento en que el art. 2º del DRESS exige que los servicios sean prestados en la casa que habite el cabeza de familia.

Sobre la exigencia de que las tareas de jardinería se desempeñen conjuntamente con otras, doctrina judicial y administrativa han sido divergentes. Judicialmente, se ha declarado que la expresión “formar parte de las tareas domésticas” del art. 1.4, se refiere a que las tareas se inscriban en el ámbito de las que normalmente se efectúan de ese modo⁵⁶⁴, lo que parece la interpretación correcta. Por su parte, la TGSS, en respuesta de 18 de enero de 2000 sobre encuadramiento de quien realizaba labores de jardinería, portería y mantenimiento para un chalet particular, declara que corresponde el alta en el Régimen General, por no realizarse las tareas junto con otras de carácter doméstico⁵⁶⁵.

Se declara relación especial la del trabajo de un matrimonio en tareas de jardinería y limpieza de la finca que no era residencia habitual del empleador, en la que la trabajadora se ocupaba de atender la residencia principal y las dependencias del servicio de seguridad, que no tiene carácter doméstico⁵⁶⁶, lo que amplía el círculo y excede el ámbito de las atenciones haciéndolo llegar a elementos externos al núcleo familiar. La realización de tareas para los dependientes del empleador había formado parte de la definición del contrato de trabajo doméstico en la LCT, pero desaparece en el DRLE, que habla de cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio. En una interpretación restrictiva de la norma, no parece calificable de doméstica la atención de instalaciones y servicio a personas que no conviven con carácter familiar, aunque la dedicación a la limpieza de las dependencias de seguridad podría calificarse como doméstica al ampararse en su carácter marginal.

b. Portería

En cuanto a las fincas urbanas, en la fase posterior al DRESS desaparece la atribución de una cualidad específica al trabajo de los porteros por el hecho de manejar elementos mecánicos como calderas, y su condición queda delimitada por el destinatario de los servicios; el TCT los declara encuadrables en el RESS si trabajan para dependencias de uso exclusivo de una familia⁵⁶⁷. Aunque la portería no aparece

561 STCT 10-11-1984, La Ley 722/1984. La concepción del hogar familiar en sentido extenso aparece en la STCT de 5-4-1976, AR 1933, al declarar doméstica la actividad de limpieza de un despacho sito en un edificio de oficinas comerciales, que el empleador utilizaba como local de estudio para sus hijos.

562 STS 12-12-1990, RJ 621/1991.

563 STCT de 21-9-1985, La Ley 14/1986.

564 SSTSJ Cataluña, de 1-4-1992, AS 2261; Andalucía, de 10-1-1996, AS 783; Castilla y León, de 2-11-1998, AS 4475.

565 Contestación de la TGSS, núm. 10-2000, de 18 de enero. Ref. CISS, JC078995, Atlas Laboral 2/2007.

566 STSJ Cataluña 22-11-2001, JUR 2002\28212.

567 SSTCT de 28-6-1974, AR 3259 y 8-11-1974, AR 4597. Por el contrario, es una trabajadora ordinaria la limpiadora de los elementos comunes de un edificio propiedad del empleador, que se dedica a alquilar las viviendas, STCT 3-3-1978, AR 1409.

mencionada entre los servicios del art. 1º 4. del DRLE, la doctrina posterior ha mantenido la misma posición, siempre que el trabajo se realizase para una sola familia⁵⁶⁸. Solución dudosa, ya que parece que las tareas de portería deberían incluirse en la relación laboral especial en los mismos supuestos que los de jardinería en algunas propiedades. Es decir, las atenciones de portería pueden exceder lo calificable de tarea doméstica por la importancia económica del bien custodiado y pasar a constituir una relación laboral ordinaria.

c. La conducción de vehículos

La consideración de los servicios de los chóferes como relación doméstica o sometida a las reglas del contrato de trabajo fue objeto de amplia discusión doctrinal antes de la Ley de Seguridad Social de 1966, en un momento en que la calificación de trabajador era condición para entrar en el ámbito de protección de las normas de seguridad social. La condición no doméstica de los chóferes se defendía por lo cualificado de sus funciones, que además se producían en el exterior de la morada familiar. El debate se zanja con la inclusión de los domésticos que prestan servicios como chóferes en el Régimen general de la Seguridad Social, por el art. 61.2 b) de la Ley de de 1966. El DRLE incluye la expresamente la actividad en su ámbito de aplicación, que sigue comprendida en el Régimen General por el art. 97.2 b) de la Ley General de la Seguridad Social.

La actividad de chófer puede realizarse en exclusiva o en combinación con otros servicios y en este caso se podría plantear la duda de cuál sea el régimen de encuadramiento.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en sentencias de 1988 y 1990, declaró ajustado a derecho el encuadramiento en el RESS del chófer particular que se dedicaba únicamente a realizar esta función al servicio del cabeza de familia, en base a su carácter doméstico, pero cambia su doctrina a partir de 1992, declarando inadmisibile el encuadramiento en el RESS incluso cuando pretende ampararse en la teoría del conjunto de actividades, basándose en el tenor literal del art. 2.1. a) y b) del DRSS, sobre las exigencia del carácter exclusivamente doméstico del servicio y la localización espacial en la casa del cabeza de familia⁵⁶⁹.

La TGSS, en respuesta de 5 de enero de 2001, sobre encuadramiento de trabajadora interna que realizaba funciones de chófer durante un tiempo estimado de 8 a 12 horas mensuales, declara que debe integrarse en el RESS debido a lo marginal de la dedicación⁵⁷⁰.

El trato diferenciado de chóferes y restante personal doméstico en materia de seguridad social no ha sido argumentado jurídicamente. En la fase en la que el servicio doméstico estaba excluido de los seguros sociales, la excepción pudo explicarse con la necesidad de proteger en materia de incapacidad a un grupo de trabajadores sujeto a un riesgo laboral superior al de la mayoría de los productores. En la fase posterior, se ha entendido que podría tener su razón en las carencias de protección del resto de trabajadores domésticos, que se han mantenido en materia de accidente laboral⁵⁷¹ hasta prácticamente el final del RESS.

568 OJEDA AVILÉS, Antonio, "Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria", *RRL*, vol. I, 1990, pág. 235.

569 STS Cont-adm. de 17-10-1988, RJ 7695. Y en el mismo sentido, STS Cont-adm. de 12-12-1990. La doctrina rectificadora, en STS Cont-adm. de 3-2-1992, ROJ 731 y STS Cont-adm. de 30-6-1992, RJ 5198/1992.

570Ref. CISS JC076211. Atlas Laboral 6/2006.

571 LUJÁN ALCARAZ, José, *El Régimen Especial de la Seguridad Social...*, cit., pág. 52.

Además del propósito de asegurarles la protección por accidente laboral, entendemos que el que los chóferes fuesen varones ha tenido un peso decisivo en la decisión de regular su encuadramiento en el Régimen General, asegurándoles así un nivel de prestaciones propio de los trabajadores del régimen laboral ordinario.

d. Actividades de recreo

Las actividades dirigidas al recreo del empleador han tenido una consideración variable. El TCT declara empleado doméstico al cuidador de unos caballos en lo que de ninguna manera podía reputarse hogar familiar, cual son las cuadras del Club de Campo, porque la actividad estaba dirigida al recreo particular del contratante. Sin embargo, declara relación ordinaria la de la limpiadora de un *txoko* (sociedad gastronómica), sin que se advierta diferencia sustancial entre ambos supuestos de hecho ya que este último establecimiento es el lugar de esparcimiento privado de personas unidas con vínculos de amistad, sin ninguna finalidad mercantil⁵⁷².

La condición del marinero de un yate al servicio de un particular no se ha analizado desde el punto de vista laboral, pero sí desde el ángulo del encuadramiento de seguridad social. El TCT declaró indebida el alta en el RESS del marinero de un yate de recreo que se utilizaba para el disfrute de su dueño, por entender que según art. 2 a) 4ª del Decreto 2864/1974, de 30 de agosto era encuadrable en el Régimen especial de los trabajadores del mar⁵⁷³.

2.4. La exclusividad de los servicios domésticos

La exigencia de dedicación “a servicios exclusivamente domésticos” para la inclusión en el Régimen Especial según el art. 2º, 1 a) del RESS, se entendió durante mucho tiempo por parte de las entidades gestoras como la imposibilidad de alta simultánea en otro Régimen de la SS. Se denegaba la afiliación en el régimen de hogar a quienes tenían a la vez otras actividades laborales o incluso aun cuando no tuviesen tal carácter, como el supuesto de quien además de realizar trabajo doméstico ayudaba a un familiar en su establecimiento comercial⁵⁷⁴; o en el trabajo autónomo⁵⁷⁵.

En todos los casos, el TCT declaró que el concepto de exclusividad se refería al trabajo realizado para el empleador a quien se prestan servicios domésticos, no a la imposibilidad de simultanear el trabajo en el sector con otras actividades y, en su caso, otros empleadores⁵⁷⁶, doctrina que era la del TS⁵⁷⁷. La interpretación del INSS era insostenible, habida cuenta que el art. 25 del DRESS establecía el cómputo recíproco de cotizaciones excluyendo de la totalización los periodos superpuestos, lo que implicaba contar con su existencia. La doctrina administrativa reciente no cuestiona el alta simultánea en el RESS y en otro régimen de la Seguridad Social⁵⁷⁸.

⁵⁷² Respectivamente, STCT 10-12-1981, AR 7272; STCT 4-6-1981, AR 3818.

⁵⁷³ STCT de 15-11-1977, AR 5608.

⁵⁷⁴ STCT 17-3-1988, AR 2592.

⁵⁷⁵ Es el caso de un servidor doméstico que además se dedicaba por su cuenta a la producción de algargatas, STCT 13-5-1976 (AR 2532. En el mismo sentido, sobre compatibilidad del RESS con el RETA, la STCT 16-12-1986, AR 13922.

⁵⁷⁶ Por todas, STCT 12-6-1984, AR 5206.

⁵⁷⁷ STS 23-6-1981, RJ 2876.

⁵⁷⁸ Doctrina administrativa, 34/2007, de 27 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones. NORMASS.

La nota de exclusividad del RESS no coincide con lo dispuesto en el art. 2.1 d) del DRLE, que permite la combinación de servicios domésticos con otros que no lo son, siempre que sean marginales, al disponer: “Respecto de las relaciones concertadas por un titular del hogar familiar con la persona que además de prestar servicios domésticos en aquél deba realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador, se presumirá la existencia de una única relación laboral de carácter común. Dicha presunción admite prueba en contrario mediante la que se acredite que la realización de estos servicios no domésticos tiene un carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico”.

Se cuestiona si en todos los casos el resultado de la prestación de servicios ajenos a los propiamente domésticos para un mismo empleador, cuando no son marginales, tiene como resultado la existencia de una sola relación laboral y la exigencia del alta en el Régimen General, o cabe hablar de una situación de pluriactividad, que daría lugar al alta simultánea en el RESS y el Régimen General.

Se ha propuesto, opinión que compartimos para la fase del RESS, que la respuesta depende de la cualidad de las tareas, que en el caso de ser las propias del trabajo doméstico aplicadas al ámbito ajeno al hogar darían lugar a una sola relación ordinaria; en el supuesto de que las tareas fuesen distintas y no constituyesen extensión de las domésticas, podrían dar lugar al encuadramiento en el RESS y el correspondiente a la actividad no doméstica⁵⁷⁹.

La realización simultánea de actividades domésticas con otras al servicio del mismo empleador ha sido objeto de análisis judicial sobre todo en actividades auxiliares de sanidad, hostelería y comercio.

Con respecto a las labores auxiliares en consultas médicas, la Orden de 20 de mayo de 1953, que dispuso la aplicación de la Reglamentación de Trabajo para establecimientos sanitarios de hospitalización y asistencia a quienes prestasen servicios en consultas médicas privadas, en su artículo 4º excluyó a quienes realizasen la limpieza, atención telefónica, recepción de avisos y tareas similares en las consultas ubicadas en el domicilio particular de su titular, si simultaneaban tales tareas con las de servicio doméstico. El TCT en sentencia de 14-11-1974 declaró, contra la posición del INSS, que procedía el encuadramiento en el RESS de quien realizaba trabajo doméstico y además auxiliaba en la consulta médica situada en la vivienda⁵⁸⁰, por lo que la admisión del alta en el régimen especial en el supuesto de tareas no exclusivamente domésticas es anterior al DRLE. La declaración doméstica de la relación de trabajo en este sector, se produce normalmente si la consulta médica está en la vivienda de su titular, o en dependencias cercanas, en algún caso aunque mediara un trabajo regular y de cierta entidad⁵⁸¹, incluso siendo distintas personas la contratante doméstica y la beneficiaria de los servicios auxiliares de la consulta⁵⁸² y en caso contrario, cuando el establecimiento es externo la relación es ordinaria⁵⁸³.

579 SALA FRANCO, Tomás, “La relación laboral especial...”, cit., pág. 291. En sentido contrario, RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, entiende que la relación sería única y común en “La relación laboral especial de trabajo...”, de 1987, cit., pág. 59.

580 STCT 14-11-1974, AR 4730.

581 Se declara especial la relación de la trabajadora que, además de las tareas domésticas, auxiliaba al empleador en la consulta de dermatólogo situada en la vivienda, tres tardes a la semana durante tres horas diarias, vestida con una bata blanca y haciendo todas las funciones propias de un ayudante, STCT 8-4-1986, AR 2248.

582 Es especial la relación de la trabajadora doméstica contratada por la madre del médico que vive en la vivienda contigua, y que colabora esporádicamente atendiendo el teléfono y la puerta. STCT 12-12-1979, AR 7059.

583 La STCT de 15-1-1982, AR 104, declara ordinaria la prestación de servicios de limpieza en la consulta de un médico en un piso que no era su domicilio. La STCT de 4-10-1984, AR 7413, declara ordinaria la relación de la trabajadora que realizaba tareas domésticas para el hogar de un médico, y también atendía las necesidades del consultorio “situado en edificio diferente”.

Se ha admitido propio de la relación especial el trabajo doméstico que se combinaba con la prestación habitual de servicios en negocios situados en el mismo espacio físico del hogar familiar, en tareas que son mera extensión a todo un área de los trabajos típicamente domésticos, como la limpieza, y también en el desempeño de tareas que no tienen ninguna relación con aquellos. Casi todos los pronunciamientos tenían en común que los servicios se prestaban en el ámbito físico de la vivienda familiar o dependencias cercanas. Propicia la declaración de doméstica la actividad de hostelería esporádica si la instalación es contigua a la vivienda⁵⁸⁴ y los pronunciamientos de signo contrario parecen contar en común con que las instalaciones del negocio están en lugar diferente⁵⁸⁵. La declaración de la relación laboral como ordinaria es más probable cuando las tareas no domésticas se desempeñaban en el exterior del hogar familiar⁵⁸⁶, pero es preciso que la dedicación tenga entidad⁵⁸⁷.

En procesos por despido anteriores a la DRLE en los que se estaba discutiendo la naturaleza laboral o doméstica de la relación, el TCT declaró la fuerza atractiva de la legislación laboral respecto a la actividad de la trabajadora de un laboratorio de análisis clínicos, cuya simultánea actividad doméstica se declara marginal⁵⁸⁸. Pero en otros supuestos se declara la existencia de una doble relación, constituida por una principal de carácter laboral en la peluquería de la empleadora y otra doméstica en el domicilio regido por el esposo de la demandada⁵⁸⁹; o la de dependiente en el comercio del empleador la mitad de la jornada y trabajadora doméstica en la otra media⁵⁹⁰. Las resoluciones sobre relación mixta no tratan sobre las consecuencias en materia de Seguridad Social, que entendemos hubiesen sido el alta en el RESS y en el Régimen General.

584 Es doméstica la trabajadora que además de las tareas domésticas de la vivienda del empleador, esporádicamente limpiaba la vajilla y útiles de cocina del restaurante propiedad de éste, que se encontraba en la planta baja de la vivienda, STCT 8-1-1985, AR 49; es especial la relación de la trabajadora que, además de limpiar la vivienda del empleador, realizaba diariamente la limpieza de las dependencias y útiles del restaurante ubicado en la misma, abierto al público al mediodía, en base al carácter marginal de los servicios, que se predica por el hecho de que la superficie del restaurante es inferior a la de la casa, abre solo al mediodía y las tareas son de limpieza, no cocina o atención a clientes, STSJ de Cataluña de 20-9-1997, AS 3600.

585 STCT de 22-4-1983, AR 3454, es ordinaria la prestación de servicios domésticos simultánea al trabajo de limpieza de establecimiento hostelero del empleador; la STCT 12-6-1985, AR 3921, declara relación ordinaria la que simultanea el cuidado de un menor y limpieza del hogar con la limpieza habitual de un comercio y atención a clientes; en el mismo sentido es ordinaria la relación de quien presta servicios en la vivienda y en un comercio, STSJ Madrid, de 28-6-1989, AR 401.

586 La STCT de 6-3-1989 (Colex 617) declara ordinaria la relación de la trabajadora que limpiaba el domicilio del empleador y su consulta odontológica, situada fuera del mismo, sin que constase el tiempo dedicado a cada uno de los menesteres. Por el contrario, la STSJ de Cataluña de 7-2-1992 declara ordinaria la relación laboral de la trabajadora que dedicaba diariamente entre el 25 y el 30% de su jornada a la limpieza de un consultorio médico del empleador, situado en el piso inferior al domicilio familiar. Hay que señalar que en primera instancia, sobre los mismos hechos probados, se consideró especial la relación por lo marginal de la dedicación.

587 Es especial la relación de quien, además de cuidar del hijo del empleador, acudía de vez en cuando al banco a ingresar el dinero del negocio de éste STCT de 25-2-1986, AR 1188. Se ha considerado esporádica y, por tanto, relación especial la de la trabajadora que prestaba servicios domésticos 15 horas semanales y además hacía la cobertura de las bajas y el refuerzo en fines de semana de mucho trabajo en el bar-restaurante de su empleadora. STSJ Cataluña, de 18-9-2002, JUR 255450.

588 STCT 23-9-1977, AR 4319. Para entonces había sido ya derogada la Orden de 20 de mayo de 1953, asignando la cualidad de domésticas de las tareas que realizaba la demandante, aunque incluso estando vigente, como se ha señalado, cabía dudar de su legalidad al contradecir la LCT. CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, pág. 205.

589 STCT 3-6-1986, AR 3988.

590 STCT 18-4-1979, AR 2337. En alguna otra resolución no queda clara cual es la consideración legal de la combinación de dos actividades, si se trata de una única relación o de dos simultáneas, ver STCT 18-11-1977, AR 5710.

Una vez vigente el DRLE, la realización simultánea de otros servicios en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador trae como consecuencia la presunción *iuris tantum* existencia de una única relación laboral de carácter común, que puede ser destruida acreditando el carácter marginal o esporádico de los servicios. La relación no es doble sino única y ordinaria.

El artículo 2º Uno d) no contiene ningún criterio sobre dónde están los límites; cuál es la medida de esporádico u ocasional frente a lo habitual y qué es lo marginal en relación a lo principal.

El concepto actividad esporádica ha sido utilizado para calificar actividades mercantiles ocasionales por parte del empleador, como en el supuesto del trabajo de los caseros al servicio de la dueña de la finca de recreo, que son trabajadores domésticos a pesar de que durante todo el periodo de la Expo 1992 -al menos un año- la finca había sido arrendada en su totalidad⁵⁹¹. En este caso, lo esporádico es la actividad por parte de la persona titular de la vivienda, que no la dedica de manera sistemática al arrendamiento, aunque discrepamos de la solución porque no se puede calificar de esporádico el trabajo que dura un año en tareas propias de una relación ordinaria.

La actividad marginal puede ser la doméstica, como en el supuesto de prestación de servicios de limpieza de oficinas y simultánea prestación esporádica de servicios domésticos⁵⁹², con lo que la relación es común.

En cuanto al tiempo de dedicación, la mayoría de las resoluciones no cuantifican un límite ni absoluto ni relativo (referido a un porcentaje del total de la jornada laboral). Es excepción la fijación de las horas dedicadas a cada actividad al argumentar el Fallo⁵⁹³, pero sí suele destacarse la nota de falta de habitualidad⁵⁹⁴ o la prueba de existir otras personas que realizan normalmente las tareas que ocasionalmente realiza la trabajadora doméstica⁵⁹⁵ con lo que la cuestión está sujeta a una total inseguridad jurídica que da lugar a sentencias contradictorias en supuestos similares. La necesidad de terminar con la ambigüedad de la norma ha sido planteada unánimemente por la doctrina⁵⁹⁶.

591 STSJ Andalucía 22-12-1998, AS 4645.

592 STSJ Cataluña, de 9-4-2002. AS 2160.

593 La STSJ Castilla y León 29-6-1998 (recurso núm. 1164) declara que la actividad doméstica y la ordinaria consistente en la atención a una residencia de estudiantes aneja a la vivienda, ocupando esta última más del 50% de la dedicación, es una única relación laboral ordinaria, frente a la pretensión de los demandados de que se estableciese la indemnización según un doble baremo. La ya citada STSJ de Cataluña de 7-2-1992 al declarar ordinaria la relación laboral de la trabajadora establece en un 25 ó 30% de la jornada diaria la actividad en el negocio del empleador.

594 La STCT 2-9-1986, AR 7247, declara especial la relación de quien de manera episódica trabaja en la farmacia de su empleadora; STCT 29-9-1987, AR 19946, en la mercería de la demandada, cuyo hijo se ocupaba de atender.

595 La STCT 9-10-1986 (AR 9215) declara especial la relación de la trabajadora doméstica que eventualmente limpiaba la carnicería propiedad de la familia, tarea que normalmente realizaban la esposa y la hermana del demandado. La STSJ Madrid 20-5-1990 (AS 1797) declara especial la relación de la trabajadora doméstica que atendía también a los alumnos del cabeza de familia en las temporadas en las que residían en la vivienda, por la ocasionalidad de los servicios y que el Club de Tenis del que era profesor tenía su propio servicio de cocina.

596 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", cit., pág. 212, señala los peligrosos antecedentes con que cuenta esta disposición legal que permite la combinación de servicio doméstico y extradoméstico, citando sentencias anteriores a la vigencia del RDLE, en las que se adjudica la calidad de empleados domésticos a trabajadores que prestan servicios en negocios mercantiles de hostelería propiedad del empleador. El motivo que se da en todos los casos es la entidad secundaria del trabajo respecto a la dedicación principal, de carácter doméstico. QUESADA SEGURA, Rosa, también califica de censurable la ambigüedad de la norma en *El contrato de servicio...*, cit., pág. 117. CUEVA PUENTE, María del Carmen, considera que hubiese sido deseable fijar los límites de los servicios marginales para evitar la inseguridad jurídica, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 214.

Respecto a las consecuencias de la concurrencia de servicios y declaración de existencia de una relación laboral ordinaria, se ha denegado el alta en el Régimen Especial⁵⁹⁷. En el caso contrario, de existir servicios ordinarios considerados marginales el encuadramiento hubiese correspondido al RESS aún faltando la nota de exclusividad; salvando las excepciones legales, se entiende que el Régimen de seguridad social sigue a la calificación laboral del servicio.

Las normas que establecen bonificaciones a la contratación para fomento del empleo, sistemáticamente declaran excluidos de sus beneficios las relaciones laborales especiales, pero la combinación de actividad mercantil y doméstica para el mismo empleador ha dado lugar a la percepción de bonificaciones de Seguridad Social, como en el caso de quien se dedicaba dos horas diarias a la limpieza del despacho profesional de su empleadora y el resto en su hogar familiar, dado que la relación laboral es una sola y ordinaria⁵⁹⁸.

2.5. Las exclusiones del régimen especial

2.5.1. Los parientes

La falta de laboralidad de las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, cuando la parte que preste el servicio no tenga la condición de asalariado, tiene como consecuencia la no inclusión en el sistema de seguridad social. En el resto de los trabajos de colaboración familiar no doméstica, en los que el fruto de la aplicación de trabajo humano por parte de miembros de la misma familia tiene como destino el mercado, se entiende que el no pago de salario no implica la ausencia de valor económico del trabajo, que incrementa el patrimonio familiar, y se le otorgan efectos jurídicos inmediatos, como la obligada inserción de los familiares en el régimen de trabajadores por cuenta propia⁵⁹⁹.

Como se va a comprobar, la exclusión de la integración en la Seguridad Social de los parientes que trabajan en el ámbito doméstico siempre ha afectado a un área de parentesco más amplia que en la relación laboral ordinaria.

a. La exclusión de parientes en los regímenes por cuenta ajena

Cuando se publica el DRESS, la Ley de Seguridad Social vigente, de 21 de abril de 1966, en su art. 7.2 dentro del Título I, sobre normas generales del sistema, establecía la exclusión de los parientes del empleador hasta el tercer grado, salvo prueba de su condición de asalariados, con otras dos condiciones: convivencia y estar a cargo del titular de la empresa. Las normas de Seguridad Social no estaban en contradicción con las laborales, pues el art. 2º a) de la LCT entonces vigente contenía una exclusión *iuris tantum* de los trabajos de carácter familiar, sin establecer un límite en el grado de parentesco. Posteriormente, el art. 3 de la O.M. de 28 de diciembre de 1966, de aplicación y desarrollo de la Ley de la Seguridad Social, restringe más la exclusión de ciertos parientes, al establecerla *iuris et de iure* para cónyuge e hijos sometidos a la patria potestad, manteniendo la exclusión del resto de familiares en los mismos términos. La disposición pasó al 7.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

597 STCT 8-10-1987 (AR 21148), en la prestación de servicios como empleada de hogar y trabajadora al servicio del negocio de hostelería del cabeza de familia.

598 SJ Contencioso-administrativo Comunidad Foral Navarra, de 14-2-2000, RJCA 540.

599 Según el art. 3 b), del D 2530/1970, regulador del Régimen de Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, están obligatoriamente incluidos los familiares por consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive, que de forma habitual, personal y directa, colaboren con los trabajadores autónomos, siempre que no tengan la condición de asalariados respecto a ellos.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976, en su art. segundo e), estableció la exclusión *iuris tantum* de todos los familiares convivientes hasta el segundo grado, salvo prueba de su condición de asalariados, exclusión que pasó en los mismos términos al art. 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores.

La discordancia entre normas laborales y de Seguridad Social en términos del grado de parentesco que da lugar a la obligación de prueba de laboralidad desaparece con la Disposición Adicional Decimocuarta del RD Ley 7/1989, de 29 de diciembre, que reforma el art. 7.2 de la Ley de Seguridad Social y le da su redacción actual, por la que la presunción –ahora *iuris tantum* en todos los grados– está en el segundo grado de parentesco, si existe convivencia y se está a cargo del empresario.

b. La exclusión de los parientes en el RESS

El art. 15 a) de los Estatutos del Montepío Nacional del Servicio Doméstico fijaba la exclusión de los familiares en el cuarto grado de parentesco, de manera absoluta y sin ningún otro condicionante. Por su parte, la norma coetánea que definía el campo de aplicación de los Seguros Sociales Unificados, el Decreto 931/1959, de 4 de junio, en su art. 5º declaraba excluidos a los parientes del patrono hasta el tercer grado siempre que viviesen en su hogar y a su cargo⁶⁰⁰.

El art. 3.1 a) del DRESS declara excluidos al cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del cabeza de familia, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado, inclusive, sin más matización. Es un artículo cuya redacción varió al añadirle un apartado 1.d) por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por lo que la pervivencia de la redacción inicial en el resto de los apartados debe entenderse intencionada por parte del legislador.

La disposición coexiste con el art. 2º b) del DRLE, que excluye de su ámbito las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, cuando la parte que preste el servicio no tenga la condición de asalariado en los términos del artículo 1º, tres, e) del Estatuto de los Trabajadores. Esta disposición establece la presunción *iuris tantum* de no laboralidad de las relaciones entre parientes hasta el segundo grado, siempre que convivan⁶⁰¹. La diferencia entre ambas normas no se reduce al grado de parentesco, sino que también alcanza al tipo de limitación: en el régimen especial de seguridad social es absoluta, en el régimen de la relación especial de trabajo, la existencia de una relación laboral está sujeta a prueba.

En relación a la prestación de servicios domésticos por parte de familiares, la doctrina del TCT denegó la afiliación hasta el tercer grado en estricta aplicación del texto del RESS, reiterando la inexistencia de discriminación sino de “prudencia legislativa y reglamentaria” debido a la característica de los servicios⁶⁰², al tratarse de “un régimen asistencial propenso a fraudes y simulaciones”⁶⁰³, siendo de destacar las sentencias que justifican la norma sobre exclusión de los familiares en la escasez de fondos del sistema de seguridad social⁶⁰⁴, declarando los límites a la afiliación necesarios y racionales. Así, se declaraba ajustada a derecho la baja en el régimen de parientes de tercer grado aunque no media-

600 El Decreto de 4 de junio de 1959 excluía a “la mujer” del patrono; la Orden de desarrollo, de 30 de junio, en su artículo 6º rectificaba y excluía al “cónyuge” del mismo.

601 El requisito de convivencia admite el sentido estricto o el amplio, referido a la convivencia económica, desligada de la física. LÓPEZ GANDÍA, Juan, “Los trabajos familiares”, VV. AA., (dir. Efrén Borrajo Dacruz), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Edersa 1987, vol. I, pág. 185.

602 Por todas, STCT 8-9-1987, AR 18641.

603 STCT 13-2-1987, AR 3169.

604 Por todas, STCT 26-10-1988, AR 6963.

se convivencia⁶⁰⁵ y sin entrar en la cuestión de si existía relación laboral, al considerar separables la esfera laboral y la de seguridad social y por tanto inaplicable el art. 1 ET para neutralizar los efectos del DRESS, “pues al ser la norma de excepción lo es en toda su extensión sin que quepa paliarla utilizando un concepto extraño a ella”⁶⁰⁶. Esta doctrina fue también la del TS⁶⁰⁷, que aplicó el art. 3.1 a) del DRESS a la prestación de servicios domésticos por parte de la suegra del cabeza de familia, con el solo fundamento del parentesco.

La doctrina se mantiene respecto a relaciones posteriores a la publicación del DRLE, declarando que la exclusión de familiares del régimen especial no se ve afectada por normas referidas a “relaciones conexas pero no componentes de la específica de Seguridad Social”⁶⁰⁸.

En algunas resoluciones del TCT se flexibiliza la doctrina declarando indebidas las bajas de parientes por afinidad, en una interpretación del art. 3.1.a) según la que los parientes afines excluidos son únicamente los del cabeza de familia, no los de su cónyuge⁶⁰⁹. Pero la doctrina judicial mayoritaria declara esta solución inaplicable precisamente porque en la concepción constitucional tan cabeza de familia es el esposo como la esposa, aunque a efectos administrativos figure solo uno de ellos⁶¹⁰.

La DG de Régimen Jurídico de la Seguridad Social, en su Circular 2-016, de 20 de abril de 1987 niega que del DRLE derive la derogación tácita de la exclusión de parientes de tercer grado y declara la aplicabilidad del DRESS en sus propios términos. La posición restrictiva en relación al alta de parientes por parte del INSS llega hasta la prestación de servicios domésticos para el consuegro, resolución revocada en sentencia por no existir parentesco en ningún grado⁶¹¹. También el parentesco sobrevenido es causa de baja en el sistema⁶¹².

La sentencia de la Magistratura de Trabajo nº 1 de Sevilla, de 16 de mayo de 1986 (La Ley 2208/1986), da un giro declarando que tras la vigencia del ET no existe ninguna limitación al trabajo doméstico del pariente de tercer grado por lo que es correcta el alta de la tía carnal que trabaja para su sobrino, en base a la interdicción constitucional de la discriminación, que se produciría en el caso de que personas que realizan trabajo doméstico con consideración legal de trabajadoras por cuenta ajena según el régimen laboral, viesen impedida su alta en el Régimen Especial por el solo hecho del parentesco (fj. 4º).

Esta posición se ve revalidada por la posterior doctrina del TC, con un punto de partida que no resta trascendencia jurídica al hecho del parentesco. En la STC 109/1988, de 8 de junio, discutiendo la aplicación del art. 3.2, sobre la excepción de la prohibición del alta en el RESD a los familiares del sexo femenino de los sacerdotes célibes, se establece como criterio general que no es discriminatoria la diferencia de trato entre parientes y quienes no lo son (fj. 2º a): “en esta materia del trabajo doméstico y de su cobertura por la Seguridad Social (como en el ámbito más general de la asignación de un carácter genuinamente laboral) el parentesco y los trabajos familiares ponen de manifiesto una diferente situación

605 STCT 15-11-1984, AR 8688.

606 STCT 15-12-1984, AR 9714.

607 STS 12-4-1986, RJ 1920.

608 STCT 8-4-1988, AR 3291.

609 En la STCT de 29-11-1988, AR 7981, al declarar indebida la baja de la hermana por afinidad del cabeza de familia. A la misma conclusión llega la STCT de 16-1-1989, AR 948, respecto a un pariente de tercer grado de afinidad.

610 STCT 25-10-1988, AR 6677 y 26-6-1989, AR 653.

611 STSJ Asturias, de 16 de octubre de 1989, AS 1019.

612 STCT 9-5-1981, AR 3122.

real entre los unidos por tales vínculos, respecto de los que no lo están. (...) no hay entre parientes del empleador y personas ajenas a todo vínculo familiar, situaciones equivalentes que permitan una comparación”. Admitida la diferencia de situaciones, la afirmación no puede llevar a la existencia de un trabajador por cuenta ajena excluido del sistema de seguridad social ⁶¹³.

Las sentencias del TC sobre denegación de alta de parientes en el RESS se refieren todas al periodo en que también la Ley de la Seguridad Social en su art. 7.2 establecía la presunción de no laboralidad de los parientes de tercer grado⁶¹⁴, con la diferencia de que la presunción era *iuris tantum*. La sentencia 79/1991 de 15 de abril⁶¹⁵ cuyo objeto es la aplicación del art. 3.1.a), declara contraria al art. 14 CE la exclusión *iuris et de iure* de los parientes de tercer grado del empleador, por el solo hecho del parentesco, frente al resto de los trabajadores sin dicha vinculación familiar⁶¹⁶. La diferencia de trato no es justificada ni razonable, a pesar de que la circunstancia de parentesco sí puede tenerse en cuenta, a efectos de, por ejemplo, obligar a probar la condición de asalariados de ciertos parientes. Pero en este caso la disposición viola también el art. 9.3 CE, al mantener una dicotomía arbitraria entre los regímenes laboral y de seguridad social del servicio doméstico, coexistiendo la presunción *iuris tantum* de no laboralidad hasta el segundo grado en el caso de familiares convivientes y a cargo, con la prohibición incondicionada del alta en el sistema de seguridad social hasta el tercer grado de parentesco. La unidad del ordenamiento jurídico exige que no se pueda afirmar a efectos laborales y a la vez negar a efectos de seguridad social la condición de trabajador asalariado del pariente de tercer grado.

En relación a la contradicción entre el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que aún en la primera etapa en la que excluía parientes hasta el tercer grado permitía probar su condición de asalariados y el art. 3.1 a) del DRESS, que los excluía incondicionalmente, el TC señala que la Ley General de la Seguridad Social, posterior en el tiempo y de rango superior al DRESS, disponía en su art. 10.4 que la reglamentación de los regímenes especiales determinaría su campo de aplicación ateniéndose a las disposiciones del título I de la norma, donde se ubica el citado art. 7.2, por lo que la denegación de la afiliación en el régimen constituiría una violación del principio de jerarquía normativa (fj. 4º, final).

A partir del anterior razonamiento, tras la reforma del art. 7.2 por RDL 7/1989, que sitúa en el segundo grado de parentesco la presunción de no laboralidad, el DRESS no debía seguir aplicándose en cuanto a la extensión de la sospecha de no laboralidad hasta el tercer grado del parentesco y así lo entendió la doctrina⁶¹⁷.

613 CARDENAL CARRO, Miguel, “La Seguridad Social en la Constitución, vista por el Tribunal Constitucional”, *Aranzadi Westlaw* BIB 1999\2063, apdo. 29.

614 Las sentencias que resuelven sobre este tema son las SSTC 79/1991, de 15 de abril (empleadora esposa de sobrino carnal); 92/1991, de 6 de mayo (yerno empleador); 59/1992, de 23 de abril (empleadora tía carnal); 49/1994, de 16 de febrero (yerno empleador).

615 Comentada por PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos, en “La exclusión de los parientes del empleador del campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico: discriminación por circunstancia personal contraria al artículo 14 CE”, *REDT*, núm. 59, 1993, págs. 411-416; y GARCÍA NINET, José Ignacio, en “La regulación del trabajo familiar y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social con especial referencia al Régimen Especial de Empleados de Hogar”, *Tribuna Social*, vol. 6, 1991, págs. 25-30; “Sobre el derecho de los empleados del hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al sistema de Seguridad Social”, en *REDT* núm. 53, 1992, págs. 405-413.

616 Las sentencias que resuelven sobre este tema son las SSTC 79/1991, de 15 de abril (empleadora esposa de sobrino carnal); 92/1991, de 6 de mayo (yerno empleador); 59/1992, de 23 de abril (empleadora tía carnal); 49/1994, de 16 de febrero (yerno empleador).

617 Ver, GARCIA BLASCO, Juan, “Desajustes entre ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales. A propósito de la reciente modificación del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social”, en *RRL*, tomo I, 1990, pág. 434.

En ejercicio de sus facultades de control, la Tesorería General de la Seguridad Social puede investigar a posteriori la verdadera naturaleza de las relaciones de trabajo doméstico entre parientes. De resultar la improcedencia del alta en el Régimen una vez realizada, no lo sería en base al parentesco sino por tratarse, en su caso, de una prestación de servicios a la que le faltan las condiciones de laboralidad. Es el supuesto de la convivencia *more uxorio*, que ha sido motivo de exclusión del alta en la seguridad social no con fundamento en un parentesco inexistente, sino en la carencia del requisito del art. 2.1.c) del DRESS, el percibir remuneración, de lo que se deriva el mismo resultado⁶¹⁸.

En el tercer grado de parentesco, es la entidad gestora de la Seguridad Social la que deberá demostrar que el trabajo de los parientes tenía carácter familiar o no reunía los requisitos del trabajo por cuenta ajena, debiendo ser suficiente la apariencia formal de laboralidad por parte de quien pretende la inclusión en el régimen. No lo entiende así la STSJ de Galicia de 20-3-1996 (AS 1848/1996), que declara la obligación por parte de una pariente de tercer grado de probar su condición de asalariada, y al no haberlo hecho, la procedencia de la baja de oficio en el Régimen.

c. El fundamento de la exclusión de los parientes en el RESS

La exclusión del trabajo familiar del ámbito de las normas laborales ha tenido como fundamento objetivo la falta de ajenidad, porque se ha entendido que la utilidad patrimonial del trabajo revierte en el grupo familiar, con independencia de quién ostente la titularidad de la empresa⁶¹⁹. Esa es la vía por la que se han admitido exclusiones que no reunían el requisito de la convivencia en un mismo domicilio⁶²⁰, siempre que se pruebe el carácter familiar del trabajo, que puede existir incluso en el caso del yerno que colaboraba irregularmente en el negocio del suegro y recibía una cantidad fija mensual no por sus servicios sino en razón de su matrimonio⁶²¹.

Pero las resoluciones que han declarado la inexistencia de laboralidad en los trabajos realizados por familiares en favor de empresas familiares de carácter mercantil, han utilizado un parámetro concreto para decidir si existía o no relación laboral: el régimen asalariado de la prestación de servicios. Condición que requiere la percepción de una remuneración periódica y un compromiso de actividad con sujeción a las órdenes del empleador. Ello, con independencia de que el fruto del trabajo beneficie también al trabajador en cuanto miembro de la unidad familiar cuyo patrimonio se ve incrementado con los resultados de la empresa, sea en el momento actual o en el futuro.

En el supuesto frecuente de trabajo doméstico en favor de familiares con los que no media convivencia, la prueba de la laboralidad tiene como elemento clave el intercambio de servicios por salario. En el caso de no mediar convivencia, no puede presumirse el estado de pariente a cargo por parte de quien está trabajando al servicio del otro, con lo que el alta en el RESS sería posible con cualquier cuantía salarial que fuese acorde con el precio de mercado de la jornada contratada, porque este dato supondría la inexistencia de trabajo benévolo, que es el motivo de la exclusión del régimen del trabajo al servicio de parientes.

En cuanto a los familiares convivientes, tanto en el RESS como en el Régimen General el concepto de familiar conviviente “a cargo” que excluiría la posibilidad de alta en el sistema de seguridad social

618 STCT 10-2-1989, AR 1605.

619 CRUZ VILLALÓN, Jesús, “La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral”, VV. AA., *El modelo social en la Constitución...*, cit., pág. 1.378.

620 LÓPEZ GANDÍA, Juan, “Los trabajos familiares”, cit., pág. 185.

621 STS 26-10-1987, RJ 7191.

es compatible con la percepción de una retribución por el servicio, siempre que los ingresos percibidos no traspasen el límite que las normas de Seguridad Social tienen establecido para la percepción de prestaciones por familiares a cargo, que van del 75% al 100% del salario mínimo interprofesional, según los supuestos, por lo que los ingresos de la persona que convive con su empleador deben superar el límite indicado.

El TC, en sentencia 2/1992, de 13 de enero, admite la continuación en el alta en el Régimen General de una trabajadora que había contraído matrimonio con su empleador, señalando en su f.º 4º que “la concurrencia de una relación familiar con otra de carácter laboral permite al legislador el establecimiento de particularidades en el régimen de esta última sin que, por esta sola circunstancia, se viole el derecho fundamental a la igualdad (...) en atención a que la existencia de relaciones familiares puede evidenciar una ‘diferente situación real’ entre los unidos por tales vínculos y los que no lo están”. Esta realidad, según el Tribunal, puede justificar la exigencia de determinada actividad probatoria por parte del interesado en la inclusión en línea con lo exigido en el art. 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores y el art. 7.2 de la LGSS pero nunca la radical y absoluta expulsión del sistema de quien resulta ser un trabajador subordinado.

d. La gestión de la TGSS del alta de parientes

A partir de las STC 79/1991, de 15 de abril y 92/1991, de 6 de mayo, declarando la posibilidad del alta de parientes, la doctrina administrativa varía formalmente. En la Circular nº 2-020 de fecha 19 de junio de 1991, sobre exclusiones por razón de parentesco en el Régimen Especial de Empleados de Hogar que transcribe la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 24 de mayo de 1991, la TGSS plantea el ajuste a la doctrina del Tribunal aceptando la existencia de una mera presunción *iuris tantum* de no laboralidad en el trabajo entre parientes y acordando admitir el alta de los parientes asalariados del cabeza de familia. No obstante, los impresos de alta no habían sido ajustados al nuevo criterio todavía año y medio después⁶²² y los impresos de alta en el RESS han mantenido siempre una redacción que tenía como objetivo desalentar el alta de familiares.

El documento para el alta, baja y variación de datos en el RESS, aprobado por Resolución de la TGSS de 24 de julio de 2003, por la que se aprueban determinados modelos normalizados en el ámbito de la gestión de la Tesorería, establece el de los empleados de hogar fijos (TA.1211/T) y los discontinuos (TA.1221). Tanto en uno como en otro y en lugar relevante bajo los enunciados, respectivamente “Declaración del titular del hogar familiar o cabeza de familia” y “Declaración del empleado de hogar” las partes declaraban “bajo su responsabilidad” no tener parentesco entre sí, y en caso de tenerlo debían indicar cuál. En el Régimen General, para el alta de trabajadores en el modelo TA.2/S no se solicita información sobre parentesco entre las partes.

De hecho, la TGSS continuó declarando indebidas o dejando sin efecto las altas en el RESS por razón de parentesco hasta el segundo grado, con la consiguiente anulación de las resoluciones por parte de los tribunales. Las sentencias reconocen la procedencia del alta de parientes de primer grado, generalmente suegras que se habían inscrito en la Tesorería a nombre del esposo de sus hijas, incluso en

⁶²² En noviembre de 1992 los impresos de alta en el RESS que entregaba la TGSS (al menos, en Bizkaia) seguían indicando textualmente la exigencia de que el solicitante “no guarde ninguna relación de parentesco, ni por afinidad ni por consanguinidad, hasta segundo grado inclusive”. Ver en el periódico *El Mundo* de 2 de noviembre de 1992, la noticia de la exigencia de retirada de los impresos por parte de la ATH-ELE de Bizkaia. Para el impreso que en 1995 se entregaba en Madrid, ver anexo III.

el caso de la que convivía con su yerno y prestaba servicios domésticos retribuidos⁶²³; exigiendo para que proceda la baja decidida por la TGSS, que al parentesco se le una la falta de efectiva realización de servicios⁶²⁴ y que la prueba de la inexistencia de servicios de la madre política sea suficiente⁶²⁵. Con el mismo motivo, se declara la improcedencia del alta de la hija que convivía con su padre al que cuidaba, en base a la ausencia de salario⁶²⁶; y el alta de la suegra en función de la inexistencia de relación laboral, y no por el grado de parentesco⁶²⁷.

El informe de la SG de la TGSS, 125/2006, de 22 de mayo, responde a una consulta que se refiere a la posibilidad de alta en el RESS de familiares hasta el segundo grado; en el mismo se cita un informe anterior, el 41/2001, sobre la misma cuestión respecto a la cuidadora de una hermana invidente, consultas ambas que reflejan que el tema no estaba aún claro en los órganos de gestión.

Los derechos fundamentales y las libertades públicas que la CE reconoce a la ciudadanía se atribuyen a las personas con independencia de su situación familiar. Los derechos laborales se refieren a “todos” los españoles, y los principios rectores de la política social exigen que el régimen público de Seguridad Social garantice prestaciones suficientes a “todos los ciudadanos”. La prohibición de trato discriminatorio por razón de nacimiento y cualquier otra condición social impediría cualquier distinción por razones familiares en el tratamiento de las relaciones de trabajo y en la protección de la Seguridad Social, salvo que cuente con una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

La convivencia “more uxorio”

La doctrina judicial anterior al ET trataba como familiares las relaciones de trabajo al mediar convivencia *more uxorio*, pasando posteriormente a considerarse amistoso el trabajo en tal contexto⁶²⁸, siempre que falten alguna o algunas de las notas de laboralidad.

El TS no admite la aplicación analógica del art. 1.3 e) del ET respecto a los convivientes *more uxorio*, declarando que la presunción de no laboralidad no alcanza a quien convive maritalmente con el titular del negocio, incluso cuando hay hijos comunes, debiendo existir prueba que excluya la relación laboral, tarea que corresponde promover a la TGSS o en su caso la Entidad gestora que pretende denegar la prestación⁶²⁹.

La doctrina del TS ha sido seguida prácticamente por todos los Tribunales Superiores⁶³⁰, que han admitido o no la existencia de relación laboral según los hechos probados en cada caso concreto, referidos

623 STSJ Galicia de 27-7-1999, La Ley 116485.

624 SSTSJ Cataluña de 2-11-1999, AS 4661; 20-3-1992, AS 1739.

625 STSJ de Cataluña, de 31-3-2005, JUR 124698.

626 STSJ Castilla y León, Burgos, 1-6-1998, ROJ 2566.

627 TSJ Andalucía Contencioso Administrativo de 19-11-1999, ROJ 14294.

628 ALONSO OLEA, Manuel, “Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. Trabajos familiares”, *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, Cívitas, 2000, pág. 85. Cita las STCT de 22-9-1964 y 23-10-1964.

629 STS 11-3-2005, RJ 3867. En el mismo sentido la STS 24-2-2000, ROJ 1445, precisa que la exclusión de la relación laboral de la pareja del titular del negocio no deriva del simple hecho de la convivencia y los hijos comunes, sino de la falta del requisito de ajenidad al existir un aprovechamiento común de los rendimientos del negocio en quien disponía libremente de las cuentas bancarias.

630 La STSJ Cataluña 14-4-2010, La Ley 110672, excepcionalmente, declara trabajos familiares los de la conviviente *more uxorio*, con presunción de inexistencia de relación laboral, que debe acreditarse.

al modo en que se desarrollaba el trabajo al servicio del negocio y al posterior acceso a los beneficios económicos del mismo⁶³¹. Las resoluciones contrarias aluden a la falta de los requisitos de dependencia o ajenidad, excluyendo la existencia de relación laboral en función del carácter amistoso de los servicios, no de su carácter familiar⁶³².

En relación con el RESS, la STS de 22-4-1986 (ROJ 12675) niega la aplicabilidad del art. 3.1,a) del DRESS en el caso de la trabajadora de hogar que convivía *more uxorio* con su empleador, con quien había tenido un hijo, dando como cierta la prestación de servicios y sin exigir prueba documentada del salario, que no suele existir en el sector (fj. 1º)⁶³³. El alta indebida existe cuando los servicios domésticos a la pareja no se prestan por un salario⁶³⁴.

Las Sentencias que reconocen la existencia de relación laboral argumentan que no debe aplicarse la analogía a las restricciones legales, y el ordenamiento jurídico debe dar un tratamiento unitario a las relaciones *more uxorio*, por lo que al no concedérseles los beneficios del estatus matrimonial a efectos civiles ni de Seguridad Social, tampoco deben padecer los desfavorables.

Se plantea si la regulación de las parejas de hecho por normas autonómicas a partir del final de los años noventa debería cambiar el criterio en la medida en que la figura ha sido objeto de mayor protección. En el supuesto de parejas inscritas, su régimen económico es variable y sujeto a pacto, por lo que deberá examinarse el supuesto concreto para conocer el grado de comunicación de bienes existente. Aun en el caso de separación total de bienes, algunas de las normas que dan reconocimiento formal a la figura de la pareja reconocen con variantes⁶³⁵ la indemnización por el trabajo realizado para el otro que haya generado una desigualdad entre el patrimonio de los dos que suponga un enriquecimiento injusto, y en concreto por la realización del trabajo doméstico, con lo que las bases de la doctrina anterior varían, y debe cambiar respecto a estas parejas⁶³⁶.

e. La excepción de los parientes femeninos de sacerdotes célibes

El art. 3.2 del DRESS permite el alta de “los familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes que convivan con ellos y que reúnan las demás condiciones exigidas siempre que no tengan ningún em-

631 Admiten que hay relación laboral en convivencias *more uxorio* STSJ Cataluña 20-6-2001, la Ley 999; Extremadura 13-2-2001, La Ley 225136; País Vasco 30-4-2008, rec. 2512; Asturias 5-6-2009, res. 1859.

632 Entre otras, STSJ Cataluña 18-3-2009, La Ley 161941; Castilla y León de Valladolid 22-9-2010, la Ley 161333; País Vasco 6-9-2005, La Ley 171419.

633 En la misma línea, la STSJ Cantabria de 31-7-1993, AS 3347/1993, que declara indebida la baja en la Seguridad Social de una trabajadora doméstica que había tenido un hijo con su empleador, de quien se presume continúa la relación con aquella.

634 La STSJ Asturias de 12-1-2001, JUR 98223, mediando convivencia *more uxorio* declara que la nulidad de la afiliación en el RESS se funda en la ausencia de pago de salario.

635 Bastantes de las normas autonómicas sobre régimen legal de las parejas de hecho prevén la compensación económica por la contribución realizada mediante el trabajo doméstico, pero la situación es diversa. Van desde la regulación Navarra por Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, que en su art. 5.5 establece el derecho a la compensación, hasta la regulación de la Comunidad Valenciana por Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las parejas de hecho, que no contiene ninguna referencia a compensaciones. En todo caso, la compensación es un derecho disponible, que puede ser objeto de renuncia mediante pacto.

636 La STSJ País Vasco de 6-9-2005, La Ley 171419, en su fj. 3º menciona de pasada la cuestión de la posible equiparación de la pareja de hecho y el matrimonio en función de la protección existente para las parejas a quienes la relación ha perjudicado económicamente, aunque el pleito se resuelve al final por la falta de dependencia en el caso concreto.

pleado de hogar a su servicio”, con el límite de un familiar por sacerdote. La norma no establece grado de parentesco al que alcanza el beneficio, por lo que la cuestión es dudosa. En un primer momento, debió extenderse hasta el tercer grado por consanguinidad y afinidad, que es el que el RESS consideraba causa de exclusión del sistema. A partir de que la presunción de trabajo familiar se extendió solo al segundo grado, parece que es el grado al que podría alcanzar.

La frase “demás condiciones exigidas” se refiere a los requisitos generales para ser alta en el régimen, de edad, capacidad para trabajar y dedicación efectiva al trabajo. No se exige que exista contraprestación económica por los servicios, con lo que se trata de una doble excepción al quedar también fuera de los requisitos de laboralidad del DRLE. Tal como se ha señalado⁶³⁷, esta disposición no sería óbice para que familiares del sacerdote que trabajasen como asalariados prestando servicios domésticos pudiesen ser dados de alta en el RESS.

El TC se ha pronunciado sobre esta disposición en la sentencia 109/1988, de 8 de junio, en el supuesto de una trabajadora que atendía a su tía religiosa teresiana célibe, gravemente impedida, a la que el INSS le había dado de baja en el RESS en aplicación del art. 3.1.a). El TC declara la inexistencia de discriminación de la trabajadora demandante de amparo, añadiendo que el trato distinto en todo caso no afectaría a la trabajadora demandante sino a su empleadora en relación con los sacerdotes, trato que tiene fundamento constitucional porque se trata de (fj. 3º) “una norma excepcional que se inscribe en el ámbito del artículo 16 de la Constitución y, en particular, en las relaciones de cooperación entre el Estado y la Iglesia Católica y las demás confesiones, trata de facilitar que los ciudadanos reciban, en el ejercicio de su propia libertad religiosa y de culto, la correspondiente asistencia religiosa (artículo 2º.1.b) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio), favoreciendo para ello el desempeño del ministerio sacerdotal por los clérigos célibes”. La sentencia desplaza el centro del análisis al trato diferenciado que se da a la parte empleadora⁶³⁸, trato que encuentra justificación en la finalidad de apoyar el ejercicio constitucional de la libertad religiosa.

La sentencia deja abierta la posible interpretación constitucional de la disposición en dos terrenos que en el caso concreto no eran materia de amparo. En el fj. 2º b) se señala el notorio problema de discriminación que puede plantear la aplicación de la excepción únicamente a las familiares del sexo femenino, y en el c) el que plantearía la interpretación en el sentido de que la regla solo es aplicable a los sacerdotes católicos. Respecto a ambas cuestiones, el TC deja sobreentender que la solución hubiese sido ampliar la excepción a los varones y a los ministros de las restantes confesiones religiosas, a las cuales alude al mencionar sus acuerdos con el Estado. Posteriormente, la STSJ Andalucía de 30-6-1990 (AS 3095) admitió extender la excepción a los familiares varones de sacerdotes célibes.

El privilegio de las parientes de los sacerdotes católicos⁶³⁹, de alta en el RESS sin necesidad de contraprestación salarial por sus servicios, tiene una consecuencia especial en materia de prestaciones. Por una parte, los periodos cotizados generarán derecho a las prestaciones del sistema a que haya lugar. Por otra parte, al fallecimiento del hijo o hermano sacerdote católico, se podrán acreditar dos de los

637 DE VAL TENA, Ángel Luis, “El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar”, *Tribuna Social*, núm. 207, 2008, pág. 49.

638 Comentada por FONTES BASTOS, María Dolores, “Servicios domésticos prestados a religiosos por familiares”, *REDT*, vol. 40, 1989, págs. 713-722.

639 La excepción ha sido calificada de estrambótica y desfasada, TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “Sobre la situación actual del régimen especial de Seguridad Social de los empleados de hogar y la necesidad de su homogeneización con el régimen general”, VV. AA., (dir. Juan José Fernández Domínguez y María de los Reyes Martínez Barroso), *Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Aranzadi, 2011, pág. 429.

requisitos del art. 176 LGSS para obtener pensiones a favor de familiares: convivencia a expensas del causante y dedicación prolongada a su cuidado. En consecuencia, la pariente del sacerdote podrá ser sucesivamente beneficiaria de la pensión a favor de familiares y luego, en su caso, acceder a la de incapacidad permanente o jubilación⁶⁴⁰.

2.5.2. Servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad

Tanto el art. 3.1. b) del DRESS como el art. 3.1. c) del RDLE, excluyen de su ámbito los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, de la misma manera y con la misma formulación que los excluye el art. 1.3.d) ET. Mientras la LCT y LRL exigían que la dedicación fuera ocasional, el Estatuto de los Trabajadores no contiene tal disposición.

Por su lado, el art. 98 a) de la LGSS mantiene el requisito de ocasionalidad para la exclusión de los trabajos amistosos del Régimen General, requisito que en la práctica no ha operado para la calificación de la relación y consecuente exigencia del alta en la SS de las relaciones estables de colaboración gratuita. Para calificar los servicios como amistosos se atiende al conjunto de los elementos del caso concreto, ya que la amistad no excluye la relación laboral, ni la excluye la falta de remuneración, que puede responder a un incumplimiento de las normas, ni tampoco lo esporádico de la prestación de servicios. El carácter esporádico de la actividad no es una nota esencial a la figura del trabajo amistoso sino un signo de no laboralidad cuando va unido a otros⁶⁴¹.

La alegación de que unos servicios domésticos no tienen causa onerosa, sean quienes fueren quienes los dan y los reciben, no presenta apenas dificultad en el supuesto de que las dos partes estén de acuerdo. La suposición común de que quien trabaja habitualmente para otro no lo hace a título gratuito, no alcanza a la mayor parte de los servicios que suelen ser objeto de la relación laboral especial, por lo que no encontraremos en las recopilaciones de jurisprudencia el caso de impugnación de resoluciones administrativas que disponen el alta forzosa en la Seguridad Social de trabajadores domésticos, respecto a situaciones en las que las dos partes negaban tal condición.

La doctrina ha trazado la línea divisoria entre el contrato de trabajo y la colaboración amistosa atendiendo a un conjunto de elementos. Uno de ellos es la motivación de las partes, que tiene que ir acompañado de la falta de alguno o algunos elementos fundamentales de la laboralidad: prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. La amistad, benevolencia o buena vecindad pueden existir en las prestaciones de servicios por un salario⁶⁴², por lo que habrá que atender al conjunto de elementos para excluir la laboralidad.

Dejando de lado el ejercicio del voluntariado, que tiene su propia especificidad, el trabajo altruista tiene unas manifestaciones externas, que son lo esporádico de los servicios, la ausencia de una jornada y horario establecidos y la falta de retribución. La existencia de un pago por los servicios no se ha considerado siempre determinante de una relación laboral, siempre que constituyese mera compensación

640 Refleja esta situación la STSJ Madrid, 17-6-2004, ROJ 8207, sobre opción entre la prestación a favor de familiares y la de jubilación de la hermana de un sacerdote que había estado de alta en el RESS mientras le atendía, y a su muerte había sido beneficiaria de la pensión a favor de familiares.

641 STSJ Cantabria, 29-12-2005, AS 3577. En el supuesto de una persona extranjera recién llegada a España, pariente de la empleada de hogar, que atendía un bar de manera puntual en ausencia del esposo de ésta, correspondiendo así al favor que se le estaba haciendo al alojarle a su llegada.

642 RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio, “Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente”, *AL*, núm. 22, 1-15 diciembre 2007, pág. 2.672.

de gastos⁶⁴³ o fuese esporádico sin estar unido a unas obligaciones de actividad regular y jornada definida, circunstancia que se entiende como signo de la ausencia de la dependencia propia del contrato laboral⁶⁴⁴, contribuyendo también a que se considere amistoso el servicio que realiza quien está ya de alta en algún Régimen de Seguridad Social en función de otra actividad⁶⁴⁵.

Sobre el significado de la remuneración y hasta dónde puede llegar, hay diversos pronunciamientos. La regularidad de la remuneración, por reducida que esta sea, hace aparecer la nota de onerosidad⁶⁴⁶. Analizando la figura del voluntariado se señala que solo podrá percibirse la ayuda estricta para compensar gastos, y no cualquier salario o equivalente, aún bajo la apariencia de indemnización⁶⁴⁷. En terreno mucho más discutible se mueven otras resoluciones, como la que declara que no hay relación laboral en el caso de quien cuidaba de la finca vecina y una manada de perros que allí había, en razón de que la tarea se realizaba con total libertad y la contrapartida económica era claramente inferior a la que hubiese correspondido por el servicio⁶⁴⁸. El trabajo de cuidado de fincas y ocasionalmente del ganado a cambio de alojamiento y a veces también manutención, sin mediar salario, por parte de personas que antes habían carecido de una vivienda en condiciones, ha sido considerado trabajo amistoso realizado en base al agradecimiento⁶⁴⁹. En estos casos, cuando la persona que presta los servicios alega laboralidad, habrá que estar al dato concreto de las tareas realizadas, sin que la falta de remuneración por sí sola pueda ser el dato decisivo, y tampoco el que el trabajador pueda tener motivos para estar agradecido, salvo que se pruebe la ausencia de un compromiso de actividad a disposición del dador de trabajo⁶⁵⁰.

2.5.3. Los acuerdos de colaboración y convivencia familiar

El art. 2º.2 DRLE declara excluidos de su campo de aplicación las relaciones de colaboración y convivencia familiar, salvo prueba en contrario de la existencia de los requisitos de remunerabilidad, dependencia y ajenidad. Dado que la norma excluye las relaciones amistosas en otro lugar (art. 2.1. c) se ha interpretado que este apartado pretende excluir de la condición laboral otro tipo de relación: la prestación de servicios domésticos realizadas por personas no familiares a cambio de ciertos beneficios⁶⁵¹.

643 STSJ Extremadura de 2-3-1998, AS 933.

644 Ver TCT 18-6-1985, AR 4066.

645 STCT 24-4-1985, AR 2679.

646 Según la STS Cont-Ad. de 17-5-2002, RJ 7028, en el supuesto de un vigilante de estacionamiento.

647 STSJ Murcia de 30-7-1994, AS 3200, fj. 3º.

648 STSJ Madrid de 10-2-1998, AS 417. El S.M.I. en la fecha de los hechos era 66.630 pts., y la retribución del demandante, 50.000 pts.

649 STCT 13-11-1976, AR 5220; STSJ Cataluña 6-2-1997, AS 1823; STCT 28-3-1984, AR 2852.

650 Tal como señala la STSJ Cont-Ad. Castilla La Mancha, Albacete, de 26-5-2005, RJ 162027, “debe presumirse existente un vínculo de naturaleza laboral entre quien presta su actividad, sometido a un horario y dirección, y quien se ve beneficiado de la misma. Siendo además necesario que exista una suficiente y contundente acreditación de lo contrario, atendiendo a lo cotidiano de la existencia de auténticas relaciones laborales no formalizadas, en claro fraude de ley, que se conciertan con claro abuso de la situación de superioridad, jurídica y normalmente económica, entre quien puede ofrecer trabajo y quien lo necesita, y que comporta como consecuencia la de aplicación de la norma que se pretende eludir (artículo 6.4 Código Civil y artículo 15.3 ET). Es precisamente esa situación de desigualdad, la esencia del propio derecho del trabajo, que trata de poner cortapisas a un abuso fuertemente extendido, consistente en encubrir lo que no son sino auténticas relaciones de trabajo, bajo excusas diversas, tales como situaciones de amistad (...)”.

651 CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 139.

Por otro lado, el contrato de trabajo doméstico que supone el encuadramiento en el régimen especial admite como contraprestación de los servicios “un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea” según lo dispuesto en el art. 2º.1. c) del DRESS. La norma es concordante con el concepto de remuneración de la LCT de 1944, que al definir el contrato de trabajo en su art. 1º, lo declara existente cuando se prestan servicios en régimen de dependencia por una remuneración sea la que fuera su forma o clase.

Se plantea si la referencia a “cualquier clase de remuneración” en el DRESS obliga al encuadramiento en el régimen de quien presta servicios domésticos a cambio únicamente de alojamiento y manutención, o de promesa hereditaria. Habrá que entender que solo será posible en la medida en que exista relación laboral que la fundamente.

En el régimen laboral ordinario, el cobro de un salario como nota delimitadora de la existencia de relación laboral no ha operado en el trabajo al servicio de una comunidad de propietarios, en la que ha sido suficiente prueba de laboralidad la percepción de un salario en especie, consistente en disfrute de la vivienda⁶⁵².

En el trabajo doméstico, la doctrina dominante sobre el intercambio de trabajo por alojamiento y manutención, o incluso promesa de herencia, es que se trata de negocios jurídicos civiles, sin carácter laboral por faltarles el elemento de la retribución salarial. El TCT declara de carácter familiar el pacto de convivencia del demandado con sus sobrinos, parientes por tanto de cuarto grado, mediando servicios domésticos y salario mensual, debido a que el compromiso mutuo era vitalicio e incluía los gastos de manutención de ellos mismos y sus hijos⁶⁵³, lo que debe entenderse como una contraprestación que excede el salario. Posteriormente, vigente el DRLE se ha negado la relación laboral en la situación de convivencia del dueño de una vivienda con otras personas no familiares que le prestaban servicios domésticos a cambio de habitarla, porque había prestaciones mutuas de servicios, la convivencia era cuasi-familiar y quienes alegaban su condición de trabajadores obtenían sus ingresos de otras actividades⁶⁵⁴.

La relación de estricto intercambio de servicios por alojamiento entre no familiares ha sido considerada no laboral al faltar el requisito de remunerabilidad, y por tanto indebida el alta en el RESS⁶⁵⁵, lo que significa que el uso de la vivienda no se considera salario.

Como excepción a la doctrina mayoritaria, por demanda planteada por la Inspección de Trabajo, se ha declarado la existencia de relación laboral entre quien había instituido un legado por el que dejaba su vivienda a una persona a cambio de recibir sus cuidados mientras viviese⁶⁵⁶, en función de la actualidad y realización efectiva de los servicios, y el carácter de promesa a futuro de la recepción de la herencia.

En sentido contrario, el trabajo doméstico realizado bajo promesa sucesoria por parte de quien además disponía de las cuentas bancarias del demandado ha sido declarado excluido de la relación laboral por faltarle la nota de la remuneración, sin que quepa equiparar a tal en el orden laboral la promesa de

652 Según la STSJ País Vasco de 19 de enero de 1993, AS 386, existe relación laboral en la limpieza del portal que ocupa una hora diaria y las escaleras que ocupan tres horas semanales, a cambio de la cual se disfruta el uso de una vivienda. Se acreditó que durante años no se había abonado salario en metálico (que se había convenido, pero sin que la sentencia declare probada ninguna cuantía).

653 STCT 13-12-1983, AR 10774.

654 STSJ Valencia de 7-6-2000, JUR 1675/2001.

655 STSJ Cataluña 10-2-2003, JUR 116008.

656 STSJ Castilla-León, Valladolid, 19-6-2006, ROJ 3137.

testamento, independientemente de la posibilidad de reclamar civilmente por enriquecimiento injusto al haberse incumplido lo prometido. En este supuesto falta el requisito de ajenidad, a partir del dato de la disposición común de las cuentas bancarias, unido a la inexistencia de un salario garantizado con independencia de los recursos económicos de quien recibe los servicios⁶⁵⁷.

La atención doméstica y el cuidado tienen con cierta frecuencia como contraprestación la transmisión de la propiedad de la vivienda por medio de una donación, reteniendo para sí el usufructo la persona que recibe los servicios, acto que se rige por sus propias disposiciones de orden civil⁶⁵⁸ y que puede ser revocado en el supuesto de que la condición impuesta no se cumpla⁶⁵⁹.

2.5.4. El cuidado familiar de la Ley de Dependencia

a. La persona cuidadora

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LAAD), ha creado una nueva figura de colaboración que participa en unos casos de la condición de trabajo familiar y en otros del que se realiza por razones de buena vecindad, con consecuencias específicas en materia de Seguridad Social. Es la actividad definida en el art. 2.5 como cuidados no profesionales: “la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada”. El art. 18 LAAD establece una prestación económica que denomina “para los cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales”, variable en función del grado de dependencia y la capacidad económica del beneficiario y dispone que el cuidador se ajustará a las normas que reglamentariamente se determinen en materia de afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social.

La expresión cuidado no profesional debe entenderse como el que se realiza al margen de las modalidades profesionales del cuidado, del art. 2,6 LAAD, que son los cuidados prestados por una institución pública o entidad, con y sin ánimo de lucro, o profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro.

La ausencia de profesionalidad se refiere a la relación entre persona cuidada y cuidadora, basada en el vínculo afectivo –ya sea familiar o de buena vecindad- en la que la causa de la prestación de atención y cuidado no es remuneratoria. Se ha identificado la ausencia de profesionalidad también con la falta de cualificación debida⁶⁶⁰, interpretación que no compartimos, ya que lo que está tipificando es la situación de quien, sin mediar relación laboral, se ocupa de su familiar o vecino en situación de dependencia, contribuyendo a una finalidad que se considera de interés social. A estos efectos, no tendría ninguna incidencia el grado de capacidad técnica de la persona cuidadora para el ejercicio de sus funciones.

Planteado el cuidado familiar o por personas del entorno como excepcional, la LAAD lo prevé para el supuesto de quienes ya estuviesen siendo atendidos de esta manera (art. 18), cuando esta fórmula de

657 STSJ Valencia de 2-7-1998, AS 2986.

658 GARCIA SERRANO, Francisco de A., “Notas sobre el trabajo doméstico...”, cit., pág. 617.

659 STS Sala de lo Civil, 6-4-1999, RJ 2656.

660 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El régimen ‘cuasi-profesional’ de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, *CEF, RTSS*, núm. 297, diciembre 2007, pág. 58. MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “El incipiente reconocimiento de los cuidadores informales”, *RLLL*, tomo I, 2009, pág. 11 de la edición electrónica del artículo en *LA LEY* 12452/2009.

cuidado se haya establecido en el Plan Individual de Atención (art. 14.4). Las causas de excepcionalidad no están regladas, y de acuerdo con las estadísticas del Sistema Nacional de atención a la dependencia, es la prestación más frecuente⁶⁶¹, lo que viene condicionado por poderosas razones económicas.

Del lado de las familias, junto a motivaciones afectivas variables según el caso, está la existencia del copago en los servicios de atención, que supone una merma importante del patrimonio de la persona atendida y, en su caso, de su círculo familiar,⁶⁶² y puede alcanzar hasta el 90% de su costo en la atención residencial, y el 65% en los centros de día y Servicio de Ayuda a Domicilio.

Del lado de las Administraciones que gestionan el sistema, la prestación para cuidados en el entorno familiar es con diferencia la que menos gasto genera⁶⁶³ porque además de ser la inferior en cuantía es la que más cobertura ofrece en términos de horas de cuidado.

El círculo de las personas que pueden cuidar bajo esta figura se establece en el art. 1 del RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia. Son el cónyuge y parientes hasta el tercer grado por consanguinidad, afinidad o adopción. En el caso de las personas de entorno, deben residir en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y haberlo hecho durante el periodo previo de un año.

La experiencia del funcionamiento del sistema planteó la necesidad de asegurar que la prestación de cuidados en el entorno familiar cumpliera su función. Por Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo, se publica el Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, para la mejora de la calidad de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

El Acuerdo citado, basado en los arts. 8.2.c, y 18.2 de la LAAD, unifica los criterios de gestión de la prestación de cuidado en el entorno familiar, estableciendo los requisitos de idoneidad de la persona cuidadora y el seguimiento de la calidad de los cuidados. El valor del Acuerdo hay que ponerlo en relación con el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, que establece en su art. 12 que son las Comunidades Autónomas las que establecerán los requisitos y condiciones de acceso a las prestaciones económicas, teniendo en cuenta lo dispuesto en el acuerdo adoptado por el Consejo Territorial. De tal forma que es cada Comunidad Autónoma la que fija en último término las condiciones de acceso a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, en aquello que sea compatible con los reglamentos de la LAAD, sin otra limitación.

En el apartado Segundo del Acuerdo, sobre condiciones de acceso a la prestación, el nº 2. a) establece que la atención debe darse en el marco de una relación familiar, sin que pueda darse en el de una

661 Según dato de la estadística del sistema para la autonomía y la atención a la dependencia a 1-4-2012, la prestación de cuidados en el entorno familiar es la concedida en el 45,5% de los casos, y tiene 428.979 beneficiarios. En www.imsersodependencia.csic.es/index.html.

662 Ver SALA GALVÁN, Gemma y LÓPEZ TERRADA, Eva, “La financiación del sistema y la aportación de los beneficiarios”, VV. AA. (coord. Roqueta Buj, Remedios), *La situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, 2009, págs. 544-620. Asimismo DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel, “Crisis económica y dependencia: especial referencia al régimen de financiación”, VV. AA., (coord. Monereo Pérez, José Luis y Sánchez Montoya, José Esteban), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, 2010, págs.742-745.

663 El Real Decreto 570/2011, de 20 de abril, fija cuantías de las prestaciones para el año 2011 (las cifras se mantienen en el 2012). Para la gran dependencia de II grado, la prestación para cuidados en el entorno familiar es de 520,69 €; mientras la vinculada al servicio es de 833,96 €; existe diferencia en todos los tramos.

relación contractual, ya sea laboral o de otra índole. Subsannando lo limitado del concepto de relación familiar del RD 615/2007, extiende como situaciones asimiladas a la relación familiar a las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento.

El nº 2. b) del Acuerdo exige que la persona cuidadora tenga aptitud física y síquica para realizar las tareas de cuidado, salvo que cuente con apoyos complementarios. El objetivo es doble: asegurar la atención de la persona cuidada y la salvaguarda de la salud de la cuidadora, teniendo en cuenta la frecuente realidad de situaciones en las que ambas son personas de edad avanzada.

Según el nº 2. c), la persona cuidadora deberá contar con tiempo de dedicación suficiente para atender a la persona beneficiaria en aquellas situaciones en que necesita ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria. La medida responde al objetivo de que la prestación no se abone cuando no hay ninguna dedicación al cuidado por parte de la persona designada.

Sin embargo, el Acuerdo no exige que el cuidado se realice personalmente, ya que tal como señala el apartado Segundo 3.1 del texto: “la concesión de la prestación de cuidados en el entorno familiar debe conllevar la designación de una persona cuidadora principal, que deberá asumir la responsabilidad del cuidado, aunque en el ejercicio de las funciones de cuidado pueda estar apoyada por otras personas”. Con esto se abre la puerta a la contratación de personas no familiares para realizar una parte o toda la actividad de cuidado directo.

Según el nº 3.5 la cuidadora tiene que cumplir los requisitos de convivencia o domicilio suficientemente próximo a juicio de los servicios sociales, con lo que se flexibiliza la condición de convivencia que exigía el art. 14.4 LAAD para el cuidado no profesional.

La condición de cuidador del entorno familiar, ya definida con ocasión de regular su protección de Seguridad Social en el art. 1 del RD 615/2007, se perfila con más detalle en el RD 175/2011, de 11 de febrero⁶⁶⁴, que modifica el art. 12 del RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. El primitivo art. 12 dejaba en manos de las comunidades autónomas las condiciones de acceso a las prestaciones económicas. En la reforma, manteniendo la competencia, ésta queda limitada al establecer la norma legal quién puede asumir la figura del cuidador no profesional, para lo que se incorporan los criterios del Acuerdo publicado por Resolución de 4 de febrero de 2010, de manera incompleta e incluso con alguna rectificación.

El art. 12.4.a) exige el requisito de convivencia cuando el cuidador es familiar, y no cuando es una persona del entorno, pero solo para la dependencia de grado I (el Acuerdo permitía en todos los casos la no convivencia). Se entiende, por tanto, que en los grados III y II de dependencia no es precisa la convivencia, siempre que a juicio de los servicios sociales el domicilio de la persona responsable del cuidado esté suficientemente cerca.

El art. 12 omite cualquier referencia a la necesidad de que la atención se realice personalmente por quien aparece como cuidador (el Acuerdo hablaba de tiempo de dedicación suficiente por parte del cuidador, aunque sin concretar más).

⁶⁶⁴ Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

b. La prestación y su destino

La persona dependiente es la beneficiaria de la prestación económica, que se ha discutido si queda o no afectada legalmente a la retribución del cuidador. Sin duda, su finalidad es compensar económicamente al núcleo familiar en el que se está cuidando y en cuanto a la afectación de la prestación, la mayor parte de la doctrina entiende que sí la hay en función de la interpretación finalista de la disposición⁶⁶⁵. También se derivaría de la literalidad del art. 18, que habla de prestación para cuida-dos en el entorno familiar y apoyo a cuidadores, entendiéndose incluso que la Administración tiene capacidad de control sobre el destino del dinero, con la posible pérdida de la prestación según el art. 43.d) que establece tal sanción cuando se apliquen las prestaciones económicas a finalidades distintas a aquellas para las que se otorgan⁶⁶⁶.

Otra parte de la doctrina, cuya posición compartimos, entiende que no existe tal vinculación⁶⁶⁷. Se puede afirmar tal cosa, en primer lugar por contraposición a la manera en la que se regula en el art. 17 de la LAAD la prestación económica vinculada al servicio. Sobre ésta se establece claramente que está destinada a la efectiva adquisición de un servicio, y se encomienda a las Administraciones Públicas la supervisión del cumplimiento de la utilización de la prestación según su finalidad.

La posibilidad de privar de la prestación a quien la utilice para finalidades distintas a aquella para la que se otorga, según los arts. 43 d) y 45 LAAD, se ha presentado como argumento para defender la obligación de utilizar la prestación para pagar al cuidador. Pero, siguiendo la mecánica de las prestaciones que la LAAD menciona como análogas en su art. 31, la prestación no se pierde si el gasto no se realiza. Es el caso de la de gran invalidez del art. 139.4 de la LGSS, que reconoce un recargo en la pensión para poder remunerar a la persona que atienda al pensionista, recargo no sujeto a la efectiva realización del gasto. Cuestión diferente es que, con apoyo en el art. 29.1 y 2 de la LAAD, los servicios sociales con atribución para elaborar o modificar el Programa Individual de Atención podrán suprimir la prestación económica en el supuesto de que -al no estar recibiendo la atención necesaria- sea necesario conceder a la persona en situación de dependencia otra prestación que asegure su cuidado⁶⁶⁸. Pero el motivo de la supresión de la prestación sería este último y no la falta de compensación económica del cuidador, que carece de un derecho subjetivo para reclamarla.

⁶⁶⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; Miguel, “La cobertura de la situación de dependencia” *RRL*, Tomo I, 2007, pág. 55; GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa M^a, “Las prestaciones económicas a las personas en situación de dependencia”, *Protección Social de la Dependencia, temas monográficos*, TL 89/2007, pág. 227; MONEREO PÉREZ, José Luis, y otros, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares, 2007, pág. 332; MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “El incipiente reconocimiento...”, cit., pág. 25 de la edición electrónica del artículo en *LA LEY* 12452/2009.

⁶⁶⁶ BARREIRO GONZÁLEZ, Germán y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José “El estatuto del cuidador informal en la normativa sobre dependencia: de la ley a la realidad”, *Actum Social*, núm. 22, diciembre 2008, apartado 2; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “El régimen cuasi-profesional...”, cit., pág. 67.

⁶⁶⁷ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Protección Social de la Dependencia, temas monográficos*, TL 89/2007, pág. 308; CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia” en *AS* 13/2006, LEG 2006, 1524, pág. 15 de la edición electrónica; VV. AA., (coord. Roqueta Buj, Remedios), *La protección de la dependencia*, Tirant lo Blanch 2007, pág. 462; LUJÁN ALCARAZ, José, y otros, en “El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Las prestaciones”, VV. AA., (dir. Sempere Navarro, Antonio y coord. Charro Baena, Pilar), *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia*, Thomson-Aranzadi 2008, pág. 302; MONREAL BRINGSVAERD, Erick, “Las prestaciones económicas”, VV. AA., *La situación de dependencia*, cit., pág. 513.

⁶⁶⁸ Tal como se ha señalado, los servicios sociales no están obligados a admitir las propuestas de la persona interesada, MERCADER UGUINA, Jesús R., “Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia”, *Protección Social de la Dependencia, temas monográficos*, TL, 89/2007, pág. 176.

De hecho, como más adelante se verá, el RD 615/2007, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia, prevé el que se compaginen jornadas laborales a tiempo completo con el cuidado de personas en todos los grados de dependencia, incluida la gran dependencia de segundo grado, lo que indica por sí mismo que el cuidado encomendado no se refiere a su cobertura directa.

Es viable la percepción de una prestación que no se utiliza para compensar económicamente a la persona responsable del cuidado (porque es un familiar que no quiere admitir el pago al actuar por mero altruismo o porque tiene una dedicación profesional que le proporciona ingresos suficientes), sino para subvenir a los gastos de contratación de una trabajadora doméstica⁶⁶⁹. De hecho, es la función que la prestación para cuidados en el entorno familiar está teniendo en parte de los casos, en los que los cuidadores familiares tienen empleo⁶⁷⁰. Frente a la Administración el cobro tiene un titular, la persona en situación de dependencia; además debe haber una persona responsable del cuidado. No hay más requisitos en la práctica; incluso atendiendo al Acuerdo del Consejo Territorial en cuanto a la exigencia de que el cuidador tenga una dedicación suficiente, se trata de un concepto indeterminado que cada administración autonómica puede aplicar como estime conveniente.

La empleada doméstica contratada con la ayuda de la prestación deberá ser dada de alta en el Régimen de Seguridad Social correspondiente al empleo doméstico y no en el convenio especial para cuidadores. A su vez, la persona designada como cuidadora, o más exactamente responsable del cuidado, podría ser alta en el convenio especial por cuenta del sistema de la dependencia pero no lo será normalmente porque estará ya de alta por la actividad que ejerce al margen del cuidado, con lo que la prestación para cuidado en el entorno familiar tiene su concreción menos gravosa para el sistema en la subcontratación del cuidado con una empleada de hogar. La verdadera solución del problema de la atención a la dependencia en el domicilio está discurriendo en bastantes casos por cauces formalmente no previstos en la norma, pero compatibles con ella.

En el otro supuesto, el de la persona familiar que cuida a cambio de un salario a quien está en situación de dependencia, la regulación del cuidado en el entorno familiar tendrá el efecto de excluir del régimen de seguridad del empleo doméstico a quien podría estar incluida porque reúne todos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos. No es en absoluto extraordinario el caso de la hija sin empleo a la que el resto de hermanos paga para que cuide de los progenitores comunes.

La opción por el cuidado del familiar en el régimen del empleo doméstico en sus aspectos laboral y de seguridad social significaría la renuncia al acceso a la prestación del sistema de dependencia para esa clase de cuidado, opción que ningún beneficiario realizará y en consecuencia la LAAD estará sirviendo para rebajar la protección de Seguridad Social de relaciones que, de suyo, podrían tener la que corresponde al empleo doméstico. Como se verá, la regulación de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar por

669 El estudio del IMSERSO *Cuidado a la dependencia e inmigración* editado por el Ministerio de Trabajo en 2005, en pág. 14 señala que el 27% de la inmigración dedicada al servicio doméstico cuida personas mayores. No indica el grado de dependencia de las personas; edad avanzada y discapacidad no tienen siempre correlación, pero el dato es un indicio que apoya lo que sostenemos. Según el INE, un 10,6% de los hogares contratantes recurre al empleo doméstico para cuidar a personas adultas con alguna discapacidad, en *Hogares y servicio doméstico*, boletín 3/2012, pág. 5.

670 A 1 de abril de 2012, de las 428.979 prestaciones para cuidados en el entorno familiar, derivan 177.228 convenios especiales, lo que deja un 59% de los cuidadores familiares sin convenio especial. No se informa sobre el perfil del cuidador sin convenio, pero la cifra parece excesiva para ser explicada por el carácter de los cuidadores como pensionistas de jubilación, IP, o viudedad de más de 65 años. El 92,8% de las altas en convenio especial son de mujeres. *Estadísticas del Sistema para la autonomía y la atención a la dependencia*, www.imsersodependencia.csic.es/index.html (1 de junio de 2012).

RD 1620/2011, de 11 de noviembre (RDRLE de 2011), en su art. 2.1,d) excluye de su ámbito la actividad de cuidado en su domicilio por familiares o personas del entorno, de acuerdo con la Ley de Dependencia.

Se ha planteado que el mantener una relación laboral encubierta para posibilitar el acceso a la prestación es una infracción grave del art. 7.2 de la LISOS, en la que el sujeto sancionado sería la persona en situación de dependencia como empleador⁶⁷¹, posición que no compartimos. Respecto a la tipificación, porque el art. 7.2 sanciona la transgresión de la normativa sobre modalidades contractuales y su utilización en fraude de ley, no la falta de alta en el correspondiente régimen de la Seguridad Social. Respecto a la oportunidad de la medida de sanción a la persona en situación de dependencia, es de prever que la Inspección de Trabajo en lugar de incoar procedimiento sancionador recurriría a la facultad que le otorga el art. 49 de la LISOS, realizando una advertencia y aconsejando sobre la manera de regularizar la situación, sin perjuicio del acta de liquidación de cuotas pertinente⁶⁷².

c. Cuidados en el entorno familiar a cargo de personas sin parentesco

La LAAD, al establecer en su art. 14.4 la posibilidad excepcional de otorgar una prestación económica para atender en el entorno familiar, no concretó más sobre las personas que podían realizar el cuidado; es el art. 1.2 del RD 615/2007 el que incluye entre ellas a la persona sin ningún parentesco, residente durante un año o más en el mismo municipio o en uno vecino. A diferencia de lo que sucede con el cuidado familiar, la norma sí define cuáles son las circunstancias de excepción que ampararían la figura del cuidador no familiar: insuficiencia de recursos asistenciales públicos o privados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención. Cuando la dependencia es moderada, el entorno debe ser, además, rural. En el cuidado no familiar no hay exigencia de convivencia en la dependencia de ningún grado⁶⁷³.

El art. 12 del RD 727/2007, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su reforma por RD 175/2011, establece para la dependencia moderada un requisito específico: que la persona cuidada esté ya siendo atendida en el entorno familiar antes de realizarse la solicitud, lo que no incluye la exigencia de que la persona cuidadora sea la misma que luego ejercerá el cuidado a domicilio aprobado en el PIA, pero podría serlo.

El Acuerdo del Consejo Territorial de 2010 en su apartado Segundo.6, señala que la persona cuidadora no familiar no podrá tener la consideración de empleada o empleado del hogar en el domicilio de la persona beneficiaria, ni la atención y cuidados podrán desarrollarse en el marco de cualquier otra relación contractual, ya sea laboral o de otra índole. La exigencia no aparece en el art. 12 del RD 727/2007, pero cabe entender que no se expresa por ser redundante con la exigencia del carácter no profesional

671 SELMA PEÑALVA, Alejandra, “Diferencia entre el cuidado no profesional del dependiente prestado por personas del entorno del afectado y la relación laboral especial de los empleados de hogar. Nuevo problema de delimitación de fronteras a raíz de la entrada en vigor de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y familiar de las personas en situación de dependencia”, *CEF, RTSS*, núm. 313, 24/2009, pág. 40.

672 Para las facultades de la Inspección en supuestos especiales, FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, “Las actuaciones de advertencia y los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 78, 2008, págs. 139-160.

673 Según la reforma que el RD 175/2011 realiza en el art. 12 del RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

de la figura. Como se ha indicado, la DRLE de 2011 excluye de su ámbito a las personas cuidadoras del entorno familiar de la Ley de Dependencia.

La prestación tiene una regulación que en algunos casos puede haber mejorado la situación de personas no familiares que ya cuidaban de manera gratuita o por una compensación económica sin alta en la Seguridad Social. Pero hay que recordar que la figura del cuidador no familiar que atiende a domicilio se plantea para el supuesto de excepción en el que el sistema de protección a la dependencia no tenga capacidad de proporcionar ninguna otra atención. Excluir en este caso la posibilidad de contratar empleo doméstico con la ayuda del sistema es una manera segura de privar de la protección de seguridad social a personas contratadas por otras en situación de dependencia a las que el sistema no les ofrece otra alternativa. La persona cuidadora podrá recibir una remuneración de acuerdo con su jornada pero para que la cuidada pueda recibir la prestación económica para la atención en el entorno familiar, que le ayudará a abonar el salario de la trabajadora doméstica, ésta tendrá que estar de alta en la Seguridad Social de los cuidadores, y no en la correspondiente al empleo doméstico.

Se deja así en una injustificable falta de protección a quien no puede contar con servicios, tanto más grave si faltan éstos y no puede aspirar a la prestación económica vinculada al servicio.

Sin exigencia de excepcionalidad en la situación en la que se contrata el servicio, la Comunidad Foral Navarra, en su Orden Foral 22/2008, de 28 de enero, sobre prestaciones a personas en situación de dependencia, establece una prestación para cuidado en el entorno familiar vinculada a un contrato⁶⁷⁴, que claramente se refiere al de servicio doméstico al exigir que la duración del mismo sea al menos de 80 horas mensuales, mínimo exigido para considerar la existencia de servicios profesionales que dan lugar al alta en el RESS. La cuantía de la prestación es más elevada que la que se otorga en el caso del cuidado familiar que se ajusta a los requisitos de la LAAD⁶⁷⁵. Tal como se ha señalado⁶⁷⁶, la prestación así configurada queda fuera del sistema, con lo que no podrá ser financiada a cargo de los fondos de los niveles mínimo y acordado y deberá ir a cargo de los fondos autonómicos.

d. La Seguridad Social de los cuidadores en el entorno familiar

El art. 18.3 de la LAAD dispone el reconocimiento a efectos de Seguridad Social del cuidado sin causa remuneratoria que realizan familiares o terceras personas dentro del SAAD. Únicamente enuncia el principio y defiere su contenido al reglamento. La DA 4ª encomienda al Gobierno determinar la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en los términos más amplios, sin predeterminedar ningún aspecto de su incorporación.

El RD 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia define su inserción en el art. 2.1: se realizará mediante convenio especial en el Régimen General de la Seguridad Social, y supondrá la situación asimilada al alta. La cotización corre a cargo de la Administración General del Estado, que será quien haga el convenio con la TGSS (art.

674 Base 2.1.b) Prestación económica para cuidados en el entorno familiar vinculada a un contrato. Requiere la contratación de una persona o empresa de servicios por parte del beneficiario o de su representante legal para que presten a la persona dependiente el cuidado personal y el resto de servicios que precise para el desenvolvimiento en las actividades básicas de la vida diaria. A los efectos de esta modalidad, se entiende que existe contratación cuando se haya acordado la prestación del servicio por un mínimo de 80 horas mensuales.

675 En los máximos, la cuantía de prestación cuando hay contrato es de 786 € al mes para la gran dependencia y de 622 € para la dependencia severa; en el caso de la prestación para cuidado en el entorno familiar de la LAAD, 591 y 443 € respectivamente.

676 MONREAL BRINGSVAERD, Erick, "Las prestaciones económicas"..., cit., pág. 523.

4.6). En el reconocimiento de las prestaciones deberán aplicarse las normas del Régimen General, según el art. 9.2 de la Orden 2865/2003 reguladora del convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social.

Como norma general (art. 1.2 de la Orden) la acción protectora del convenio alcanza a las contingencias cubiertas por el Régimen en el que se inscribe, salvo la incapacidad temporal, maternidad y riesgo durante el embarazo y los subsidios correspondientes a las mismas, así como la protección por desempleo. El RD 615/2007, en su art. 3, establece la acción protectora del Convenio para cuidadores no profesionales omitiendo la asistencia sanitaria, omisión que se subsana en la Orden 2632/2007, de 7 de septiembre, de modificación de la Orden 2865/2003 del Convenio especial, al incluir los cuidadores no profesionales en la regulación general en cuanto a las prestaciones.

El convenio especial de los cuidadores no ha sido aplicable a las personas incluidas en el RESS que además cuidaban en el marco del SAAD. El motivo es que todo el sistema está ideado para una base de cotización sensible a la duración de la jornada.

Según el art. 2.2 del RD 615/2007 no será aplicable el convenio en los supuestos en los que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social. En el supuesto de quien, como consecuencia de la realización de cuidados no profesionales, deba reducir la jornada y consiguientemente la retribución, el convenio especial se aplicará para mantener la base de cotización (art. 2.4).

Quien estando en el cuidado no profesional iniciaba una relación laboral doméstica, por más que fuese breve para hacer posible compaginarla con el cuidado, debía cotizar por la base única del RESS siempre que superase las 18 horas semanales, y ya no tenía opción al beneficio del Convenio Especial. Esto era así porque, según el art. 2.2 de la Orden, queda excluido del Convenio quien inicia una ocupación profesional por la que deba quedar incluido en el sistema de la Seguridad Social.

De otra parte, quien tenía una relación laboral doméstica de más de 18 horas semanales, debía cotizar sobre una base única siempre equivalente a la mínima de cotización en el Régimen General. Si se producía una reducción de jornada por cuidado, con su reducción salarial, no tenía reflejo en la cotización al RESS, cuya base era única con independencia de los ingresos, por lo que no había lugar al convenio especial. La única manera de obtener el beneficio de la LAAD era la baja en el RESS.

2.5.5. Los cuidadores profesionales de la Ley de dependencia

El RD 615/2007, en su Disposición Final 1ª modifica el art. 3 del DRESS, añadiéndole un párrafo d) en el que se declara excluidos del régimen especial a “los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de dicha ley, aunque, en uno y otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquélla conviva”.

La misma norma dispone en su DA 3ª que el encuadramiento en la Seguridad Social de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, los contratados mediante la prestación económica vinculada al servicio regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (LAAD), así como de los trabajadores dedicados a la asistencia personal a grandes dependientes, en los términos previstos en el artículo 19 de la misma, se regirá por lo dispuesto en las normas de Seguridad Social que resulten de aplicación.

El cuidado profesional se define en el art. 2.6 LAAD como el prestado “por una institución pública o entidad con o sin ánimo de lucro o un profesional autónomo entre cuyas finalidades se encuentre la prestación de servicios a personas en situación de dependencia, ya sean en su hogar o en un centro”.

Por su parte, el artículo 14, al establecer las prestaciones de la LAAD, define en su apartado 3 la prestación económica vinculada al servicio como la que se pagará para cubrir los gastos de un servicio que deberá ser prestado por una entidad o centro acreditado para la atención a la dependencia, lo que parece hacer referencia a personas jurídicas. Pero si el titular de la entidad o centro es una persona jurídica, la inserción de sus trabajadores en el Régimen General no ofrece duda, cuestión que no se planteaba tampoco con anterioridad a la LAAD. La previsión del RD 615/2007 va específicamente dirigida a excluir del RESS a “los cuidadores profesionales”, esto es, las personas naturales que contratan directamente con el receptor de la atención y el cuidado, cuando esta persona es beneficiaria de la prestación económica vinculada al servicio.

Excluido el encuadramiento del cuidador profesional en el RESS, quedan como alternativas la inclusión en el Régimen General y el RETA. La LAAD en su art. 2.6 caracteriza al cuidador profesional como autónomo, pareciendo excluir la opción del contrato del trabajo con la persona atendida⁶⁷⁷.

También se refiere al cuidador profesional como autónomo la norma que determina la cualificación profesional idónea para ejercer las funciones que se corresponden con el catálogo de servicios de la LAAD: el Real Decreto 1379/2008, de 1 de agosto, por el que se establecen dos certificados de profesionalidad de la familia profesional Servicios socioculturales y a la comunidad que se incluyen en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad.

El cuidado profesional no se define en la norma en función de la titulación requerida o su contenido sino en relación al régimen de prestación de los servicios, en el que se señala únicamente la opción del trabajo autónomo sin mencionar la posibilidad del contrato de trabajo con la persona objeto de atención, lo que parece intencionado. No sucede lo mismo con los asistentes personales, cuya modalidad de inserción no se especifica, atendándose únicamente a la función que desempeñan.

Los títulos que acreditan al cuidador profesional a domicilio de la LAAD fueron definidos en el Acuerdo de 27-11-2008 del Consejo Territorial del Sistema para la autonomía y la atención a la dependencia, sobre criterios comunes de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del sistema, publicado por Resolución de 2 de diciembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Política social, Familias y Atención a la Dependencia. Son el título de Técnico en Atención Sociosanitaria (RD 496/2003, de 2 de mayo, del Ministerio de Educación), la cualificación profesional de Atención Sociosanitaria a personas en el domicilio (RD 295/2004, de 20 de febrero, del Ministerio de Presidencia) y el certificado de profesionalidad de Atención Sociosanitaria a Personas en el Domicilio (RD 1379/2008, de 9 de septiembre, del Ministerio de Trabajo).

El RD 496/2003, que crea el título de técnico en atención sanitaria, define entre sus capacidades específicas la atención en su domicilio a personas con necesidades especiales y señala los hogares entre las organizaciones destinatarias. En el apartado 2.1.4, sobre realizaciones y dominios profesionales, se reconocen las labores de atención a la persona y a su entorno convivencial en el domicilio, coincidentes con las propias del empleo doméstico. En el apartado 2.3.1. sobre el entorno profesional y de trabajo, se menciona entre otras opciones el contrato laboral directo con domicilios particulares. Por el contrario,

677 Tal como señala CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, la exclusión de la contratación directa no se argumenta, “Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”..., cit., pág. 11 de la edición electrónica.

las dos normas posteriores reguladoras de la cualificación y la certificación profesionales de atención sociosanitaria de personas en el domicilio, omiten la opción de contrato directo en régimen laboral.

El RD 295/2004, de 20 de febrero, crea la cualificación profesional para la atención sociosanitaria de personas en el domicilio, con tres unidades de competencias. La primera agrupa las tareas de atención física a la persona en relación a su discapacidad, la segunda se refiere a su atención sicosocial y por fin, la tercera consiste en el desarrollo de las actividades relacionadas con la gestión y funcionamiento de la unidad convivencial. La última actividad se dirige no solo a la persona atendida sino a los demás miembros de la familia conviviente, y comprende la compra, cocina, aprovisionamiento, limpieza y en general, la organización del hogar. Todas son tareas que el art. 1.4 del DRLE califica como domésticas.

Al definir el entorno profesional de las tareas, el RD 295/2004 señala que la persona podrá prestar sus servicios contratada por Administraciones públicas o entidades privadas con o sin ánimo de lucro, o como autónomo, ofertando sus servicios directamente a unidades convivenciales demandantes, o creando su propia empresa de servicios domiciliarios, asociado con otros técnicos (anexo LXXXIX). Queda excluida la mención a la opción del trabajo asalariado directamente por cuenta del beneficiario, que es la clase de empleo que daría lugar a la inclusión en el RESS. El valor de la disposición sobre el entorno profesional de cada ocupación es el de una indicación meramente orientativa, a tenor de lo dispuesto en el art. 5.2.d) del RD 1128/2003, de 5 de septiembre, regulando el Catálogo Nacional de Ocupaciones.

Tras la LAAD, el certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria en el domicilio regulado por RD 1379/2008, de 1 de agosto, del Ministerio de Trabajo, que se refiere a las mismas competencias, mantiene la mención al trabajo autónomo como única modalidad en el caso de contratación directa de servicios.

La definición como autónoma de una prestación de servicios a través de normas ministeriales cuyo objeto directo es la regulación de los requerimientos de una actividad profesional y consecuente formación, no tiene incidencia en el carácter de la relación, que será o no laboral dependiendo de que tenga las notas de remuneración, dependencia y ajenidad que la caracterizan⁶⁷⁸.

En el pasado se ha debatido si el carácter del servicio de atención a personas enfermas o discapacitadas en su domicilio varía por el hecho de que quien realice las tareas tenga titulación sanitaria (parte IV. 2.3.1.). La doctrina judicial mayoritaria ha mantenido el carácter doméstico del servicio, en unos casos porque la actividad de la persona titulada excedía lo estrictamente sanitario y en otros porque actuaba sin título, o porque éste no se había tenido en cuenta al contratar⁶⁷⁹, pero siempre en función de la relación de subordinación que existía, que no desaparece por el hecho de que las funciones realizadas sean propias de una titulación reconocida legalmente.

La regulación de los certificados de profesionalidad se refiere a tareas consideradas típicamente domésticas, como el aprovisionamiento de alimento y otros enseres, la limpieza, cocina, y similares. La exclusión del RESS operará en el caso de que los servicios se presten para quien tiene reconocido algún nivel de dependencia y que además dentro del Plan Individual de Asistencia de la Ley tenga otorgada la prestación económica vinculada al cuidado. Hay que tener en cuenta que en el cuidado a personas con dependencia los recursos suelen combinarse, y el cuidado domiciliario puede ser el complemento de otras prestaciones de la Ley: la estancia en un centro de día, unas horas del servicio de atención

678 Sobre la posibilidad de contratar en régimen laboral, véase MONEREO LÓPEZ, José Luis, y otros, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia...* cit., pág. 259.

679 Ver parte IV, 2.3.1.

domiciliaria, o la atención al amparo de la prestación económica para cuidado en el entorno familiar. En todos estos casos el régimen aplicable será el RESS, por el hecho de que la financiación no correrá a cargo del sistema.

Respecto a los casos en los que el servicio sí se abona mediante la prestación económica, ésta tiene una cuantía variable en función de los ingresos de la persona beneficiaria y su nivel de dependencia⁶⁸⁰ (art. 17 LAAD), y la cantidad a recibir tiene que ser igual o inferior al gasto realizado, de acuerdo con el Acuerdo de 27-11-2008 del Consejo Territorial⁶⁸¹. La persona contratante dispondrá de las horas de servicio que quiera y pueda pagar para las atenciones propias y las de la familia conviviente, que abonará en todo o en parte con la prestación. El servicio del profesional de asistencia sociosanitaria en el domicilio puede tener tanta dedicación al grupo familiar como a la persona asistida, lo que ocurrirá dependiendo de su nivel de dependencia y de la composición, necesidades y medios económicos del grupo familiar, lo que plantea el problema de un único o doble encuadramiento de Seguridad Social, ya que solo una parte de la actividad está excluida del RESS, la que se refiere a la atención y parte de la jornada dedicada a la persona dependiente.

El principio de que la realización de tareas de índole doméstica con otras que no lo son deriva en una única relación laboral ordinaria, se refiere a servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador, lo que parece difícilmente asimilable al cuidado en la dependencia.

La cuestión queda abierta, y, como se verá más adelante, no ha sido resuelta en la nueva regulación de la relación laboral doméstica por RD 1620/2011. Podría entenderse que el régimen de encuadramiento es único, el Régimen General, por el principio de la aplicación restrictiva de las normas limitativas de derechos.

La asistencia personal

La asistencia personal se define en el 2.7 LAAD como el servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal. Según el art. 19 el objetivo de la prestación económica de asistencia personal es contribuir a la contratación de una asistencia personal, durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de las actividades básicas de la vida. Se exige que el beneficiario tenga una gran dependencia.

Respecto a la persona que ejerce de asistente personal, el Acuerdo del Consejo Territorial de 27-11-2008 sobre criterios de acreditación para garantizar la calidad de los centros y servicios del SAAD, publicado por Resolución de 2 de diciembre de 2008 establece la cualificación requerida. Para ejercer la asistencia personal se exige acreditar la cualificación profesional de Atención Sociosanitaria a Personas en el Domicilio, creada por el Real Decreto 295/2004, de 20 de febrero, ya comentada.

Del Acuerdo se deduce que la cualificación profesional de quienes ejercen la asistencia personal a la fecha no es una condición sino un objetivo de calidad de los servicios de la Ley de Dependencia: para el año 2011 se pretende que la cobertura por parte de personas cualificadas llegue al 35%, para el año 2015, al 100%. No es un requisito ni para el ejercicio de la asistencia ni para el percibo de la prestación.

⁶⁸⁰ Anualmente se dicta la norma sobre cuantía de las prestaciones de la Ley de dependencia, para el año 2011 es Real Decreto 570/2011, de 20 de abril. Las cantidades no se han modificado en el 2012.

⁶⁸¹ Apartado 2 “Criterios de participación económica del beneficiario en las prestaciones del SAAD”. Publicado en la Resolución de 2 de diciembre de 2008 (BOE 17/12/2008).

Tanto la definición de la asistencia personal por parte de la LAAD como el Acuerdo del Consejo Territorial prevén una actividad de auxilio en actividades educativas o laborales, pero también que ésta se amplíe a otras atenciones personales en el domicilio.

Este trabajo se venía realizando antes de la LAAD por personas contratadas como trabajadoras domésticas con cualificación profesional variable. El RD 615/2007 en su DA 3ª excluye del RESS a los trabajadores dedicados a la asistencia personal en los términos del art. 19 de la LAAD, es decir, mediando la prestación, remitiendo al Régimen de Seguridad Social que resulte de aplicación.

Como ya se ha indicado, el Real Decreto 295/2004, de 20 de febrero, que regula la cualificación profesional de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, prevé el trabajo autónomo como fórmula para la contratación directa de los servicios, lo que frecuentemente no resultará acorde con las características de la relación, que en el caso de reunir los caracteres del servicio por cuenta ajena, estaría en el Régimen General.

La SG de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS, con fecha 16-2-2009 se pronunció al respecto⁶⁸², dando de baja en el RESS a un asistente personal que ya venía realizando su trabajo antes de serle concedida a su empleador la prestación del SAAD y estableciendo que la contratación directa de tal servicio debe realizarse en el Régimen de Autónomos. Según el organismo, la tarea de facilitar al gran dependiente el acceso a la educación o al trabajo que realiza un asistente personal excede del concepto de trabajo doméstico, aunque también se realice este último al servicio de la misma persona. Pero en el supuesto de que la tarea de asistencia personal se preste en régimen laboral, quienes atienden a personas beneficiarias de la prestación deberán estar encuadrados en el Régimen General, y así lo entendió la SG de la Seguridad Social en informe de 5-11-2010 sobre la posibilidad de que los asistentes personales accediesen a la prestación de desempleo.

En el supuesto de que la exclusión del RESS del trabajo de asistencia personal se basase en la clase de trabajo y no en el dictado legal que lo excluye, debieran declararse no domésticos todos los contratos para el cuidado de personas que no se valen por sí mismas, incluso cuando no medie prestación del SAAD, porque en todos ellos las atenciones personales tienen las notas que la TGSS considera que excluyen lo doméstico: contribución a la vida autónoma fuera del marco del hogar, lo que no excluye las atenciones de dentro.

En la asistencia personal existe la prestación remunerada de servicios de atención y cuidado durante una jornada determinada a las órdenes de la persona atendida en aquello que ella disponga “en el ejercicio de las actividades básicas de la vida”, sin limitación respecto a espacios ni actividades⁶⁸³. Por lo que puede no haber ninguna diferencia entre la actividad del asistente personal y la de la empleada de hogar; cuestión diferente es que deban ser acogidas favorablemente todas las normas que permitan encuadrar el trabajo por cuenta ajena en el Régimen General.

682 Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS, Doctrina Administrativa 4/2009, expediente 396/2008. NORMASS.

683 La definición de la asistencia personal por parte de la organización Foro de Vida Independiente y Diversidad (la palabra es la suma de dignidad y libertad) es la siguiente: “Un asistente personal es aquella persona (o varias en el caso de necesitar muchas horas) contratada directamente por ti a través de un dinero que te da la administración, y que se adapta a tus gustos y preferencias. Suple tus brazos y piernas, y te ayuda a hacer todo aquello que no puedes hacer por ti mismo”. La organización, que fue interlocutora del Gobierno en los trabajos preparatorios de la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, siempre ha reivindicado la no interferencia ni imposición en su vida de los criterios del asistente personal, que debe limitarse a auxiliar a la persona en los actos que desea realizar. Ver <http://www.forovida independiente.org/> (24/07/2012).

2.5.6. Trabajo a la par

Según el art. 2.2 del RD, “se presumirá, salvo prueba en contrario, que las notas de laboralidad no concurren en las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas “a la par”, mediante las que se prestan algunos servicios como cuidado de niños, la enseñanza de idiomas u otros de los que son objeto de la relación laboral, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos”.

La definición del RD de la relación a la par es sumamente ambigua ya que, como se ha señalado⁶⁸⁴, los mismos elementos que sirven para definirla son los utilizados para determinar la existencia de relación de servicio del hogar familiar en la norma reglamentaria. Se trata de una exclusión cuyos perfiles de aplicación son muy difusos. Para De la Villa, la introducción de la figura en la norma fue desacertada en cuanto estimuladora del fraude, y excedió la delegación del gobierno al deslaborar la figura incrementando “seguramente de modo ilegal” los supuestos de exclusión de la norma⁶⁸⁵.

Según el RD, en la relación a la par se puede prestar cualquiera de los servicios que constituyen el trabajo doméstico. La redacción del artículo 2.2. distingue entre dos tipos de tareas: por un lado, el cuidado de niños y la enseñanza de idiomas, los cuales no tienen por qué constituir dedicación marginal, y por otro, el resto de las tareas que tienen naturaleza doméstica según el art. 1. 4. del RD. Son solo estas últimas las que deben tener carácter marginal, dejándose este último concepto en la total indeterminación.

La calificación de los servicios como marginales presenta la dificultad de su medida objetiva. Podría entenderse como marginal la cantidad de trabajo que no da lugar a la inclusión en el RESS, de acuerdo a la Resolución del Ministerio de Trabajo de 9 de septiembre de 1971: setenta y dos horas al mes, distribuidas en un número de jornadas de trabajo no inferior a doce días⁶⁸⁶. Otra interpretación podría acogerse al límite de 20 horas semanales de trabajo, por debajo del cual el Reglamento de Cotización, RD 1637/95, de 6 de octubre, exime al empleador de la obligación de abonar la cuota de seguridad social del trabajador doméstico. La reforma del art. 12 del Estatuto de los Trabajadores por Ley 10/1994, creó la figura ya derogada del contrato de trabajo ordinario a tiempo parcial inferior a 12 horas semanales y 24 mensuales, que tenía un tratamiento de seguridad social distinto, y fue llamado marginal. Uno de estos tres criterios podría dar la pauta de la marginalidad, siempre teniendo en cuenta que no se exige tal requisito para el trabajo que meramente consista en enseñanza de idiomas o cuidado de niños. Tal como se verá, el límite de jornada que establece la única regulación de derecho interno del trabajo “a la par”, no se ajusta a ninguna de las tres posibilidades, excediéndolas.

Según el DRLE, otra de las notas del trabajo a la par es el que se retribuya en especie principalmente y de forma secundaria en metálico, con lo que denomina “simples compensaciones de gastos”. Como señala Rosa Quesada, el que una parte importante de la retribución se entregue en especie no es una particularidad ajena a la relación laboral que, según el art. 6.2 del Decreto que lo regula, permite hoy que hasta un 30%, y anteriormente un 45% del salario se abone en tal modalidad⁶⁸⁷. Desde otro ángulo,

684 QUESADA SEGURA, Rosa, “La distinción entre la colocación *au pair* y la relación laboral de trabajo al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas.” en *AS*, núm. 4, mayo 1999, pág. 20.

685 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, cit., pág. 212.

686 Publicada en el BO del Ministerio de Trabajo de enero de 1972, y reiterada en posteriores resoluciones. Ver parte IV, 3.2.

687 QUESADA SEGURA, Rosa, “La distinción entre la colocación *au pair* y la relación laboral de trabajo al servicio del hogar familiar...”. cit., pág. 21.

se ha señalado que la nota decisiva no puede situarse en lo marginal de los aspectos retributivos, ya que es ahí precisamente donde puede estar el objeto del pleito frente al empleador⁶⁸⁸.

La norma no establece ninguna otra característica para el trabajo a la par, al que se le da una denominación que evoca el sistema por el que jóvenes salen de su país a estudiar a otro y consiguen alojamiento a cambio de prestar sus servicios en el domicilio que les acoge. Pero la mención que realiza el RD no señala como condición ni un origen foráneo ni una edad especial, por lo que no estaría justificada la limitación por tales razones. Tampoco exige la norma el que la persona alojada se encuentre en periodo de formación, en expresión de la LOEX, en periodo de mejora de sus conocimientos lingüísticos o profesionales⁶⁸⁹.

Existen fórmulas de intercambio de alojamiento por trabajo doméstico promovidas por entidades públicas⁶⁹⁰; jóvenes estudiantes se hospedan en viviendas de personas ancianas que viven solas. El estudiante realiza algunas tareas domésticas, y a cambio obtiene alojamiento gratuito. En este supuesto el trabajo del estudiante es verdaderamente liviano ya que la finalidad buscada es, sobre todo, proporcionar compañía a la persona anciana, con lo que ambos intereses se compaginan y ambas prestaciones están compensadas. Podrían encuadrarse en el trabajo a la par.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 33 da el trato migratorio de estudiantes a quienes realizan trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales, remitiendo a los acuerdos internacionales sobre colocación “*au pair*”.

El 11 de agosto de 1988 España ratificó el Acuerdo Europeo sobre Colocación “*au pair*”, del Consejo de Europa, de 24-11-69. Publicado en el BOE de 6-9-88, el Acuerdo define y armoniza para todos los países miembros las condiciones que rigen dicha colocación. Según se verá, no tiene ningún rasgo que la haga sustancialmente diferente a la relación de trabajo doméstico.

Según lo dispuesto en el Acuerdo europeo, el sujeto es un trabajador extranjero europeo, que debe estar entre los 16 y los 30 años. Las partes contratantes de una relación *au pair* intercambian servicios domésticos por remuneración, y la duración del contrato no puede superar los dos años. La dedicación diaria a los servicios domésticos, cuya naturaleza no está limitada, no puede ser superior a las cinco horas, con un día libre a la semana, que como mínimo una vez al mes deberá ser domingo. La remuneración será en metálico y en especie, consistente ésta última en alojamiento y comida. La persona contratada debe tener tiempo suficiente para asistir a cursos de formación.

El Acuerdo, en su anexo II, contempla la posibilidad de que los Estados firmantes declaren que se reservan el derecho a aplicar la consideración de *au pair* a personas del sexo femenino. Reserva que España no realizó y que hubiera sido anticonstitucional por no existir motivo razonable que pudiera haber justificado la desigualdad de trato entre mujeres y hombres.

Por otra parte, respecto a beneficios en caso de enfermedad, accidente y maternidad el Acuerdo europeo establecía que cada país debía señalar los que fuera a otorgar, y la persona contratada debía ser quien corriese

688 SALA FRANCO, Tomás. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”, cit., pág. 295.

689 Según CUEVA PUENTE, María del Carmen, el legislador dejó la figura en un deliberada ambigüedad que facilitase su deslaboralización. *La relación laboral especial...*, cit., pág. 144.

690 Existen dichos programas en multitud de CCAA, promovidos por gobiernos y diputaciones.

con el gasto del seguro privado, para el supuesto de que no tuviera derecho a la asistencia de la Seguridad Social. España fijó la hospitalización en caso de enfermedad, accidente y maternidad, así como prestaciones médicas y farmacéuticas. Asimismo, al suscribir el Acuerdo formuló reserva en el sentido de establecer que la familia de acogida tenía que abonar la mitad de la prima del seguro de asistencia sanitaria.

Según el art. 12 del Acuerdo, la autoridad competente de cada país debía designar los organismos públicos habilitados para encargarse de lo relativo a la colocación *au pair*, pudiendo también designar con ese objeto a organismos privados.

El parlamento español autorizó la ratificación del Acuerdo sin dictar norma alguna sobre los organismos que debían gestionar su aplicación. En ausencia de tal determinación, la Dirección General de la Policía (DGP) emitió una Circular, de fecha 5 de abril de 1990, que concreta y modifica el Acuerdo. No existe ninguna otra disposición posterior.

El contenido del Acuerdo, convertido en norma interna tras su ratificación, amplía la definición de trabajo “a la par” del RD, que establecía que la actividad debía ser marginal. De ninguna manera puede considerarse tal una dedicación que, según el Acuerdo, puede legalmente llegar a las 30 horas semanales. Ya se han señalado las posibles referencias del derecho interno a la medida del trabajo marginal en el régimen del trabajo doméstico (72 horas mensuales, equivalentes a 18 semanales, o 80 mensuales y 20 semanales), y en el régimen ordinario (48 mensuales, 12 a la semana). En su día, la medida excedió incluso el propio concepto de trabajo a tiempo parcial anterior a la reforma del ET por la Ley 11/94, que consideraba tal el inferior a los dos tercios de la jornada habitual en el sector, en este caso las 26 horas y 40 minutos. La Circular de la DGP redujo de 30 a 25 el número máximo de horas semanales permitidas en el trabajo a la par.

La Circular establece otras modificaciones al Acuerdo. Este solo dispone que la persona *au pair* debe disponer de tiempo suficiente para su formación. La norma administrativa instituye en 10 horas semanales el tiempo mínimo que la persona *au pair* tiene que acreditar su asistencia a un centro de enseñanza. Por otra parte, se concreta en un mínimo de 24.000 pts. mensuales la suma que según el Acuerdo debe abonarse en concepto del dinero de bolsillo.

En el año 1990 la cantidad de 24.000 pts. en metálico, por 25 horas de trabajo y añadiendo un 45% en concepto de manutención, era el equivalente a un salario de 69.818 pts. por las 40 horas⁶⁹¹, superior al mínimo establecido para los trabajadores domésticos en aquella fecha, que era de 54.177 pts⁶⁹².

Años después, la cifra de 24.000 pts. mensuales no ha sido actualizada. En todo caso, las disposiciones de la DGP se emiten por un órgano competente, a su nivel, en materia de condiciones de estancia de los extranjeros en España. La cuestión discutible reside en definir si el Acuerdo y su concreción reglamentaria por la DGP tiene alguna consecuencia en el área del derecho del trabajo: si la relación que se está comentando fuera laboral, no sería la autoridad policial la competente para definir las condiciones mínimas del trabajo a la par.

691 Según el siguiente cálculo: 55% 24.000 pts. en metálico
100% x = 43.636 pts. de salario total por 25 horas.
43.636/25 horas x 40 horas = 69.818 pts. de salario por la jornada completa.

692 Obtenidas de aplicar el salario mínimo interprofesional para 1990 (Real Decreto 170/90, de 9 de febrero), y dos medias pagas prorrateadas.

Para resolver la cuestión de la diferencia de la relación *au pair* con el contrato de trabajo doméstico, Rosa Quesada propone distinguir la naturaleza de ambas relaciones⁶⁹³ por su diferente causa. En la relación *au pair* sería la colaboración recíproca, la asociación con fines formativos, que se sobrepondría a la causa remuneratoria que existe en el contrato de trabajo doméstico: intercambio de servicios por salario.

El trabajador *au pair* busca la posibilidad de una estancia en un país ajeno con fines formativos, en general para aprender su idioma. El empleador persigue obtener los servicios domésticos de una persona a bajo precio, a cambio de asegurarle alojamiento y manutención. La exclusión de la relación de las normas que regulan el contrato de trabajo tendría que estar justificada por alguna variación importante en el desarrollo concreto de la prestación laboral. Si el juego de los derechos y deberes recíprocos no se apartase de manera suficiente de lo que caracteriza al contrato de trabajo doméstico, la motivación subjetiva del trabajador, el objetivo que persigue al contratar, no sería relevante ni justificaría la exclusión del carácter laboral de la relación.

Las limitaciones que el Acuerdo y posterior reglamento de la DGP establecen al libre desenvolvimiento de la relación entre las partes son el límite horario de 25 horas semanales de prestación de servicios y la obligada acreditación de 10 horas de presencia en un centro de enseñanza.

No existe ninguna diferencia sustancial en el régimen de relación laboral doméstica y el trabajo *au pair*. Es un contrato con causa remuneratoria, trabajo a cambio de retribución. La cantidad del trabajo está limitada y la retribución mínima también. Pero ni por parte del trabajador hay una prestación de diferente naturaleza, ni por parte del empleador la contraprestación es sustancialmente distinta.

La condición de *au pair* no se ha aceptado en el caso de la trabajadora extranjera que tenía su propio domicilio en la misma localidad, en la que residía con otros miembros de la unidad familiar, y realizaba tareas de acompañamiento nocturno a cambio únicamente de la cena y ocasionalmente de alguna cantidad⁶⁹⁴. En este supuesto faltaba el elemento de trabajo a cambio de manutención, al contar la trabajadora con su propia vivienda en la localidad.

Se ha señalado que la marginalidad de la compensación económica es un índice de la marginalidad del servicio, pero solo un índice que deberá verificarse⁶⁹⁵. Se ha rechazado la cualidad de *au pair* de quien tenía un salario fijo de entidad y cuidaba a los hijos de los titulares del domicilio⁶⁹⁶, porque la contraprestación recibida excedía con mucho de la simple compensación de gastos, lo que indica un servicio no marginal. No sigue esta doctrina la resolución que consideró *au pair* el trabajo de quien se había trasladado al extranjero con la familia cuyas criaturas cuidaba, cobrando 50.000 pts. al mes, además de la manutención, siendo el salario mínimo interprofesional en la fecha de los hechos de 53.250 pts. mensuales⁶⁹⁷.

Las resoluciones señaladas son muestra de que la presunción de falta de laboralidad del trabajo a la par deja la figura en una excesiva indeterminación, si la ausencia de relación laboral debe basarse en la cantidad de

693 Ver QUESADA SEGURA, Rosa, “El trabajo *au pair*: entre la laboralidad y la tutela extralaboral”, VV. AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos, 1999, pág. 324.

694 STSJ Granada 17-9-2001, La Ley 1724/2002

695 RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar (RD 1424/85 de 1 de agosto)”, cit., doctrina, pág. 7.

696 STSJ Valladolid de 2-5-2000, rec 564.

697 STSJ Madrid de 25-3-1993, AS 1454.

horas de trabajo o de la remuneración percibida, por más que a ésta se le llame compensación de gastos. La regulación debería tener límites precisos no solo en cuanto a jornada y salario, sino también en lo que respecta a la extensión temporal del contrato y las contrapartidas específicas de todo orden que lo justifican.

3. El alta

3.1. Sujeto obligado a solicitar el alta

La obligación de solicitar el alta en el RESS puede ser del empleador o de la parte trabajadora. En el art. 6° del DRESS dispone que el alta corresponde al cabeza de familia al que de manera exclusiva y permanente preste sus servicios el empleado de hogar, y al empleado de hogar cuando preste sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más cabezas de familia.

Tal como se ha señalado⁶⁹⁸, el legislador de 1969 estaba regulando un régimen de seguridad social para una actividad que no tenía reconocida la cualidad de trabajo por cuenta ajena, y en un momento en el que el trabajo a tiempo parcial, que era ya una realidad masiva en el trabajo doméstico, no estaba contemplado como figura contractual en las leyes laborales. La definición del texto sobre la dedicación que impone la responsabilidad en uno u otro lado se basa en una serie de términos que no tienen el significado que se les atribuye en las normas laborales ordinarias.

Según el art. 6°.1. a) el cabeza de familia resulta obligado cuando los servicios se prestan con carácter exclusivo y permanente. La nota de exclusividad se interpretó durante años por el INSS como la imposibilidad de alta en el RESS en régimen de pluriactividad, lo que provenía de la regulación del Montepío. Esta interpretación se corrigió por la doctrina judicial, como ya se ha expuesto, en el sentido de que la expresión significaba que los servicios para el empleador debían tener carácter exclusivamente doméstico. Admitida la posibilidad del alta en más de un régimen, la disposición está usando el término exclusividad en el sentido de que el empleador doméstico solamente estará obligado a dar de alta al trabajador que no presta servicios a ningún otro.

Respecto a la nota de permanencia, la LCT de 1944, en su artículo 16.9 disponía que el contrato podía ser por tiempo indefinido, por tiempo cierto o para obra o servicio determinado, por lo que el carácter permanente de los servicios podría haberse referido a la duración del contrato. No es así, la permanencia se ha interpretado en el sentido de intensidad de la dedicación profesional.

El criterio temporal que daba lugar a la obligación empresarial de dar de alta, solo se definió tras la publicación del DRLE, y mientras tanto permaneció en la indeterminación. Es representativa de la situación la STCT 29-6-1981, Ar 4476, que declara que una dedicación de 4 horas diarias 5 días semanales, aunque es permanente y continua en el sentido de corresponder a espacios de tiempo cíclicamente distribuidos, carece de la nota de exclusividad ya que “no agotaba la disposición personal aplicable cotidianamente a otros fines”, liberando al empleador de la obligación de dar de alta en el RESS. En otras resoluciones se habla de servicios esporádicos o discontinuos sin fijar un límite cierto⁶⁹⁹, que aparecerá tras la fijación de la jornada de trabajo máxima en el DRLE.

698 CUBAS MORALES, Armando, “Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar”, *Tribuna Social*, núm. 42, 1994, pág. 32.

699 En el mismo sentido, se da de baja a la trabajadora que presta servicios solamente tres días a la semana, declarando que no corresponde al empleador su alta y cotización y sí a ella misma, sin delimitación del número de horas que constituyen dedicación parcial. STCT 9-6-1981, AR 3906. STCT 20-10-1987, AR 22177.

El art. 6º.1.b) atribuía a la trabajadora la obligación de darse de alta en el servicio a tiempo parcial o discontinuo a uno o más cabezas de familia⁷⁰⁰, formulación que se ha mantenido en la regulación posterior una vez derogado el capítulo correspondiente del DRESS. Tampoco en este caso se utilizan los términos en el sentido del derecho laboral.

El trabajo discontinuo aparece mencionado en una norma laboral de carácter general en el art. 16 de la LRL de 1976, que garantiza a quien realice trabajos fijos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo, el derecho a ser llamado. En la interpretación de la norma del RESS, el término discontinuo no ha sido ligado al carácter del contrato sino a la duración de la jornada, como sinónimo de parcial. El trabajo a tiempo parcial aparece por primera vez delimitado con carácter general en el art. 12 del ET de 1980, como el que se presta durante un determinado número de días al año, al mes o a la semana, o durante un determinado número de horas, respectivamente, inferior a los dos tercios de los considerados como habituales en la actividad que se trate en el mismo período de tiempo. Ambas expresiones del DRESS no se corresponden con el sentido que les da el derecho del trabajo pero se han mantenido durante toda su vigencia.

Tras el DRLE, al amparo de la Disposición Adicional que declara el ET de aplicación subsidiaria, la DG de Régimen Jurídico de la Seguridad Social por Resolución de 18 de abril de 1986⁷⁰¹ atribuyó el deber de alta en el RESS a la parte empleadora en la prestación de servicios a partir de 26 horas y 40 minutos semanales, correspondientes a las dos terceras partes de la jornada de 40 horas, para el caso de trabajadores con un solo empleador⁷⁰². El art. 6.1 b) une la prestación de servicios a varios cabezas de familia con el carácter parcial o discontinuo del servicio, sin contemplar la posibilidad de que en el caso del pluriempleo, la jornada para alguno de los empleadores no fuese parcial sino a tiempo completo o al menos superior al límite de las 26 horas y 40 minutos. En ese caso domina el carácter de servicio no exclusivo, y la obligación del alta es de la parte trabajadora, lo que tiene aún menor justificación.

Los capítulos del RESS que se referían a las obligaciones de alta y cotización fueron derogados por reglamentos posteriores de carácter general, pero se mantuvieron las peculiaridades del régimen.

El Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de Seguridad Social, aprobado por RD 2064/1995, de 22 de diciembre, deroga y sustituye el Capítulo IV del DRESS, y define en su art. 46 los sujetos obligados a cotizar, que a su vez tendrían que ser los responsables del alta.

El art. 46.1º señala que empleador es el responsable si tiene “algún empleado de hogar a su servicio de manera exclusiva y permanente”, lo que significa mantener en lo sustancial la redacción del DRESS, y el término permanente, totalmente fuera del lenguaje de las leyes laborales. El párrafo 2º del art. 46.1. da una referencia precisa sobre el significado de la expresión servicio exclusivo y permanente: el que se presta a un solo empleador con una duración superior a la mitad de la jornada habitual. La expresión jornada habitual se refiere a la jornada legal establecida por el DRLE, de 40 horas semanales, ya que el sector no cuenta con otra regulación legal ni convencional.

700 La obligación de la trabajadora discontinua de darse de alta a si misma supone en la mayoría de los casos el incumplimiento de las obligaciones de seguridad social, de las que se exime así al empleador, TORTUERO, José Luis y PANIZO, José, *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes*, Documento de Trabajo 12/2003, Laboratorio de Alternativas.

701 Circular de 25-9-1986. La Resolución se reprodujo en Circular núm. 2-045, de 25-11-1986.

702 La STCT 9-6-1987, AR 12653, imputa a la trabajadora la obligación de darse de alta en el RESS con una jornada de 20 horas semanales en una vivienda y simultánea prestación de servicios en otras.

Al regular cuándo la obligación de cotizar corresponde a la parte trabajadora, el art. 46.2º mantiene la confusa redacción del art. 6 b) del DRESS, ajena al significado de los términos en el derecho laboral: el obligado es el empleado de hogar que presta sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más cabezas de familia, con lo que lo determinante es el trabajo en régimen de pluriempleo, del que se predica automáticamente su carácter parcial o discontinuo. De la lectura conjunta de los apartados 1 y 2 del art. 46 queda clara la figura del empleador doméstico obligado a cotizar: el que es el único y tiene contratada una jornada igual o superior a las 20 horas.

La fijación del límite de la obligación empresarial en 20 horas, vino a resolver el problema que había generado la modificación del art. 12 ET por RD Ley 18/1993, de 3 de diciembre, por la que desaparece el límite de los dos tercios de la jornada para la calificación de un trabajo como parcial y pasa a serlo cualquiera inferior a la habitual en el sector. La DG de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social, en fecha 7-3-1994 se pronunció sobre si en consecuencia había quedado modificado el régimen de responsabilidades en la cotización del RESS. El criterio es que el límite de los dos tercios debe mantenerse porque no parece conforme a la finalidad de la norma que cualquier mínima reducción diese lugar al traslado a la trabajadora de la obligación de cotizar⁷⁰³. La solución es acertada, pero la fórmula legal para adoptarla es una resolución administrativa de rango menor, que como en otras materias vendrá a definir cuestiones de importancia crucial en el RESS. La Resolución de la Dirección General se separa de lo dispuesto en el art. 6.1,b) del DRESS, que traslada al trabajador a tiempo parcial la carga de la cotización.

Los actos de encuadramiento son objeto de regulación posterior en el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social aprobado por RD 84/1996, de 26 de enero. La norma, en su art. 49.1, define solamente el supuesto en el que el trabajador tiene que darse de alta, por lo que la obligación del empleador se deduce en sentido contrario.

El trabajador obligado es el que preste sus servicios a uno o más cabezas de familia a tiempo parcial, sea con carácter indefinido, tanto de forma periódica como fija discontinua, o sea de duración determinada en los supuestos previstos en el art. 15 del ET. Añade el art. 49.1.2º lo que se entenderá por 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 el Ministerio de Trabajo.

En el nuevo texto el lenguaje se utiliza según su significado en las relaciones laborales ordinarias. El concepto de trabajo discontinuo pasa a encajarse como una modalidad del contrato indefinido, y desaparece el término permanente para calificar la duración de la jornada.

La expresión jornada de trabajo efectivo remite a la distinción del art. 7.1 del DRLE sobre jornada máxima semanal de carácter ordinario, 40 horas de trabajo efectivo, “sin perjuicio de los tiempos de presencia a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes”. La norma no establece en qué caso el tiempo es de presencia, y deja sin regular las tareas que constituyen trabajo efectivo, por lo que no está claro el cómputo de la jornada a efectos de seguridad social en actividades típicas del servicio doméstico como la de acompañamiento nocturno o el cuidado en fin de semana. Incluso cuando el contrato consiste únicamente en el acompañamiento nocturno sin otras actividades de carácter doméstico, el DRLE no atribuye un perfil definido a la prestación: horas inicial y final y salario a percibir en tal caso. Frecuentemente las personas que duermen en la casa por un contrato de acompañamiento nocturno o de trabajo en fines de semana en régimen interno, no realizan el tiempo de trabajo efectivo que dan lugar al alta por cuenta propia (72 horas)

703 Circular 5-018, de 30 de marzo de 1994.

o del empleador (80 horas), por lo que en este caso el encuadramiento en el RESS deriva de un acuerdo entre las partes.

Cuando hay pluralidad de empleadores y para alguno de ellos la jornada mensual es superior a las 80 horas mensuales, según el art. 49.1. del RD 84/1996 el servicio no sería a tiempo parcial, por lo que ateniéndonos a la redacción del precepto habría fundamento para imputar al empleador la responsabilidad de dar de alta⁷⁰⁴. Por su parte, y como ya se ha visto, el Reglamento de cotización de 1995 en su art. 46 dispone de forma nítida que el pluriempleo trae como consecuencia el desplazamiento al trabajador de la obligación de cotizar. El Reglamento de inscripción de empresas de 1996 no deroga la anterior disposición porque cada norma tiene su ámbito específico, por lo que cabría entender que ambas están vigentes y cada parcela tiene un régimen distinto⁷⁰⁵. La consecuencia práctica de aplicar las normas ateniéndose a su literalidad sería la de colocar a la parte trabajadora en una situación en la que, siendo la obligada a cotizar, no tendría derecho a instar su alta hasta que no existiese un incumplimiento patronal (art. 35 del RD 84/1996). Sin embargo, la doctrina judicial ha unido obligación de solicitar el alta y obligación de cotizar, considerando obligada a la parte trabajadora que preste servicios para más de un empleador, con independencia del número de horas en cada domicilio⁷⁰⁶. En la gestión de la TGSS el pluriempleo del trabajador supone la atribución simultánea de las obligaciones de alta y cotización.

La definición del trabajo a tiempo parcial de ambos Reglamentos no coincide: las 20 horas semanales del Reglamento de 1995 están en discordancia con el de las 80 horas mensuales del Reglamento de 1996, dado que la cotización es mensual y dependiendo de los días del mes la mitad de la jornada de 40 horas semanales puede arrojar un resultado superior a las 80 horas. La diferencia se ha resuelto por parte de la TGSS a favor de la aplicación de la obligación dar de alta en los mismos términos que la obligación de cotizar: en las jornadas a partir de las 20 horas semanales.

3.2. Alta en función de una jornada mínima de trabajo

La limitación del acceso al sistema de Seguridad Social es y ha sido posible en función de lo dispuesto en la LGSS sobre extensión de su campo de aplicación, que permite que el Gobierno excluya a las personas cuya actividad por cuenta ajena pueda considerarse marginal, en atención a su jornada o su retribución, a instancia de los interesados⁷⁰⁷. 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 a la LGSS de 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”, obligando aún así a asegurar la cobertura de accidentes laborales.

⁷⁰⁴ Plantea la cuestión GARCÍA VIÑA, Jordi, en *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*, Comares, 2009, pág. 168.

⁷⁰⁵ BLASCO LAHOZ, José Francisco; LÓPEZ GANDÍA, Juan y MOMPALER CARRASCO, M^a Angeles, *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch 2008, 9^a edición, pág. 359.

⁷⁰⁶ STSJ Madrid 18-9-1997, AS 2995; STSJ Cataluña, 16-12-2003, AS 325/2004. Según la STSJ Galicia, 27-1-2011, ROJ 1128/2011, es posible incluso que el trabajador doméstico pluriempleado trabaje a jornada completa en uno de los domicilios, sin que ello suponga cambio en su responsabilidad en el alta y cotización.

⁷⁰⁷ Art. 7.6: “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”.

El DRESS no establecía ningún límite a la dedicación que da lugar al encuadramiento. Las entidades gestoras de la Seguridad Social no han admitido el alta en el RESS si no existía una jornada mínima de 72 horas al mes, realizada al menos en 12 días. La limitación proviene de la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 de septiembre de 1971 (BOMT 31-1-1972), 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 DRESS en relación al requisito de dedicación profesional que da lugar a la integración en el régimen.

De conformidad con 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 asistentes en relación con las empleadas de dedicación exclusiva, a lo que se quiso poner freno. De acuerdo con los gestores, al ser las asistentes 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 régimen⁷⁰⁸. 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”⁷⁰⁹.

Cuando se produce la primera Resolución, la Ley de Seguridad Social de 1966 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 LGSS de 1974, 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 1971 fue reiterado por Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social de fecha 5 de noviembre de 1985⁷¹⁰. Al mantener la validez de la Resolución de 1971, la DGRJSS señala que ha de tenerse en cuenta que “está en proyecto la modificación del Régimen”, por lo que la solución se presenta como provisional. La vigencia de la Resolución se confirma por la SG de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social, en sucesivas respuestas a consultas de los años 1991, 2001 y 2008⁷¹¹. Esta última menciona el proyecto de integración del RESS 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.

El TCT señaló que la prestación de servicios a tiempo parcial no invalidaba la nota de profesionalidad, en el caso de ser continuos y exclusivos⁷¹². Sin embargo, al declarar la procedencia de las altas consideró aplicable la Resolución para delimitar el límite mínimo aceptable de la profesionalidad y habitualidad⁷¹³.

Posteriormente, la doctrina judicial ha sostenido dos posiciones distintas. Quienes no admiten el límite, lo declaran contrario al principio de jerarquía normativa, en tanto que la Resolución es una disposición

708 *Memoria del INP* del año 1971, pág. 211. La cantidad de discontinuas casi se había sextuplicado (de 6.275 en 1962, cuando se crea el sistema, hasta 34.146 en 1971).

709 *La Memoria del INP* del año 1973, de nuevo constata el especial aumento de las asistentes en los términos transcritos, pág. 202.

710 Transcrita en la Circular de la Tesorería General núm. 2-045 de 25.11 de 1986, BISS noviembre 1986.

711 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. NORMASS.

712 STCT 14-7-1987, AR 16039.

713 Así lo califica la STCT de 7-1-1987, AR 93, que cita como antecedentes las STCT 24-6-1982, AR 1820 y 3577, 23-10-1984, AR 7994. La misma doctrina sostiene la TCT de 4-1-1989, AR 874.

que limita derechos reconocidos en la norma superior, que es el DRESS, y no tiene otro valor que el de una norma interna⁷¹⁴. Otro argumento por el que se declara inaplicable la Resolución de 9 de septiembre de 1971 -y hay que entender que también las que la ratifican- es porque Reglamento de inscripción de empresas, en su art. 49.1.2º define los servicios prestados a tiempo parcial en el Régimen Especial de Empleados de Hogar como los que se presten a un tiempo inferior a 80 horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el Ministro de Trabajo y Seguridad Social. Al dejar en manos del Ministerio de Trabajo la concreción del mínimo, se entiende que por motivos temporales -la Resolución de 1971 y posteriores cuestionadas, son anteriores al año 1996- y por jerarquía normativa, no pueden prevalecer⁷¹⁵. 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 semanales⁷¹⁶.

Entre las sentencias que admiten las 72 horas mensuales como criterio de profesionalidad y deniegan el alta por ese motivo, se declara que el límite de las 72 horas no puede ser tachado de discriminatorio con respecto a las normas del Régimen General en función de la existencia en el RESS de una cuota única independiente de las horas trabajadas, sistema de cotización distinto al del Régimen General⁷¹⁷. En otro caso, la vigencia del límite de las 72 horas se justifica en el hecho de que la Resolución de 1971 fuese confirmada en noviembre de 1985, con posterioridad al DRLE, o se admite sin especial esfuerzo argumental⁷¹⁸.

La aplicabilidad del criterio de las 72 horas para denegar el alta en el RESS ha sido cuestionada por la doctrina. La falta de definición de lo que sea trabajo marginal es una desidia legislativa⁷¹⁹, que se ha ido supliendo por la vía de resoluciones administrativas que establecen requisitos de encuadramiento confirmados posteriormente por la jurisprudencia⁷²⁰. 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. 7.6 LGSS ésta es una atribución del Gobierno⁷²¹, que en el RD 84/1996, al reglamentar en su art. 49 la obligación de alta en el RESS de quienes se dedican al empleo doméstico, no realiza excepción alguna⁷²².

714 STSJ de la Comunidad Valenciana de 17-6-1992, AS 2931. La STSJ Castilla La Mancha, de 16-5-2005, Jur 192275, califica de dudosa la aplicabilidad de la Resolución.

715 STSJ de Cataluña de 25-10-2001, AS 4135. Comentada por SALAS MÉNDEZ, Patricia, “¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar a tiempo parcial del régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico?”, AS, BIB 2002/36, párr. 79.

716 Art. 12.tres 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.

717 STSJ Madrid, de 14-1-1992, AS 433.

718 Respectivamente, STSJ Cataluña, de 5-9-2002, Jur 254573; STSJ de Asturias, de 12-12-2003, As 430/2004.

719 TORTUERO PLAZA, “Artículo 7”, VV. AA., (dir. Monereo Pérez, José Luis, y Moreno Vida), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social* Comares, Granada, 1999, pág. 159.

720 LEONES SALIDO, José Manuel, “El trabajo marginal, una frontera por resolver”, *Aranzadi Laboral* 2/2003, BIB 46/2003, pág. 6.

721 LUJÁN ALCARAZ, José, *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, cit., pág. 64; BLASCO LA HOZ, José Francisco y otros, *Curso de Seguridad Social*, cit., pág. 108.

722 FERNÁNDEZ DíEZ, Antonio, “Servicios domésticos marginales no incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar”, *Información Laboral* 8/2010, Lex Nova.

Por otro lado, la situación de exclusión de un colectivo del sistema de seguridad social es posible, pero a petición y en interés de un sector⁷²³, lo que no es el caso del RESS. La exclusión debería haber sido solicitada por los sujetos interesados, y el procedimiento establecido por el art. 7.6 no garantiza que estén representados⁷²⁴.

Se ha planteado 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. 7.6, una parte de las personas excluidas del RESS por su dedicación parcial tendrían que estar de alta en el Régimen General, lo que expresa lo anómalo de la consideración como vigente del citado límite⁷²⁵.

La exclusión del sistema de seguridad social de personas que no alcanzan un determinado nivel de dedicación ha sido declarada por el TJCE acorde con la Directiva 79/7/CEE de 19 diciembre 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social siempre que el propósito de la norma sea razonable, asegurar la sostenibilidad del sistema, y ajeno a un propósito discriminatorio aunque resulten afectadas muchas más mujeres que hombres⁷²⁶. La Directiva 97/81 sobre el trabajo a tiempo parcial establece el principio de no discriminación en las condiciones de empleo, pero según su preámbulo no es aplicable a los regímenes legales de seguridad social.

La exclusión del RESS de quienes trabajan menos de 72 horas mensuales, 18 a la semana, no cuenta con cobertura legal. Además, es arbitraria puesto que aplica al empleo doméstico una medida que está muy alejada de la que se emplea para el Régimen General. En primer lugar, ha de recordarse que el 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; la jornada que está en el límite por debajo del que no se admitiría el alta en el RESS, daría en el Régimen General un periodo de carencia de 5,4 días semanales para las pensiones de jubilación e incapacidad permanente⁷²⁷.

El cuestionamiento de 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, 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.

Ambas cuestiones tenían en común la evidencia estadística sobre la afectación de la medida a más mujeres que hombres. En el caso RESS no parece que haya ningún resquicio para sostener la neutralidad

723 QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de Servicio Doméstico*, cit., pág. 229.

724 CUBAS MORALES, Armando “¿Continúa vigente el art. 7.6 de la Ley General de Seguridad Social?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, julio-septiembre 1993, pág. 176. ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, “Art. 7”, VV. AA., *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, cit., pág. 74.

725 BLASCO LAHOZ, José Francisco y otros, *Regímenes especiales de Seguridad Social*, cit., ed. 2011, pág. 323.

726 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, Jose Fernando, “La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al derecho de la seguridad social”, AL, tomo I, 1996. La Ley 2504/2001, Addenda.

727 Resultado de $18/5 \times 1,5 = 5,4$

de la norma. En cuanto a la disposición en sí, según la doctrina del TC, además del problema de jerarquía normativa ya indicado, hubiese tenido que superar el juicio de igualdad demostrando la constitucionalidad de la exigencia acreditando un objetivo constitucionalmente defendible; la racionalidad de la medida, en el sentido de existir una relación entre medios y resultado y finalmente su proporcionalidad, que hace referencia a la ponderación de los fines perseguidos y los efectos que la medida produce.

El TC ha procurado no intervenir en las decisiones legislativas en materia de seguridad social, pero una cuestión relativa a la constitucionalidad de la prohibición del alta por debajo de las 18 horas hubiese acelerado los cambios. Entendemos que no se ha planteado porque han sido pocas las personas que han intentado el alta con menos de 72 horas. En primer lugar, porque el sistema de cotización de base única lo hacía demasiado gravoso. En segundo lugar, porque ha sido fácil eludir la prohibición en la práctica.

El control de la real prestación de servicios a partir de las 72 horas ha sido una pauta constante en la gestión del RESS⁷²⁸. La Circular del INP 25/70, de 11 de julio, establecía la revisión anual del censo, práctica que aparece mencionada en posteriores circulares⁷²⁹, y pasa a ser quinquenal por Instrucción de la TGSS de 30 de diciembre de 1994. No hay noticia de campañas de las entidades gestoras para detectar la falta de alta en los supuestos que daban lugar al encuadramiento.

3.3. Tiempo y forma de la solicitud del alta y la baja

El art. 8 del DRESS establecía para el alta un plazo común para empleador y trabajador discontinuo de 15 días naturales siguientes al inicio de la actividad. El plazo para la baja, según el art. 11. 2 era también de quince días naturales a partir del cese. El RD 1258/1987, de 11 de septiembre, sobre inscripción de empresas, altas, bajas y variaciones de trabajadores en el sistema de seguridad social, en su art. 22.7 daba para el alta y la baja un plazo de cinco días común naturales a todos los regímenes, unificando la variedad existente hasta entonces⁷³⁰, quedando pendiente para su aplicación de un desarrollo reglamentario que no llegó a producirse. Posteriormente, el Reglamento de inscripción de empresas, estableció la obligación de dar de alta en todos los regímenes y tanto para los trabajadores por cuenta ajena como los autónomos, con carácter previo al inicio de la prestación de servicios (art. 32.3.1º), estableciendo para la baja un plazo de seis días naturales a partir del cese.

La norma es aplicable al RESS en el caso de los llamados trabajadores fijos. Sin embargo, para los trabajadores domésticos llamados discontinuos el plazo para el alta se extiende a los seis días naturales siguientes al comienzo de la actividad (art. 49.1.1º del RD 84/1996), excepción que comparte con la del personal a bordo de embarcaciones alejadas del lugar de inscripción de la empresa en las altas del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar (art. 48.2).

La exigencia del alta previa al comienzo de la actividad tiene sentido en orden a evitar un fraude común en el sistema anterior, que consistía en la declaración de alta con efectos retroactivos a los cinco días anteriores, en el supuesto de trabajadores que habían sufrido un accidente laboral o ante la visita de la Inspección de Trabajo. En el caso de las trabajadoras domésticas discontinuas el plazo de seis días

⁷²⁸ De acuerdo con la *Memoria del INP* de 1972, pág. 202, los años anteriores se revisaba el censo de personas discontinuas.

⁷²⁹ La referencia a las revisiones del censo aparece también en el Oficio-circular 946, de 1-4-1980 de la Dir. Gral. 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

⁷³⁰ Los plazos para el alta eran diversos, por ejemplo, en el RETA, de 30 días (art. 11 de la Orden de 24-9-197) y en el REASS de 8 días comunes a trabajadores autónomos y por cuenta ajena (Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre).

para el alta podría resultar razonable habida cuenta que según el art. 49.1.1º la trabajadora necesitará hacer constar en su solicitud la declaración del cabeza de familia sobre el tiempo y demás condiciones de la prestación de servicios parciales y discontinuos, lo que no parece fácil de obtener sin un tiempo mínimo de contacto previo entre ambas partes.

La formalización del alta en el caso de los llamados trabajadores discontinuos es de su exclusiva responsabilidad, el empleador doméstico no está obligado a verificar que existe ni de su falta le derivará ninguna responsabilidad. El traslado al trabajador de la obligación de solicitar el alta existe también en el Régimen General con los representantes de comercio, pero en este supuesto, de acuerdo con el art. 5.2 del RD 2621/1986, de 24 de diciembre, la empresa es responsable subsidiaria en el caso de que el representante incumpla su obligación de instar el alta. Es también subsidiariamente responsable de la obligación de solicitar el alta en el RETA, el autónomo titular del negocio en el que trabajan sus familiares, de acuerdo con el art. 40.2 del RD 84/1996.

En el caso de que la persona contratada sea pariente, el empleador, según el art. 40.1 del citado RD, deberá realizar una declaración será específica, haciendo constar de manera detallada horario, forma y cuantía de la retribución. La prescripción es la misma para todos los regímenes, pero es solamente el RESS el que incorpora la pregunta en el impreso oficial, en términos que disuaden de dar de alta a familiares.

3.4. El alta y la baja fuera de plazo. Sus consecuencias

De acuerdo con el art. 9.3 del RESS, el alta solicitada fuera de plazo no tenía efectos retroactivos, remitiéndose a las normas del Régimen General para el supuesto de las altas practicadas de oficio. Tanto en el caso de la solicitud de parte como la actuación administrativa, los efectos del alta tardía no se retrotraían al comienzo de la actividad, sino a la fecha de la solicitud o aquella en que la administración tuvo conocimiento de los hechos que daban lugar a su actuación, regla vigente en todos los demás regímenes, salvo cuando a pesar de no comunicar el alta se hubiesen ingresado las cuotas en periodo reglamentario.

Y según el art. 23.2 del DRESS, las cuotas abonadas correspondientes a periodos anteriores a la fecha de efectividad de la afiliación o alta no se computaban a efectos de cubrir los periodos de cotización exigidos para la concesión de las prestaciones⁷³¹, disposición concordante con el art. 102 de la LGSS, que establece la no retroactividad de los efectos del alta solicitada fuera de plazo.

En el RETA, el art. 28.3 d) del RD 2530/1970, señala que el abono de cuotas correspondientes a periodos anteriores a la solicitud de alta no tiene eficacia respecto a las prestaciones, aunque una vez practicada el alta, las cotizaciones que le hayan precedido adquirirán efectos en cuanto sean obligatorias. La norma fue objeto de interpretaciones diferentes⁷³², hasta que el RD 497/1986, de 10 de febrero, les denegó tal eficacia derogando el inciso último del art. 28.3 d).

Por fin, la Ley 22/1993, de 29 de diciembre desarrollada por RD 2110/1994, de 28 de octubre, da validez a efectos de prestaciones a las cotizaciones correspondientes a los periodos anteriores a la formalización del alta en el RETA, salvo en el supuesto de estar prescritas. Sin ninguna duda, la disposición

⁷³¹ Las cotizaciones correspondientes a periodos anteriores a la afiliación inicial en el RESS no tienen ninguna validez a efectos de prestaciones, según Resolución del INP de 22-8-1974, BO Ministerio de Trabajo 1975, vol. I, ref. 2-111.

⁷³² El TCT siempre declaró la ineficacia de las cotizaciones anteriores al alta a efectos de prestaciones, por el contrario las SSTs de 19-12-10-1985, RJ 6478 y de 10-10-1996, RJ 7613, realizaron la interpretación contraria, que finalmente fue corregida en la doctrina posterior, declarando la ineficacia de las cuotas. Ver STS 23-3-2002, RJ 7525.

no era aplicable al RESS, dado que las disposiciones del RD 2110/1994⁷³³, que modifica determinados aspectos de la regulación de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, agrarios y de empleados del hogar⁷³⁴ distinguen claramente las que afectan a cada sector.

Las cuotas correspondientes a periodos anteriores al alta pasan a tener eficacia en el RESS a partir del RD Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, por el que se modifican entre otros, el Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social que modifica la cuestión también para los demás regímenes. Se establece que cuando la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consista en un requerimiento de pago de cuotas o actas de liquidación definitiva en vía administrativa, siempre que se hubiera efectuado el ingreso de su importe, los efectos del alta se retrotraerán, para causar futuras prestaciones, a la fecha de inicio del período de liquidación figurado en el requerimiento o acta.

La reforma tiene consecuencias de importancia en el ámbito del RESS, al permitir al empleador doméstico rectificar su conducta infractora poniendo en conocimiento de la Inspección su incumplimiento, y evitando la posible condena futura al pago de prestaciones que pudiesen generarse. Desde el punto de vista de la persona a quien no se dio de alta, la denuncia de la infracción una vez terminada la relación laboral, realizada dentro del plazo de prescripción de las cuotas, permite acrecer la carrera de cotización sin necesidad de reclamar contra el empleador en el momento de solicitar las prestaciones en un futuro.

Respecto a la baja, en la versión inicial del art. 14.2 del DRESS la obligación de cotizar cesaba con la baja en la Mutualidad, con lo que era exigible mientras no se hubiese cumplido con la formalidad. Pero ya desde 1982 se había hecho una aplicación flexible de la obligación del empleador doméstico, supliendo de oficio el INSS la falta de comunicación en plazo cuando los cupones se devolvían impagados por causa de cese en la actividad⁷³⁵.

El RD 2110/1994, estableció para RETA y RESS la posibilidad de efectos retroactivos en la baja comunicada de forma extemporánea. Para el RESS, modifica el art. 14.2.2 del Decreto 2346/1969, estableciendo que empleador y empleado pueden acreditar por cualquier medio de prueba que el cese en la actividad tuvo lugar en fecha anterior, con el consiguiente derecho a la devolución de cuotas.

Sobre el efecto de las situaciones de cese de actividad anterior a la norma y comunicación en un momento posterior a su entrada en vigor, la DT 2ª del RD 2110/1994 se refiere solo al RETA, omitiendo al RESS. Por resolución administrativa posterior se subsanó la omisión⁷³⁶.

3.5. Alta indebida y sus consecuencias

El art. 6.2 del RESS dispone que la entidad gestora debe comprobar en todo momento las circunstancias que motiven el alta. Tanto el art. 22.8 del RD 1258/1987, de 11 de septiembre, como el que le sucede RD 84/1996, de 26 de enero, en su art. 29.1.3º, facultan a la TGSS para proceder a la baja de oficio de quien no reúne las condiciones para el encuadramiento en el Régimen de forma inicial

⁷³³ Incorporadas posteriormente en el art. 46 del RD 84/1996, referido únicamente al RETA.

⁷³⁴ La STS de 15-12-1997, RJ 9319, declara no válidas a efectos de prestaciones las cotizaciones anteriores al alta de los autónomos del REA.

⁷³⁵ Oficio-Circular 46/82, de 16 de junio de la Dirección General del INSS. BISS, 3/1982.

⁷³⁶ Aclaración de la Dirección General de la TGSS estableciendo que la Disposición Transitoria era aplicable a ambos regímenes. Circulares de la Dirección General TGSS 3-027, de 30 de mayo de 1995 y 3-045-1995.

o sobrevenida, declarando asimismo la nulidad de las cotizaciones, cuando la resolución deriva de omisiones o declaraciones inexactas de la persona afectada, potestad que deriva del art. 55.2 del RD 84/1996 y el art. 145.2 de la LPL⁷³⁷.

Esta facultad no se extiende a los efectos retroactivos del alta indebida en relación a las prestaciones percibidas, que deben ser objeto de reclamación en vía jurisdiccional por parte de la entidad gestora⁷³⁸.

El alta en el RESS se ha examinado por parte de las entidades gestoras con especial detenimiento, con el fin de evitar el alta y cotización de conveniencia que pudiera dar lugar al devengo de prestaciones.

La Mutualidad de Empleados de Hogar denegó el alta en el RESS de quienes tenían dolencias previas que consideró incapacitantes, y que en consecuencia según el organismo no les permitían reunir el requisito del art. 2.1 del DRESS, la dedicación al servicio doméstico. En ocasiones, la denegación del alta se fundaba en dolencias que no hubiesen constituido Incapacidad Permanente en ningún grado de solicitarse desde una situación de alta en el Régimen⁷³⁹. El TCT revocó muchas resoluciones, declarando el derecho al alta en el Régimen en función de que las solicitantes estaban en condiciones de realizar una parte de las labores domésticas, aún cuando la actividad se refiriese a tareas livianas acordes con su estado⁷⁴⁰.

Esta doctrina se sostuvo incluso cuando el alta se pretendía con posterioridad a un procedimiento de declaración de Invalidez Permanente con declaración de existencia de pérdida de capacidad laboral sin derecho a prestación por faltar el periodo de carencia, sobre la base de que la persona podía realizar el esfuerzo de continuar trabajando, y se exigía únicamente que el alta respondiese a una verdadera prestación de servicios, incluso mediando una previa declaración de invalidez permanente absoluta⁷⁴¹. La amplitud de las funciones propias del oficio, “desde las labores que requieren una actividad física acusada hasta otras de carácter casi exclusivamente sedentario, como el planchar y coser”⁷⁴², es base por la que el alta debe admitirse si se funda en la efectiva realización de estas últimas, aun cuando exista una previa declaración de incapacidad⁷⁴³.

El disfrute de la pensión de vejez por invalidez del SOVI, cuando la calificación ha sido en grado de total, es compatible con el alta en el RESS dada la amplia variedad de que son susceptibles las tareas propias del servicio doméstico⁷⁴⁴.

737 Pasa a ser el 146.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

738 STSJ Islas Canarias, Las Palmas, 23-3-1993, AS 1177.

739 Ver las SSTCT 2-11-1985, AR 5939, en la que como hecho probado se señala que la demandante tenía “leve artrosis” y 12-7-1988, AR 5291, en la que la demandante tenía “hipertensión arterial moderada y perfectamente compensada”.

740 Entre otras muchas, STCT 18-2-1978, AR 970; 24-4-1978, AR 2376; 22-5-1982, AR 3040. Frecuentemente, las tareas realizadas tras la declaración de Invalidez Permanente y que daban lugar a la afiliación eran de acompañamiento a personas mayores. Por todas, STCT 21-9-1988, AR 6023, el trabajo consistía en “prestar servicios por las mañanas a una señora, haciéndole compañía y algún recado”.

741 SSTCT 30-10-1986, AR 10669 y 23-6-1986, AR 4928.

742 STCT 13-5-1980, AR 2728.

743 En el mismo sentido, entre otras, STCT 1-10-1987, AR 20320, admite el alta en el régimen de una persona previamente declarada con incapacidad total sin derecho a pensión, SSTCT 3-4-1987, AR 7329 y 30-10-1986, AR 10669.

744 STCT 21-5-1975, AR 2535.

3.6. Devolución de cuotas y reintegro de prestaciones

Pese a la obligación de control en todo momento sobre las condiciones del alta por parte de la entidad gestora, con frecuencia la baja de oficio en el RESS se ha producido a la fecha de solicitud de prestaciones, mediante resolución de la TGSS en la que se declaraba la nulidad del alta y la ineficacia de las cuotas ingresadas durante largos periodos de tiempo y resolución del INSS denegando la prestación⁷⁴⁵. Algunas resoluciones administrativas han considerado ilegítimo tal proceder⁷⁴⁶.

En estos supuestos, se ha declarado procedente llevar a juicio a ambas entidades en una misma demanda, al depender la prestación de la validez del alta y cotización, existiendo una misma causa de pedir⁷⁴⁷. En el supuesto de que se hubiesen devengado prestaciones derivadas de la cotización, la competencia de reclamar las cantidades indebidamente percibidas es del INSS⁷⁴⁸.

El art. 12 del DRESS establece que en las altas indebidas las personas obligadas a cotizar tendrán derecho a la devolución total o parcial de las cuotas ingresadas por error en la Mutualidad. Esta disposición regula la cuestión de la misma manera que la Ley de Seguridad Social de 1966 con un plazo de devolución de cinco años desde la fecha del ingreso, que se redujo a cuatro años para el Régimen General por Ley 14/2000 de 29 de diciembre y para el RESS en el Reglamento de cotización de 1995.

Las altas que no respondían a una efectiva prestación de servicios no han dado nunca lugar a la devolución de cuotas, pero en el caso de alta de parientes en el RESS el TS ha declarado la existencia de un error excusable y ha reconocido el derecho a la devolución de las cuotas indebidamente ingresadas⁷⁴⁹. El supuesto tipo es el del familiar que sin discutir la decisión de la entidad gestora de darle de baja solicita la devolución de las cuotas; el TS declara la inexistencia de mala fe de quien no tuvo siquiera la oportunidad de defender su condición laboral en un periodo en que la actuación administrativa no permitía tal prueba.

3.7. Las situaciones asimiladas al alta, la Incapacidad Temporal y el Convenio Especial

El art. 10.1 del DRESS disponía que en el empleado de hogar que por causa de enfermedad, maternidad o accidente estuviese incapacitado para prestar sus servicios y cesara en ellos, permanecería en situación de alta en el Régimen durante la percepción de la prestación de incapacidad laboral transitoria. Según el art. 10.2, en desarrollo del Decreto se debían regular las situaciones especiales en que se consideraría de alta en el Régimen a los empleados de hogar, desarrollo que no llegó a producirse.

⁷⁴⁵ STCT 19-5-1989, AR 3687, entre otras.

⁷⁴⁶ Durante un periodo, la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la Tesorería General de la Seguridad Social informó en más de una ocasión sobre lo ilegítimo de actuar de manera retroactiva en situaciones de alta irregular en el RESS detectadas a raíz de reclamaciones de prestaciones. Doctrina administrativa 205/2000, informe sin fecha suscrito por Alberto Sendín Vázquez. NORMASS. Y contestación de la TGSS núm. 232-2000 de 14 de septiembre de 2000 sobre “Baja empleada del hogar. Procedencia o no de las cotizaciones efectuadas con posterioridad al momento en que debió producirse dicha baja” Ref. CISS: JC079469 y 205/2000.

⁷⁴⁷ STSJ Cataluña de 16-7-2001, AR 3549.

⁷⁴⁸ STSJ Cataluña de 12-5-2000, AR 2701.

⁷⁴⁹ SSTS Cont. Adm. de 3-10-1997, RJ 7035 (hermana del empleador) y 30-1-1998, RJ 848 (no consta el grado de parentesco). También en STSJ Social Andalucía. de 30-11-1990, AS 3081 (pariente de tercer grado).

En la asimilación al alta “mientras perciba la prestación por incapacidad laboral transitoria” se ha entendido incluido también el periodo de espera de 28 días para el cobro de la prestación⁷⁵⁰. Durante la situación de ILT, con y sin percibo de prestación, la obligación de cotizar permanece según el art. 14.4 del DRESS, pero no continúa si hay extinción del contrato de trabajo, al dejar de reunirse las condiciones establecidas para la inclusión en el Régimen (art. 11. 1.a) de la misma norma). La situación de alta asimilada de la versión inicial del DRESS era por tanto no cotizante.

La STCT de 2-3-1985 (AR 1522) se pronunció negativamente sobre la posibilidad de concertar Convenio Especial en el RESS a efectos de mantener el alta, por entender que la falta de desarrollo reglamentario de los supuestos de asimilación al alta en el Régimen no permitía aplicar los del Régimen General.

El Convenio Especial existe como posibilidad en el Reglamento del Mutualismo laboral de 1954, que preveía en su art. 21 la posibilidad de realizar un contrato con la Mutualidad al cesar en el trabajo por cuenta ajena. En el sistema de seguridad social se regula en la Orden de 28 de septiembre de 1968 para las Mutualidades Laborales del Régimen General, pero también existe en los regímenes especiales desde su creación⁷⁵¹.

El RETA regula el convenio especial en el art. 71 de la Orden de 24 de septiembre de 1970. El REASS lo prevé dentro de las situaciones asimiladas al alta del art. 70 del Reglamento General del 23 de diciembre de 1972, para los trabajadores agrícolas por cuenta propia y ajena.

Para las personas incluidas en el RESS no existió posibilidad de suscribir convenio especial sino a partir de la Orden de 30-10-1985, reguladora del Convenio Especial en el sistema de la Seguridad Social, que en su art. 1º señalaba que las personas que suscribiesen el convenio especial regulado en la norma quedaban en situación asimilada al alta “en el Régimen de Seguridad Social que se trate”, y excluía únicamente de su campo de aplicación los Regímenes Especiales de Funcionarios de las Administraciones Civil del Estado, Militar, Justicia y Local.

El art. 10.1 del DRESS fue derogado por el Reglamento de inscripción de empresas, que en su art. 36 amplió las situaciones asimiladas al alta de manera homogénea para todos los Regímenes, recuperando algunas específicas del RETA y el REA, sin mencionar la IT con percibo de prestación del RESS. Entre las situaciones de alta asimilada contempladas en el art. 36 del Reglamento no aparece la de IT sin cotización una vez extinguido el contrato de trabajo, pero se ha considerado que la falta de declaración expresa de tal situación debe interpretarse como una laguna legal a la que aplicar el trato de las situaciones equivalentes, como la extinta invalidez provisional y el desempleo⁷⁵².

En la IT que perdura una vez extinguido el contrato de trabajo se extingue la obligación de cotizar, pero en el RESS se admite de hecho la continuación en la situación de alta cotizante durante la situación de IT mediando cese laboral. En realidad, una práctica administrativa muy extendida plantea como obligatorio mantener la cotización en el RESS en el supuesto del cese laboral sucedido tras iniciarse la situación de IT, obligación que estaría condicionando la percepción de la prestación⁷⁵³.

750 BARRIOS BAUDOR, Guillermo, *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de seguridad social*, Aranzadi, 1997, pág. 415.

751 De acuerdo con la relación de Regímenes especiales afectados por la Disposición Derogatoria 1. de la Orden de 30-10-1985 reguladora del Convenio Especial en el sistema de Seguridad Social, que unifica las normas de todos ellos.

752 BARRIOS BAUDOR, Guillermo, *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español...*, cit., pág. 73.

753 El Manual del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Empleados de Hogar, publicado por la TGSS en la provincia de Valencia, de diciembre de 2007, en su pág. 113 establece que el trabajadora de hogar cesada durante la IT continuará cotizando durante la baja y cesará en sus aportaciones al recibir el alta médica. NORMASS.

Se realice la cotización de manera impuesta o voluntaria, una vez trasladada la obligación de cotizar durante la IT a la trabajadora, el ingreso de las cuotas puede continuar sin que por parte de la TGSS se exija acreditar en razón de qué situación se están ingresando o la pervivencia de la relación laboral. La cotización en el RESS resulta menos gravosa que la que deriva de la suscripción de un convenio especial.

Lo cierto es que las cuotas ingresadas con posterioridad al cese en la actividad tienen el carácter de indebidas, pero la doctrina administrativa no las trató como tal, dando otra solución a lo que era un problema muy extendido. Se consideró que en los supuestos de continuar con la cotización existía un convenio tácito, al que se le dio validez retroactiva a la fecha en que debió producirse la baja por cese de actividad, en el caso de que la persona suscribiese formalmente el convenio especial en los 90 días siguientes a la actuación inspectora detectando la irregularidad. La medida se aplicó a partir del año 1996 a los casos del RETA⁷⁵⁴, beneficio que a partir del 2006 se extendió a los del resto de regímenes en los que los trabajadores son responsables del ingreso de la cotización, el REAS y el RESS⁷⁵⁵.

El art. 36.1.1 del RD 84/1996 declara situación asimilada al alta la situación legal de desempleo total y subsidiado y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo, lo que no incluiría a quienes cesan en el RESS, al no tener derecho a la prestación.

Según doctrina judicial reiterada, la situación de desempleo involuntario con inscripción en la oficina de empleo supone la asimilación al alta en el RESS a pesar de que el Régimen no prevea la prestación de desempleo⁷⁵⁶, por equiparación con el trato dado a los trabajadores del RETA. La doctrina del TS declarando en situación asimilada al alta a los trabajadores autónomos inscritos en la oficina pública de empleo⁷⁵⁷, no encuentra obstáculo en el hecho de que la decisión de cese en el trabajo que da lugar a la inscripción no responda a la decisión de un tercero, sino del propio trabajador, por lo que no concurriría la situación legal de desempleo. Aún así, dice el TS que la baja en el RETA no tiene un carácter puramente voluntario sino que obedece a razones tales como la imposibilidad física o económica para continuar con la actividad, dando por suficiente muestra de la voluntad de trabajar la inscripción en la oficina de empleo, argumentación que el TSJ Cataluña de 14 de noviembre 2002 (AS 131) declara con mayor motivo aplicable en el supuesto de los empleados de hogar del RESS, cuya condición es la de trabajadores por cuenta ajena.

La tardanza en la inscripción en la oficina de empleo por parte de la trabajadora doméstica se ha interpretado de manera flexible al tratarse de un cese producido en un Régimen que no otorga la prestación⁷⁵⁸, y se han declarado admisibles las interrupciones en el mantenimiento de su inscripción por causa de enfermedad⁷⁵⁹, de conformidad con la doctrina del TS para otros Regímenes.

754 Circular TGSS 5-013, de 18-3-1996, cita Resolución de la DG de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras, de 20-2-1996.

755 Informe Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones de la TGSS, Doctrina administrativa, 201/2006. Sin fecha. NORMASS.

756 STSJ PV de 2-11-2005, ROJ 4404; STSJ CV de 2-4-2009, ROJ 2741. No obstante, el INSS deniega prestaciones en el RESS en supuestos de puntual inscripción en la oficina de empleo por falta de alta asimilada, ver STSJ Andalucía, Sevilla, de 30-1-2003, JUR 174368.

757 STS de 23-2-1999, RJ 2018; 9-12-1999, RJ 517/2000; de 23-12-2000, RJ 10299/2001, entre otras. Pero la inscripción tardía del autónomo en la oficina de empleo no es suficiente muestra de su voluntad de permanecer en el mercado de trabajo, y por tanto no constituye una situación de alta asimilada, STS de 18-12-1997, RJ 9519.

758 STSJ Cataluña, de 9-7-1999, AS 3143.

759 STSJ País Vasco de 27-7-2004, JUR 4170/2005.

En todo caso, la inscripción, de existir, responderá a una decisión informada de constituir las condiciones del derecho a futuras prestaciones⁷⁶⁰, dado que no está justificada ni por el cobro de la prestación de desempleo ni por ninguna expectativa de que el servicio público de colocación realice actividad de intermediación en el empleo doméstico. Consecuencia de lo anterior es que normalmente la inscripción no se realizará, con el efecto de pérdida del derecho a prestaciones por falta de alta⁷⁶¹.

4. La cotización

4.1. El alcance de la obligación de cotizar

Según el art. 14 DRESS, la obligación de cotizar existía en tres supuestos. Cuando el alta del trabajador se producía en la primera quincena de un mes y continuaba en la segunda; cuando el alta se producía en la primera o segunda quincena de un mes y la baja en la primera quincena del mes siguiente, caso en el que solo se cotizaba el primer mes; o si la baja tenía lugar dentro de la segunda quincena del mes distinto al de producirse el alta. En todos los demás supuestos no existía obligación de cotizar, lo que significa que la actividad durante una sola quincena del mes estaba exenta.

El empleado de hogar obligado a darse de alta en la Seguridad Social es también el obligado a cotizar. Además, el art. 16.2 del DRESS disponía que las cuotas correspondientes al mes en el que el empleado de hogar pasase a la situación de ILT y los meses en que permaneciese en tal situación debían ser abonadas íntegramente por aquél, exceptuando la cuota del mes en que se iniciase la ILT, que debía abonarse por el cabeza de familia.

El sistema se modifica en el RD 2064/1995, que aprueba el Reglamento de cotización. La obligación de cotizar pasa a referirse a todo el tiempo de actividad, sin periodos exentos, a cuyo fin la cuota se fracciona entre treinta y se multiplica por los días trabajados (art. 49.3). El sistema no distingue a estos efectos las dos modalidades de cotización, la que recae en ambas partes y la que es responsabilidad exclusiva de la trabajadora. En el RETA y el extinto REASS por cuenta propia, la obligación de cotizar nace en el primer día del mes de inicio de la actividad y termina el último día del mes de cese⁷⁶².

El RD 2064/1995 mantuvo el esquema del RESS sobre los sujetos obligados a cotizar. Respecto al traslado de la carga de cotización a la parte trabajadora durante la suspensión del contrato por la ILT, el art. 46.3 del Reglamento de cotización mantuvo el mismo sistema en las prestaciones de IT y maternidad, añadiendo por RD 1596/2011 las prestaciones de riesgo durante el embarazo y lactancia, aún cuando estas dos últimas tuviesen carácter profesional.

Como se ha comentado (parte III, 2.5.2.), la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS en sentencia de 4 de mayo de 1999, se pronunció denegando la existencia de ninguna discriminación en razón de sexo, ni directa ni indirecta en la regulación del Reglamento de cotización de las cargas de cotización en el RESS. El fj. 5º de la sentencia señalaba “la necesidad de posibilitar la máxima contratación en be-

760 Es el supuesto que refleja la STSJ Andalucía, Granada, de 17-2-1999, AR 794, en el que se considera en situación asimilada al alta a la trabajadora que al ver revocada la sentencia de primera instancia que le reconocía una IPT, se inscribe en el INEM e inmediatamente solicita de nuevo la IPT, con resultado favorable.

761 STSJ Cataluña, de 6-10-1999, AS 6429. Denegación de la jubilación anticipada a quien reunía las restantes condiciones pero no el alta, al no figurar inscrito en el INEM al cesar en su último empleo, que había sido en el servicio doméstico.

762 RD 2064/1995, arts. 39.1º, respecto al REASS y 45.2 respecto al RETA.

neficio de los trabajadores” como justificación de la regulación que se estaba impugnando, argumento que hubiese podido fundar cualquier otra medida peyorativa.

La Recomendación 191 de la OIT del año 2000, que acompaña al Convenio núm. 183, sobre protección de la maternidad, señala en su apartado 2 que las prestaciones pecuniarias a las cuales tiene derecho la mujer durante la por maternidad deberían elevarse a un monto igual a la totalidad de las ganancias anteriores o de las que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones. El Convenio no está suscrito por España, que sin embargo por Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, ya había elevado la prestación durante la baja maternal desde el 75% al 100% de la base reguladora, en todos los regímenes de la seguridad social. Al trasladarse a la trabajadora del RESS la obligación de pagar la cuota íntegra durante el permiso de maternidad, no se cumple el principio de conceder una prestación que mantenga el monto de las ganancias anteriores.

4.2. La cotización del periodo de vacaciones no disfrutadas

El art. 40 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, modifica el art. 109 de la LGSS añadiendo dos párrafos, tercero y cuarto, según los cuales las percepciones correspondientes a las vacaciones anuales devengadas y no disfrutadas a la finalización de la relación laboral son objeto de liquidación y cotización complementaria a la del mes de extinción del contrato. El art. 109 está incluido en el Título II de la LGSS, sobre el Régimen General.

Se planteó ante la TGSS si tal obligación era extensible a la cotización de los trabajadores fijos de los regímenes especiales, entre ellos el RESS. La respuesta, de 9 de diciembre de 2003⁷⁶³, no fue uniforme para todos los regímenes, y respecto al RESS fue afirmativa en función de lo dispuesto en el art. 49 del Reglamento de cotización, que para la duración de la obligación de cotizar se remite a los arts. 12, 13 y 14 de la norma, que establecen las obligaciones generales en la materia. Lo cierto es que los artículos citados no contienen ninguna referencia a la disposición incluida en el art. 109.1 de la LGSS, de donde proviene, por lo que entendemos que no era de aplicación al RESS.

Por otra parte, no se vehiculizó de ninguna forma la postulada nueva obligación de la parte empleadora en materia de cotización. Hubiera debido realizarse en el momento de comunicar la baja de la trabajadora fija utilizando el modelo prescrito, que entonces era el TA.1211, creado por Resolución de la TGSS de 24 de julio de 2003. Pero el modelo no contenía ninguna previsión al respecto, aún cuando se aprobó en una fecha posterior a implantarse la obligación de cotizar en el Régimen General las vacaciones no disfrutadas al final del contrato.

Por contraste, el modelo de alta, baja o variación de datos del trabajador por cuenta ajena o asimilado de los demás regímenes, modelo TA.2/S, sí tiene un apartado específico para la consignación del dato de vacaciones pendientes. Es el 41.14, en el que entre los datos laborales y de seguridad social debe hacerse constar la fecha de fin de las vacaciones retribuidas y no disfrutadas.

4.3. Base de cotización en el RESS

La función de las bases de cotización en el sistema de seguridad social es doble. Es la cuantía a la que se aplican los tipos de cotización para obtener la cuota a pagar, y el elemento de cálculo de la base reguladora de las prestaciones.

763 Contestación de la TGSS de 9-12-2003. Ref. CISS: JC076656

El art. 25 del DRESS establecía como base a efectos de las prestaciones la vigente en cada momento en el Régimen General para trabajadores mayores de 18 años, ya que inicialmente la cuota no se calculaba sobre la base.

La base de cotización en el RESS ha sido durante toda la existencia del Régimen única e independiente del salario y la jornada, sistema que se corresponde con las disposiciones para el Régimen General de los artículos 73 y 74 de la LSS de 1966. El primero preveía la cotización sobre bases tarifadas correspondientes a las diferentes categorías profesionales, el segundo, la obligación de cotizar sobre la base tarifada correspondiente al grupo profesional independientemente de la cantidad de horas de trabajo.

La LGSS de 1974 cambia el sistema de cálculo de la base de cotización en el Régimen General, al disponer en su art. 73 que estará constituida por la remuneración total, salvo una serie de conceptos indemnizatorios no computables, aunque en el art. 74 establece como base mínima la cuantía íntegra del salario mínimo interprofesional, con independencia de la jornada de trabajo.

El Régimen General se desligó del sistema de base de cuantía íntegra con la reforma por RD 1991\1984, de 31 de octubre, regulador del contrato a tiempo parcial, que en su art. 4 establecía la proporcionalidad entre base de cotización y horas trabajadas⁷⁶⁴. Según el preámbulo de la norma, la medida servía al objetivo de potenciar el contrato a tiempo parcial como medida de reparto del empleo disponible.

En el RESS, se reforma la fórmula de cálculo de la cotización por Decreto 825/1976, de 22 de abril, abandonando el sistema de cuota fija para todo el periodo de reparto, que debía fijar el gobierno a propuesta del Ministerio de Trabajo (art. 15 DRESS), pasando a establecer una cotización variable, resultante de aplicar un tipo de cotización del 10% sobre el tope mínimo de las bases de cotización vigentes en cada momento en el Régimen General. El tope mínimo a la fecha del Decreto 825/1976 era el salario mínimo íntegro, independientemente de las horas de trabajo (art. 6º Orden 22-4-1976 y posteriores). La frecuencia de la modificación del salario mínimo, obligó a la TGSS a modificar el boletín de cotización del RESS a fin de que fuesen los propios obligados al pago quienes cambiasen la base de cotización de acuerdo con los incrementos del salario mínimo⁷⁶⁵.

El RD 92/1983, de 19 de enero, establece para el Régimen General el prorrateo de las pagas extraordinarias en las bases de cotización de todo el año, y la Orden de desarrollo, de 26 de enero, incrementa el tope mínimo de cotización añadiendo al salario mínimo la prorrata de las pagas extras del ET. Entonces, la base de RESS se desliga del tope mínimo del Régimen General, y por Resolución de 19 de febrero de 1983, de la DG Económica y Jurídica de la Seguridad Social se establece la base de cotización en el RESS para el año corriente en 32.160 pts., que era la cifra del salario mínimo mensual vigente sin pagas.

En los años 1984 y 1985, se realizan fuertes incrementos de las bases de cotización del RESS, fijándose en 39.540 pts., en el primero y 42.300 pts. en el segundo. En los mismos años, los salarios mínimos mensuales estaban en 34.740 y 37.170 pts., y los topes mínimos del Régimen General en 40.530 y

⁷⁶⁴ Si bien al comienzo de la reforma, la Orden de Cotización de 15 de enero de 1985, en su art. 35 no respetaba la proporcionalidad estricta, ya que aunque en el contrato a tiempo parcial se establecían bases mínimas por días o por horas, según el tipo de contrato, existía como límite inferior absoluto una base de cotización equivalente a un tercio de la mínima correspondiente a los trabajadores mayores de 18 años, límite que desapareció en la Orden de cotización para 1987.

⁷⁶⁵ Circular 004/1981, recogiendo la Instrucción de la Dirección General de la TSS sobre cambio en el TC 1/ 2 de Hogar a partir del 1 de enero de 1981. Las variaciones en la base que dieron lugar a la decisión, vinieron de los cambios del salario mínimo interprofesional por RD 888/1979, de 20 de abril; 2343/1979, de 5 de octubre; RD 1257/1980, de 6 de junio.

43.370 pts., respectivamente. A partir del año 1986, los topes mínimos del Régimen General y la base del RESS coinciden plenamente. Entre los años 1997 y 2004, la base de cotización al RESS siempre fue más altas que el tope mínimo del Régimen General y a partir de 2005, coinciden.

La obligación de las trabajadoras discontinuas de cotizar sobre la base única siempre que trabajasen más de 72 horas mensuales o en situación de pluriempleo, ha sido un incentivo importante al incumplimiento de la obligación de alta en el RESS.

Una parte del volumen de trabajo no declarado⁷⁶⁶ tiene su explicación en el sistema de cotización. De la misma manera que en el Régimen General la adaptación de la base a la remuneración real tiene una función de promoción del trabajo a tiempo parcial, la rigidez de la cotización en el empleo doméstico tiene el efecto de expulsar del sistema a un porcentaje importante de las trabajadoras⁷⁶⁷. En el límite mínimo, el resultado de aplicar a la base única el tipo de cotización del 22% (incrementado en un 0,10% para el riesgo durante el embarazo) suponía detraer del salario un porcentaje superior al 45%⁷⁶⁸.

En el trabajo por horas, el salario suele ser superior al que fijan para la hora los decretos que establecen anualmente el salario mínimo para los empleados de hogar. Aún así, en los estudios realizados una parte importante de las trabajadoras discontinuas, al dar la razón de su falta de alta en el RESS, afirman que “no les compensa”⁷⁶⁹.

4.4. La cuota en el RESS

A la fecha de aprobarse el RESS, la Memoria del INP de 1969 hablaba de un importante desnivel de ingresos y gastos del Montepío, resultado de la acumulación del déficit correspondiente a los seis ejercicios anteriores “al no haber obtenido aprobación de la superioridad las fórmulas propuestas para

⁷⁶⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, Serie I, núm. 318, 1997, pág. 4. El PSOE instaba al gobierno a tomar medidas para aflorar la actividad, estimando en un 75% la irregularidad en el empleo doméstico. El *Informe sobre la regulación laboral y de seguridad social de la prestación de servicios en el hogar familiar. Propuestas de reforma*, VV. AA. (coord. ROJO TORRECILLA, Eduardo), dentro del proyecto EMERGIM, 2004, págs. 10-14, analiza la irregularidad en el sector, y menciona como una causa la regulación del propio régimen.

⁷⁶⁷ GONZALEZ GARCÍA, Francisca, *O Servicio Doméstico en Galicia: Indagación sobre Condicións de Vida e Traballo*. Ed. Xunta de Galicia. Consellería de Traballo e Servizos Sociais, 1992, pág. 70. De las que trabajaban en varias casas “por horas” estaban de alta el 24% y de las de a media jornada un 16%. Según el *Estudio de la situación laboral de las personas empleadas en servicio doméstico de la CAV*, mayo 2011, ed. Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco, un 80,04% de las trabajadoras no están de alta. De ellas, entre las autóctonas un 80% y un 66% de las extranjeras debían estarlo legalmente. La estimación del CES en *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 43, primer trimestre de 2006, sitúa en un 10% el nivel de irregularidad, cifra que creemos distorsionada, entre otros motivos por el efecto de la regularización extraordinaria de personas inmigrantes en el año 2005, al que se refiere el análisis. La revista del CES, *Cauces* núm. 10, otoño de 2009, en “El empleo de la rama de hogares en la crisis: cuestionando algunos tópicos”, da una estimación de irregularidad del 22% en 2007 y 2008 y 15% en 2009, en pág. 29.

⁷⁶⁸ En el año 2011, la base única era 748,20 € al mes; el salario mínimo correspondiente a 72 horas al mes era 361,44 €, a razón de un precio mínimo hora de 5,02 € y la cuota de seguridad social a pagar, 165,35 €.

⁷⁶⁹ CES, *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 43, cit., de las trabajadoras de hogar que deberían darse de alta, el 48% no lo está porque dicen que no les compensa. Según el *Estudio de la situación laboral de las personas empleadas en servicio doméstico de la CAV*, cit., el 31,4% de las españolas no estaban de alta porque no les compensa económicamente. En ninguno de los dos estudios distinguen entre las fijas y las discontinuas, cuyo no cotizar es distinto. En el caso de las primeras es conformidad con la situación, en el segundo es una decisión sobre el gasto que deberían realizar ellas mismas.

resolverlo⁷⁷⁰. La cuota de 40 pts. mensuales establecida en el año 1959 no fue modificada hasta diez años después, con la creación del RESS.

La cuota fue en los inicios única, mensual e indivisible (art. 15.1 a) DRESS) y se fijó en 250 pts. para 1969 en la Disposición Final segunda, con un periodo transitorio de 175 pts. para el año 1970 y 215 pts. durante el año 1971. El art. 15 del DRESS ordenaba al Ministerio de Trabajo revisar la cuota en caso de modificarse el salario mínimo interprofesional, pero la cuantía permaneció invariable desde 1969 hasta 1976, a pesar de que los incrementos del salario mínimo interprofesional se dieron todos los años. La consecuencia fue el aumento del déficit del Régimen⁷⁷¹ ya que según el art. 25 del DRESS, las prestaciones económicas se calculaban sobre la tarifa mínima de cotización de los trabajadores mayores de 18 años en el Régimen General.

Por Resolución de 15 de diciembre de 1972 la DG de la Seguridad Social aprobaba la revisión de la cuota de la Mutualidad a partir de abril de 1973, incorporando la repercusión de las modificaciones anuales del salario mínimo interprofesional en las prestaciones, pero la reforma finalmente no se llevó a cabo por el Ministerio de Trabajo⁷⁷² y el desequilibrio financiero siguió reflejándose en todas las Memorias anuales de la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar, junto a la solicitud de que se incrementase la cuota. Sumado a la necesidad de paliar el déficit, más de una vez se planteó como argumento que lo bajo de la aportación era un incentivo a la integración en la Seguridad Social de personas cuya actividad doméstica era muy limitada o nula⁷⁷³.

Al abandonarse el sistema de cuota fija por Decreto 825/1976, de 22 de abril pasando a establecer un sistema de porcentaje sobre la base de cotización, se fija un tipo del 10%, con un periodo transitorio de reducción del 40% de la cuantía hasta el 30 de septiembre de 1976, y una reducción del 20% desde entonces hasta el 1 de marzo de 1977. El preámbulo de la norma hablaba de la búsqueda del equilibrio financiero del Régimen, pero ya en la Memoria, Cuenta de Gestión y Balance Técnico de la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar correspondiente al ejercicio de 1975, se advertía de la necesidad de reconsiderar al alza el tipo de cotización del 10% por su insuficiencia para cubrir el pago de las prestaciones⁷⁷⁴.

Los tipos de cotización han sido siempre muy inferiores a los del Régimen General⁷⁷⁵. El tipo de cotización en el Régimen General, según Decreto 824/1976, de 22 de abril, era del 45,20% para la base tarifada y el 26% para la base complementaria individual. Los tipos del RESS fueron ascendiendo gradualmente desde el 10% inicial de 1976, hasta el 12% en 1979⁷⁷⁶; en ambos a cargo exclusivamente de la parte empleadora.

770 *Memoria de 1969 del INP*, Ministerio de Trabajo, pág. 338.

771 El balance de ingresos y gastos dio superávit en el primer año de la existencia del Régimen Especial, lo que no se repetiría nunca más. *Memoria Estadística de las Contingencias de la Seguridad Social administradas por el INP*, correspondiente al año 1970, Ministerio de Trabajo, pág. 215.

772 *Memoria de 1973 del INP*, Ministerio de Trabajo, pág. 217.

773 *Memoria, cuenta de gestión y balance técnico de la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar de los ejercicios 1973*, pág. 12; y *1975*, pág. 16, edit. INP, Ministerio de Trabajo.

774 *Conclusiones de la Memoria, cuenta de gestión y balance técnico de la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar del ejercicio 1975*, INP, Ministerio de Trabajo, pág. 16.

775 El art. 9º del Decreto 4-6-1959 establece los tipos de cotización en los Regímenes obligatorios de Seguro de Vejez e Invalidez, Seguro de Enfermedad y Subsidios Familiares fijando una cuota del 16% de las retribuciones, 12% a abonar por los empleadores y 4% por la parte trabajadora.

776 El tipo del RESS pasa a ser del 12% a partir del 1 de enero de 1979 por RD 82/1979 de 19 de enero.

A partir de 1984, el tipo pasa a ser del 16%, distribuyéndose entre ambas partes, un 13% empleadora y un 3% trabajadora⁷⁷⁷; y en 1985, el 20%, el 17,5 y 3,5% respectivamente. La estadística de altas en el RESS en el periodo muestra un descenso que parece razonable atribuir al encarecimiento de las cuotas. En diciembre de 1983 el promedio de personas de alta era de 398.500, en diciembre de 1984 la cifra había descendido hasta 363.900 y en diciembre de 1985 estaba en 309.900 personas⁷⁷⁸.

A partir del 1989, el tipo vuelve a incrementarse, hasta el 22%, el 18,3% a cargo de la empleadora y el 3,7% a cargo de la trabajadora,⁷⁷⁹ con un 0,10% más al incorporarse en 2008 la prestación de riesgo durante el embarazo, que en el caso de las trabajadoras fijas se debía abonar en exclusiva por la empleadora. El porcentaje suplementario del 0,10 aparece anualmente en las Órdenes de cotización a partir de 22-1-2008, desapareciendo en la del ejercicio 2011, por lo que dicho ejercicio no hay cotización para riesgo por el embarazo. Supresión que se explicaría por la expectativa de regulación de las contingencias profesionales durante el ejercicio, con la consiguiente obligación de aplicar el epígrafe correspondiente de la tarifa de primas.

En la versión inicial del DRESS la cuota correspondiente a cada mes podía abonarse dentro del mismo o del mes siguiente al de su devengo (art. 17.2), disposición anómala en el sistema de Seguridad Social, derogada por la DA octava del RD 1517/1991, de 11 de octubre, que establece la obligación de pagar en el mes siguiente al del devengo.

4.5. La gestión de la cotización en el RESS

Por Orden de 21 de enero de 1970 se regula la recaudación de cuotas en el RESS. Se dispone la creación de un boletín nominal mensual de cotización que la Mutualidad hará llegar al domicilio de los empleadores con los datos precisos para facilitar su utilización por los cabezas de familia. El pago de las cuotas puede realizarse por cobro a domicilio o ingreso en las entidades colaboradoras (Cajas de Ahorros y Banca privada). En las localidades que carecían de oficinas recaudadoras, podían ingresarse las cuotas por giro postal o en las dependencias de las Comisiones Nacionales de la Mutualidad Nacional Agraria.

Por Resolución de 12 de febrero de 1970 de la DG de la Seguridad Social se publican los nuevos modelos de boletín de cotización en el RESS, se detalla la actuación de las entidades autorizadas para recaudar las cuotas y se concede un plazo extraordinario hasta el 31 de mayo para ingresar sin recargo las cuotas de enero, febrero y marzo, plazo que la Resolución de la DGSS de 20 de mayo siguiente prorroga hasta el 31 de julio con respecto a las cuotas desde enero a mayo de 1970. La normativa es aplicable también a los trabajadores responsables del pago, por ser discontinuos o fijos en periodo de baja por incapacidad laboral transitoria.

El art. 23 del RD 716/1986, de 7 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, estableció la posibilidad de abono de las cuotas mediante transferencia bancaria, y su Orden de desarrollo, de 23 de octubre de 1986, en el art.

⁷⁷⁷ La regulación de la cotización en el RESS está ausente del RD 46/1984, de 4 de enero, sobre cotización a la Seguridad Social en el mismo año. La reforma del 12% al 16% se hizo por mera Orden Ministerial de 3 de febrero de 1984.

⁷⁷⁸ *Anuario de Estadísticas Laborales* de 1984, pág. 177, y de 1985, pág. 197, Ministerio de Trabajo. Los incrementos de los tipos se dieron, para 1984, por Orden de 3-2-1984; para 1985, por RD 1/1985 de 5 de enero.

⁷⁷⁹ Por RD 24/1989, de 13 de enero.

75 prevé la fórmula de pago en los regímenes de cuota fija, como el RESS⁷⁸⁰. Los sujetos responsables debían solicitar el cargo en cuenta de la cuota, sin ninguna otra obligación de documentar el pago, siendo de cuenta de la TGSS la remisión de los boletines a la entidad colaboradora, la cual debía enviar mensualmente al sujeto el documento justificante de la operación. Por Resolución de 17 de noviembre de 1987, se hace efectiva tal modalidad de pago para los trabajadores por cuenta propia y ajena responsables del pago de las cuotas fijas en REASS, y para todos los trabajadores del RESS.

La posibilidad de cumplimiento de las obligaciones de documentación y pago de las cuotas en el RESS por la vía de domiciliación en cuenta se mantiene desde entonces. En una relación laboral de servicio doméstico típica, las únicas ocasiones en que era necesario comunicar datos a la TGSS se producían en la contratación inicial, durante las bajas de enfermedad y maternidad, en las que la trabajadora pasaba a ser responsable de su cotización, y por fin en la fecha del cese en el empleo. El documento para la inscripción como empleador doméstico en el RESS (TA.1211/E), mantenía para designar al empleador la doble denominación titular del hogar familiar o cabeza de familia, y no daba más opción que el designar una sola persona física, lo que no ha sido obstáculo para que las entidades gestoras y TGSS considerasen también parte empleadora al cónyuge de aquél.

5. Condiciones para causar derecho a las prestaciones

5.1. El requisito de estar al corriente en el pago. Efectos del pago de las cuotas atrasadas

Según el art. 23.1 del DRESS, para causar derecho a las prestaciones es requisito indispensable estar en alta o situación asimilada al alta y al corriente en el pago de las cuotas.

Por otra parte, el art. 23.3 DRESS dispone “de los ingresos realizados fuera de plazo por los empleados de hogar a que se refiere el párrafo b) del número 1 del artículo 6 (son los discontinuos, la nota es mía) correspondientes a períodos en los que el empleado de hogar haya figurado en alta en este Régimen Especial, solo se computarán, a efectos de completar los períodos de cotización para aquellas prestaciones que los tengan establecidos y a los de determinar el porcentaje de la pensión de jubilación en función de los años de cotización, las cuotas que correspondan al periodo inmediatamente anterior a la fecha de pago y hasta un máximo de seis mensualidades” El TCT declaró que tal disposición no es aplicable cuando la responsabilidad de cotizar es del empleador doméstico⁷⁸¹.

La norma, de una extremada dureza⁷⁸², fue común al REASS por cuenta propia hasta que en la Ley 20/1975, de 2 de mayo, apartado 4º de su art. único, se suprime para este régimen la limitación de los seis meses, con lo que el pago retrasado de las cuotas computa para prestaciones siempre que el trabajador autónomo agrícola estuviese de alta en el periodo a que se refieren.

780 Preparando la reforma, por Resolución de 14 de octubre de 1987, de la Dirección General de Régimen Económico de la Seguridad Social, se aprobó un nuevo modelo de boletín mensual de cotización, TC1/2 para el pago de cuotas en el Régimen de Empleados de Hogar.

781 SSTCT de 12-11-1984, AR 8562; y de 17-11-1984, AR 8736.

782 STCT de 3-6-1981, AR 3799, deniega una pensión de IP en el RESS al no dar por válidas a efectos del cómputo las cuotas atrasadas en más de 6 meses, que habían sido debidamente pagadas antes del hecho causante.

En el RETA, el art. 28.2 del RD 2530/1970 exige que el trabajador esté al corriente de las cuotas exigibles para la correspondiente prestación en el momento del hecho causante⁷⁸³ y en el supuesto de no estar al corriente del pago de las restantes se le invitará a ingresarlas en el plazo de 30 días improrrogables.

En el RESS, reuniendo en todos los casos el periodo de carencia, el no estar al corriente en el pago de las cuotas en la fecha del hecho causante priva de la prestación de Invalidez Permanente a quienes adeudaban la cuota de un mes en aquél momento⁷⁸⁴, aplicando la misma doctrina en el caso de la IT y la invalidez provisional⁷⁸⁵.

Y con independencia de que se estuviese al corriente del pago de las cuotas en el momento del hecho causante, el art. 23.3 DRESS declaraba faltos de eficacia a efectos de prestaciones los pagos atrasados de cuotas que no correspondiesen a los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de pago, tanto para completar el periodo de carencia para las prestaciones como para el cálculo de los porcentajes de la pensión de jubilación.

Por el contrario, otra línea del TCT modera la aplicación del art. 23.1 del DRESS por razones de equidad, considerando que el incumplimiento de la obligación de cotización tiene que ser importante. La severidad de la gestión del INSS se refleja en las sentencias que revocan sus resoluciones: dos mensualidades sin abonar en el año 1980 en una trayectoria de cotización desde 1971 no deben impedir recibir prestación de IT⁷⁸⁶; un descubierto de 5 meses en una larga vida laboral no impide pensión de jubilación⁷⁸⁷; y, en una trayectoria de 252 mensualidades, abonadas todas menos una, no procede denegar la pensión de jubilación⁷⁸⁸; tampoco a quien cotizó desde 1969, causa IT en abril de 1979 y deja sin satisfacer tres meses de cuotas posteriores, a quien por este hecho se le había denegado la IP⁷⁸⁹; debe reconocerse la IP a quien tiene 85 mensualidades cotizadas y paga con recargo dos atrasadas, una de ellas correspondiente a un periodo anterior a los 6 meses previos al hecho causante⁷⁹⁰.

El art. 23.3 del DRESS -nunca derogado- se declara inaplicable por discriminatorio en sentencias del TSJ Madrid de 1989⁷⁹¹. Considerando que los trabajadores domésticos afectados son los discontinuos, la comparación se realiza con los trabajadores autónomos del REASS, régimen que en regulación por Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre, tuvo una disposición similar, que había sido derogada por la Ley 20/1975, suprimiendo el límite de la eficacia del pago de mensualidades atrasadas.

783 El pago realizado con posterioridad al hecho causante no sirve para completar el periodo de carencia, CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y CAMARA BOTÍA, Alberto, *La Acción Protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos*, cit., págs. 91-93.

784 STCT 2-7-1987, AR 15028; 15-10-1987, AR 21744. Con mayor razón a quien adeudaba casi un año, STCT 21-3-1988, AR 2414.

785 STCT de 27-1-1988, AR 1109, sobre Invalidez provisional. Las SSTCT de 24-9-1987, AR 19762; 20-10-1987, AR 22244, y STCT de 15-12-1987, AR 28317, deniegan la prestación de ILT por no encontrarse la trabajadora al corriente del pago de las cuotas en la fecha de causar la baja, en todos los casos con atrasos correspondientes a pocos meses.

786 STCT de 30-5-1988, AR 3961.

787 STCT de 3-3-1987, AR 7334.

788 STCT de 18-12-1987, AR 28913.

789 STCT de 13-11-1987, AR 25010.

790 STCT de 3-11-1987, AR 23973.

791 SSTSJ Madrid de 13-3-1989, AS 2484; y de 28-7-1989, AS 1229.

La edición del Decreto 2346/1969 publicada en la página web la Seguridad Social, tiene algunas notas de vigencia en el art. 23, pero ninguna hace mención a la aplicabilidad del art. 23.3.

5.2. El mecanismo de invitación al pago

El DRESS no contiene el mecanismo de invitación al pago para las trabajadoras responsables de su propia cotización, previsto para el RETA en el art. 57.2 de la Orden de 24 de septiembre de 1970, según la cual, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate, se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

Si el interesado, atendiendo la invitación, ingresase las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, se le considerará al corriente en las mismas a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un 20 % si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales; si se trata de pensiones, se concederán las mismas con efectos a partir del día 1 del mes siguiente a aquél en que tuvo lugar el ingreso de las cuotas adeudadas.

El Oficio circular 4/1985, de 9 de enero, de la DG del INSS, transcribe la Resolución de la DG de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social, de 23-9-1983, declarando que en el caso de los empleados de hogar discontinuos procede aplicar por similitud el sistema de advertencias de la OM de 24-9-1970, del RETA. Tal instrucción abrió la posibilidad de percibir la prestación una vez ingresadas las cuotas adeudadas, pero no significó un cambio de criterio sobre la validez del pago de las cuotas atrasadas en más de seis meses, lo que se deduce de los pleitos de años posteriores.

La extensión legal a todos los Regímenes del mecanismo de invitación al pago del art. 28.2 del Decreto RETA (que tiene el mismo contenido que el art. 57.2 de la Orden), en el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones se realizó por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que agrega la DA Trigésimo novena de la LGSS. La redacción de la Disposición Adicional, al referirse a la aplicación del mecanismo a los trabajadores que son responsables del pago de cotizaciones, estaría incluyendo a los llamados trabajadores fijos del RESS en la fase en la que por estar en situación de IT o maternidad se les trasladaba la obligación de pago de la cuota íntegra.

5.3. La responsabilidad por falta de alta y cotización de los empleadores

El Decreto de 17 de marzo de 1959 creador del Montepío del Servicio Doméstico, en su art. 4º disponía que los dueños de la casa responderían de la afiliación de sus servidores en la forma que estableciesen los Estatutos, que fueron aprobados el 6 de abril de 1959. En su art. 18 decían que los amos de casa responderían en los términos y en la medida a que hubiere lugar en derecho.

Ante la ausencia de disposiciones en la normativa especial, se entendió aplicable el régimen ordinario de responsabilidades según lo dispuesto en las leyes y reglamentos para los Seguros y Subsidios sociales, ya que el art. 8º de la Ley de 19 de julio de 1944 los declaraba derecho supletorio⁷⁹².

792 Véase en este tema BORRAJO DACRUZ, Efrén, “La responsabilidad de los amos de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico”, cit., págs. 3-15.

En el periodo de la vigencia del Montepío, se aprueba el Decreto 931/1959, de 4 de junio de 1959, que refunde normas y extiende la participación de las empresas en la Administración delegada de los seguros sociales de Enfermedad, Vejez e Invalidez y Subsidios Familiares. Con efectos al 1 de julio de 1959, deroga el principio de compensación de culpas, estableciendo que las empresas correrían a cargo de las prestaciones que pudieran corresponder a los productores no afiliados en tiempo y forma, lo que se ha aplicado en las relaciones laborales entonces en vigor estableciendo la responsabilidad a partir de esa fecha⁷⁹³. Por tanto, en los supuestos de incumplimiento empresarial de la obligación de afiliación al Montepío, el periodo afectado por la doctrina de la compensación de culpas es muy breve y en el restante son de aplicación las normas generales.

Según el art. 1.2 del DRESS las normas reguladoras del Régimen General son de aplicación supletoria con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado de hogar. En base a ello, la Resolución de la DG de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social, de 23-9-1983, sobre responsabilidad en orden a las prestaciones en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, declara que son aplicables las normas sobre responsabilidad empresarial del Régimen General. La Resolución se transcribe en Oficio circular 4/1985, de 9 de enero, de la DG del INSS.

La Ley de Seguridad Social de 21-4-1966 dispone el anticipo y automaticidad en el pago de las prestaciones, según los criterios de imputación de responsabilidades establecidos en sus arts. 94, 95 y 96. La jurisprudencia y la doctrina⁷⁹⁴ los han considerado vigentes con valor reglamentario, dado que todas las posteriores Leyes de Seguridad Social establecen la exigencia de responsabilidad en caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas, bajas y cotización, previa fijación de los supuestos, su alcance y la manera de hacerla efectiva⁷⁹⁵, desarrollo que no se ha producido hasta la fecha.

Con respecto a incumplimientos en el alta o la cotización al MNSD, la doctrina judicial no ha sido unánime sobre la imputación de responsabilidad al empresario doméstico incumplidor. En un caso se niega la responsabilidad porque la normativa específica del Montepío no la preveía⁷⁹⁶ y en otro porque las cotizaciones al Montepío son anteriores a 1969, periodo en el que no existía relación laboral doméstica y por tanto tampoco empresario al que imputar las responsabilidades de la LSS de 1966⁷⁹⁷.

La doctrina dominante es la contraria⁷⁹⁸, lo que es acorde con la responsabilidad que se reclama, que no es laboral sino en materia de Seguridad Social. La pensión de jubilación del SOVI puede lucrarse aún cuando no se reúne el periodo de carencia de 1.800 días de cotización al Montepío debido al incumplimiento del empleador doméstico, a quien se le imputa la responsabilidad en el pago de la pensión en

⁷⁹³ SSTS de 16-5-2006, RJ 3113 y 18-9-2007, RJ 8594. Antes, STSJ Cataluña de 21-5-1993, AS 2434.

⁷⁹⁴ GALA DURÁN, Carolina, *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, 1997, pág. 32.

⁷⁹⁵ Ley 24/1972, de 21 de junio, de financiación y perfeccionamiento de la acción protectora de la Seguridad Social, art. 17.1 y 2; Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, que aprueba el TR de la Ley General de la Seguridad Social, art. 96; RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, art. 126.

⁷⁹⁶ La STSJ Castilla La Mancha de 17-10-2003, AS 1185 deniega la imputación de responsabilidad al empleador que no cotizó entre los años 1960-1964, entre otros motivos porque la normativa del MNSD no preveía ninguna responsabilidad del empleador infractor.

⁷⁹⁷ STSJ Aragón, de 28-9-2001, AS 4643. El periodo no cotizado por el empleador doméstico demandado era de 24-5-1960 a 30-4-1963, por lo que el incumplimiento se había dado entre las partes de una relación de servicios civil, no laboral.

⁷⁹⁸ SSTSJ Madrid de 29-4-2004, AS 2423 y de 30-1-2004, JUR 95486.

proporción su grado de incumplimiento, y sin que exista anticipo de la entidad gestora, dado que bajo la normativa del SOVI no existía disposición que lo previese⁷⁹⁹.

Se llega a imputar la responsabilidad en un pequeño porcentaje de la pensión SOVI al empleador que había afiliado a su empleada de hogar el 7-11-1959, y comenzado a cotizar el día 1-1-1960, faltándole 48 días para acreditar los 1800⁸⁰⁰. Debe recordarse que la posibilidad de afiliación en el MNSD fue anterior a la de cotización, que prevista en un principio para el 1-10-1959 sufrió varios aplazamientos, y comenzó con efectos a 1-1-1960. Hay que tener en cuenta que en el caso de las empleadas de hogar, a diferencia del resto de los sectores amparados por la Ley 1 de septiembre 1939, la posibilidad de percepción de una pensión SOVI por generación de 1.800 días de cotización tiene lugar únicamente entre el 1-1-1960 y 31-12-1966, con lo que un periodo corto de incumplimiento patronal en la obligación de alta o de cotización tiene importantes consecuencias.

Los términos de la responsabilidad empresarial por incumplimientos en materia de alta y cotización han ido modulándose jurisprudencialmente. En lo que se refiere a los incumplimientos en materia de cotización por trabajadores en alta, la jurisprudencia ha matizado la responsabilidad en el pago de las prestaciones en función de la gravedad del incumplimiento, produciéndose siempre el anticipo de la prestación⁸⁰¹.

Con respecto a las prestaciones cuyo hecho causante y periodos no cotizados son posteriores al RESS, la posibilidad de imputar responsabilidad en el abono de las prestaciones por falta de alta o de cotización no se ha puesto en duda⁸⁰², y así lo entendió la doctrina administrativa en todo momento⁸⁰³.

El art. 17.2 de la Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Seguridad Social, modifica lo dispuesto en el art. 95.2 de la LSS de 1966 sobre responsabilidad en orden a las prestaciones. Esta norma denegaba el anticipo de las prestaciones en el caso de empresas desaparecidas o aquellas que por su especial naturaleza no pudiesen ser objeto de procedimiento de apremio; el art. 17.2 dispone que el pago procede aún en los anteriores supuestos. Esta reforma tiene importantes consecuencias para los trabajadores del RESS, que con frecuencia solicitarán el reconocimiento de prestaciones cuando ya ha fallecido el empleador doméstico que no cumplió sus obligaciones.

La cuestión de la automaticidad en el pago de las prestaciones en el RESS se ha suscitado únicamente en relación con la ausencia de cobertura del accidente de trabajo, porque la asistencia sanitaria debe entenderse incluida y el desempleo no se cuestiona por no tratarse de una contingencia protegida.

799 SSTSJ Extremadura de 14-5-2009, AS 2162; Asturias de 2-2-2001, JUR 139638; Andalucía de 7-4-2011, ROJ 1158.

800 STSJ Extremadura de 14-5-2009. AS 2162.

801 En base al art. 95.1.2ª y 4ª y 2.2 y 3.

802 Entre otras, las SSTSJ Madrid de 5-2-2004, JUR 231124, sobre prestación de maternidad; de Cataluña de 10-10-2002, AS 3871, sobre prestación de Incapacidad Temporal; de Baleares de 21-4-2005, JUR 138097 sobre Incapacidad Permanente; del País Vasco, de 4-11-2003, JUR 42611/2004 sobre Jubilación.

803 Oficio circular 4/1985, de 9 de enero, de la Dirección General del INSS, que transcribe la Resolución de la DG de régimen económico y jurídico de la Seguridad Social, de 23-9-1983, sobre responsabilidad en orden a las prestaciones en el RESS, declarando que son aplicables las normas sobre responsabilidad empresarial del Régimen General, y sobre los empleados de hogar discontinuos, que procede aplicar por similitud el sistema de advertencias de la OM de 24-9-1970, del RETA.

La mayoría de los tribunales se han pronunciado afirmativamente sobre la aplicación en el régimen del principio de automaticidad para la prestación de Incapacidad Temporal derivada de accidente laboral en supuestos en los que existía falta de alta⁸⁰⁴. Se basan en los arts. 28.2 y 30 del RESD, este último sobre la antigua ILT, que otorgan la prestación económica en los supuestos, durante el tiempo y los requisitos que la regulan en el Régimen General. La posición contraria⁸⁰⁵, minoritaria, se ha sustentado en el art. 22.3 del DRESS, que dispone que en caso de accidente se otorgarán las prestaciones que el Régimen General prevé para el accidente no laboral, que no requiere cotización previa pero sí alta en la fecha del hecho causante.

Pero situación distinta se da respecto a la posibilidad de automaticidad en la prestación de Incapacidad Permanente derivada de accidente laboral. De acuerdo con la interpretación realizada por tribunales el DRESS no reguló la invalidez permanente por accidente dejando margen a la equiparación de trato con el Régimen General al exigir en su art. 31 un periodo de carencia de sesenta mensualidades en los últimos diez años para el otorgamiento de las prestaciones de invalidez, citando expresamente tanto las contingencias derivadas de enfermedad como las de accidente⁸⁰⁶.

En lo que respecta al periodo de carencia, la cuestión se resolvió con la reforma realizada por RD 2319/1993, de 29 de diciembre, que en su DA 11 suprime la exigencia de periodo de carencia en el RESS para el acceso a las pensiones de invalidez permanente derivada de accidente de cualquier clase.

5.3.1. Personas responsables del incumplimiento en el alta o la cotización

En el contrato de trabajo doméstico se produce una gran movilidad de empleadores por separación y divorcio, fallecimiento o ingreso residencial de una parte de las personas atendidas que forman parte de una unidad familiar para la que se han prestado servicios. El art. 8.1 del DRLE establece que la subrogación contractual por cambio de la persona del empleador solo procederá previo acuerdo de las partes, presumiéndose éste cuando el empleado de hogar siga prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad de éste o la del hogar familiar.

Determinar que existe sucesión de empresa tiene consecuencias a efectos de la posterior atribución de responsabilidades en materia de incumplimiento de las obligaciones de alta y cotización anteriores al cambio en la parte empleadora. La subrogación se produce si hay una nueva parte empleadora en las condiciones expuestas y, en este caso, en aplicación del art. 127.2 de la LGSS, el nuevo empleador responderá solidariamente con el anterior o sus herederos en el pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión; las posteriores serán únicamente de cuenta del sucesor.

Cuando la composición de la parte empleadora sufre una variación parcial, como el fallecimiento o internamiento residencial de uno de los miembros de la pareja titular del hogar, el seguir prestando servicios para quien o quienes permanecen en la vivienda no sería una sucesión sino continuación en la parte empleadora, con lo que las responsabilidades serán las propias del empleador inicial. Esto sería así aun cuando la ausencia de quien aparecía como cabeza de familia empleador en el RESS hubiera hecho necesario designar a otro que ya venía ocupando tal posición.

804 SSTSJ Cataluña de 13-12-1995, AS 4913; y de 3-2-2010, ROJ 1954; Aragón de 30-5-2001 JUR 191387.

805 STSJ Baleares de 26-6-1989, AR 2501.

806 La STC 268/1993, de 20-9-1993, resolviendo en recurso de amparo declara la constitucionalidad de la diferencia de trato entre el Régimen General y el RESS, en un supuesto de insuficiente periodo de carencia para la prestación de IP derivada de un accidente de trabajo.

5.3.2. La declaración de responsabilidad

La condición básica para el anticipo de las prestaciones es la demostración de la existencia de un periodo en el que existió relación laboral e incumplimiento de la obligación de alta y cotización por parte del empleador. El proceso de denuncia ante la Inspección de Trabajo de una falta de alta en el RESS puede terminar con un informe en el que no se consideran acreditados los hechos y se archiva el asunto, lo que no será infrecuente debido al ámbito en que la relación se desarrolla. En general la denuncia se habrá realizado tras el cese en el trabajo, lo que dificultará aún más la actividad inspectora.

En el supuesto de que la Inspección haya iniciado expediente sancionador y de liquidación de cuotas por entender que hay suficiente base para ello, si el empleador negase la existencia de relación laboral, de acuerdo con el art. 149.1 de la LPL⁸⁰⁷ comunicará el asunto al Juzgado de lo Social para que resuelva sobre la cuestión. En esta fase, de acuerdo con el art. 9.f) del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes de liquidaciones de cuotas de la seguridad social, una vez iniciado el expediente sancionador o liquidatorio la denunciante tendrá la condición de parte interesada.

La prueba del incumplimiento de la obligación de alta tiene en el RESS una complejidad específica derivada de las normas sobre distribución de las cargas de cotización: es preciso demostrar la existencia de relación laboral y la realización de una jornada cuya duración obligaría al alta, jornada que debe haberse realizado en condiciones de exclusividad⁸⁰⁸. Para juzgar la dificultad de rehacer los hechos que fundan la exigencia de responsabilidad, hay que tener en cuenta la gran movilidad de los trabajadores en el empleo doméstico, que prestan servicios sucesivamente en diferentes domicilios, por cuenta de empleadores a los que antes o después resulta imposible llevar a juicio, por cambio de domicilio o por fallecimiento y que la relación laboral no deja huella, al faltar contrato escrito, nóminas y casi siempre también testigos de la actividad desarrollada en el domicilio familiar⁸⁰⁹.

En el caso de que el debate sobre la existencia de la relación laboral que fundaría el alta en la seguridad social llegue al Juzgado de lo Social por la vía de la demanda de oficio, la parte trabajadora podrá participar en el procedimiento y aportar sus pruebas en un proceso previsto por la ley jurisdiccional, promovido por la autoridad laboral y al servicio del cumplimiento de sus funciones. Distinta es la situación cuando la pretensión se ejerce directamente por la parte perjudicada por la falta de alta.

La demanda en reclamación del reconocimiento de periodos en los que hubo prestación de servicios y no se realizó la afiliación o el alta por parte de los empleadores obligados, ha tenido una respuesta judicial desigual. Del tenor literal del art. 71.4 de la LPL de 1980, RD 1568/1980, de 30 de junio, se

807 Art. 148 d) de la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social.

808 La STSJ Galicia, de 3-9-2004, JUR 293164 es ejemplar. Al denegar la responsabilidad empresarial y el anticipo de la entidad gestora en una pensión de jubilación, señala que después de catorce años la trabajadora se vuelve contra los herederos alegando sin prueba plena haber prestado servicios y sin que “se acredite que los mismos fueron a tiempo completo, o de 18 horas semanales (...) podría tratarse de trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad, o bien podría tratarse de una relación laboral especial de empleada de hogar con una pequeña jornada que no diera lugar a la inclusión en el Régimen (...)”.

809 La STSJ País Vasco, de 15-1-2008, RJ 82, en una reclamación de pensión de jubilación del SOVI en la que no se cubría el periodo de carencia por falta de cotización de tres empleadores entre los años 1960 y 1965, recoge como defectos de la demanda el que no se han señalado los segundos apellidos de dos de los tres demandados, así como sus domicilios, lo que viene propiciado por la lejanía de los hechos en el tiempo y la falta de toda documentación en el empleo doméstico.

interpretó que la pretensión de una demanda no podía que ser otra que una condena al demandado a dar, hacer o no hacer algo, con lo que quedaban excluidas las acciones declarativas de derechos. La redacción del art. 80 d) de la posterior LPL RDLeg 2/1995, de 7 de abril, abre la puerta a las acciones declarativas, al disponer que la súplica de la demanda deberá formularse en los términos adecuados a la pretensión ejercitada. La actual Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social mantiene en su art. 80.1, d) mantiene el texto.

La STC 71/1991, de 8 de abril, sistematiza la doctrina sobre la posibilidad de instar acciones declarativas de derechos en el proceso laboral⁸¹⁰. La citada y sucesivas se refieren todas al ámbito de lo laboral, en el que el TC declara que no es necesario que la pretensión vaya acompañada de una reclamación de consecuencias inmediatas en lo económico, sino que exista una controversia real sobre un derecho insatisfecho, digno de tutela y que tenga incidencia en la esfera de derechos del actor, no siendo admisibles las acciones de consulta sobre una situación hipotética. Las acciones declarativas, tal como señala el TC (fj. 3º) existen en el proceso laboral en los procesos especiales de clasificación profesional y conflicto colectivo de la LPL.

En general, al trasladar la doctrina en las reclamaciones en el ámbito de la Seguridad Social, los Tribunales de lo Social entienden que la solicitud de declaración del derecho al alta en la seguridad social en un periodo pasado está al servicio de una situación hipotética. La acción en la que se solicita el reconocimiento del derecho al alta, la cotización o ambos, en el pasado, si no va acompañada de una solicitud de prestación en cuyo contexto hace falta un periodo de carencia que no se obtiene debido a un incumplimiento patronal, carece de un interés real y pertenece a la clase de acciones preventivas que rechaza el ordenamiento⁸¹¹.

La clave del debate sobre la admisibilidad de las acciones está en la consideración de la utilidad o efecto práctico de la pretensión, y su carácter inmediato.

En relación a la reclamación del derecho a mantener el alta y la cotización, la Sala de lo Social del TS, en sentencia de 10 de noviembre de 2003, declaró que existe un interés actual cuando la demanda de alta y cotización corresponde a una relación laboral vigente, cuyos efectos se proyectan hacia el futuro y también hacia el pasado⁸¹². La misma Sala, en sentencia de 6 de octubre de 2004, en una relación laboral terminada declara que la acción por la que se reclama el mantenimiento del alta en la Seguridad Social en un periodo pasado, en el que aún no ha prescrito la obligación de cotizar, tiene un contenido actual cuando pretende que la empresa cumpla una obligación⁸¹³, y en tal caso la demanda tiene un efecto retroactivo y un objeto que se consuma sin necesidad de otra demanda, lo que la coloca fuera de las acciones meramente declarativas.

810 Seguida de las SSTC 210/1992, de 30 de noviembre; 20/1993, de 18 de enero; y 65/1995, de 8 de mayo.

811 Entre otras muchas, STSJ Extremadura, de 3-7-2000, rec. 301/2000; STSJ Aragón, de 7-2-2002, rec. 554/2001; STSJ Castilla La Mancha, de 19-7-2006, AS 2692; STSJ Gran Canaria, de 22-7-2008, rec. 637/2006, todas ellas referidas a reclamación de periodos de alta y cotización en empresas infractoras.

812 RJ 8737, fj. 3º.

813 RJ 1052/2005, fj. 3º: “En definitiva se está reclamando un comportamiento que a juicio de la actora era el obligado por parte de su empleadora. Correspondiendo en general a la existencia de una relación laboral o estatutaria las obligaciones de alta y cotización, su incumplimiento, en caso de ser exigible, puede determinar una actuación inspectora que en modo alguno se calificaría de cautelar o con vistas a actuaciones futuras. Se trata, pura y simplemente, en caso de concurrir los elementos necesarios, de hacer que coincidan en el tiempo las obligaciones que directamente son consecuencia del vínculo entre las partes y aquellas que son materia de Seguridad Social.”

No es necesaria la vigencia de la relación laboral de acuerdo con la STSJ Cataluña de 16-12-2003 (AS 325/2004), que declara que la acción para que se reconozca la existencia de una relación laboral en el pasado, de la que derivan las obligaciones de alta y cotización no es meramente declarativa y no se puede argumentar la inutilidad del proceso por el que se dejan determinados los periodos de alta que pueden ser imprescindibles para obtener prestaciones, algunas de las cuales, como las derivadas de las contingencias de invalidez y muerte pueden presentarse en cualquier momento (fj. 4º). En el supuesto en cuestión no había transcurrido aún el plazo de prescripción de la deuda.

En la misma línea, la STSJ Social del País Vasco de 26 de octubre de 2004⁸¹⁴, admite la reclamación contra el periodo figurado en el acta de la Inspección de Trabajo sobre alta de oficio y liquidación de cuotas, con la que la trabajadora no está conforme y pide una retroacción del alta de tres años más.

La Sala de lo Social del TS durante un tiempo ha entendido que no existe un interés actual en las acciones que persiguen la declaración del derecho a que la TGSS ajuste la fecha del alta tardía a la real en supuestos que habían sido cotizados⁸¹⁵ sino que es una controversia jurídica que habrá que plantear en el momento en que vaya a tener efecto en una prestación. Pero el TS cambió su doctrina en esta cuestión concreta, independientemente de que la declaración no tuviera ningún efecto inmediato en prestaciones, como consecuencia de la alarma que la TGSS crea indebidamente en los interesados en la atribución de efectos iniciales del alta, cuyas consecuencias en materia de prestaciones son competencia del INSS⁸¹⁶, interés de certeza para el futuro que en otros supuestos ha sido declarado insuficiente para legitimar la acción.

La jurisdicción Contencioso-Administrativa ha admitido demandas sobre declaración de derecho en el historial de encuadramiento o periodos de alta y cotización sin relación con la reclamación actual de prestaciones. Ha reconocido la existencia de un interés inmediato en la reclamación sobre encuadramiento en un determinado Régimen de Seguridad Social en un periodo pasado del que se derivaba la aplicación de coeficientes reductores en una posible prestación de jubilación aún no solicitada⁸¹⁷; sobre rectificación del periodo figurado en el certificado de vida laboral expedido por la TGSS, que se entiende que constituye un interés actual aun cuando no acompañe a una solicitud de prestación, por cuanto la declaración pretendida lleva consigo un importante cúmulo de consecuencias jurídicas ya que determina la aplicación de un bloque normativo constituido por normas de trabajo y seguridad social⁸¹⁸.

Tiene interés actual la reclamación sobre el derecho a permanecer de alta durante un determinado periodo y la cotización sobre un periodo pasado, ya que la constancia de éste como cotizado repercute directamente sobre las condiciones de seguridad jurídica en que se desenvuelve la protección de

814 La Ley 223295/2004.

815 SSTS de 3-3-2000, La Ley 6257 y de 10-7-2000, La Ley 10619.

816 SSTS de 15-11-2005, RJ 6078/2006; de 9-12-2005, RJ 3002/2006, y de 17-1-2006, RJ 540. Las sentencias reprochan la atribución de efectos iniciales del alta que realiza la TGSS, y lo corrigen, fundándose en que “hay un interés en eliminar un acto administrativo que restringe de forma indebida los efectos de un encuadramiento, creando incertidumbre y estableciendo, con apariencia de firmeza y de ejecutividad, una restricción en la esfera jurídica de los interesados”.

817 STSJ Cont-Ad. País Vasco de 3-12-2010, JUR 131900/2011, sobre reconocimiento de encuadramiento en el Régimen del Mar.

818 Según el fj. 2º de la STSJ Cont-Ad, Cataluña, de 11-3-2011, RJCA 352.

la Seguridad Social⁸¹⁹. En sentido contrario, el derecho a la permanencia en alta se admite cuando la petición se refiere al periodo en el que se plantea la demanda, pero no si se refiere a periodos correspondientes a relaciones laborales extinguidas, asimilándose la falta de interés a la falta de actualidad del objeto de la pretensión⁸²⁰.

La jurisdicción contenciosa deniega la solicitud de que se declare el derecho a figurar de alta en el pasado, en periodos respecto a los que las obligaciones de cotización han prescrito, cuando lo que se está intentando es ponerse a cubierto de la posible denegación de futuras prestaciones⁸²¹.

La Resolución de la TGSS de 8 de febrero de 2002, sobre impugnabilidad de los datos figurados en los informes de vida laboral, establece la posibilidad de que las personas interesadas impugnen en vía administrativa los datos que aparecen en los informes, cuando no se correspondan con la realidad. La Resolución encuadra el derecho a la impugnación como fórmula para perfeccionar los datos que obran en poder de la TGSS, pero invocando la doctrina de la Sala de lo Social del TS, cierra el paso a la posibilidad de ejercer por esa vía acciones que supongan incorporar a la vida laboral periodos que debieron ser de alta y cotización, salvo que la rectificación pretendida se refiera a periodos de falta de alta aún no prescritos.

En ese caso, la rectificación solicitada sería objeto de la tramitación ordinaria correspondiente con traslado a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para la iniciación del expediente de infracción y liquidación de cuotas. El expediente podrá iniciarse así o por denuncia realizada directamente ante la Inspección por la persona interesada. Esta vía hace posible el acceso a la jurisdicción en el caso de relaciones laborales sin alta en los cuatro años anteriores a la demanda, en el marco de un procedimiento administrativo en que la persona interesada sería parte. En caso de existir acta de liquidación de cuotas, se notificará a la persona interesada de acuerdo con el art. 33 del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

El acta de liquidación se elevará a definitiva por resolución de la Dirección General o Provincial de la TGSS, y contra la resolución cabrán los recursos administrativos y judiciales correspondientes.

En el caso de que no se considerasen existentes los hechos que dan lugar al alta y la cotización con efectos retroactivos, y por tanto el expediente se archivase con un informe negativo de la Inspección, el camino sería el mismo. La Inspección responde a la denuncia de parte con un informe en el que manifiesta que no ha constatado los hechos que fundarían el acta de liquidación de cuotas, que no es pro-

819 STSJ Cont-Ad. Castilla y León-Valladolid, de 23 de julio de 2010, JUR 363180, Según el fj. 2º de la sentencia “el que a un trabajador se le reconozcan o se le excluyan determinados periodos de su carrera profesional como cotizados representa un interés actual toda vez que constituye un parámetro para decidir sobre la necesidad o no de completar su cotización o de acudir a mecanismos de protección y aseguramiento complementarios (...)”. El procedimiento se refería a la reclamación de una persona contra INGESA para que se reconociese el derecho a permanecer de alta todo el tiempo que durase su nombramiento para actividad de refuerzo, de futuro, y la cotización de un periodo pasado.

820 STSJ Cont-Ad. Madrid, de 1-9-2009, JUR 2009\454636. Un médico reclamaba a INGESA permanecer de alta durante todo el tiempo en que estaba vigente su nombramiento para actividad de refuerzo.

821 STSJ Cont-Ad. Castilla y León de 31-7-2007, RJ 2008\111118, que cita otras, sobre reclamación de reconocimiento del derecho a figurar de alta durante periodos trabajados sin alta en el pasado, por falta de interés actual de la declaración.

piamente una resolución administrativa recurrible. La parte interesada tendría que dirigir su solicitud a la Tesorería General de la Seguridad Social solicitando que se dicte resolución en torno a su petición concreta sobre alta y periodos cotizados, y una vez obtenida tendría abierto el camino de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la social no sería competente de acuerdo con el art. 3 f) de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción⁸²².

Esto plantea el problema de la desigualdad de armas derivada de la condena en costas del litigante perdedor, de acuerdo con la reciente reforma del art. 139.1 de la Ley 29/1998, de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, por Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal. La posible condena en costas desanimará reclamaciones sobre alta y cotización a la seguridad social, que deberían gozar del mismo trato que las reclamaciones en la jurisdicción social, por estar estrechamente ligadas a la relación laboral.

Tal como se ha señalado, la imposibilidad de pleitear sin vinculación a la demanda de una prestación, simplemente para que se reconozcan periodos del pasado en que por existir relación laboral debió haber alta y cotización ya prescritas, crea una especial dificultad para la efectiva reclamación en su momento de derechos de seguridad social derivados del empleo doméstico.

6. La acción protectora del RESS

6.1. Introducción

El alcance de la acción protectora del RESS ha sido frecuente objeto de debate judicial debido a la técnica utilizada en la regulación del Régimen y a la falta de adecuación de su texto a las reformas que se han ido sucediendo y le son de aplicación.

El art. 1 del DRESS dispone que el régimen se regirá por el Título I de la LSS de 1966, el propio DRESS y sus disposiciones de aplicación y desarrollo, y las restantes normas generales de obligada observancia en el Sistema de Seguridad Social, declarando supletorias las normas reguladoras del Régimen General, con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado del hogar.

Las normas generales frecuentemente ignoran la existencia del RESS y no lo mencionan expresamente, lo que en ocasiones da lugar a dudas sobre la aplicación de nuevas prestaciones, dado que hay que interpretar si la prestación en concreto se adapta a los conceptos de cabeza de familia y empleado de hogar. Además, las normas pensadas para otros regímenes tienen perfiles que las hacen difícilmente aplicables en el régimen especial.

Según el art. 22 del DRESS, el Régimen cubrirá las contingencias y concederá las prestaciones determinadas en el Decreto; el concepto de contingencia protegida en el Régimen es el fijado por el Régimen General en las contingencias comunes a ambos; y las prestaciones que concede el Régimen en caso de accidente son las mismas que otorga el Régimen General por accidente no laboral.

⁸²² La norma precedente, la Ley de Procedimiento Laboral de 1995, en la redacción dada por el art. 23 de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, regulaba en su art. 3 b) de la misma manera la falta de competencia del orden social en relación con las altas, bajas y variación de datos de trabajadores, así como la materia de liquidación y recaudación de cuotas.

Según el art. 28.2 del DRESS, las prestaciones derivadas de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidente, invalidez, vejez, muerte y supervivencia y protección a la familia se otorgan con la misma amplitud, términos y condiciones que en el Régimen General, salvo en lo que específicamente se regula en la normativa específica.

De acuerdo con el art. 25 del DRESS, la base de cotización a efectos del cálculo de las prestaciones económicas del Régimen, es la tarifa mínima de cotización que para los trabajadores mayores de 18 años hubiese estado vigente en cada momento en el Régimen General. El artículo no ha sido objeto derogación expresa durante la vigencia del RESS aunque deba considerarse inaplicable.

6.2. Asistencia sanitaria

La asistencia sanitaria, prevista en el art. 29 del DRESS no contiene especialidades respecto a la prestación del Régimen General en el caso de las personas de alta en el Régimen. El periodo de carencia de seis meses para el derecho a la atención sanitaria desapareció con efectos al 1 de enero de 1970⁸²³.

El derecho a la asistencia sanitaria de los pensionistas del RESS, se reconoció en el último lugar respecto al resto de Regímenes.

La DT 2ª del DRESS estableció que de acuerdo a las posibilidades económicas del Régimen se otorgaría asistencia sanitaria a los pensionistas y sus familiares. La previsión no se cumplió hasta la Orden de 28-2-1972, por la que se extiende la asistencia sanitaria a los pensionistas del Régimen Especial del Servicio Doméstico y a los que estén en el goce de prestaciones periódicas del mismo.

En el Régimen General, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 83 a) b') de la LSS de 1966, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, hizo efectivo el derecho de los pensionistas y sus familiares a la asistencia sanitaria.

La asistencia sanitaria a los pensionistas del SOVI se estableció por Orden de 31 de enero de 1970. Se regula para el RETA en el art. 115 y siguientes de la Orden de 24-9-1970 por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. En el REASS, la extensión se produce mediante Orden de 31 de enero de 1970 para los que eran pensionistas del Régimen, dejando para un momento posterior el reconocimiento de la prestación a los pensionistas de anteriores regímenes de previsión agraria.

6.3. Incapacidad Temporal

La prestación no entró en vigor de manera inmediata. La Disposición Final Primera núm. 1 del DRESS estableció que la prestación de IT entraría en vigor el 1 de enero de 1971; el núm. 2 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.

Según el art. 30 del DRESS, la IT se otorga 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,

⁸²³ Memoria del ejercicio 1970 de la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar, Publicaciones INP, tomo CCXIV, de 1971, pág. 11.

en el RESS no está protegido el periodo de observación por enfermedad profesional⁸²⁴, del art. 128 1. b) de la LGSS, que es parte de la prestación de IT en el Régimen General. La postura contraria se ha defendido por entender que el DRESS no exceptúa la prestación y según su art. 30 debe tener la misma amplitud que en el Régimen General ⁸²⁵.

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 RESS 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 dada de baja por su empleador con efectos retroactivos al día anterior a ser baja por IT⁸²⁶.

La prestación de IT derivada de accidente de cualquier clase, incluso el sufrido mientras se realizaba trabajo doméstico, requiere la situación el alta en el momento del accidente. No obstante, se ha admitido la aplicación del mecanismo del alta de pleno derecho en el caso de accidente laboral en base al art. 30 DRESS, que dispone 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 concreta prestación sería excepción al principio del art. 22.3, que dispone que las prestaciones en caso de accidente serán las mismas que el Régimen otorgue para el accidente no laboral, lo que exige 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. El periodo de carencia en el accidente deja de requerirse para la IT en el RESS a partir de que el art. 14 de la Ley 24/1972 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 admitido lo anterior, se cuestionó como tratar la invalidez provisional. El art. 28.2 del DRESS establece que las prestaciones del Régimen 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 RESS no tenía ninguna exigencia de periodo de carencia⁸²⁷, 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.

6.3.1. El requisito de estar al corriente en el pago

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. Tal como se ha expuesto (parte IV, 5.2.), por resolución administrativa se acordó aplicar al personal discontinuo del RESS el mecanismo de invitación al pago del RETA, régimen en el que las entidades gestoras tenían fijado su procedimiento para la reclamación de cuotas pendientes de pago en la prestación de IT⁸²⁸.

824 MUÑOZ MOLINA, Julia, *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi 2005, pág. 46.

825 CLEOFÉ SANCHEZ, Dolores, "Régimen especial de empleados de hogar" VV. AA., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales...*, cit., pág. 438.

826 STSJ Cataluña de 26-11-2011, ROJ 5284.

827 STCT de 10-5-1983, AR 4147.

828 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.

Pero 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.

Por otra parte, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, introdujo la DA 11^a bis en la LGSS, estableciendo para todos los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes especiales y para los trabajadores del RESS 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.

A partir de las dos disposiciones mencionadas, 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 RETA⁸²⁹, entre las que no figuraba entonces la IT. Es de suponer que las oscilaciones del tema en el régimen de autónomos y con fundamento legal en su propia regulación tuvieran su incidencia en el tratamiento que se le dio a la cuestión en relación a las trabajadoras discontinuas del RESS.

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 prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia, fija la cuestión al disponer 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 no aclara el debate.

El ámbito de aplicación de la norma no es el RESS, por lo que el tema se mantiene en este régimen sin regulación de rango legal hasta la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social. La norma añade la DA 39^a a la LGSS, 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.

A pesar de ello, el INSS entendió que se seguía exceptuando la prestación de IT, respecto a lo que la STS de 22 de septiembre de 2009 (ROJ 6490), en un supuesto del RETA, se pronuncia declarando que la norma no distingue entre prestaciones, con lo que es de aplicación a todas⁸³⁰.

6.3.2. Prestación económica de IT

En los casos de enfermedad y accidente, la prestación económica es del 75% de la base reguladora. La base al inicio era la tarifa mínima de los trabajadores mayores de 18 años y posteriormente aquella sobre la que se cotiza. 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 RESS⁸³¹, ya que la prestación se comienza a percibir desde el vigesimonoveno día, a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente (art. 39 DRESS).

829 SSTS de 28-5-2003, RJ 962; de 30-9-2004, RJ 7682; de 24-1-2006, RJ 2861 y de 4-10-2006, RJ 8425.

830 El ATS de 20-9-2009 (ROJ 14484) reitera la doctrina.

831 Oficio-Circular núm. 927 de 29-3-1980, de la Dirección General del INSS.

La doctrina ha calificado este periodo de espera de excesivo, desproporcionado e injustificable⁸³². El periodo de espera de 28 días para el abono de la IT en el RESS ha sido siempre más desfavorable que el regulado para el RETA, desde que se implantó en éste la prestación en 1978 y a lo largo de todo el tiempo en que han coexistido ambos regímenes⁸³³.

Se ha señalado que el periodo de espera de 28 días contradice las normas internacionales⁸³⁴. El Convenio 102 de la OIT, sobre norma mínima de la Seguridad Social, mantiene en su art. 18 1º que la prestación monetaria 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. El Convenio entró en vigor en España el 29 de junio de 1989⁸³⁵, pero su cumplimiento no exige amparar a todos los asalariados, sino al menos el 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 población⁸³⁶, con lo que la exclusión del empleo de hogar no significa incumplimiento de la norma⁸³⁷.

La regulación de la prestación en el RESS 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. Señala que el Estado Español está incumpliendo la Directiva y dice textualmente “la norma del Régimen de servicio doméstico según la cual la prestación económica por incapacidad laboral transitoria comienza a partir del 29 día de enfermedad, constituye discriminación indirecta”⁸³⁸.

832 LUJÁN ALCARAZ, José, *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, cit., pág. 110, MUÑOZ MOLINA, Julia *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, cit., pág. 172.

833 En el RETA, al implantarse la prestación de ILT, los requisitos son los mismo del Régimen General, pero el cobro en de la baja por enfermedad o accidente se realiza a partir del decimoquinto día, según el art. 6 a) de la Orden de 28-7-1978. Posteriormente, el RD 1273/2003, de 10 de octubre, que regula la cobertura de contingencias profesionales en el RETA y la ampliación de la prestación por IT, equipara la prestación con el Régimen General en cuanto al momento inicial (art. 10) y la cuantía (art. 11)

834 VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; QUESADA SEGURA, Rosa, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2ª edición, 2006, pág. 480; FARGAS FERNANDEZ, Josép, “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, José Francisco, LÓPEZ GANDÍA, Juan y MOMPALER CARRASCO, Mª Angeles, *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, ed. 2008, cit., pág. 375.

835 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.

836 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.

837 VIVES CABALLERO, Marta, 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.

838 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.

6.3.3. El control de la IT

Por Oficio Circular 30/70, de 30 de noviembre, la Subdelegación General de Seguros del INP daba las instrucciones para la gestión de la ILT en el RESS, 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 morbilidad 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 sancionable⁸³⁹. La DA 3ª de la norma previó la implantación gradual en los Regímenes especiales, no llegando a alcanzar la obligación a los empleadores del RESS.

Las situaciones de IT de los trabajadores domésticos durante los primeros 28 días de la baja, deriven de enfermedad o accidente, no cuentan con ninguna vía de control por el sistema de seguridad social hasta el año 1997, 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.

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 RESS (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 exista prestación en las cuatro primeras semanas tiene como consecuencia el que las personas interesadas no soliciten el parte de baja más que cuando prevén una IT con más de 28 días de duración. Esta cuestión práctica tiene 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.

6.3.4. La cotización durante la IT

Como en los restantes regímenes, de acuerdo con los arts. 13 y 14 del RD 2064/1995, durante la IT se mantiene la obligación de cotizar en tanto no se produzca el cese en el trabajo o la actividad.

La especialidad del RESS, como ya se ha visto, es que durante la IT se produce el traslado de la obligación de cotizar a la parte trabajadora. En ese contexto, tanto la Tesorería como el INSS, en su servicio de información verbal al público, sostienen la obligación de continuar cotizando en el RESS como condición para recibir la prestación de IT, independientemente de la continuación o no en la actividad.

Cierto que la TGSS, 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

⁸³⁹ 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.

falta de periodo de carencia, aunque –añade– la obligación finalizaría en caso de producirse el cese en la actividad⁸⁴⁰, pero no es una información que se haga llegar a sus potenciales beneficiarias. En contraste, la Resolución de 23 de febrero de 1996 de la DG 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 impiden el mantenimiento de la percepción del subsidio correspondiente⁸⁴¹.

El motivo de esta política informativa probablemente es la facilidad de las beneficiarias de declararse de baja en la actividad sin ningún trámite especial más que su propia manifestación, lo que no sucede en el RETA, 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 cotizar⁸⁴².

6.3.5. La recaída

La baja médica es motivo frecuente de despido en el empleo doméstico, sin que exista la subsiguiente prestación de desempleo que constituiría una situación asimilada al alta a efectos de la prestación de IT. En consecuencia, la recaída en un proceso de IT se produce fácilmente en una situación en la que la trabajadora doméstica no estará de alta ni asimilada.

El TS inicialmente declaró el derecho al percibo de la prestación de IT en la recaída sin necesidad de alta si situación asimilada, por entender que se trataba de un único proceso. La doctrina varía a partir de 2006, declarando la necesidad de alta o situación asimilada en función de que la prestación de IT es sustitutiva de rentas y que pierde su función al no haber actividad laboral ni prestación de desempleo en la fecha del hecho causante. Nuevamente tiene lugar un cambio a partir de 2009, retomando la posición inicial, por la que no se precisa alta ni asimilada, en función de que lo que la IT repara es la imposibilidad de trabajar⁸⁴³.

La prestación de IT se abona siempre mediante pago directo del INSS, lo que plantea la cuestión de la retroactividad de los efectos de las solicitudes realizadas tardíamente. Si debe entenderse que la solicitud del trabajador condiciona el reconocimiento del derecho y en aplicación del art. 43 de la LGSS, la retroactividad máxima en el cobro de la prestación es de tres meses. O por el contrario, si el conocimiento por parte de la entidad gestora del hecho de la baja junto con el resto de los requisitos para el acceso a la prestación produce su devengo automático, en cuyo caso el plazo es el de un año del art. 44 LGSS.

El criterio administrativo aplicado al RESS ha sido el mismo que el del RETA, que ha tenido tres fases⁸⁴⁴. En la primera, de 2002 a 2006, se aplicaba el reconocimiento automático del subsidio únicamen-

840 Ref. CISS. JC079211.

841 Catálogo de Resoluciones Administrativas, Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica, edición de mayo 1997, pág. 368.

842 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, Julia, *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, cit., pág. 150.

843 La doctrina anterior, STS de 5-7-2000, ROJ 5521; STSJ Extremadura de 2-3-2006, JUR 110751. La posterior, SSTS de 27-6-2006 y de 6-7-2006 y por todas, STSJ CLM de 23-1-2007, ROJ 170; la posición actual en STS, Sala General, de 1-4-2009, recogida en criterio INSS 21/2006, rectificado en fecha 2-12-2009.

844 Criterios de gestión del INSS 64/2002; 17/2006, de 10 de mayo; y 7/2008, de 15 de abril. NORMASS.

te a los trabajadores por cuenta ajena, excluyendo RESS y RETA, por entender que la responsabilidad de la puesta en conocimiento de la situación de IT estaba en manos de estos últimos, y en el primer caso la entidad gestora tenía otra vía de información: la obligación del empresario de darle traslado del parte de baja. Entonces ya era obligatoria la comunicación de los partes desde el servicio de salud, pero el sistema no estaba totalmente desarrollado. A partir de 2006, se aplica a todos los regímenes el mismo trato, precisamente porque el mecanismo de traslado de información del servicio de salud a la entidad gestora está plenamente implantado. En consecuencia, la solicitud que acompaña a la presentación de los partes de baja en el RESS es una petición de pago, no de reconocimiento del derecho, que es automático al darse los requisitos para la prestación, con lo que el plazo de retroactividad en el percibo de las cantidades adeudadas es de un año.

En el año 2008, de nuevo cambia el criterio con base en la STS de 19 de junio de 2007 (RJ 6826), estableciendo que en el caso del RETA y el RESS la solicitud inicial es de reconocimiento del derecho, lo que trae consigo una retroactividad máxima de tres meses.

6.4. Maternidad

El art. 30 del DRESS establece que la prestación por maternidad se concederá en los supuestos, durante el tiempo y con los requisitos del Régimen General. Los requisitos de la prestación, que inicialmente era una de las situaciones de Incapacidad Laboral Transitoria, eran nueve meses de afiliación antes del parto y una cotización de al menos 180 días en el año anterior, con un subsidio del 75% de la base de cotización del mes de inicio de la baja. Los requisitos tenían la finalidad evidente de evitar estrategias de alta y cotización una vez conocida la situación de embarazo, lo que, como medida disuasoria afectaba más al RESS, en especial a sus trabajadoras discontinuas.

La Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, desgaja la maternidad de la ILT y facilita el acceso a la prestación, equiparando el requisito de cotización al de la IT por contingencias comunes, 180 días cotizados en los últimos cinco años, y eleva la cuantía al 100% de la base reguladora.

La misma norma establece que en las prestaciones de maternidad y paternidad de los Regímenes Especiales en los que los propios trabajadores sean responsables de la obligación de cotizar, incluidos los trabajadores discontinuos del RESS, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que los interesados se encuentren al corriente en el pago de las cuotas⁸⁴⁵.

El proceso de mejora de las condiciones de acceso a la prestación de maternidad avanza en 2007 con la Ley Orgánica de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo, (LOI) estableciéndose un periodo de carencia que varía con la edad⁸⁴⁶, y creándose una prestación no contributiva para quienes no reúnan el periodo de carencia, del 100% del IPREM durante los 42 días posteriores al parto (art. 133 sexies y septies). En todos los supuestos se exige la situación de alta o asimilada, requisito que tiene una incidencia sustancialmente distinta en el RESS y los restantes regímenes de seguridad social de trabajadoras por cuenta ajena.

⁸⁴⁵ El art. 37 de la Ley 42/1994 añadió a la LGSS la DA Undécima bis), que establece la obligación de estar al corriente en su apartado 3.

⁸⁴⁶ LGSS, art. 133 ter: con menos de 21 años en la fecha del parto, no se exige ningún periodo de carencia; entre los 21 y 26, 90 días cotizados en los últimos 7 años o 180 días en toda la vida laboral; a partir de los 26 años, 180 días cotizados en los últimos 7 años o 360 en toda la vida laboral.

En el empleo doméstico es frecuente el despido de la trabajadora durante el embarazo o una vez producido el parto porque el empleador doméstico teme que, primero los cuidados necesarios durante el embarazo y luego la atención de la criatura, aparten a la trabajadora del cumplimiento regular de la jornada y horario contratados.

La doctrina de los tribunales no es unánime sobre las consecuencias. En unos casos se ha declarado que el cese decidido unilateralmente por el empleador en tales situaciones podía ampararse en la figura del desistimiento del art.10.2 del DRESS, del que no puede predicarse la nulidad que el art. 55.5 ET prevé para el despido en cualquiera de las situaciones que ampara⁸⁴⁷, porque no se trata de un despido.

En otros supuestos de cese durante la situación de embarazo, la inexistencia de la figura del despido nulo en la norma especial ha justificado la inaplicación de la institución del despido nulo del ET, norma general de aplicación subsidiaria que no entra en juego cuando la especial cuenta con su propia regulación⁸⁴⁸, con lo que los efectos del despido han sido la declaración de su improcedencia y el abono de la indemnización de 20 días por año prevista en el art. 10. del DRESS, sin abono de salarios de tramitación.

Finalmente, algunas resoluciones admiten la existencia de un despido nulo, a pesar de que la norma que regula la relación laboral especial no tenga prevista la figura, sino únicamente el despido procedente o improcedente. Se fundan en los arts. 8 y 10 de la LOI, que obligan a declarar la nulidad de los actos discriminatorios por razón de sexo, carácter que tiene el trato desfavorable por razón de embarazo o maternidad. Sobre las consecuencias de la nulidad, se entiende mayoritariamente que no cabe la condena a la readmisión en función del derecho del empleador a la intimidad de su domicilio, en el que no se le podría obligar a mantener a quien no desea. En este caso, el cese debe ser indemnizado como un despido improcedente en la cuantía del ET, con condena al abono de salarios de tramitación⁸⁴⁹. Se ha justificado la condena a la readmisión con salarios de tramitación en que la Disposición Derogatoria Única de la LOI ha dejado sin efecto el art. 10 del DRLE, en la medida en que éste no contemplaba la posible nulidad del despido discriminatorio.

Extinguida tras el despido la situación de alta real durante el embarazo, la percepción de la futura prestación está sujeta a que exista una situación asimilada al alta a efectos de la contingencia.

El RD 295/2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de seguridad social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, establece en su art. 4º las situaciones asimiladas al alta para todos los regímenes. Entra esas situaciones, está la de desempleo total con prestación de nivel contributivo, la situación del trabajador durante el periodo correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas antes de la finalización del contrato, y los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y propia víctimas de violencia de género.

847 STSJ Cataluña de 21-1-2011, ROJ 1222; STSJ Extremadura de 22-2-2012, ROJ 306. Esta última enjuiciaba un cese realizado bajo la vigencia del RD 1424/1985.

848 SSTSJ Madrid de 10-4-2003, AS 3087; 17-12-2003, AS 1456/2004.

849 STSJ Madrid de 24-11-2008, AS 146/2009 y STSJ Castilla y León, de 7-9-2010, AS 1830, nulidad con la indemnización del ET y abono salarios de tramitación. Nulidad con indemnización, STSJ Cataluña de 19-2-2010, ROJ 861/2010, en el que la condena a la readmisión no hubiese sido posible por la falta de permiso administrativo para trabajar.

850 STSJ Madrid de 16-4-2008, AS 178.

La situación de desempleo con prestación es inaplicable al RESS. Respecto a la situación de asimilación al alta en el periodo posterior a la extinción del contrato, correspondiente a las vacaciones no disfrutadas, se corresponde con la obligación de la empresa de cotizar durante dicho periodo, establecida en el art. 109.1 de la LGSS únicamente para el Régimen General ⁸⁵¹.

La situación de suspensión de contrato de la víctima de violencia doméstica podría teóricamente ser fundamento de una situación asimilada al alta que generase el derecho al cobro de la prestación de maternidad en el RESS. Pero en la mayoría de los casos no habrá suspensión sino cese definitivo, voluntario o inducido, sin la protección del art. 55.5.b) que declara la nulidad de la decisión extintiva que afecta a la trabajadora víctima de violencia de género que está haciendo uso de su derecho a la suspensión del contrato. Debe entenderse que se aplicará la misma doctrina que en el despido de la trabajadora embarazada.

La situación de IT que dura tras la extinción del contrato es asimilada al alta para la prestación de maternidad que se inicia al día siguiente del alta médica, según SSTS de 20-1-1995 (AS 393 y 1146), criterio incorporado posteriormente en la Ley 1251/2001, de 16 de noviembre, de aplicación a todos los regímenes de seguridad social. En el caso de la mayoría de las trabajadoras fijas del RESS, la percepción de la prestación de maternidad del RESS solamente será posible en ese supuesto. Las discontinuas, por su parte, cumplimentarán el requisito del alta en base a una cotización que con frecuencia no se corresponderá con ninguna actividad.

Disfrute del permiso maternal a tiempo parcial

La posibilidad de realizar el descanso de maternidad a tiempo parcial una vez transcurridas las seis semanas de descanso obligatorio se prevé en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, y se desarrolla en el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, regulador de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social por maternidad y riesgo durante el embarazo. En su art. 2.3 establecía el disfrute del descanso a tiempo parcial únicamente para los trabajadores por cuenta ajena, y la SG de Ordenación, en Instrucción de 12 de diciembre de 2001 restringió la aplicación de la norma refiriendo el disfrute de la prestación a tiempo parcial únicamente a las personas por cuenta ajena de los regímenes general, agrario y minería del carbón, excluyendo en la práctica y, según posterior Instrucción reconocería, con escaso fundamento legal, a los encuadrados en el RESS⁸⁵².

Posteriormente, la LOI extiende el derecho al descanso a tiempo parcial a los autónomos, pendiente de desarrollo reglamentario que se produce con el RD 295/2009, que en su art. 2.4, disposición adicional primera, apartado 8º lo condiciona a que se efectúe en el 50% de la jornada.

Al producirse la extensión a los autónomos, la administración replantea su posición respecto al RESS, y en Instrucción de la SG de Ordenación de la Seguridad Social, 9/2009, de 11 de agosto, declara aplicable el descanso por maternidad a tiempo parcial de todos los trabajadores del RESS, incluidos los discontinuos, en los mismos términos que el resto de trabajadores por cuenta ajena, por lo que no es de aplicación el porcentaje del 50% como límite obligado del permiso maternal a tiempo parcial.

⁸⁵¹ Tal como se ha expuesto (parte IV, 4.2.), la obligación de cotizar en el periodo de vacaciones no disfrutadas al final del contrato no cuenta con base legal en el RESS.

⁸⁵² La Instrucción de la Subdirección General de Ordenación, 9/2009, de 11 de agosto, da cuenta del contenido restrictivo de la Instrucción de 12-12-2001. NORMASS.

La situación de trabajo que se combina con permiso maternal no tiene su correlación en el sistema de cotización del RESS, en el que la situación no está prevista.

6.5. La prestación de riesgo durante el embarazo

La prestación fue creada por la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar. El art. 16 de la norma modificaba la DA 8ª de la LGSS, declarando aplicable la prestación a todos los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales, así como a los trabajadores autónomos incluidos en el Régimen Especial del Mar, REASS y RETA. De acuerdo con esto, el texto parecía excluir a las trabajadoras discontinuas del RESS.

Sin embargo, el posterior desarrollo reglamentario por RD 1251/2001, de 16 de noviembre, regulando las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, incluyó en su art. 23.1 a las trabajadoras domésticas responsables de la obligación de cotizar junto a las trabajadoras autónomas beneficiarias de la prestación. Inclusión que se repite en los mismos términos en la norma que lo sucede, 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 natural⁸⁵³.

La fórmula de inclusión de las trabajadoras discontinuas ha sido calificada de tortuosa, al regular de forma separada su prestación y falta de justificación, al atribuir tácitamente otra condición que la de trabajadoras por cuenta ajena a quienes tienen sobre sí la obligación de cotizar⁸⁵⁴.

El paralelo de las discontinuas con las trabajadoras del RETA va más allá. En el caso de las trabajadoras que prestan servicios para un hogar con carácter exclusivo, tanto el art. 21.2.c) del RD 1251/2001, como la norma que le sucede, el RD 295/2009⁸⁵⁵, exigen la declaración de la persona responsable del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora.

Por el contrario, el procedimiento para el cobro de la prestación por parte de las discontinuas no recoge la obligación del empleador de declarar sobre la existencia o no de incompatibilidad del puesto de trabajo con el estado de la trabajadora y sobre la imposibilidad de emplearle en otras tareas. La regulación no se corresponde con el trabajo por cuenta ajena, carácter que se mantiene independientemente del desplazamiento de la obligación de cotizar. Contrasta además con lo que el RD 295/2009 dispone en su art. 47.1 b) para las trabajadoras autónomas dependientes y las autónomas que prestan servicios para cooperativas o sociedades laborales o mercantiles, en cuyo caso el cliente o el administrador de la sociedad, respectivamente, tienen que declarar la inexistencia de una actividad compatible con su estado.

853 Art. 41.1 “(...) serán beneficiarias del subsidio las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de hogar, cuando no presten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo y, en consecuencia, sean responsables de la obligación de cotizar, en el caso de que interrumpan su actividad por riesgo durante el embarazo”.

854 RIVAS VALLEJO, Pilar, “El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, *AS* 20/2001, BIB 2002/40, pág. 5.

855 El art. 39 del RD 295/2009, sobre el procedimiento para el reconocimiento del derecho en el caso de las trabajadoras por cuenta ajena mejora la redacción del art. 21.2. del RD 1251/2001, que exigía acumulativamente los siguientes documentos: a) informe médico; b) informe del servicio o responsable de prevención; y c) declaración del responsable del hogar familiar.

Los reglamentos de 2001 y 2009 de las prestaciones por riesgo durante el embarazo no fijaron quién era responsable de la cotización durante la suspensión del contrato de trabajo por dicha situación en el RESS. Como en otras cuestiones, la administración de la Seguridad Social actúa en el RESS sin base normativa, y equipara la situación al resto de las bajas⁸⁵⁶.

La asignación de la obligación de cotizar durante la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo no se realizó hasta la DF 3.2 del RD 1596/2011 de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la LGSS de 1994, en relación con la 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. Esta norma reforma el art. 46 del Real Decreto 2064/1995, sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, asignando a la trabajadora doméstica la obligación de cotizar durante la situación de baja por riesgo durante el embarazo, en los mismos términos que en las situaciones de IT, desplazando la obligación a la trabajadora a partir del mes siguiente al inicio de la situación y en el mes del alta.

6.6. Prestaciones asociadas al cuidado

El art. 7.5 del DRLE establece que el empleado de hogar tendrá derecho a los permisos del art. 37.3 del ET. Los permisos de este apartado tienen duraciones breves, como los quince días por matrimonio o los dos días que pueden extenderse a cuatro por ciertas incidencias familiares. En el momento de su aprobación, la mención expresa al art. 37.3 estaba excluyendo el apartado 4 sobre el permiso de lactancia y el apartado 6 sobre la reducción de jornada para cuidado, disposiciones ambas que han sufrido posteriormente modificaciones y ampliaciones mediante normas que desarrollaban los derechos de conciliación. Los cambios se han producido en el art. 37, sin referencia al DRLE, por lo que no han tenido consecuencias en el empleo doméstico.

Si ha tenido incidencia la reforma ET por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, que añadió un apartado f) al art. 37.3, sobre permiso retribuido por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto.

6.6.1. Asimilación al alta y cotización efectiva de los periodos de excedencia para cuidado

La Ley 26/1990, de 20 de diciembre, sobre prestaciones no contributivas de la Seguridad Social reformó las prestaciones por hijo a cargo de la LGSS, estableciendo en el art. 167.1.b) la consideración, como período de cotización efectiva, del primer año con reserva de puesto de trabajo del período de excedencia que los trabajadores disfrutasen en razón del cuidado de cada hijo, de acuerdo con la legislación laboral⁸⁵⁷.

La DA Tercera del RD 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de prestaciones por hijo a cargo la Ley 26/1990, derogó el art. 35 del DRESS y declaró aplicables a los regímenes especiales, mencionándolos expresamente, las prestaciones por hijo a cargo, entre las que estaba la

⁸⁵⁶ La STSJ Comunidad Valenciana de 31-5-2011, ROJ 3885/2011, recoge en sus hechos probados el cambio de trabajadora fija a discontinua con ocasión de la suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, sucedido en 2009, fecha en la que la cuestión del desplazamiento de la responsabilidad no estaba todavía regulada.

⁸⁵⁷ Por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social, se declara el carácter contributivo de la prestación, cuyo alcance se desarrolla por RD 1335/2005, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social.

atribución de tiempo cotizado en la excedencia de cuidado. Según la DA 8ª de la LGSS, la les han sido de aplicación las sucesivas ampliaciones de los beneficios reconocidos en tal situación⁸⁵⁸.

Por otra parte, la excedencia para cuidado de familiares del art. 46.3 del ET, que activa la protección de la seguridad social, es posible en la relación laboral doméstica en virtud de la aplicación subsidiaria del ET en lo compatible con las peculiaridades de la relación.

Planteada la cuestión, la Resolución de la DG del INSS de 2 de marzo de 2000 (Criterio 69/2000), declara aplicable al RESS el art. 1 b) Real Decreto 356/1991, sobre asimilación a la situación de alta y cotización efectiva en la excedencia por cuidado de hijo, con el alcance de la normativa general vigente. La duda no se había planteado respecto a la norma de seguridad social, que no contenía ninguna ambigüedad, sino en relación a la aplicabilidad de la disposición del ET.

La Resolución refleja el camino seguido para tal pronunciamiento. El primer lugar, se dudó de la aplicabilidad al sector del derecho a la excedencia para cuidado de hijos del art. 46.3 ET, dado el carácter en principio temporal por un año del contrato de trabajo doméstico (art. 2.2 DRESS); se llegó a la conclusión de que sí era aplicable tras el pronunciamiento del TC en sentencia 240/1999, de 20 de diciembre, que declaró aplicable el derecho también a los contratos temporales, y por fin, se estableció que en función del art. 16.1 párrafo 2 de la norma reguladora, la excedencia terminaría con la extinción del contrato de trabajo. En cualquier caso, de tener lugar la excedencia, de acuerdo con el art. 19, se atribuía al empleador doméstico el cumplir con la obligación de comunicar su inicio y finalización en el plazo de 15 días producirse.

Pero la excedencia exige suspensión del contrato, y es entonces cuando los beneficios de la cotización asimilada se podrían realizar. En la práctica, la situación de excedencia no se produce porque las situaciones en las que la trabajadora necesita abandonar el empleo para cuidar, normalmente se resuelven con su dimisión o con el desistimiento de la parte empleadora. A pesar de ser de aplicación las garantías del art. 55.5 d), ET con la nulidad del cese motivado por el ejercicio de los derechos de conciliación, no existe ninguna resolución judicial publicada en el que el objeto del litigio sea un cese por la utilización del derecho a la excedencia de cuidado en el empleo doméstico; la doctrina de los TSJ sobre los derechos de conciliación en el sector se refiere a reclamaciones por despido durante el embarazo, con el resultado ya comentado (parte IV, 6.4.).

Las estadísticas publicadas por la Seguridad Social sobre prestaciones familiares únicamente recogen las asignaciones económicas por hijo a cargo, por lo que no se conoce por esa vía la cantidad de personas a quienes se atribuye como cotizados los periodos de excedencia señalados en el art. 180.1 y 2 de la LGSS. Considerando que la prestación alcanza los dos años por cuidado de hijo (la Ley 27/2011 lo ampliará a tres años) y un año por los demás familiares, su cuantía económica es mucho más elevada que las de pago en metálico encuadradas en el mismo Capítulo IX, sobre prestaciones familiares. El dato debiera aparecer entre la información relevante para conocer el grado de protección del sistema.

858 Ampliación de los periodos, así como de las personas cuyo cuidado da derecho a la excedencia cotizada, desde el primer año para cuidado de hijos de la Ley 26/1990; los 15 meses para las familias numerosas de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre; el año para el cuidado de otros familiares de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre; los dos años para cuidado de menores o los 30 meses en el caso de familia numerosa ordinaria y los 36 de la familia numerosa especial, de la LO 3/2007, de 22 de marzo.

6.6.2. Asimilación a cotización efectiva del periodo por maternidad posterior a la extinción del contrato

La LOI añadió un apartado 6º al art. 124 de la LGSS según el cual el período por maternidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo, o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo, será considerado como período de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

Según la DA 8ª LGSS la disposición no es aplicable en el RESS ni en los restantes regímenes especiales. Conectando con lo ya expuesto respecto al despido de las trabajadoras embarazadas, la exclusión tiene especial incidencia en las empleadas de hogar. Por una parte, por no contar con el mecanismo de protección de la nulidad del despido discriminatorio, que las mantendría de alta cotizante durante el embarazo. Por otra parte, por no tener acceso a la percepción de las prestaciones por desempleo, que da otra vía a las trabajadoras por cuenta ajena de los restantes regímenes especiales para obtener el beneficio de cotización, al menos durante el tiempo de percibo de la prestación.

6.6.3. Cómputo al 100% de las cotizaciones realizadas en reducción de jornada

La LOI amplió los beneficios de cotización en situaciones de cuidado, añadiendo un apartado 3º al art. 180 de la LGSS, por el que se establecía el cómputo al 100% de las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor y el primer año en el resto de situaciones del art. 37.5 ET.

La disposición se declaró aplicable a todos los regímenes del sistema por la DA 8ª.1. LGSS, aunque al venir referida a quienes pudiesen disfrutar de la reducción en virtud del art. 37.5 del ET solo podía afectar a quienes trabajasen por cuenta ajena. El empleo doméstico también quedaba excluido en virtud del art. 7.5 del DRLE, que limitaba los permisos en la relación laboral especial a los del art. 37.3 del ET.

No obstante, las partes hubiesen podido realizar un pacto de reducción de jornada para cuidado, para el que no hubiese podido plantearse ningún efecto en materia de Seguridad Social. Por un lado, porque no estaba prevista la reducción de la base única de cotización⁸⁵⁹. Pero es que además una reducción de jornada hubiese tenido consecuencias específicas en el RESS: un acuerdo que hubiese situado la jornada por debajo de las 20 horas semanales trasladaba la obligación de cotizar a la parte trabajadora, y el ejercicio profesional por debajo de las 18 horas semanales la hubiese expulsado del sistema.

6.6.4. Cómputo de 112 días de cotización por parto

La LOI añadió una DA 44 a la LGSS, por la que, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente de las mujeres en cualquier régimen de la Seguridad Social, deben computarse un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo en el parto fuera múltiple, salvo en el caso de quien por ser trabajadora en el momento del parto hubiese cotizado la totalidad del periodo legal de descanso maternal.

⁸⁵⁹ El mismo problema plantean respecto al RETA, BARRIOS BAUDOR, Guillermo y APILLUELO MARTÍN. Margarita, *Introducción al Estatuto del Trabajador Autónomo*, Aranzadi 2007, pág. 125.

El TS se ha pronunciado reiteradamente a favor de la aplicabilidad del beneficio de los 112 días por parto para lucrar las prestaciones del SOVI, que el INSS venía denegando, en razón a la mención de la DA 44 a las pensiones contributivas en cualquier régimen de seguridad social, lo que excluiría las del SOVI, previas a la aparición de sistema⁸⁶⁰.

La doctrina del TS sobre la aplicabilidad del beneficio de los 112 días de cotización a efectos de completar los 1.800 requeridos, se basa en una interpretación finalista de la norma, que no excluyendo a las posibles pensionistas del SOVI, encuentra su sentido en la compensación de la pérdida de oportunidades laborales de las mujeres, asociada al matrimonio y la maternidad (STS 2-3-2010, fj. 2º). Habría que añadir que la pérdida de oportunidades en el periodo anterior al 1-1-1967 era radical en el caso del aseguramiento de las empleadas de hogar, para las que hasta la Orden de 3-5-1962 el matrimonio fue causa de baja forzosa en el Montepío del Servicio Doméstico.

En el contexto de los quince años exigidos para lucrar pensión de jubilación en el sistema de Seguridad Social, el reconocimiento de 112 días por parto tiene menor incidencia práctica que la que tiene en la jubilación del SOVI, en el que las cuotas correspondientes a dos partos constituyen un 12,44% del periodo de carencia exigido y pueden beneficiar a muchas mujeres que fueron trabajadoras de hogar en el MNSD⁸⁶¹.

El debate que quedó pendiente de resolver por el TS era la posibilidad de sumar para la pensión SOVI días de cotización por partos posteriores al 31-12-1966. La doctrina de bastantes de los tribunales superiores era favorable a tal cómputo⁸⁶², con base en los razonamientos del fj. 3º de la STS de 21-12-2009 (ROJ 8779), reproducidos en posteriores sentencias del mismo Tribunal. El fj. 3º apdo. 4 de la sentencia señalaba que sin prejuzgar la eventual aplicación para el SOVI del beneficio de los 112 días a los nacimientos a partir del 1-1-1967 –cuestión no planteada- el beneficio de la DA 44 de la LGSS se aplica a todas las prestaciones causadas a partir de la LOI, con independencia de la legislación por la que se rijan y que el criterio para acudir a la suma de los 112 días “es la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause”.

Posteriormente, el TS ha fijado su posición en sentencias de 12 de diciembre de 2011 (RJ 766/2012) y 23 de enero de 2012 (RJ 3626), contraria a la suma de las cuotas de partos posteriores al 1-1-1967 a efectos de lucrar la pensión del SOVI.

860 Entre otras, SSTS de 21-12-2009, RJ 446/2010 y RJ 447/2010, así como la STS de 26-3-2010, ROJ 1886; de 18-2-2010, ROJ 1276 y de 2-3-2010, RJ 1986, esta última, referida a una trabajadora que había cotizado al Montepío del Servicio Doméstico.

861 La estadística sobre alta en el MNSD correspondiente a 1968 refleja que a partir de los 24 años el número de afiliadas en el régimen llamado “normal”, por contraposición al de las asistentes, descendió casi un 50%, (de 80.193 a 48.826) y a partir de los 35 años otro 50% (bajó a 24.344). Hay que suponer que en casi todos los casos la razón de abandono del trabajo -normalmente interno- era el matrimonio. *Memoria Estadística de las Contingencias de la Seguridad Social administradas por el Instituto Nacional de Previsión*, correspondiente a 1968. Ministerio de Trabajo, septiembre de 1969, pág. 197.

862 Entre otras, son favorables las SSTSJ Castilla y León, de 6-11-2011, ROJ 6322; La Rioja, de 7-11-2011, ROJ 744; Cataluña de 28-10-2011, ROJ 5248; Andalucía de 29-9-2011, ROJ 9142; Castilla La Mancha de 15-9-2011, ROJ 2322. El TSJ de Cataluña en varias sentencias, de 22-07-2011, ROJ 8658 y de 28-11-2011, ROJ 8659, y los del País Vasco y Aragón son contrarios al cómputo para el SOVI de periodos por parto a partir del 1-1-1967.

6.7. Incapacidad Permanente

6.7.1. Las disminuciones anatómicas o funcionales que disminuyen o anulan la capacidad laboral

El art. 135 de la LSS de 1966 al definir los grados de incapacidad remite a los conceptos profesión habitual y tareas fundamentales de la misma⁸⁶³. Los conceptos permanecen invariados en las normas posteriores, hasta la Ley 24/1997, de 15 de julio, que da nueva redacción al art. 137 de la LGSS en relación a la reducción de la capacidad de trabajo que da lugar a los diferentes grados de incapacidad permanente. A la profesión que ejercía el interesado se añade alternativamente una nueva referencia: el grupo profesional en el que la profesión estaba encuadrada.

Asimismo, se prevé desarrollar reglamentariamente la lista de enfermedades y la valoración de las mismas a efectos de la reducción de la capacidad laboral y la determinación de los grados de incapacidad. Dicho desarrollo no se ha producido, por lo que según lo previsto en la propia norma (DT 5ª bis) y así lo tiene declarado el TS, la legislación anterior sigue vigente⁸⁶⁴.

Con anterioridad a la reforma del ET por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, profesión habitual y grupo de pertenencia se entendían correspondientes, siguiendo la pauta de las antiguas Ordenanzas Laborales⁸⁶⁵. El art. 22.2 del ET amplía el concepto definiendo como grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales. Este ensanchamiento del concepto se crea al servicio de la facultad del empleador de movilidad funcional del art. 39 ET, limitada por las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo, pero deja de tener sentido al trasladarse sin más al derecho de la Seguridad Social.

El TS en sentencia de 17 de enero de 1989 (RJ 259) señala que la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica o de pertenencia a un grupo profesional. Pero en la doctrina del TS la mención al grupo profesional no es de aplicación cuando el grupo profesional pasa a comprender distintas funciones o especialidades profesionales; el concepto de grupo del art. 22.2 del ET, afirma, no ha tenido acceso a las normas de Seguridad Social y debe mantenerse la doctrina de la profesión habitual como referente⁸⁶⁶.

⁸⁶³ La LSS de 1966, art. 135 y la primera versión del art. 137 de la LGSS 1/1994 mantienen la definición de IPT “Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.

⁸⁶⁴ SSTs de 10-6-208, RJ 5153; de 23-2-2006, RJ 2093; y de 28-2-2005, RJ 5296.

⁸⁶⁵ ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, “Clasificación profesional y movilidad funcional”, VV. AA., (dir. Valdés Da Re, Fernando), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova 1994, pág. 170-172.

⁸⁶⁶ TS 28-2-2005, RJ 5296: “El concepto del grupo se halla en el art. 22.2 del Estatuto de los Trabajadores y no ha tenido acceso a las normas de Seguridad Social. Aquel precepto lo define como ‘el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales’. Definición no precisamente clarificadora, pero que contiene una referencia útil (...) al precisar que el grupo puede incluir diversas categorías y distintas funciones. En definitiva el grupo puede incluir diversas profesiones”.

Los Tribunales Superiores siguen esta doctrina por la que hay que atenerse a la actividad desempeñada y no al dato formal del grupo profesional⁸⁶⁷.

La declaración de IPT no tiene en cuenta las limitaciones concretas que se sufren en el concreto puesto de trabajo, sino la imposibilidad de desempeñar las tareas fundamentales de una profesión. Si unas secuelas traen como consecuencia la pérdida del empleo por imposibilidad de continuar desarrollando las tareas contratadas, la situación podría no derivar en una declaración de IPT⁸⁶⁸. Las tareas de la profesión habitual no son las realizadas últimamente, ni las realizadas antes de sobrevenir el accidente o la enfermedad, sino las propias de la profesión, lo que obligaría a valorar todas las funciones que objetivamente la integran⁸⁶⁹. En el concepto de profesión el TS considera conocimientos, nivel de esfuerzo físico y síquico y tipo e intensidad de la dedicación que requiere⁸⁷⁰. Por otra parte, se calibra el peso específico de cada tarea dentro del conjunto de las de la profesión, porque la pérdida de la capacidad de desempeñar alguna o algunas puede ser o no constitutiva de IPT⁸⁷¹.

Con respecto al empleo doméstico, el mero hecho de que una norma declare relación laboral especial una serie de diversas actividades al servicio de particulares en el domicilio de éstos y sin fin de lucro, no las agrupa en una profesión o un grupo profesional. Por otra parte, el DRLE no hace distinción de categorías profesionales, con lo que la propia norma no da ninguna pauta de las categorías que deban considerarse equivalentes.

El art. 1. 4 del DRLE señala como objeto de la relación laboral tareas que requieren titulación especial, como la de chófer particular, o conocimientos específicos de distinto orden como la jardinería, cocina, limpieza o cuidado o atención de personas. La cuestión es si la reducción o anulación de la capacidad de trabajar en alguna de las actividades, quedando capacidad para desempeñar otras, cierra el paso a la declaración de IPT, que es lo mismo que decidir si a estos efectos tan empleado de hogar es quien limpia, hace las camas y la plancha como quien se dedica a conducir el automóvil particular del empleador, y ambas funciones le son igualmente exigibles en virtud de la movilidad funcional porque pertenecen al mismo grupo profesional o categorías profesionales equivalentes.

867 STSJ Cataluña 28-9-2000, AS 4594. Trabajador que mantiene su categoría profesional en la empresa SEAT, y es declarado afecto a una IPT, debido a la diversidad de profesiones que en la empresa acoge cada categoría; STSJ Navarra 17-12-2007, RJ 208982\2008. La aplicación del concepto de grupo del art. 22.2 llevaría “al absurdo de denegar la prestación a quién no quedando capacitado para una tarea propia de profesión que requiere una formación específica, pudiera seguir siendo apto para cumplir las necesidades ergonómicas de una actividad por completo diferente de la suya y para la que no tuviera la formación profesional necesaria” (fj. 3º).

868 El criterio se razona desde los presupuestos del Régimen General, aplicándose luego al RESS. El TSJ País Vasco, en múltiples resoluciones a lo largo de años, justifica que la prestación de IP no protege la pérdida de un concreto empleo sino la incidencia de las secuelas en la profesión ya que “si ésta se trunca por razón de enfermedad o accidente, la incidencia que le causa es de una magnitud mucho mayor a la que deriva de la concreta pérdida de un específico empleo. Que ello es así lo corrobora que la pérdida involuntaria de éste ya se protege en nuestro ordenamiento con una prestación específica, como es la de desempleo”. Por todas, las SSTSJ 24-9-2002, JUR 104700 y de 5-10-2010, JUR 415330.

869 Entre otras muchas, la STS de 9-11-2009, RJ 7737.

870 La STS de 12-2-2003, ROJ 895/2003, declara a efectos de IPT como profesión habitual la de conducción de camiones, diferenciada de la de conductor de vehículos más ligeros, para las que el trabajador sí tenía capacidad porque (fj. 4º) “además de requerir una mayor número de conocimientos teóricos y prácticos a la hora de realizar el correspondiente examen de conducción, conlleva un superior esfuerzo físico y psíquico, así como la realización de horarios más prolongados o desplazamientos más distantes que los exigibles en las otras profesiones citadas”.

871 Se considera afecto a una IPT al policía municipal que conserva la capacidad para tareas administrativas pero no para la intervención de calle (TS 23-2-2006, RJ 2093).

¿Podría entenderse que todas las tareas definidas en el art. 1.4 DRLE son propias de la categoría de empleado doméstico y la movilidad funcional no tiene otro límite que la cualificación del trabajador? Este es uno de los problemas que presenta la inexistencia de categorías reconocidas en el contrato de trabajo doméstico. ¿Está afecta a una IPT la persona contratada como chófer que al perder la capacidad física para mantener el carnet de conducir por problemas, por ej. con la vista, no puede seguir conduciendo pero sí puede desarrollar tareas de limpieza y orden de los objetos de la vivienda, actividad que en cualquier norma legal o pactada se corresponde con una categoría profesional diferente e inferior? En caso de responder a favor de la unidad de todos los servicios domésticos en una sola categoría profesional, la imposibilidad de trabajar como chófer y el paso a la prestación de servicios en tareas domésticas al interior de la vivienda, tendría como consecuencia la baja en el Régimen General y el alta en el RESS.

La cuestión debe resolverse negativamente ya que la de empleado de hogar no es una profesión sino una modalidad de relación laboral a cuyo amparo pueden contratarse servicios propios de diferentes profesiones.

La doctrina sobre la irrelevancia del concreto puesto de trabajo y la referencia a la profesión de cara a la IPT debe aplicarse en el empleo doméstico considerando cuál de las diferentes actividades es el objeto prevalente en el contrato, considerando que tal es la profesión habitual y aplicándole los criterios de la incapacidad para su desarrollo. Ha de tenerse en cuenta que profesión habitual es aquella que el trabajador estaba cualificado para desarrollar en el momento del hecho causante de la incapacidad y a la que puede destinarle la empresa en aplicación de la movilidad ordinaria⁸⁷² dentro de la categoría. En las prestaciones de servicios equivalentes en relaciones laborales ordinarias sujetas al Régimen General, los puestos de trabajo de jardinero, conductor, cocinero y gerocultor tienen una retribución superior a la del personal de limpieza y el no cualificado; el personal de ayuda a domicilio tiene una retribución superior a estos últimos⁸⁷³.

En defecto de una clasificación profesional de las tareas domésticas en la norma laboral especial, cabe acudir a las normas sobre cualificaciones profesionales, que describen las tareas que se esperan de cada persona titulada. la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, estableció el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, con el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales que debía ordenar sistemáticamente las identificadas en el sistema productivo. El Catálogo se regula en el RD 1128/2003, de 5 de septiembre, que establece veintiséis familias profesionales, una de las cuales es la de Servicios Socioculturales y a la Comunidad, en cuyo ámbito posteriormente se integra por primera vez el empleo doméstico, por RD 1179/2008, de 11 de julio. Las cualificaciones incorporan la formación requerida para las realizaciones concretas propias de la profesión. Tal como señala el art. 1 de la norma, ésta no regula el ejercicio profesional, pero sí constituye un instrumento valioso para objetivar en qué consisten las tareas de una empleada de hogar a través de las tres unidades de competencia que se definen en el Anexo CDXIII de la norma.

La primera consiste en la limpieza de domicilios particulares, abarcando todos los elementos de la vivienda, incluyendo el desplazamiento y recolocación de mobiliario, y la comprobación de que el resul-

⁸⁷² LÓPEZ GANDÍA, Juan y ROMERO RODENAS, M^a José, *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Bomarzo, 2011, pág. 16.

⁸⁷³ Ver tablas retributivas del V Convenio Marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal. (BOE 1-4-2008). En las Residencias, las retribuciones de las profesiones de conductor y jardinero son superiores a las de limpiadores y personal no cualificado; en los servicios de ayuda a domicilio, la remuneración de los auxiliares es inferior a la de conductor, ligeramente superior a la de jardinero y bastante superior a la del personal de limpieza y el no cualificado.

tado obtenido es el esperado. La segunda, consiste en la compra, organización, manipulación, cocinado y conservación de alimentos, y la tercera el lavado, planchado y cosido básico manual de prendas de vestir y ropa de hogar, y la preparación de camas.

El empleo no agota sus tareas en las descritas, porque un porcentaje importante de las trabajadoras domésticas se dedican al cuidado de personas en situación de dependencia, actividad prevista en el DRESS como “cuidado o atención” de las personas del domicilio. Las competencias y realizaciones profesionales que se corresponden con tal tarea aparecen en el RD 1379/2008, de 1 de agosto, que regula el certificado de profesionalidad de atención sociosanitaria a personas en el domicilio, para el cual determina unos módulos formativos. La unidad de competencia 1, denominada “desarrollar intervenciones de atención físico domiciliaria personas con necesidad de atención sociosanitaria”, incluye, además de las tareas propias del empleo doméstico, que se entiende que ocuparán una parte de la jornada, la higiene personal, movilización de las personas atendidas y apoyo en sus traslados. La unidad de competencia 2 se refiere a la atención sicosocial de las personas, lo que se concreta en tareas de apoyo emocional y acompañamiento.

Según la descripción del proceso a seguir que realizan numerosas sentencias en la materia, la valoración de la IP se realiza traduciendo a limitaciones funcionales las secuelas de las patologías, analizando los cometidos profesionales y poniendo ambos en relación.

Respecto al trabajo doméstico, en una parte de las sentencias las tareas objeto de los servicios no se detallan limitándose a considerar la profesión de empleada de hogar como poco exigente físicamente⁸⁷⁴. Entre las que detallan, las tareas que el TSJ del País Vasco describe como núcleo duro del oficio, o tareas esenciales de notorio conocimiento, el barrer, fregar, hacer camas, limpiar sanitarios, quitar el polvo, poner lavadoras, planchar, ordenar las habitaciones⁸⁷⁵, y, distingue las que son esenciales y otras, variables según el tipo de hogar. Las esenciales serían todas las referidas a la limpieza y al orden de la casa y las variables “otras tales como preparación de comidas, cuidado de niños o de personas impedidas”. En efecto, en prácticamente todos los contratos de trabajo doméstico existen tareas de limpieza y orden, pero las otras, las de cuidado de criaturas y personas en situación de dependencia son en un gran porcentaje el objeto principal del contrato⁸⁷⁶ para cuya completa ejecución se requiere realizar también tareas de limpieza y cocina.

874 Es representativa la afirmación que se realiza en el considerando único de la STSJ País Vasco de 29-9-1998, AS 4375, al analizar la posible IPT de una empleada de hogar “numerosas tareas habituales no requieren esfuerzos físicos y, por otra parte, (que) las tareas que precisan esfuerzos físicos son de carácter moderado y cuentan con la ayuda de medios mecánicos, cuyo uso se halla generalizado en una sociedad desarrollada como la nuestra”. O la de STSJ Madrid, de 18-10-2010, AS 15264, “las labores del hogar no exigen especiales requerimientos físicos bastando esfuerzos medios, que pueden dosificarse en función de las distintas tareas (y la experiencia profesional compensa la paulatina pérdida de fuerza y elasticidad muscular que conlleva el transcurso del tiempo vital)”. Según la STSJ La Coruña de 25-11-2010, ROJ 10326, en la profesión de empleada de hogar “se comprenden muy diversas tareas, no todas ellas de exigencias físicas; en todo caso no requiere de esfuerzos físicos intensos ni carga de pesos”.

875 Según la STSJ País Vasco de 9-2-1999, AS 2044, las tareas pueden concretarse en “la limpieza del hogar (cristales, suelos, baños...) utilizando instrumentos comunes tales como escobas, aspiradoras, fregonas; subiéndose a alturas; hacer camas, cocinar (previa la obvia preparación de los alimentos); atención a los miembros del hogar, particularmente a los más necesitados, como ancianos y niños... tareas todas ellas que exigen bipedestación durante toda la jornada laboral, así como la adopción de posturas en semiflexión (para barrer, fregar, pasar la aspiradora, hacer las camas...) y un continuo ejercicio físico, aunque no sea de especial intensidad”. En el mismo sentido STSJ 2-10-2008, JUR 34787 y 5-10-2010, ROJ 2791.

876 Constituyen la mayoría en el trabajo interno y en el trabajo externo a tiempo completo; las de limpieza y orden se corresponden con jornadas a tiempo parcial.

Las tareas domésticas exigen lateralización, extensión y flexión de la columna lumbar, movilidad en los segmentos vertebrales⁸⁷⁷; movilidad y flexión de las rodillas, movilidad de la extremidad superior derecha, manipulación y capacidad de asir objetos⁸⁷⁸, acciones que no son esporádicas sino consustanciales⁸⁷⁹. Es predominantemente manual y exige esfuerzos sostenidos de las extremidades superiores incluso cuando se ayuda de los electrodomésticos⁸⁸⁰. Exige flexión constante de la columna lumbar⁸⁸¹, se desarrolla en bipedestación, requiere deambulación y acceso a diferentes alturas y casi todas las tareas exigen permanecer de pie⁸⁸². El ordenar objetos requiere flexión y extensión de la columna vertebral para alcanzar hasta lugares bajos o altos. En la actividad de limpieza es necesario comprobar el resultado del trabajo, para lo que se requiere una visión suficiente⁸⁸³. Las limitaciones para actividades propias del empleo doméstico, no constituyen una IPT si pueden compensarse realizando las tareas de otra manera o incluso dejando de hacer algunas que no son las más frecuentes⁸⁸⁴.

Una constante doctrina del TS exige tener en cuenta que los esfuerzos están sujetos a horarios y rendimientos predeterminados y las limitaciones son incompatibles con el empleo cuando exigen “un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia en el empresario, pues de no coincidir ambos, no cabe mantener como relaciones laborales normales aquéllas en las que se ofrezcan tales carencias”⁸⁸⁵. Así, no puede compararse en esfuerzo que eventualmente es capaz de hacer una persona con el que debe realizar de continuo en el desempeño de las tareas domésticas⁸⁸⁶.

Las dolencias síquicas tienen que ser muy importantes como impedimento para el trabajo doméstico, pues se considera que no es una profesión con especiales requerimientos emocionales⁸⁸⁷, lo cual es

877 STSJ Madrid de 8-6-2009, ROJ 9462, habida cuenta que “si bien no conlleva la carga de pesos importantes y solo esfuerzos leves o, como mucho, medianos (...), también es cierto que exige un continuo movimiento, flexión mayor o menor del tronco según las labores a realizar”.

878 Según la STSJ Asturias, 25-11-2010, ROJ 4307, la lesión en la extremidad superior derecha que impide elevarla es constitutiva de IPT en la profesión de empleada de hogar, “que le obliga a utilizar constantemente esa extremidad, que es la dominante, (...) lo que la limita seriamente para parte de las principales tareas de su profesión, así para la limpieza de cristales, polvo, lámparas, azulejos, etc. e igualmente la limita para el resto de tareas que precisan un movimiento o sobrecarga continua de tal extremidad, así para la limpieza, plancha, etc.” Según las SSTSJ Galicia, 21-1-2011, ROJ 1096 y STSJ Cataluña, 29-11-2010, ROJ 9224, el empleo doméstico requiere importante esfuerzos manuales.

879 STSJ Comunidad Valenciana, 3-5-2003, ROJ 4645.

880 STS 23-6-1989, RJ 4839, señala que el maquinismo no ha suprimido del trabajo doméstico algunas tareas rudas, que requieren sustentación y deambulación.

881 SSTSJ Cantabria 14-12-2005, AS 3319, 18-6-2008, ROJ 937.

882 STSJ Comunidad Valenciana, de 9-3-1995, ROJ 1325; País Vasco, de 10-6-2008, ROJ 391286; Granada, de 2-9-1998, ROJ 9280.

883 STSJ País Vasco de 5-10-2010, ROJ 2791.

884 STSJ País Vasco, 2-10-2007, ROJ 4046/2007, en el caso de quien no puede levantar los brazos por encima de su cabeza.

885 Por todas, STS 21-1-1988, RJ 33, que además señala “la realización de un quehacer asalariado implica no solo la posibilidad de efectuar cualquier faena o tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia; y la necesidad de consumirla en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral, sujetándose a un horario, actuando consecuentemente con las exigencias, de todo orden, que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden preestablecido”.

886 STSJ Cantabria 5-6-1998, ROJ 968.

887 STSJ Cataluña, 28-5-2008, ROJ 260704.

más que discutible en tareas de cuidado a domicilio de personas de edad avanzada, sujetas además a jornadas laborales extremadamente largas. Algunas resoluciones, por el contrario, ponen de relieve la especial relación de confianza y consiguiente responsabilidad que se da en el trabajo doméstico, o la especial relación con los miembros del círculo familiar en el que se lleva a cabo⁸⁸⁸, así como la necesidad de un buen estado síquico para afrontar las tareas monótonas y repetitivas del hogar, que se realizan habitualmente en situación de aislamiento social⁸⁸⁹.

Ante la inexistencia de un baremo de enfermedades con su correspondencia en términos de incapacidad, el TS considera aplicables con carácter orientativo para la calificación de IP las disposiciones del Reglamento de Accidentes de Trabajo, que no es vinculante y de hecho no es seguido en todos los casos por los tribunales. En concreto, la sordera casi absoluta se considera no impeditiva para las funciones propias del empleo doméstico⁸⁹⁰, criterio del que discrepamos ya que la imposibilidad de audición imposibilita para tareas de cuidado de menores y personas en situación de dependencia y en todo caso, para el resto de las tareas se requiere que el empleador acepte la imposibilidad de realización de algunas tareas (como la atención a la puerta y el teléfono) y tenga disposición para el uso de fórmulas alternativas de comunicación con la trabajadora.

La sentencia del TSJ País Vasco de 29-9-1998, en la que se calificaba de moderado el esfuerzo físico a realizar en las tareas domésticas, apoyaba su afirmación en la disminución de carga física proporcionada por los electrodomésticos⁸⁹¹. La resolución levantó gran polémica social⁸⁹² y posteriormente algunas resoluciones se pronuncian declarando que la profesión no puede calificarse de liviana o sedentaria, sino que requiere la realización de esfuerzos moderados y a veces grandes⁸⁹³. Excepcionalmente, algunas resoluciones califican de duras las tareas domésticas⁸⁹⁴, dureza que es mayor en el trabajo a tiempo parcial, ya que “la experiencia demuestra que el trabajo es a tiempo parcial o por horas las exigencias del empresario o cabeza de familia son mayores y el trabajo se torna aún más duro y agotador al dedicar los esfuerzos de la trabajadora en los trabajos más incómodos o de mayor esfuerzo”⁸⁹⁵.

La declaración de discapacidad a efectos de la prestación de invalidez no contributiva, no tiene más trascendencia que la indiciaria a efectos de la declaración de incapacidad permanente en el área contributiva⁸⁹⁶.

888 SSTSJ Galicia 14-1-2011, ROJ 213; 17-9-2010, ROJ 8067.

889 STSJ Galicia de 21-5-2004, JUR 241459.

890 La STSJ Cataluña de 4 de diciembre de 2003 (ROJ 12441/2003) al denegar una IPT a quien tenía una pérdida auditiva del 99% en un oído y el 97% en el otro entiende que “la severa pérdida auditiva de la recurrente provoca serias dificultades para la interrelación social, lo cual no es fundamental para el desarrollo de las labores de limpieza en un domicilio” a pesar de que según el art. 38 f) del Reglamento de accidentes de trabajo de 1956 la sordera absoluta constituye en todo caso IP Total.

891 La STS de 24-11-1981, RJ 4591, en materia de invalidez permanente, no reconoce la invalidez absoluta a una trabajadora de hogar declarada en situación de invalidez permanente total por estimar que tiene una capacidad residual que le permitiría tareas de cosido y bordado, lo que significa no reconocer la especialización técnica y esfuerzo que estas tareas exigen en caso de tener que desempeñarse profesionalmente.

892 Recogida por RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “El trabajo en el hogar no precisa esfuerzos (titular tomado del diario El País, viernes 5 de febrero 1999)” en *AS* 1999, vol. IV, pág. 2627-2633.

893 STSJ Islas Canarias, Las Palmas, de 27-2-2004, JUR 112107.

894 El TSJ de Galicia, en múltiples resoluciones a partir del año 2001. Por todas, la de 10-3-2009, JUR 314437; y STSJ Andalucía de 2-2-2005, JUR 191151.

895 STSJ Islas Canarias, de 26-5-2000, ROJ 1941.

896 SSTSJ Galicia de 21-1-2011, ROJ 350 y de 28-2-2011, ROJ 1194.

6.7.2. Periodo de carencia

El art. 31 del DRESS disponía que para el otorgamiento de las prestaciones por invalidez permanente (IP) era preciso tener acreditado un periodo de cotización computable de sesenta mensualidades durante los últimos diez años, en la fecha en la que se inició el proceso de enfermedad o en que se produjo el accidente determinante de la invalidez.

Se discutió la validez a efectos de prestaciones del RESS de las cotizaciones realizadas en el periodo anterior a los diez años. El TS resolvió a favor del cómputo de las cotizaciones anteriores, en base al art. 26.1 DRESS, que establecía el cómputo recíproco de cotizaciones con el Régimen General, Régimen Especial Agrario y el de Trabajadores Ferroviarios, en relación con el art. 1.2 sobre supletoriedad de las normas del Régimen General, con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado de hogar. Se consideró así de aplicación la disposición transitoria 3ª.1 de la LSS de 1966, que señalaba que las cotizaciones efectuadas en los anteriores Regímenes de Seguros Sociales Unificados, Desempleo y Mutualismo Laboral se computarían para el disfrute de las prestaciones del Régimen General, sin ninguna limitación en el tiempo en lo que se refiere a personas dadas de alta con anterioridad a la vigencia del DRESS⁸⁹⁷.

La formulación del art. 31 DRESS sobre la necesidad de tener cubierto el periodo de carencia para la pensión a la fecha de iniciarse la ILT tenía como consecuencia el que no se computara el periodo cotizado durante ésta a efectos de la subsiguiente IP. El RETA establecía el mismo periodo de carencia, con la diferencia de que el cómputo debía realizarse a partir del momento en que se entendiese causada la prestación.

En el Régimen General, inicialmente el art. 137 de la LSS de 1966 exigía 1.800 días en los últimos diez años anteriores a la baja en el trabajo, y ningún periodo de carencia en el caso de accidente, fuese o no laboral. La exigencia de los 1.800 días cotizados para contingencias comunes en los diez años anteriores a la baja en el trabajo quedó sin efecto por la combinación de lo dispuesto en el art. 94.3 de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por Decreto 2065/1974, que establecía que las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad laboral transitoria serían computables a efectos de los distintos periodos previos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones, y su art. 137.1, que fijaba el periodo de carencia de 1.800 días para la prestación de IP partir de la extinción de la Incapacidad Laboral Transitoria de la que se derivara la invalidez.

A partir del año 1986 se conocen pronunciamientos del TCT sobre la exigencia del art. 31 del DRESS, señalando que contradecía el 28.2 de la misma norma, sobre la concesión de las prestaciones en las condiciones del Régimen General. Lo cierto es que el art. 28.2 disponía la equiparación en amplitud, términos y condiciones a salvo de las disposiciones específicas del DRESS, por lo que, para no aplicar el art. 31 el Tribunal necesitó calificar la disposición como discriminatoria con respecto a las exigencias del Régimen General⁸⁹⁸.

Por otra parte, el art. 2º del Decreto 394/1974 de 31 de enero, por el que se regulaba la invalidez permanente del Régimen General, dispuso la asimilación a días de cotización del tiempo que faltase para agotar el periodo máximo de duración de la ILT. Las entidades gestoras consideraron la disposición inaplicable en el RESS, ya que según el art. 31 del DRESS el cómputo del periodo de carencia exigido tomaba como fecha base aquella en la que se inició el proceso de enfermedad o se produjo el accidente, no la de extinción de la ILT. Finalmente, el TS declaró la aplicabilidad en el RESS del mecanismo de

⁸⁹⁷ STS 15-12-1980, RJ 4902; seguido por el TCT 5-10-1981, AR 5639.

⁸⁹⁸ SSTCT 10-2-1986, AR 779; 11-11-1987, AR 24702.

cómputo del periodo correspondiente a la ILT no agotada, en base al art. 28 del DRESS, sobre equiparación con el Régimen General en lo que la norma especial no tuviese previsto⁸⁹⁹, doctrina que continuó el TCT ante la persistencia del INSS en denegar las prestaciones al no computar dicho periodo⁹⁰⁰.

La traslación a la parte trabajadora de la obligación de cotizar en la situación de ILT, facilitó el que una vez agotada ésta la cotización siguiese realizándose cuando no se reunía el debido periodo de carencia. Pero el TCT declaró nulas e ineficaces a efecto de la prestación de IP las cotizaciones correspondientes al periodo de invalidez provisional una vez extinguida la ILT⁹⁰¹.

El periodo de carencia para el accidente tras la Ley 26/1985

La Ley 26/1985 de 31 de julio en materia de racionalización de las pensiones de jubilación e invalidez permanente en el sistema de la Seguridad Social, reforma para todos los Regímenes el periodo de carencia exigible para las pensiones de IP derivadas de contingencias comunes, prolongándolo sustancialmente en su art. 2⁹⁰², para todos los regímenes incluido el RESS. Pasa de ser sesenta mensualidades a un periodo variable en función de la edad, que en edades superiores a los 40 años suponía un incremento del periodo exigido⁹⁰³. Se debatió si el cambio afectaba también a las pensiones derivadas de accidente en el RESS, y la respuesta fue negativa en función de que la norma reformadora hablaba solo de cambios en los periodos de carencia de la IP derivada de enfermedad común⁹⁰⁴.

De ello resultó que para el RESS los nuevos periodos de carencia fijados en edades inferiores a los 26 años, exigían periodos de cotización más breves para la enfermedad que para el accidente y así se reconoce en sede judicial⁹⁰⁵, distorsión que no se rectificó hasta casi nueve años después, al suprimirse por RD 2319/1993, de 29 de diciembre el requisito de periodo de carencia para las prestaciones derivadas de accidente en el RESS.

La cotización posterior a la declaración de IP sin derecho a prestación ha sido declarada eficaz para la posterior declaración de IP una vez reunido el periodo de carencia, en el caso de que exista trabajo efectivo⁹⁰⁶. También es eficaz para la prestación de ILT por la misma enfermedad, en el caso de la trabajadora de hogar que fue declarada afecta a una IPT sin derecho a pensión por faltar el periodo de carencia, y encontró un trabajo adecuado a su capacidad⁹⁰⁷.

899 SSTS 18-3-1980, RJ 856; 26-1-1981, RJ 272; 28-1-1982, RJ 319.

900 STCT 17-11-1987, AR 25303, en un supuesto en el que la trabajadora de hogar no había siquiera iniciado periodo en ILT, doctrina reiterada entre otras, en las SSTS 26-3-1997, RJ 3042 y 6-3-1998, RJ 2369.

901 SSTCT 27-3-1979, AR 1962; 17-1-1980, AR 184.

902 En edad superior a los 26 años, un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha de cumplir 20 y el día del hecho causante, con un mínimo de cinco años y una carencia específica de la quinta parte del periodo exigido dentro de los diez años anteriores al hecho causante. Con menos de 26 años, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha del hecho causante y la de cumplimiento de 16 años. La Ley 40/2007, de 4 de diciembre modificó las reglas del cálculo según la edad.

903 La STCT 31-1-1989, AR 858, declaró aplicable en el RESS el periodo de carencia exigido antes de la reforma en un supuesto en el que la contingencia podía entenderse producida con anterioridad a su examen y calificación.

904 STSJ Madrid 8-11-1989, AR 2592, declaró que del tenor literal del art. 2º 2. de la norma la reforma solo era aplicable a la IP por enfermedad común, sin afectar al accidente de cualquier género. La misma tesis mantuvo en unificación de doctrina la STS de 12-5-1993, RJ 4091. En sentido contrario, STSJ Comunidad Valenciana 23-09-1993, La Ley 19966/1995.

905 STSJ Galicia 4-6-1998, ROJ 3352.

906 STS 26-1-1989, RJ 302.

907 STSJ Baleares 7-9-1990, AS 2594, y cita STCT 10-11-1987, AR 24501 y 13-11-1987, AR 25036.

Se ha discutido la posibilidad de eximir del requisito de cotización previa la prestación de Incapacidad Permanente derivada de accidente laboral. De acuerdo con la interpretación realizada por tribunales⁹⁰⁸, el DRESS no deja abierta la equiparación de trato al tener una disposición concreta, el art. 31, que exige para el otorgamiento de las prestaciones de invalidez un periodo de carencia de sesenta mensualidades en los últimos diez años, citando expresamente tanto las contingencias derivadas de enfermedad como las de accidente.

6.7.3. Cómputo de los días cuota en el RESS

La doctrina jurisprudencial del cómputo de los días cuota por pagas extraordinarias en el periodo mínimo de carencia para las prestaciones⁹⁰⁹, se ha aplicado en el RESS computando 60 días anuales de pagas extras a partir del 1 de enero de 1986, fecha de la entrada en vigor del DRESS. El TS ha seguido en esta cuestión una doctrina invariable y reiterada que se basa, por un lado, en que la obligatoriedad legal del abono de las pagas extras comienza a partir de dicha fecha y, por otro, en que es solamente a partir de entonces que la base de cotización en el RESS coincide plenamente con la mínima del Régimen General, constituida por el salario mínimo mensual incrementado con la prorrata de dos pagas extras de la misma cuantía⁹¹⁰.

La base de cotización en el RESS se equiparó a la mínima del Régimen General para mayores de 18 años en el RD 2475/1985, de 27 de diciembre. El hecho es que partir de 1984, la base de cotización del RESS excede del salario mínimo, pero el TS señala que el exceso solo debe atribuirse a cotización por pagas extras a partir de que la norma laboral obligase a su abono⁹¹¹.

Ateniéndose al razonamiento del TS, el INSS planteó durante un tiempo que los días cuota en el RESS tenían que ser de 30 días anuales y no 60, en base al art. 6.4 del DRLE de 1985, que establece que el empleado de hogar tendrá derecho a dos pagas extraordinarias anuales cuya cuantía será como mínimo equivalente a 15 días de salario en metálico. La STS 10-3-1993 (RJ 1847) desestima el argumento en función de que la cuantía de 15 días no es única sino mínima y sitúa la decisión en el contenido de la base de cotización, equivalente al salario mínimo y la prorrata de dos pagas extras de 30 días cada una.

El TS se pronunció antes en el RETA que en el RESS sobre el cómputo de días cuota, declarándolo aplicable a partir de la misma fecha, el 1-1-1986⁹¹². En el RETA, en el que no hay relación laboral que reconozca el derecho a pagas extraordinarias, la posición del TS se funda en la cuantía de la base mínima desde 1986 y en que la Ley 26/1985 de 31 de julio, equipara en sus arts. 3.1 y 6.2 la forma de calcular la base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez de los distintos Regímenes de la Seguridad Social, pasando en el RETA de dividir la suma de bases de cotización exigida por cada prestación entre el mismo número de meses, a constituir una base de 96 mensualidades con 112 como divisor. Según el Tribunal, ello indicaría que se está reconociendo la existencia de pagas extraordinarias en la base de cotización, posición que no compartimos, ya que las fórmulas de cálculo del periodo de carencia y las de cálculo de las pensiones no tienen porqué tener una relación precisa.

908 Sobre la interpretación de la norma, TS de 12-5-1993, RJ 4091; SSTSJ Madrid de 18-9-1992, AS 4443 y 6-4-1994, AS 1569, y la ya citada STC 268/1993, de 20-9-1993.

909 SSTS 12-3-1973 y 10-6-1974 (RJ 3021), al considerarse incluidas en las bases tarifadas de cotización.

910 SSTS 4-5-1992, RJ 3505; 11-6-1992, RJ 4570; 1-7-1992, RJ 5569 y 10-3-1993, RJ 1847; 14-3-2000, RJ 2854.

911 STS 1-7-1992, RJ 5569, f.º 2º.

912 La doctrina respecto al RETA en SSTS 3-3-1992, RJ 1624; 17-4-1997, RJ 3206 y 20-6-2002, RJ 7500.

En el REASS, el Decreto de 23 de marzo de 1973 fija para todos los trabajadores del Régimen, por cuenta ajena y autónomos, el incremento de una doceava parte en las bases de cotización, por lo que los autónomos de este régimen tuvieron atribuidos 30 días cuota anuales desde 1973 hasta 1986, fecha en la que se unifica para todos los regímenes la atribución de 60 días-cuota anuales.

La doctrina administrativa respecto a los días cuota en regímenes en los que la cotización se refería legalmente a meses completos (RETA, REASS y RESS), fue que en periodos de permanencia cotizante de menos de seis meses o de entre seis y doce, no era posible computar el tiempo proporcional de los 30 días de pagas extras correspondientes al semestre, por lo que las fracciones se ignoraban⁹¹³. El criterio no aparece como fórmula de cálculo de días cuota en las resoluciones judiciales.

La Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas de seguridad social, suprimió para todos los regímenes el cómputo de los días cuota en la pensión de jubilación, que significaba el paso de una exigencia de 4.700 días hasta los 5.475, lo que impactó especialmente en el RESS y otros colectivos con carreras de cotización irregulares⁹¹⁴. En el caso del RESS, en agosto de 2008, de todas las pensiones de jubilación en vigor un 36,52% había accedido a la prestación con un periodo de carencia de 15 años, y el 92,8% de las personas pensionistas eran mujeres⁹¹⁵. El informe sobre impacto de género de la norma no menciona que la supresión de los días cuota tenga incidencia especial en ningún régimen de seguridad social⁹¹⁶.

La Ley 40/2007 establecía un periodo transitorio de seis años para la total efectividad de la medida, implantación gradual que suprimió el RD 8/2010, de 20 de mayo sobre medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, lo que incrementó de manera súbita en 467 días el periodo mínimo de carencia para acceder a la pensión de jubilación.

6.7.4. La base reguladora de las pensiones. Cobertura de vacíos

El cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez del RESS ha sido más o menos favorable a las personas sujetas al Régimen en función del tratamiento que la cuestión tenía en el Régimen General, por obra del carácter subsidiario de las normas del Régimen General en lo no previsto en la norma especial. Con la matización de las especiales consecuencias que han tenido en la cuantía de las bases reguladoras el diferente tratamiento de la cobertura de vacíos en uno y otro Régimen.

La base, según el art. 34 del DRESS, era el cociente resultante de dividir entre 24 las bases de cotización del interesado en un periodo ininterrumpido de 24 meses, escogidos en los 7 años anteriores a la fecha de causar la pensión. En el Régimen General, las bases de los 24 meses se dividían entre 28 (art. 49.1 del Decreto 3157/1966, de 23 de diciembre). Numerosas resoluciones del TCT establecieron la obligatoriedad de fijar la base reguladora según lo dispuesto en la norma especial, que por

913 Criterio 44/1991, recogiendo la Circular del INSS 11/1990, de 11 de julio, *Régimen Jurídico de las Prestaciones*, año 1991, pág. 117.

914 CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, “Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *AS* 2/2008, BIB 2008\573, pág. 4.

915 De acuerdo con el cuadro 4.14 del *Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo, de octubre 2008*, vol. II, Ministerio de Trabajo, octubre 2008.

916 *Informe sobre el impacto por razón de género del Anteproyecto de Ley de medidas en materia de seguridad social*, de 27-11-2006, suscrito por la Subdirección General de ordenación y asistencia jurídica de la Seguridad Social, *Foro Social* núm. 17, de mayo 2007.

un lado establecía en su art. 25 que, a efectos del cálculo de prestaciones económicas, se tomaría la base tarifa mínima para mayores de 18 años vigente en cada momento, y por otro lado establecía como divisor el 24, fijándose en consecuencia el pago de las pensiones en doce mensualidades, sin pagas extraordinarias⁹¹⁷.

La reforma de la Ley 26/1985, de 31 de julio, supuso el alargamiento en ciertas edades del periodo de carencia exigido para la IP por enfermedad común y también del periodo que se toma para el cálculo de las bases reguladoras, cuyo promedio pasa de los 24 meses en todos los casos hasta, dependiendo de la edad, poder alcanzar los 96 meses anteriores al hecho causante⁹¹⁸. Se elimina también la posibilidad de escoger el periodo a tener en cuenta para el cálculo.

Simultáneamente a la prolongación del periodo computable para la base reguladora de la pensión, y como fórmula de compensación, el art. 3.4 de la Ley 26/1985 instituye el sistema de cobertura de vacíos para los trabajadores del Régimen General y los demás por cuenta ajena de todos los regímenes especiales⁹¹⁹. La relación laboral doméstica y por tanto su condición de trabajo por cuenta ajena se regula en el Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, por lo que la exclusión del RESS⁹²⁰ se produce sin necesidad de citarlo.

Los tribunales aplicaron invariablemente la norma asignando valor cero a las bases correspondientes a los periodos no cotizados, tanto respecto a los trabajadores autónomos del REASS y del RETA como para todos los encuadrados en el RESS, aplicando la doctrina de la no existencia de discriminación entre disposiciones que afectan a regímenes diferentes⁹²¹.

A partir de la reforma de 1985, que pasa en los mismos términos al art. 140 LGSS de 1994, se plantea cuál es la fecha a partir de la que deben computarse las bases de cotización para el cálculo de la pensión de IP en el caso de quienes provienen de la situación de Invalidez Provisional, no cotizante. Las opciones para los regímenes que lo tienen previsto son el realizar la cobertura de vacíos con la base mínima o aplicar la teoría del paréntesis, que ya se había utilizado para solucionar el problema del incumplimiento del requisito del alta en la fecha del hecho causante o la cobertura de la carencia cualificada⁹²². La Resolución de la DG de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 17 de marzo de 1986 se pronuncia por aplicar la teoría del paréntesis, computando las bases anteriores al comienzo de

917 Entre otras, las SSTCT 4-4-1979, AR 2224, TCT 8-4-1980, AR 1994, TCT 17-3-1981, AR 1909.

918 En el supuesto de que el periodo de carencia exigido no llegase a los 96 meses, las bases de cotización a computar son las mismas de que conste el periodo exigible.

919 Art. 3.4 de la Ley 26/1985: “Para los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General y de los Regímenes Especiales de la Minería del Carbón, de Trabajadores Ferroviarios, Agrario y Trabajadores del Mar, si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se integrarán con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años”.

920 Según MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, la ausencia es una muestra más del “trato desdeñoso” a que se ve sometido el Régimen. En *La protección de la vejez en España*, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 412.

921 Para el RETA, SSTS 26-6-1996, RJ 5307; 13-11-2001, RJ 9880, y 24-1-2011, RJ 404; para el RESS, SSTSJ Murcia, 7-4-1998, AS 22081; Andalucía, Málaga, 26-11-1999, AS 3710; Andalucía, Sevilla, 21-12-2000, RJ 242301/2001; Cataluña, 21-2-2003, AS 1942.

922 Respecto a la primera cuestión, las SSTS de 12-11-1992, RJ 8800 y 9-10-1995, RJ 7675; respecto a la segunda, SSTS de 10-12-1993, RJ 9771 y de 24-10-1994, RJ 8106.

la situación de Invalidez Provisional⁹²³, por evitar una merma sensible en la intensidad protectora al integrarse con las bases mínimas⁹²⁴.

Por Resolución de la DGSS de 4 de agosto de 1997⁹²⁵, se revoca la de 1986, abandonando la teoría del paréntesis y resolviendo aplicar la cobertura de los vacíos creados por la situación de Invalidez provisional con las bases mínimas. Con respecto a los regímenes en los que no está contemplado tal mecanismo, propone la aplicación de las Resoluciones de la DGSS de 5 de abril de 1974 y 9 de junio de 1975⁹²⁶, que respecto a las prestaciones de muerte y supervivencia e invalidez, respectivamente, derivadas de accidente no laboral de trabajadores, ordenaba dar al trabajador la opción de constituir la base reguladora de la prestación aplicando el promedio de de los importes del salario mínimo interprofesional en los 24 meses anteriores al hecho causante.

Algunos tribunales continuaron aplicando el paréntesis en base a los criterios doctrinales anteriores, negando la validez de una resolución administrativa interna que cambia el criterio de la entidad gestora⁹²⁷. La doctrina, que busca evitar en los casos enjuiciados la aplicación de las bases mínimas benefició de manera muy especial a los regímenes carentes de cobertura de vacíos.

La reforma de la LGSS por Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, parece tener la voluntad de terminar con la aplicación de la doctrina del paréntesis en el cálculo de las bases reguladoras, al disponer en su art. 138.2 en relación con el 140.1 y 4 que en las situaciones de alta o situación asimilada sin obligación de cotizar, la base reguladora de la IP se calculará sobre las bases inmediatamente anteriores al hecho causante, integrando las no cotizadas con la base mínima.

La referencia a las bases inmediatamente anteriores no parece dejar duda, aun así el TS, en sentencia dictada en Sala General, de 7 de febrero 2000 (RJ 1610)⁹²⁸, remite para el cómputo de bases de la IP al inicio de la situación de Invalidez Provisional, doctrina válida también para la prórroga de la Incapacidad Temporal no cotizante, manteniendo por tanto la teoría del paréntesis. El fallo se argumenta (fj. 4º) en base a la equivocidad del concepto hecho causante, y con el fin de aplicar una solución de justicia al trabajador “evitando causar un perjuicio no justificado por un hecho que no le resulta imputable” El fj. 3º de la sentencia basa la resolución en el resultado gravemente perjudicial que se derivaría de la aplicación de las bases mínimas, realizando una interpretación de la Ley 26/1985 según la que el alargamiento del periodo para el cálculo de la base reguladora responde a una voluntad de tener en cuenta realmente la vida laboral del trabajador, lo que no se produciría de aplicar las bases mínimas correspondientes al periodo en el que estuvo involuntariamente de baja e impedido

923 Que ya había sido aplicada a los efectos de cálculo de la base reguladora por Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 7-11-1994. *Catálogo de Resoluciones Administrativas, Acción Protectora*, de 30-4-1996, Ministerio de Trabajo 1996, pág. 206.

924 La Resolución de la DGRJSS fue declarada no vinculante por su carácter de instrucción interna no publicada, entre otras, en la STSJ Cataluña, de 4-9-1997, AS 3593.

925 Publicada en *Catálogo de Resoluciones Administrativas. Acción Protectora*, INSS, Ministerio de Trabajo, 2005, pág. 353.

926 Ver *Catálogo de resoluciones administrativas. Acción Protectora*, INSS, Ministerio de Trabajo, mayo 1997, pág. 177 y 184.

927 SJSJ Cataluña 29-5-1999, AR 2564; STSJ Castilla y León, Burgos, 15-7-1999, AS 2473.

928 La sentencia tiene el voto particular de cinco magistrados, que entienden injustificado el giro de la anterior doctrina reflejada en la STS 18-6-1994 (RJ 5453). La posición favorable al paréntesis se reitera en la STS de 18-7-2000, RJ 9664.

legalmente para cotizar. La doctrina del paréntesis en la IP subsiguiente a la Invalidez Provisional se mantuvo también para el RESS⁹²⁹.

La doctrina del paréntesis para el cálculo de la base reguladora de la IP se aplica con amplitud hasta la STS 1-10-2002, RJ 3153/2003⁹³⁰, que la declara únicamente válida en los supuestos en que la invalidez permanente derive de manera inmediata de las situaciones de la antigua invalidez provisional (desaparecida a partir de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre), y también de la IT prorrogada, remitiéndose en el resto de las situaciones a la aplicación del mecanismo de cobertura de vacíos, que el tribunal considera responde a la voluntad del legislador como solución a la situación en la que se encuentra la persona que por diferentes vicisitudes no tiene un historial de cotización completo en el periodo anterior al hecho causante de la IP. El razonamiento no sería válido para el RESS, cuya regulación no sufrió cambio.

Siguiendo el criterio del TS, las entidades gestoras no tienen en cuenta para el cálculo de la base reguladora el periodo posterior al agotamiento de la IT por su extensión máxima, cuando es seguido por una declaración de IP. La fórmula se aplica en todos los regímenes, con lo que en el RESS la demora en la calificación de la IP no produce vacío de cotización, pero sí lo producirá en el caso de que la prestación se deniegue.

La desaparición del paréntesis perjudica de manera específica en un Régimen en el que, al faltar la prestación de desempleo, los periodos fuera del empleo no son periodos cotizados, salvo convenio especial.

6.7.5. La invalidez permanente total cualificada

El incremento del 20% en la pensión de IPT cualificada de los mayores de 55 años, creado por el art. 11.4 de la Ley de perfeccionamiento de 21 de junio de 1972, y regulada en el art. 6 del Decreto de 23 del mismo mes, fue denegado por las entidades gestoras en las prestaciones del RESS. La Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar denegó el incremento del 20% por asimilación de los trabajadores de hogar a los autónomos.

El TCT y, posteriormente, el TS lo declararon aplicable en base al art. 28.2 de su norma reguladora, que establecía que las prestaciones de invalidez, entre otras, se otorgarían con la misma amplitud, términos y condiciones que en el Régimen General⁹³¹. El TS niega el carácter autónomo del servicio doméstico, desvinculando el carácter laboral de la relación y el sistema de cotización de las trabajadoras discontinuas⁹³².

La negativa del INSS a aplicar el incremento del 20% en el RESS no estuvo motivada por ninguna objeción legal, ya que el envío del art. 28.2 del DRESS a las normas del Régimen General era clara para este supuesto, sino porque la norma creadora del recargo no había reajustado la financiación del régimen especial para hacer frente a la prestación. Así se reconoce en la Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 2 de enero de 1986⁹³³, que finalmente acuerda abonar el incremento, reconociendo que el cumplimiento del art. 28.2 del DRESS exigía el pago del recargo en los mismos

929 Por SSTS 16-5-2001, RJ 5215 y 5-2-2001, RJ 2142.

930 Reiterada en la SSTS de 12-7-2004, RJ 5426 y de 21-9-2006, RJ 6553, STS de 26-12-2008, RJ 1786.

931 SSTCT 7-2-1979, AR 799; 26-6-1979, AR 4427; STS 18-1-1982, RJ 243.

932 TS 15-2-1982, RJ 775.

933 BISS, 1/1986.

términos y condiciones que en el Régimen General y la existencia de reiterada jurisprudencia ordenando su abono.

Al de poco tiempo, otra Resolución del mismo órgano, de 22 de mayo de 1986, publicada en BOE el 27 siguiente, acuerda abonar el 20% de incremento a los pensionistas de invalidez permanente total en todos los Regímenes, con independencia de la fecha del hecho causante de aquella.

6.8. La pensión de jubilación

El régimen de capitalización para el recibo de pensiones por Retiro Obrero no incluía al servicio doméstico, aunque en el periodo voluntario de implantación, sí hubo empleadores de hogar inscritos. La Orden de 2 de febrero de 1940, de desarrollo de la Ley 1 de septiembre de 1939, creadora del subsidio de vejez excluye explícitamente el sector en su art. 2.3º. La pensión de jubilación aparece por primera vez con el MNSD con un requisito de carencia que era el doble del que exigía el Subsidio de Vejez: 120 mensualidades frente a 1.800 días.

En el RESS, la pensión de jubilación requería un periodo de carencia igual que el que exigía para el Régimen General en la LSS de 1966: 10 años, dos de ellos en los siete anteriores al hecho causante (art. 28.2).

Según el art. 34 DRESS en relación con el 25, la base reguladora de la pensión era el equivalente a dividir por 24 tarifa mínima de cotización en el Régimen General correspondiente a 24 meses. El art. 32 establecía la escala de porcentajes según los años de cotización, desde el 25% de la base reguladora a los 10 años hasta un porcentaje máximo del 70% a los 35. En el Régimen General desde su inicio, la suma de los porcentajes del nivel mínimo de pensiones y el nivel complementario permitía llegar al 100% de la base reguladora en la mayoría de las Mutualidades y como mínimo al 80% en las restantes, según el art. 152 y 153 de la LGSS de 1966 y los arts. 7 y 8 de la O. 13-1-1967. En el RETA también se alcanzaba el 100%, en función de los años de cotización, según el art. 91 de la Orden de 24-9-1970, de desarrollo del régimen.

La pensión de jubilación de los trabajadores por cuenta ajena del REASS tuvo también un porcentaje máximo del 70%, hasta que por Ley 41/1970, de 22 de diciembre, se equiparó con la forma de cálculo del Régimen General, lo que se realiza para los autónomos del mismo Régimen por RD 1135/1979, de 4 de mayo.

La escala de porcentajes en el RESS se equipara con el Régimen General a partir del 1-1-1988, por modificación del art. 32.2 por RD 1609/1987, de 23 de diciembre, por el que se regula, en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar, la forma de cálculo de la pensión de jubilación en función de los años cotizados por el beneficiario. La norma establece la equiparación de los porcentajes a los del Régimen General, pero en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario. Esta redacción excluye la aplicación de la escala “regala-años” de la Disposición Transitoria segunda de la Orden de 13 de enero de 1967.

La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social reforma el art. 162.1 de la LGSS, sobre el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, estableciendo que las bases a tomar en cuenta son las inmediatamente anteriores al hecho causante. Este cambio tuvo una incidencia muy específica en el RESS, carente de la cobertura de vacíos.

Pretendida la aplicación de la doctrina del paréntesis en jubilaciones de fecha posterior a la vigencia de la norma, el TS declaró que a partir de la Ley 24/1997 la doctrina del paréntesis no puede aplicarse para

el cálculo de la base reguladora de las pensiones de jubilación, y tampoco para la de una empleada de hogar, reconociendo el impacto mayor de la norma en el Régimen especial, que carece de integración de lagunas, efecto que de acuerdo con la sentencia responde a la voluntad del legislador, que expresamente había excluido al RESS de tal beneficio en la DA Octava de la LGSS⁹³⁴.

6.8.1. Subsidio de mayores de 52 y jubilación en el RESS

El subsidio de desempleo para mayores de 52 años establecido en el art. 13 de la Ley 31/1984, de 2 de abril, de protección por desempleo, en su redacción por el RDley 3/1989, de 3 de marzo, exigía para su percepción el haber agotado previamente una prestación o subsidio anterior, tener 6 años cotizados para el desempleo y reunir los requisitos, salvo la edad, para la pensión de jubilación. El art. 7.3 del RD 625/1985, de 2 de abril, por su parte, introduce un requisito no previsto en la Ley: que la jubilación se produzca en cualquiera de los regímenes de la seguridad social en el que se reconozca la prestación de desempleo.

El TC, resolviendo en amparo, declaró inaplicable tal requisito por no respetar el principio de jerarquía normativa. Se refieren a este asunto, la STC 209/1987, de 22 de diciembre, sobre un trabajador que reunía el periodo de carencia para la jubilación en el RETA y la STC 78/1990, de 26 de abril sobre a una trabajadora que lo reunía en el RESS.

6.8.2. Validez de las cotizaciones del MNSD para la pensión SOVI

La validez de las cotizaciones del antiguo MNSD a efectos de lucrar la pensión del SOVI se negó en función del tenor literal de la Disposición Transitoria 2ª apartado 2 de la TR de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974 (actual DT 7ª), que establecía que quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuese su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o que en su defecto, hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarían el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por su legislación, que excluía expresamente de su ámbito de cobertura al servicio doméstico⁹³⁵.

La doctrina judicial hasta 1997 consideró que las cotizaciones al Montepío eran eficaces exclusivamente para lucrar prestaciones en el mismo, hasta que el TS se pronuncia en sentido contrario⁹³⁶, declarando aplicables las cuotas del MNSD para la cobertura del periodo de carencia de la jubilación SOVI.

La primera resolución, de 7 de mayo de 1997, se basa en gran medida en lo que denomina mínimas razones de equidad, en relación con la interpretación de DTr 2ª de la LGSS. En el fj. 4º apartado 3 de la sentencia se recuerda que junto al servicio doméstico solo hubo un sector al que la Orden de 2-2-1940 excluyó originalmente de la cobertura del SOVI, los funcionarios y obreros de la Administración

⁹³⁴ STS 10-2-2009, RJ 1444, fj. 3.

⁹³⁵ Entre otras, SSTSJ Comunidad Valenciana de 9-12-1993, AS 3568; Burgos de 23-5-1996, AS 2271; Castilla y León de 28-1-1997, AS 291.

⁹³⁶ La primera sentencia es de STS 7-5-1997, ROJ 3188, reiterada en la STS 7-5-1998, RJ 4104. En STS 9-12-2002, ROJ 8214 se aplica la doctrina a la cotización de una Caja Provincial de Previsión de Trabajos Portuarios, única a la que tenían acceso los eventuales del sector, y al resto de sistemas sustitutivos del SOVI, por todas, ver STSJ 24-5-2006, ROJ 3183.

Pública. Pero por Ley 26 de diciembre de 1958, los empleados al servicio de las entidades públicas pasan a ser beneficiarios de la jubilación SOVI, sin necesidad de acreditar cotizaciones efectivas sino únicamente prestación de servicios durante cinco años, ello en las fechas anteriores o posteriores a la norma. Si a quienes no cotizaron se les reconoce el derecho, con mayor razón a quienes lo hicieron al régimen de seguridad social al que tenían acceso. En los apartados 1 y 2 del f. 4º, la resolución se basa en la posibilidad legal de realizar la interpretación favorable a la demandante: inexistencia de una exclusión del cómputo recíproco de cotizaciones en la normativa del SOVI y en que la redacción de la DTr 2ª.2, al exigir la cobertura del periodo de cotización exigido en la norma, no establece límites en cuanto al cómputo de las cuotas satisfechas⁹³⁷.

Respecto al periodo de cotización que puede ser tenido en cuenta para lucrar la jubilación SOVI, la doctrina judicial ha realizado una labor de flexibilización del requisito de periodo de carencia, cuando su incumplimiento ha respondido al aplazamiento del inicio de la obligación de cotizar al MNSD, creado por Decreto 385/1959, de 17 de marzo. La cotización se pudo realizar a partir de 1 de enero de 1960.

El INSS denegó el reconocimiento de 1.800 días de cotización a quien tenía cartilla de previsión social del servicio doméstico desde el 9 de octubre de 1959 a efectos de asistencia sanitaria, periodo que sumado al posterior de cotización efectiva alcanzaba los 1.800 días necesarios. Para las prestaciones del SOVI es doctrina consolidada que es necesario acreditar cotizaciones efectivas, no siendo suficiente la situación de prestación de servicios⁹³⁸. Sin embargo, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 11-10-2006, JUR 267793, reconoce todo el periodo en ese caso, en base a que el Decreto 385/1959, creador del MNSD, no establecía límite temporal en los derechos reconocidos. El Tribunal no aplica la doctrina de la falta de cotización efectiva en este supuesto de excepción, atribuible únicamente al aplazamiento del comienzo de la obligación de cotizar al MNSD.

El cómputo de días-cuota para la pensión SOVI

En la pensión SOVI se consideran computables los días-cuota, según razona el TS, porque sus normas reguladoras hablan de cotizaciones y días de cotización, lo que permite aplicar la doctrina de los días cuota también al cómputo del periodo de carencia exigido por este seguro⁹³⁹. Así, los 1.800 días requeridos para la pensión de vejez SOVI según el art. 7.2º b) de la Orden de 2 de febrero de 1940, se pueden reunir sumando a los días naturales de cada mes las pagas extraordinarias que debían abonarse según las correspondientes Reglamentaciones Laborales.

Tal como se recoge en sentencias del TS⁹⁴⁰, por Circular interna del INSS 15/1993, de 29 de septiembre, el cómputo de días cuota en el SOVI se ha realizado por las entidades gestoras sumando a los días naturales cotizados los correspondientes a las pagas de la correspondiente Reglamentación, salvo que fuese más favorable aplicar los siguientes valores: 36 días por pagas extraordinarias en el periodo comprendido entre enero de 1940 y diciembre de 1949, 44 días de enero de 1950 a diciembre de 1959, 49 días de enero de 1960 a diciembre de 1969, 56 días de enero de 1970 a diciembre de 1979, y 60 días de enero de 1980 en adelante.

⁹³⁷ Se ha pretendido el cobro de atrasos de la pensión SOVI desde la fecha en que debió concedérsele por parte de la trabajadora doméstica que la solicitó en dos ocasiones, en 5-11-1997 y en 24-9-1998, siéndole denegada en vía administrativa, a la que se aquietó, obteniéndola tras pedirla por tercera vez el 24-9-1999. STSJ Madrid de 20-12-2000, JUR 95465/2001.

⁹³⁸ SSTs 3-12-1993, RJ 9629; 21-7-1994, RJ 7060 y 20-9-1994, RJ 7729.

⁹³⁹ A partir de la STS de 14-6-1993, RJ 4674.

⁹⁴⁰ SSTs 29-5-2000, RJ 5528; 21-7-2000, RJ 8329.

El cálculo se realizó haciendo el promedio de días de cotización correspondientes a julio y diciembre en la categoría más alta de la reglamentación, para a continuación hacer el promedio anual, reuniendo la normativa en periodos de diez años y redondeando al alza el resultado.

Como señaló el TS en las sentencias citadas, en virtud de lo dispuesto en la Circular 15/93, la cuantía de días cuota atribuidos por las entidades gestoras para el periodo de carencia de las pensiones SOVI ha sido en algunos supuestos superior a lo que disponían las Reglamentaciones de los beneficiarios, superándose también la cuantía de dos pagas extras al año de 21 días cada una que estableció la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

Se ha pretendido el cómputo de los días cuota por pagas extraordinarias para la pensión SOVI derivada de las cotizaciones al MNSD, en aplicación de las normas que establecían pagas extras para aquellos sectores pertenecientes a actividades no reglamentadas (Orden 6-12-1945) o cuya Reglamentación no las estableciese (Orden de 15-7-1947). La pretensión ha sido rechazada por los Tribunales, en función de que las normas eran solamente aplicables a las relaciones laborales de la LCT⁹⁴¹, con lo que la pensión SOVI derivada de la cotización en el MNSD no ha contado con el beneficio de los días cuota⁹⁴².

6.8.3. La validez de las cotizaciones del MNSD para la pensión causada en el Régimen General

El INSS negó la validez de las cotizaciones del MNSD para el cálculo del porcentaje de la pensión de jubilación en el Régimen General, por aplicación de la DTr 2ª, apartado 3, a) de la Orden de 18 de enero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de vejez en el Régimen General de la Seguridad Social. La norma dispone el cómputo de las cotizaciones efectuadas en los anteriores Regímenes de Seguro de Vejez e Invalidez y de Mutualismo Laboral, a fin de determinar el número de años de cotización del que depende el porcentaje a aplicar a la base reguladora para fijar la cuantía de la pensión de jubilación.

El TS, en sentencia de 27 de marzo de 2007 (ROJ 2436) declara computables las cuotas del MNSD para el cálculo del porcentaje de la pensión de jubilación en el Régimen General. A los argumentos utilizados en las anteriores resoluciones sobre la utilidad de sus cotizaciones para lucrar la pensión del SOVI, se añade en el f.º 5º la normativa del DRESS, que en su DTr 3ª dispone que “Las cotizaciones computables efectuadas por los empleados de hogar en el Montepío Nacional del Servicio Doméstico serán válidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones establecidas en el presente Decreto”, que contempla entre otras la protección de vejez, para lo que prevé el cómputo recíproco de cotizaciones entre regímenes.

6.8.4. Jubilación anticipada en el RESS

La edad de jubilación en el MNSD era de 65 años, según el art. 30 a) de sus Estatutos. El derecho a la jubilación anticipada en el sistema de la Seguridad Social se reconoció únicamente para las personas

⁹⁴¹ Entre otras, las STSJ Cataluña, de 16-12-2005, JUR 85838; STSJ Madrid de 28-9-2007, JUR 353401, y Auto TS de 29-5-2007, JUR 292251.

⁹⁴² La STSJ CL de 9-11-2011, ROJ 5460, declara la no existencia de la discriminación indirecta alegada por afectar la no inclusión de días cuota principalmente a mujeres. El motivo del rechazo es que tampoco el RETA tuvo reconocidos días cuota.

que hubiesen tenido la condición de Mutualistas en cualquier Mutualidad Laboral de trabajadores por cuenta ajena en 1 de enero de 1967 o en cualquier fecha anterior⁹⁴³.

A partir del reconocimiento de la validez de las cotizaciones al MNSD a efectos de lucrar la pensión SOVI, que significaba equiparar las cotizaciones al Montepío con las propias de otro Régimen, se planteó la posibilidad de una operación similar en relación a la jubilación anticipada a partir de los 60 años de quienes hubiesen estado de alta en el MNSD, por asimilación de sus cuotas a las del Mutualismo Laboral, del que nunca había formado parte, con base en la Ley de 19 de septiembre de 1944, que en su art. 1º acordó extender al personal del servicio doméstico los beneficios de los seguros sociales, precisando que los beneficios eran los establecidos por los subsidios familiar y de vejez, seguro de accidentes de trabajo y enfermedad.

La pretensión contaba con antecedentes en las SSTS de 1 de febrero de 1999 (RJ 1145) y 27 de diciembre de 2005 (RJ 1697), que habían reconocido a mutualistas no integrados en el Mutualismo Laboral los beneficios propios de la pertenencia a este último.

La primera, reconocía la aplicación de la escala regala-años a quien había pertenecido a la Mutualidad Nacional de Enseñanza Privada, según sus Estatutos regulados por Decreto de 17 de diciembre de 1959. La Mutualidad era externa al Mutualismo laboral y estaba regida por la Ley de 6 de diciembre de 1941. El TS señala que era una entidad con vocación de pertenencia al sistema de la seguridad social, en tanto que sus estatutos la declaraban obligatoria en tanto no se realizasen las previsiones de la Ley de Bases de la Seguridad Social, sobre la estructuración del sistema. Asimismo, que el RD 1878/1978 de 23 de junio, por el que se dictan normas de aplicación a las Entidades de Previsión Social que actúan como sustitutorias de las correspondientes Entidades Gestoras del Régimen General o de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, acuerda el cómputo recíproco de cotizaciones con el Régimen General. A partir del dato del cómputo recíproco de cotizaciones se pasa a aceptar la aplicación de los beneficios de la pertenencia al Mutualismo Laboral en la fecha en que no se pertenecía al mismo.

La segunda, reconoció el derecho a la jubilación anticipada a quienes habían cotizado a la Mutualidad de Empleados de Notarías, no incluida en el espacio regulado por Ley de 6 de diciembre de 1941 reguladora de las de previsión social de carácter privado, y que era dependiente del Ministerio de Justicia. La tardía integración de la Mutualidad en el Régimen General, por Orden de 21 de febrero de 1996, se basó en el RD 2248/1985, sobre integración de entidades sustitutorias de la Seguridad Social, que preveía considerar las cotizaciones de la Mutualidad como cotizadas en el Régimen de SS en que se integrase. El TS hace una interpretación extensiva de la norma, y da como cotizadas al Mutualismo Laboral no solo las posteriores sino también las cotizaciones anteriores a la creación del sistema de seguridad social, con fundamento en la conveniencia de evitar una interpretación rigurosa de la norma, a la vista del espíritu de la D Tr 3ª de la LSS de 1966, de tener en cuenta todas las cotizaciones realizadas en los regímenes vigentes.

Hasta el año 2007 se dictaron algunas resoluciones que reconocieron derecho a la jubilación anticipada en el RESS, por equivalencia de las cotizaciones del MNSD a las del Mutualismo laboral, siguiendo la doctrina del TS en relación con los supuestos citados y la declarada equivalencia de las cuotas del Montepío con las del SOVI⁹⁴⁴.

943 A partir de la D Tr 1ª. 9. de la Orden de 18-1-1967, en su redacción de Orden 17-9-1976, recogida en la D Tr Tercera 1.2ª de la LGSS de 1994.

944 Sentencias favorables a la demanda de jubilación anticipada, SSTSJ Cataluña, 23-10-2003, JUR 7480/2004; 16-11-2005, JUR 75589/2006, STSJ Castilla La Mancha, 26-09-2005, AS 2715.

Pero el TS deniega en unificación de doctrina la jubilación anticipada en el RESS en función de la no pertenencia del MNSD al Mutualismo Laboral, en sentencia de 29 de marzo de 2007, RJ 3419⁹⁴⁵, declarando no comparable la doctrina aplicada a los empleados de notarías, con fundamento, entre otros, en que la Mutualidad de Notarías a fecha 1 de enero de 1967 preveía la jubilación anticipada a los 60 años en determinados casos⁹⁴⁶. Lo cierto es que los 60 años eran la edad de jubilación de las mujeres y el recurrente en casación era varón, en cuyo caso la edad ordinaria de jubilación según su Mutualidad eran los 70 años.

La jubilación anticipada y el cómputo recíproco de cotizaciones

Hasta el año 1998, las personas que se jubilaban estando de alta en el RESS y habían tenido la condición de Mutualistas antes del 1-1-1967, podían acceder a la jubilación antes de los 65 años aún en el caso de que tuviesen en el Régimen especial periodo de carencia suficiente en la fecha del hecho causante o incluso no teniéndolo, acreditasen en el RESS más periodo de cotización que en otro u otros regímenes. El art. 26 a) b) y c) del DRESS sobre cómputo recíproco de periodos de cotización, disponía la totalización de los periodos cotizados en los diferentes regímenes, y determinaba que de no reunirse los requisitos de edad, periodo de carencia o cualquier otro que se exigiese en el Régimen en que el empleado de hogar estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación, podía solicitar la pensión en el que hubiese cotizado anteriormente, siempre que reuniese los requisitos del mismo. En caso de no cumplir los requisitos en ningún Régimen, la pensión se otorgaba en el que tuviese mayor número de cotizaciones.

Por esta vía, aún teniendo periodo de carencia suficiente para obtener la prestación en el RESS, al faltar el requisito de edad se podía obtener la jubilación anticipada en el Régimen General⁹⁴⁷. En interpretación del Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre sobre cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema de seguridad social, a partir de la Resolución de la DG de Previsión de 9 de agosto de 1978⁹⁴⁸ se establece que no es preciso que el Régimen que reconozca la pensión sea aquél en que se acredite mayor número de cotizaciones, sino aquél en que se cumplan las condiciones del derecho, sin exigir ningún periodo concreto de cotización en este último. Esto supuso para los trabajadores que se jubilaban de alta en el RESS no solo la posibilidad de anticipar la jubilación con la pertenencia de un solo día al Mutualismo Laboral sino la aplicación de las normas del Régimen que la admitía, incluida la integración de vacíos en la fórmula del cálculo de la base reguladora.

Tras un paréntesis en el que se anuncia un cambio en la actuación del INSS a impulso de la posición del TS contraria a la práctica administrativa⁹⁴⁹, el 31 de marzo de 1998 el Congreso de los Diputados aprueba una moción de Izquierda Unida en la que se insta al gobierno a mantener la posibilidad de

945 Posteriormente en el mismo sentido STSJ Cataluña 28-3-2008, AS 2635.

946 La STS 27-12-2005, RJ 1697, recogiendo el dato de que la jubilación a los 60 años en la Mutualidad de Notarías era solo para las mujeres, declara que hubiese resultado contrario al art. 14 CE denegarla a los hombres. OTXOA CRESPO, Isabel, “Montepío de Servicio Doméstico y derecho a la jubilación anticipada”, *AS*, núm. 1/2007, págs. 3.183 y ss.

947 Ver STSJ Comunidad Valenciana, de 9-11-1989, AS 2130. La trabajadora tenía el periodo de carencia en el RESS, régimen al que pertenecía en la fecha del hecho causante; se le otorga la jubilación anticipada en el Régimen General, en el que reunía periodo de carencia y había sido mutualista antes de 1967.

948 Para una explicación detallada del proceso, PANIZO ROBLES, José Antonio, “El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto-ley 5/1998, de 29 de mayo)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 14, 1999, págs. 55-81.

949 Ver PUMAR BELTRAN, Nuria y REVILLA ESTEVE, Eugenia, “La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones”, *REDT* núm. 95, 1999, pág. 385-386; MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, *La protección de la vejez en España*, cit., pág. 235.

jubilación anticipada a todos los mutualistas a 1 de enero de 1967, en cuya defensa el grupo proponente se refiere al derecho consolidado de los trabajadores autónomos⁹⁵⁰.

El RD Ley 5/1998, de 29 de mayo (convalidado como Ley 47/1998, de 23 de diciembre), que dicta reglas para el reconocimiento de la jubilación anticipada del sistema de la Seguridad Social en determinados casos especiales, da nueva solución al tema. Exige que al menos la cuarta parte de las cotizaciones realizadas a lo largo de la vida laboral lo sean a Regímenes que reconozcan el derecho a la jubilación anticipada y, cambia también la fórmula de cálculo de la pensión, que deberá seguir las normas del Régimen en el que se acredite mayor cantidad de cotizaciones, con lo que desaparece la integración de lagunas cuando el periodo mayor se ha realizado en el RESS.

6.8.5. Jubilación parcial vinculada al contrato de relevo

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, reformó el art. 12 del ET introduciendo el contrato de relevo, y el RD 1991/1984, de 31 de octubre regula la jubilación parcial unida al mismo. Esta modalidad de jubilación era solo aplicable en relaciones laborales por cuenta ajena, por lo que no incluye al empleo doméstico, que no tenía aún la cualidad de relación laboral.

Según el art. 4 del RD 1424/1985, todas las modalidades o duraciones del contrato previstas en el Estatuto de los Trabajadores son aplicables en el empleo doméstico, por lo que no hay impedimento legal en el terreno laboral para la realización de un contrato de relevo. Además, el RD 1991/1984 no limitaba la aplicación de la jubilación parcial a determinados regímenes de seguridad social de trabajadores por cuenta ajena. Pero su art. 4º establecía que durante la prestación de servicios a tiempo parcial la cotización se realizaría en proporción a los salarios percibidos por las horas o días realmente trabajados, lo que no resultaba aplicable al RESS.

Posteriormente, la LGSS de 1994 incluye la figura de la jubilación parcial unida al contrato de relevo en su art. 166, y lo declara en su DA 8ª.3 aplicable a todos los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales, sin excluir ninguno.

La cuestión es que el art. 65 del RD 2046/1995, de 22 de diciembre, que aprobaba el Reglamento General de cotización, al disponer la fórmula de cotización durante el contrato de relevo estableció que se realizase en función de las horas trabajadas, sin proceder a ninguna modificación en el sistema de cotización del RESS. La parte empleadora o, en su caso la trabajadora, hubiesen tenido que abonar la cuota completa de Seguridad Social sin reducir su cotización de acuerdo con el tiempo trabajado, o incluso perdido la posibilidad de continuar de alta en el sistema en caso de realizar una jornada inferior a las 72 horas al mes.

Posteriormente, el RDL 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 el fomento de su estabilidad modifica los requisitos del contrato de relevo, y por RD 144/1999, de 9 de enero, desarrolla la norma en materia de acción protectora de la Seguridad Social. Su art. 9 declara aplicable la jubilación parcial a los trabajadores por cuenta ajena de todos los Regímenes de seguridad Social, pero de nuevo no hay ninguna previsión para la cotización en el RESS durante una hipotética jubilación parcial con contrato de relevo.

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 la jubilación parcial, mantiene la oscuridad en el tema. Por una

⁹⁵⁰ *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados* de 31-3-1998, pág. 7.705.

parte establece que las disposiciones del capítulo II, sobre la acción protectora de la seguridad social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, son de aplicación al Régimen General, al Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, con lo que no incluye al RESS. Por otra, en el capítulo III regula la jubilación parcial, estableciendo en su art. 10 que es aplicable a los trabajadores por cuenta ajena incluidos “en cualquier Régimen de la Seguridad Social”, sin tampoco en esta ocasión realizar ninguna adaptación del sistema de cotización del RESS. Se ha entendido que esta circunstancia es razón suficiente para considerar al régimen especial excluido de hecho de la prestación⁹⁵¹, opinión que compartimos.

6.8.6. La jubilación gradual y flexible del RD 16/2001

El Real Decreto-ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, vigente hasta el 14 de julio de 2002, estableció una serie de medidas que fueron posteriormente convalidadas casi en su totalidad por la Ley 35/2002, de 12 de julio, del mismo nombre.

Se establecieron fórmulas para promover la prolongación de la vida activa, así como nuevas reglas para la jubilación anticipada. La norma reforma varios artículos de la LGSS, todos ellos referidos al Régimen General. La aplicación de las medidas a los Regímenes especiales es variable.

a. Jubilación anticipada

La jubilación anticipada deja de estar sujeta a la condición de pertenencia al Mutualismo Laboral a partir de la Ley 35/2002. Se reforma el art. 161 de la LGSS, estableciendo en su apartado 3 la posibilidad de anticipar la edad de jubilación desde los 61 años en los ceses involuntarios en el trabajo, previa inscripción en la oficina correspondiente como demandante de empleo durante los seis meses inmediatamente anteriores a la solicitud y con una cotización efectiva de 30 años, sin cómputo de días cuota. Los Regímenes a los que se aplica la nueva regulación son el Régimen General, y entre los especiales los de los trabajadores por cuenta ajena de la Minería del Carbón y del Mar. La exclusión de la jubilación anticipada en el RESS, afecta también a los trabajadores por cuenta ajena del REASS y a todos los autónomos (DF 1^a).

b. Jubilación parcial a partir de los 65 años: jubilación flexible

La Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social reforma el art. 166 LGSS, estableciendo la posibilidad de la jubilación parcial después de los 65 años, sin vinculación a un contrato de relevo. Según la DF 1^a de la norma, la medida es aplicable a todos los Regímenes de trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes especiales y también a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los Regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente. La reglamentación para los trabajadores por cuenta propia aún no ha llegado a producirse.

La jubilación parcial para los trabajadores por cuenta ajena de todos los regímenes se regula por RD 1131/2002, de 31 de octubre. La figura es aplicable al RESS⁹⁵², pero la norma no contiene ninguna

⁹⁵¹ LÓPEZ GANDÍA, Juan, *La jubilación parcial*, Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 31; BLASCO LAHOZ, José Francisco y otros, *Regímenes especiales de Seguridad Social*, ed. 2011, cit., pág. 342. BENAVENTE, TORRES, Inmaculada, en *El trabajo a tiempo parcial*, CES Andalucía 2005, pág. 150, señala que no existe obstáculo material para aplicar el contrato de relevo al empleo doméstico, aunque con la necesaria adaptación de su régimen de cotización.

⁹⁵² Así lo entienden VIDA SORIA, José, SALA FRANCO, Tomás y MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, en *Jubilación 2003*, Tirant lo Blanch, 2003, pág. 355.

disposición que modifique el sistema de cotización en el Régimen, por lo que la jubilación parcial no trae consigo la posibilidad de reducción de las bases de cotización de acuerdo a la reducción de la jornada. Según el art. 15.3, en el supuesto de jubilación parcial no vinculada al contrato de relevo, las bases de cotización para el cálculo de la pensión definitiva son, a elección de la persona interesada, las realmente ingresadas durante la situación de jubilación parcial o las correspondientes a la fecha en que se calculó la jubilación parcial.

En el supuesto del RESS, la elección no existe y en una hipotética jubilación parcial se hubiese producido un efecto no deseado por la norma, como consecuencia de la imposibilidad de modular la base de cotización de acuerdo con la jornada: la elevación de las bases durante la situación de jubilación parcial a efectos del cálculo de la posterior prestación de jubilación completa en un porcentaje superior al de la revalorización de las pensiones en el mismo periodo.

Ello, porque el último párrafo del art. 15.3 del RD 1131/2002 dispone que cuando la base reguladora de la pensión se determine en una fecha anterior a la del hecho causante de la prestación, se aplicarán las revalorizaciones que se hubiesen practicado desde la fecha de cálculo de la base reguladora hasta el hecho causante de la misma, pero la persona interesada puede elegir que la pensión se recalculé sobre las bases realmente cotizadas.

Los porcentajes de incremento anual de las bases de cotización del empleo doméstico, equivalentes a la base mínima del sistema, van unidas según el art. 16.2 de la LGSS a las revalorizaciones del salario mínimo interprofesional. El porcentaje de incremento anual de las pensiones y el de las bases de cotización no tienen porqué coincidir, lo que se refleja en la evolución comparativa del porcentaje de incremento de bases y pensiones entre los años 2007 a 2011⁹⁵³, periodo en el que el salario mínimo ha tenido un incremento superior. La distorsión se produciría, lo que induce a interpretar que la norma no está prevista para ser aplicada al RESS.

En respuesta a una consulta sobre la posibilidad de una trabajadora de hogar de acogerse al régimen de jubilación parcial, con 65 años de edad y carencia suficiente para lucrar la pensión, la TGSS se pronuncia en sentido negativo dadas las características especiales de la relación laboral, sin especificar más⁹⁵⁴. No se conoce ningún pronunciamiento del INSS, que hubiese sido el competente para conceder o denegar la prestación.

953 De acuerdo con los sucesivos Reales Decretos estableciendo el salario mínimo interprofesional y la revalorización de las pensiones, los porcentajes de incremento fueron:

Año	Pensiones	S.M.I.
2007	4,1	5,50
2008	2,4	5,15
2009	2	4,0
2010	2,3	1,50
2011	0	1,30

Fuente: elaboración propia.

954 Informe de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, de 7-11-2006, referido a la aplicación del RD 1132/2002, de 31 de octubre. Doctrina administrativa 184/2006. NORMASS.

c. La bonificación de cuotas en la jubilación después de los 65 años

El RD 16/2001, de 27 de diciembre, para el establecimiento de medidas para un sistema de jubilación gradual y flexible, añadió un art. 112 bis) a la LGSS, estableciendo la exención de la cotización de las dos partes, empresa y trabajador, por contingencias comunes salvo incapacidad temporal a partir de los 65 años, para las personas con 35 años de cotización. Según la DF 1ª, la disposición era aplicable a todos los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales, lo que incluía al RESS.

Sin embargo, la medida se rectifica en la Ley 35/2002, de 12 de julio, del mismo nombre, que en su DF 1ª exceptúa a los trabajadores por cuenta ajena del REASS y el RESS de la aplicación el art. 112 bis). La exclusión del RESS no aparece razonada en la exposición de motivos de la Ley 35/2002, norma que se invoca derivada del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril de 2001. El Acuerdo, que no mencionaba al RESS, en su apartado VII señala la necesidad de acercar lo más posible la acción protectora del RETA hacia la del Régimen General ante supuestos homogéneos, lo que explicaría la extensión de las bonificaciones al retraso en la jubilación al RETA y a los trabajadores por cuenta propia de los Regímenes Agrario y del Mar, efectuada por la Ley 36/2003, de 11 de diciembre, que añadió la DA 32 a la LGSS.

El motivo de la exclusión del RESS (y del REASS) se ha atribuido a las peculiaridades de la cotización en ambos regímenes y a su carácter deficitario⁹⁵⁵. Teniendo en cuenta la facilidad con la que se puede causar baja en el RESS manteniendo la actividad sin ninguna consecuencia sancionadora, no parece que el objetivo de la norma pueda ser excluir el empleo de hogar de la posibilidad de continuar en activo con exención del deber de cotizar. Más probable es que el propósito haya sido el evitar la combinación de esta exención con la aplicación del incremento adicional al porcentaje de la pensión por cada año completo de cotización que el art. 163.2 de la LGSS establece para el caso de quien con más de 65 años de edad y 35 de cotización continúa en activo⁹⁵⁶.

6.9. La revalorización de las pensiones del RESS

La Orden de 28 de diciembre de 1966 por la que se mejoran las pensiones de las Mutualidades Laborales de trabajadores por cuenta ajena, de la Mutualidad Nacional de Previsión Social Agraria y del Montepío Marítimo Nacional, dispuso la revalorización de todas ellas con efectos al 1 de enero de 1967, quedando al margen las del MNSD, que no formaba parte del mutualismo laboral. Posteriormente, fueron incrementándose las pensiones, tanto las del Régimen General causadas al amparo de la legislación anterior al 1 de enero de 1967 como las posteriores⁹⁵⁷, como las de los regímenes especiales⁹⁵⁸.

955 DEL REY GUANTER, Salvador, y GALA DURÁN, Carolina, “La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio, y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre”, *RRL* tomo I, , 2003, pág. 687. Se refiere también a la justificación de la exclusión por las peculiaridades de cotización, PANIZO ROBLES, José. “La jubilación flexible, últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de Seguridad Social por jubilación”, *RRL*, tomo I, 2002, pág. 1.600.

956 La reforma del art. 163.2 de la LGSS por Ley 27/2011, establece incrementos a partir de los 25 años de carencia, pero en ese periodo y hasta los 35 años no hay exención en la cotización.

957 Orden de 31 de enero de 1970 por la que se regula el incremento de las pensiones causadas antes del 1 de enero de 1967 en las Mutualidades Laborales de los trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social; Decreto 246/1970, de 5 de febrero, por el que se regula el incremento de pensiones en las Mutualidades Laborales de trabajadores por cuenta ajena del Régimen General de la Seguridad Social.

958 Orden de 24-9-1968 sobre actualización de pensiones de las Mutualidades Laborales de Trabajadores por cuenta ajena, Caja de Compensación y Reaseguro de las mismas, Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social y Montepío Marítimo Nacional; Orden 11-7-1970, por la que se regula el incremento y normalización de las pensiones de los trabajadores del mar, incrementando las causadas al amparo del Montepío Marítimo Nacional.

La revalorización periódica de las pensiones del sistema de seguridad social se dispuso por el art. 5º de la Ley 24/1972; Su DF 5ª de la norma ordenaba al Gobierno dictar las normas reglamentarias precisas para la aplicación de la Ley a los Regímenes Especiales que se remitiesen en su regulación al Régimen General, lo que era aplicable al DRESS, que en su art. 1.2 declaraba supletorias las normas del Régimen General. La DF 6ª ordenaba revalorizar periódicamente las pensiones del sistema causadas de acuerdo con la legislación anterior, con especial atención a las de menor cuantía.

La revalorización se acuerda inmediatamente después, por Orden de 1 de julio de 1972 en la que se dispone la mejora de pensiones del sistema de seguridad social, actualizando todas las del SOVI, Régimen General, RETA, y demás Regímenes especiales con la única excepción del Régimen de escritores de libros.

Respecto al RESS, se remite a la revalorización que ya había tenido lugar por Orden de 28 de febrero de 1972, para las pensiones del antiguo MNSD y las del RESS. El preámbulo de la Orden de 28 de febrero explicó la falta de incremento de las del MNSD hasta aquella fecha aludiendo a las especiales circunstancias en que nació y se desarrolló el Montepío. La revalorización en el RESS fue muy inferior a la que realizaría para el resto de Regímenes la Orden de 1 de julio de 1972, tanto para los trabajadores por cuenta ajena como los autónomos de todos los regímenes y pensionistas del SOVI⁹⁵⁹.

La siguiente Orden, de 26 de abril de 1973, por la que se dispone la mejora de pensiones del sistema de la Seguridad Social prevista en la disposición sexta de la Ley 24/1972, revaloriza las de todos los Regímenes aunque el incremento para los trabajadores por cuenta propia de todos los Regímenes es el 50% del incremento reconocido a los trabajadores por cuenta ajena, también de todos los Regímenes. La DFinal 1ª excluye de la revalorización a las pensiones del RESS y del Régimen especial de los toreros, que había sido creado menos de un año antes, en junio de 1972. La norma remite para la revalorización a las disposiciones específicas que se dicten para dichos regímenes.

La siguiente revalorización de pensiones se produce por Orden de 26 de abril de 1974, que no excluye del incremento ningún Régimen. Por primera vez se establecen pensiones mínimas para todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en la Ley de Contrato de Trabajo o asimilados a tal condición expresamente por la legislación de la Seguridad Social, lo que significa la exclusión de la garantía de cuantía mínima de las personas incluidas en el RESS y de todos los trabajadores por cuenta propia de los restantes Regímenes especiales.

El art. 10 del Decreto 826/1976, de 22 de abril, establece la garantía de mínimos también para el RETA, los autónomos del REASS y del Mar y para todos los trabajadores del RESS, pero con una escala de cuantías inferiores a la de los trabajadores por cuenta ajena. Se iguala para todos los Regímenes a partir del RD 85/1978, de 24 de enero, sobre revalorización de las pensiones.

6.10. Prestaciones de Seguridad Social por violencia de género

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género define en su art. 1 del Título Preliminar como sujetos objeto de protección a las mujeres víctimas de tal violencia, sin excepción.

⁹⁵⁹ Incremento de las pensiones en el RESS y el resto de los Regímenes de trabajadores por cuenta ajena, de acuerdo a las normas señaladas: vejez y de invalidez: 225 pts., frente a 600 en el resto de regímenes y 500 el SOVI; viudedad: 150 pts. frente a 300 en el resto y 250 el SOVI; orfandad y en favor de familiares 100 pts. frente a 150 en el resto de regímenes.

Para los autónomos de todos los regímenes: vejez e invalidez, 300 pts.; viudedad, 150; orfandad y a favor de familiares, 75 pts. El incremento de pensiones de los autónomos fue más parecida al del RESS.

Entre los principios rectores, en el apartado d) de su art. 2 establece el garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género.

La Ley está estructurada en dos grandes apartados. Tal como señalaba el CES en su informe al Anteproyecto, el articulado enuncia los principios, derechos y actuaciones que se prevén, mientras que se reserva a las disposiciones finales la materialización de los contenidos, en forma de modificaciones a la redacción de la legislación vigente en la materia⁹⁶⁰. Tal división se ha mantenido en buena medida en la Ley aprobada.

Las medidas que la norma establece en materia laboral y de seguridad social aparecen en el Título II del Capítulo II de la norma respecto a trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia, y en el Capítulo III respecto a las funcionarias. Las reformas concretas en las normas preexistentes, a fin de hacer efectivos los nuevos derechos, aparecen en las Disposiciones Adicionales 7, 8 y 9. Además, la DA 4 habilita al Gobierno para que dicte, en el plazo de seis meses a partir de la publicación de la Ley en el BOE, las disposiciones que fueran necesarias para su aplicación.

El art. 21 establece los derechos en materia laboral y de Seguridad Social. El art. 21.1 dispone que la trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo. En consonancia, la DA 7ª.1 reforma el régimen de permisos del ET, añadiendo al art. 37 un apartado 7 por el que la trabajadora víctima de violencia de género tiene derecho a la reducción de la jornada con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo.

La alusión al Estatuto de los Trabajadores y su correlativa reforma, sin mención a ninguna de las normas reguladoras de las relaciones laborales especiales, llevó a cuestionar si les eran aplicables las medidas del art 21.1 de la LO 1/2004. La doctrina ha criticado la omisión, entendiendo que las relaciones laborales especiales entran en el ámbito de aplicación de la norma, en aquello que sus particularidades lo permitan⁹⁶¹. Desde otra interpretación, la aplicabilidad o no de la norma se ha hecho depender de la remisión que los preceptos de cada relación laboral especial hagan al articulado del ET, posición que compartimos⁹⁶².

El art. 7 del DRLE declaraba aplicables al contrato de trabajo doméstico únicamente los permisos del art. 37.3 ET, por lo que hubiese sido necesaria su reforma, declarando también de aplicación su apartado 7, en materia de violencia de género. Ni la LO 1/2004 en sus Disposiciones Adicionales reforma el DRLE, ni el Gobierno han realizado la reforma del Decreto, por lo que hay que entender que no fue voluntad del legislador el ampliar la medida al empleo doméstico. De hecho, el RD 1620/2011 señala en su preámbulo el avance que supone la norma en materia de permisos, superando la legislación anterior, que los limitaba al art. 37.3 ET.

⁹⁶⁰ Dictamen *Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres*, 2/2004, de 17 de junio de 2004, pág. 7.

⁹⁶¹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboralistas” *AS* núm. 4/2005, BIB 1095/2005, pág. 14; ARIAS DOMINGUEZ, Angel, *Protección laboral y de Seguridad Social de la violencia de género*, Universidad de Extremadura 2008, pág. 144.

⁹⁶² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y VELASCO PORTERO, Teresa, “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género”, *CEF, RTSS*, núm. 271, octubre 2005, págs. 63-63.

6.10.1. Suspensión del contrato de la trabajadora víctima de violencia de género

La LO 1/2004 reformó el ET, añadiendo a las causas de suspensión con reserva de puesto de trabajo la decisión de la trabajadora sometida a violencia de género (art. 45.1, n), durante un periodo de 6 meses prorrogables hasta 18 (art. 48.6 ET). El DRLE no contenía ninguna disposición sobre suspensión del contrato, con lo que la posibilidad de aplicación subsidiaria del ET deriva del hecho de que la figura entraba en el campo de lo no previsto en la norma específica (DA única DRLE).

La reforma en materia laboral tuvo su correlativa en materia de seguridad social. El art. 21.2 de la LOI “en los términos previstos en la Ley General de la Seguridad Social”, declaró como situación legal de desempleo la extinción o suspensión del contrato decididos por la trabajadora víctima de violencia de género. La DA 8.2 de la Ley 1/2004 reformó la LGSS introduciendo el supuesto en el art. 208 1.2) LGSS, medida sin incidencia en el RESS por inexistencia de la prestación.

La LO 1/2004 realizó una reforma de seguridad social que, sin alterar en nada el régimen legal del RESS, hubiese podido ser de aplicación en el empleo doméstico. Su DA 8.1 modifica el Título II de la LGSS, dedicado al Régimen General, añadiendo un apartado 5 en el art. 124, por el que el periodo de suspensión por violencia de género con reserva del puesto de trabajo contemplado en el art. 48.6 del ET tiene la consideración de periodo de cotización efectiva a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte o supervivencia, maternidad y desempleo. La DA única del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, desarrolló la medida.

La reforma podía entenderse de aplicación a todos los regímenes de seguridad social que encuadrasen a trabajadores a los que resultase aplicable el art. 48.6 ET. No obstante, la LO 1/2004 no modifica la DA Octava de la LGSS declarando el art. 124.5 de la LGSS de aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales. Esto plantea de entrada la pregunta sobre su vigencia, habida cuenta que en el caso de las funcionarias y las trabajadoras por cuenta propia tanto el articulado de la LOI como la legislación específica aplicable a los sectores han recogido las medidas para el supuesto de violencia de género, lo que no deja lugar a dudas sobre la voluntad del legislador.

Con respecto a las trabajadoras por cuenta propia, la LO 1/2004 en su art. 21.5 reconoce a las que cesen en su actividad por ser víctimas de violencia de género la suspensión de la obligación de cotización durante un período de seis meses, considerados como de asimilación al alta y cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social, sobre una base equivalente al promedio de las bases cotizadas en los seis meses previos a la suspensión. La disposición, que concede el beneficio con un límite de 6 meses frente a los 18 de las trabajadoras por cuenta ajena, es de aplicación al RETA, y debe entenderse que al resto de regímenes especiales de trabajadoras por cuenta propia⁹⁶³. En este caso, el mandato legal tiene un contenido aplicable directamente, lo que no hace necesaria la modificación de las normas de los regímenes especiales en los que la cualidad de trabajadora por cuenta propia está claramente delimitada.

Pero no incluye a la discontinua del RESS, que es trabajadora por cuenta ajena, aun cuando cualidad laboral y sistema de cotización hayan sido objeto de continua confusión a la hora de atribuirles una u otra condición, pero no habría que presumir el error de concepto también en la LOI.

La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, establece en su art. 14.5 el derecho de la autónoma dependiente víctima de violencia de género a la adaptación de jornada, y en sus arts. 15 g) y 16 e) el derecho a la extinción y la interrupción de la actividad profesional. En estas dos

⁹⁶³ En aquél momento, el régimen del Mar y el REASS, que se integra en el RETA por Ley 18/2007, de 4 de julio.

últimas situaciones deberán aplicarse las consecuencias establecidas específicamente para las trabajadoras por cuenta propia en materia de seguridad social por el art. 21.5 de la LO 1/2004.

Por su parte, la Ley 32/2010, de 5 de agosto, por la que se establece un sistema específico de protección por cese de actividad de los trabajadores autónomos, en su art. 5.1 d) incluye a la violencia de género determinante de la suspensión o extinción de la actividad como situación legal de cese de actividad, que da lugar al percibo de la prestación en caso de reunirse el periodo de carencia.

En el supuesto de las funcionarias víctimas de violencia de género, la DA 9.4 de la LO 1/2004 modificó la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, estableciendo en su art. 29.8 la excedencia sin límite de duración por tal motivo, y cómputo de seis meses a efecto de derechos de seguridad social. Posteriormente, la LOI en su DA 3 realiza reformas en la Ley Orgánica del Poder Judicial que recogen medidas en materia de violencia de género hacia juezas y magistradas; asimismo explicita en sus arts. 66 y 68 la aplicabilidad a las fuerzas armadas y la policía de las normas relativas a violencia de género referidas al personal de las administraciones públicas.

Frente a la normativa expuesta, la aplicabilidad al RESS de la asimilación al alta y consideración de periodo de cotización efectiva en el caso de la suspensión del art. 48.6 ET requiere de una doble operación interpretativa ante el silencio de la LO 1/2004 y la inexistencia de norma posterior que remedie el vacío legal. En primer lugar, deberá entenderse aplicable el ET en esta cuestión, haciendo un juicio sobre la compatibilidad de la institución con las características de la relación especial. En segundo lugar, deberá entenderse que la falta de integración del art. 124.5 LGSS en la DA 8ª sobre vigencia de las normas aplicables al Régimen General en los regímenes especiales no es deliberada sino que responde a un problema de deficiente técnica legislativa. Deficiencia que pudo subsanarse en la posterior Ley Orgánica 3/2007, en la que, como se ha expuesto, se establece la aplicación de las normas sobre violencia de género en el ámbito de actividad de algunos cuerpos de funcionarias.

La no aplicación del art. 124.5 de la LGSS a los regímenes especiales tiene particular incidencia en el RESS, ya que las trabajadoras por cuenta ajena del resto de los regímenes tienen cobertura de desempleo⁹⁶⁴. De esa manera, y por otra vía, las acogidas a la posibilidad de suspender el contrato por violencia de género con la consiguiente percepción de la prestación de desempleo han podido obtener parecidos efectos durante el periodo de cobro de la prestación, en la que continúa la cotización para aquellas prestaciones, salvo para el desempleo. En cuanto a la duración del derecho, el art. 210.2 LGSS también era aplicable a las relaciones especiales, por lo que el periodo consumido en virtud de la suspensión de la relación laboral por violencia de género no se tiene en cuenta a efectos de una posterior prestación.

6.10.2. Bonificaciones a la contratación y violencia de género

La LO 1/2004 en su art. 21.3 establece que las empresas que formalicen 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, tendrán derecho a una bonificación del 100 por 100 de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, que en el caso de la suspensión dura todo el tiempo que se prolongue ésta.

⁹⁶⁴ Según el art. 205 la protección por desempleo se extiende a los trabajadores del Régimen General, los contratados en régimen de derecho administrativo, funcionarios de empleo de las Administraciones Públicas, trabajadores por cuenta ajena incluidos en los Regímenes Especiales de Seguridad Social que coticen por tal contingencia y personas liberadas de prisión.

No había obstáculo derivado de la peculiaridad de la relación laboral para aplicar la medida en la contratación de empleo doméstico. Normalmente se hubiera ejercido con respecto a la situación de suspensión de contrato, debiendo descartarse por irreales las opciones de movilidad y cambio de centro de trabajo. Pero no hay bonificaciones para la contratación en el empleo doméstico de mujeres víctimas de violencia de género.

La Ley 2/2004 de 27 de diciembre, de Presupuestos del Estado, reguló en su DA 47 el programa de fomento de empleo para el año 2005, estableciendo una bonificación del 65% de la cuota empresarial para contingencias comunes durante veinticuatro meses por la contratación de personas con acreditada condición de víctimas de violencia de género. La medida, según el apartado 5.1.a) no era aplicable a las relaciones laborales especiales.

El programa de fomento de empleo de la Ley de Presupuestos para 2006, en su art. DA 50^a.5.1.a), así como el del posterior RD 5/2006, de 5 de junio (luego, Ley 43/2006, de 29 de diciembre), en su art. 6.1.a), mantienen la inaplicación de los beneficios de cotización en casi todas las relaciones laborales especiales.

El RD 1917/2008, de 21 de noviembre, que aprueba el programa de inserción sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género, se dicta en cumplimiento del mandato del art. 22 de la LO 1/2004, que dispone la realización de un plan de acción específico para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo. El art. 9 del RD 1917/2008 dispone el incremento de las bonificaciones a la contratación de mujeres víctimas de violencia de género establecidas en la Ley 43/2006, para lo que en la Disposición Final Primera modifica las cuantías del programa de fomento de empleo de la Ley, sin ninguna otra reforma y manteniendo por tanto la exclusión de las relaciones laborales especiales.

7. Bonificaciones en el empleo doméstico

7.1. Bonificaciones como incentivo a la permanencia en el mercado laboral

El programa de fomento de empleo para el año 2002 contenido en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social establece en su DA 4^a.5 una bonificación para el mantenimiento del empleo de mayores de 60 años con al menos 5 años de antigüedad en la empresa, consistente en la bonificación del 50% de la cuota por contingencias comunes salvo la incapacidad temporal, que se incrementa cada año un 10% hasta llegar al 100%. La medida excluía todas las relaciones laborales de carácter especial salvo la de los penados en instituciones penitenciarias⁹⁶⁵, por lo tanto no era aplicable al RESS.

La exclusión se ha mantenido en los mismos términos a lo largo del tiempo y alcanza a la bonificación del 40% de la cuota para mayores de 59 años, establecida por Ley 39/2010, de 22 de diciembre de Presupuestos del Estado para 2011.

⁹⁶⁵ Por remisión al art. 8 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, norma que contiene un programa de fomento del empleo, que se prorroga para 2002 con algunos cambios.

7.2. Bonificaciones como medida de fomento del empleo

Las ayudas económicas por parte de la Seguridad Social para el fomento del empleo comenzaron con bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social en el Decreto 1293/1970⁹⁶⁶, de 30 de abril sobre el empleo de trabajadores mayores de 40 años. El empleo doméstico no podía estar comprendido al no tener aún la cualidad legal de relación laboral. La posterior Orden de 21 de febrero de 1986, vigente ya la regulación del DRESS no era aplicable al empleo doméstico porque las ayudas iban dirigidas al trabajo en Cooperativas y Sociedades Laborales, Centros Especiales de Empleo, trabajo autónomo, iniciativas locales de empleo mediante la creación de empresas y por fin, al empleo de mujeres en profesiones subrepresentadas, lo que evidentemente no cubría el sector.

Las sucesivas normas de fomento de la contratación⁹⁶⁷ excluyen explícitamente en unos casos a todas⁹⁶⁸ y en otras a la mayoría de las relaciones laborales especiales⁹⁶⁹, entre las que siempre está incluida la del servicio del hogar familiar.

La Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, concedía mayoritariamente ayudas económicas a tanto alzado al momento de la contratación de diferentes colectivos⁹⁷⁰. La norma imponía a la empresa una serie de obligaciones en relación con el total de la plantilla y el incumplimiento de las condiciones de la subvención obligaban a una actividad administrativa de reclamación de reintegro de las prestaciones. La Ley 64/1997 de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, da un giro con el fin declarado de suprimir requerimientos burocráticos que desincentivasen la utilización de los beneficios, y las ayudas pasan a consistir en bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social, calculadas sobre porcentajes de la cuota, suprimiéndose las cantidades a tanto alzado.

A partir del RD 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo las normas de fomento del empleo mantienen la política de bonificaciones sustituyendo los porcentajes de la cuota por sumas mensuales fijas, diferentes según el colectivo de pertenencia. Se excluyen todas las relaciones especiales a excepción de la de trabajadores con discapacidad en Centro Especial de Empleo. Mantie-

966 RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “Programa de fomento de empleo para el año 2001. Beneficios de Seguridad Social. Acerca de las bonificaciones en la cotización como medida de fomento de promoción del empleo”, *AS* 1/2001, BIB 420, apdo. 1.

967 Para su historia y evaluación, *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas. Informe de La Comisión de Expertos para el Diálogo Social*, 31 de Enero 2005. Ministerio de Trabajo, 2005.

968 La Ley 22/1992, de 30 de julio, de Medidas Urgentes sobre Fomento del Empleo y Protección por Desempleo, excluye en su art. 3 a) las relaciones laborales del art. 2 ET, lo que hace en los mismos términos la Ley 64/1997, de 26 de diciembre, por la que se regulan incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo, en su art. 4 a).

969 En la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, se excluye en su art. 8.1.a) todas las relaciones especiales del art. 2 ET, salvo la de penados en instituciones penitenciarias. La Ley 43/2006, de 29 de diciembre para la mejora del crecimiento y del empleo, mantiene en su art. 6.1 a) la exclusión de las relaciones laborales especiales, exceptuada la de trabajadores con discapacidad en Centro Especial de Empleo. La Ley 27/2009 de 30 de diciembre de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y protección de las personas desempleadas, mantiene la exclusión en los términos de la Ley 43/2006.

970 Las ayudas a tanto alzado eran para la contratación indefinida de mayores de 45 años, menores de 25, mujeres en profesiones subrepresentadas y transformación de contratos en prácticas o para la formación en contrato indefinido. En los de mayores de 45 años había también bonificaciones de cuotas

nen la misma exclusión el RD 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas y el RD Ley 10/2010 de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

La bonificación de cuotas de la Seguridad Social como medida de fomento del empleo parte de la base de que el número de contratos, el tipo de los mismos o las características personales de quienes van a ser contratados pueden variar si se actúa sobre el costo de las aportaciones a la Seguridad Social, generalmente de la parte empleadora pero en algunos casos también de la parte trabajadora. Las ayudas a la contratación en un principio iban dirigidas a colectivos con especial dificultad de inserción o reinserción en el mercado de trabajo (mayores, jóvenes, personas con discapacidad), pero gradualmente la población empleable con bonificaciones ha ido ensanchándose, hasta poner en cuestión la operatividad de una medida⁹⁷¹ que ha llegado a resultar una subvención generalizada a la cotización.

En el caso del empleo doméstico, no se han tomado medidas de fomento de empleo. En el RESS con un gran volumen de economía sumergida, la bonificación de cuotas no hubiese tenido tanto la función de promover el empleo como su regularización. La ausencia de bonificaciones en el RESS podría explicarse por la falta de interés de la Administración en generar cotización y futuras prestaciones en un Régimen deficitario por el peso del complemento a mínimos.

7.3. La bonificación de las sustituciones

Algunas bonificaciones de la Seguridad Social tienen el objetivo de compensar a las empresas el costo de cotización consecuencia de los contratos de interinidad para sustituir a trabajadores durante los descansos derivados, de la maternidad en una primera fase, y posteriormente de todas las situaciones asociadas a los derechos de cuidado. A diferencia de lo que ocurre en la normativa de fomento del empleo, las bonificaciones asociadas a los permisos de maternidad no excluyen las relaciones laborales especiales.

De acuerdo con el art. 7.5 del DRLE de 1985, en el empleo doméstico no son de aplicación las disposiciones del art. 37 ET sobre permiso de lactancia y reducciones de jornada para cuidado, ya que la norma expresamente declara de aplicación el art. 37.3 del ET, y no el resto de los apartados del artículo. Por el contrario sí es aplicable la suspensión por maternidad con reserva del contrato de trabajo del art. 48 ET, en virtud de la aplicación subsidiaria del ET en lo no previsto, de acuerdo con la DA del DRLE.

La contratación de otra persona mientras dura el descanso maternal tiene una bonificación del 100% de todas las cuotas empresariales a la Seguridad Social, según el RD Ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores por cuenta ajena, trabajadores autónomos, socios trabajadores o socios de trabajo de las sociedades cooperativas, durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, que la LOI amplió al riesgo durante el embarazo y la lactancia, y el permiso de paternidad. La norma regula en su art. 2 las exclusiones, entre las que no figuran las relaciones laborales especiales. Podría darse la absurda situación, por tanto, de que la trabajadora de baja cotizase durante su baja maternal y la parte empleadora estuviese exenta de cotización por la persona sustituta.

971 TOHARIA, Luis y otros, *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social. Un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo, 2009.

A partir del RD Ley 5/2001 convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, según su DA 2ª los incentivos alcanzan a la cotización empresarial por las personas sustituidas durante los periodos de descanso, sean trabajadores, socios trabajadores o socios de trabajo de las cooperativas, con una bonificación del 100% sobre todas las cuotas. La medida busca eliminar totalmente la carga de cotización de la parte empleadora en estas situaciones, siempre que la persona haya sido sustituida mediante un contrato de interinidad.

Teniendo en cuenta el traslado de la carga de cotización en las bajas del RESS, incluida la de maternidad, la carga añadida para el empleador no existe salvo en el primer mes de descanso y la cotización durante la baja maternal corresponde a la trabajadora, situación que no cuenta con bonificación alguna.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), avanza en la protección de la situación de baja maternal, entre otras medidas, extendiendo las bonificaciones a las cuotas correspondientes a los periodos de descanso de las trabajadoras autónomas. La norma no tiene ninguna disposición relativa a la cotización en el RESS.

Según la DA decimosexta de la LOI, se bonifica el 100% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima o fija que corresponda el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en un régimen de Seguridad Social propio de trabajadores autónomos, siempre que se les haya sustituido mediante los contratos de interinidad bonificados. Las disposiciones no son aplicables al RESS, porque el régimen no es propio del trabajo autónomo, por más que traslade a la parte trabajadora la carga de cotización durante todas las suspensiones de contrato, ya sean por IT o por maternidad y derechos asociados.

Cabe preguntarse si la cuota de la trabajadora responsable de cotizar por encontrarse de baja maternal tendría la bonificación del 100% en el caso de que su empleador hubiese realizado un contrato de interinidad para sustituirle. No parece probable, pues la contratación no la realiza la trabajadora doméstica discontinua (en el supuesto de que a estos efectos se le asimilase a la autónoma) sino el empleador, mientras que el objetivo de la norma es facilitar a la autónoma el ejercicio de sus derechos de conciliación por la vía de abaratar, por un lado, el costo de la sustitución que necesitará contratar en los periodos de ausencia al trabajo por este motivo y, por otro, la cobertura de su propia cotización.

La ausencia de bonificación en el pago de las cuotas del RESS en la situación de maternidad ha sido uno de los incentivos al despido de las trabajadoras embarazadas, así como a la permanencia del sector en la economía sumergida.

7.4. Bonificación específica a la actividad de cuidado en el RESS

La Ley 40/2003, de 19 de noviembre, de protección a las familias numerosas, estableció una bonificación del 45% en las cuotas empresariales a la seguridad social para la contratación de cuidadores en familias numerosas, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente único en caso de familias monoparentales, ejerzan una profesión por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar. La TGSS interpreta el requisito de trabajar fuera del hogar en su sentido literal, por lo que no se bonifica el contrato cuando alguno de los ascendientes realiza trabajo a domicilio o en teletrabajo⁹⁷².

972 Doctrina administrativa, Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, núm. 133/2006, NORMASS.

En las familias numerosas de categoría especial no es necesario que los dos progenitores desarrollen cualquier actividad retribuida fuera del hogar.

El Decreto 1621/2005 de 30 de diciembre, de desarrollo de la norma, en su art. 5.2 exige que la persona contratada trabaje exclusivamente al servicio de la familia numerosa, previniendo que hay que entender a la luz del reparto de obligaciones de cotización en el RESS, que en caso de pluriempleo trasladaría la obligación de cotizar íntegramente a la trabajadora con lo que la bonificación al empleador no procedería.

La SG de Ordenación e Impugnaciones con fecha 10-4-2008 declaró requisito para aplicar la bonificación de cuotas en el RESS el que el empleador se encontrase él mismo al corriente del pago en cualquier otro Régimen de Seguridad Social en el que pudiese estar encuadrado por su propia actividad, en función de que el art. 4 le exigía “estar al corriente de pago de las cuotas a la Seguridad Social”, sin mayor especificación. En caso de no cumplirse el requisito se pierde la bonificación correspondiente al periodo no ingresado en plazo⁹⁷³.

El beneficio solo es aplicable a un único cuidador por unidad familiar, lo que impide la contratación subvencionada en casos es que puede ser precisa más de una persona, como es el caso de la atención a hijos e hijas con discapacidad (art. 2.2.a) o la situación del ascendiente o ascendientes con discapacidad (art. 2.2. b) que pueda reducir o anular su capacidad para atender a la descendencia.

Por otra parte, la norma solo bonifica la contratación para el cuidado de descendientes, ya que el concepto de familia numerosa viene referido solamente a ellos, y no a posibles ascendientes necesitados de atención, que convivan en el mismo domicilio.

En consonancia con lo anterior, no hay bonificaciones para la contratación de cuidado por parte de la persona adulta receptora de los servicios, lo que es especialmente criticable.

8. Prestación de desempleo y empleo doméstico

El DRESS no prevé la cobertura de desempleo. El art. 221.1 de la LGSS declara la prestación de desempleo incompatible con el trabajo por cuenta propia, y 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.

Así, 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 ha venido denegando la prestación a las trabajadoras discontinuas del RESS 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

973 Doctrina administrativa, Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, núm. 29/2009. NORMASS.

base legal⁹⁷⁴. 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 RESS⁹⁷⁵ y la falta de documentación de las condiciones de jornada y salario en la relación laboral doméstica.

Otra vía por la que el INEM ha denegado el acceso a la prestación de desempleo en pluriactividad con el RESS 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 RESS no cuenta con tal protección. El requisito, con alguna excepción⁹⁷⁶ también ha sido declarado carente de fundamento legal⁹⁷⁷.

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 reanudación⁹⁷⁸.

9. Las contingencias profesionales

9.1. Las prestaciones por accidente

Según el art. 22 del DRESS, el concepto de contingencia protegida en el Régimen es el fijado por el Régimen General en las contingencias comunes a ambos; y las prestaciones que concede en caso de accidente son las mismas que otorga el Régimen General por accidente no laboral.

974 Según la STSJ Madrid, 15-12-2010, ROJ 19072 (f. 3º, 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, ROJ 4090; Galicia 8-2-2011, ROJ 711.

975 Menciona la dificultad el f. 2º de la STSJ Murcia de 23-4-2012, ROJ 918.

976 STSJ Cataluña, 20-7-198, ROJ 6149, al analizar la compatibilidad, en su f. Único utiliza un argumento que hace referencia a uno de los motivos por los que 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)”.

977 STSJ Cataluña, 21-9-2005, ROJ 8592; 18-2-2005, ROJ 1965; STSJ Asturias, 13-3-199, ROJ 564.

978 QUESADA SEGURA, Rosa, “Régimen especial de empleados de hogar”, VV. AA., (coord. Monereo Pérez, José Luis, Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María Nieves), *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, 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.

Las prestaciones de accidente tienen en la primera versión del DRESS sus propios requisitos de acceso, lo que supuso para la prestación de IP la exigencia de un periodo de carencia de 60 mensualidades establecido en el art. 31 del DRESS, que fue declarada por el TCT ajustada a derecho⁹⁷⁹, pronunciándose el TS en el mismo sentido⁹⁸⁰. El TC declaró no discriminatoria la exigencia de cumplimiento de periodo de carencia para el accidente en el RESS en función de la desigualdad de regulación entre Regímenes, y la falta de cotización por contingencias profesionales en el régimen especial⁹⁸¹. Sin embargo, la invalidez provisional proveniente de una ILT derivada de accidente no requería ningún periodo de carencia, al no contener el DRESS disposición precisa en contrario⁹⁸².

El RD 2319/1993, de 29 de diciembre, en su DA 11^a suprime la exigencia de periodo de carencia en el RESS para el acceso a las pensiones de invalidez permanente derivada de accidente, si el trabajador se encontrara en alta o en situación asimilada a la de alta, y establece el cálculo de la base reguladora de tales pensiones conforme a las reglas establecidas en el Régimen General. La equiparación, que tiene efecto para los hechos causantes posteriores a su entrada en vigor⁹⁸³, únicamente significa la supresión del requisito de cotización previa, pero mantiene para todos los supuestos de accidente, sean o no de trabajo, el requisito de alta o asimilada y su tratamiento como contingencia común, lo que elimina la posibilidad de aplicar el mecanismo de la automaticidad en el pago de la prestación en el caso de los trabajadores que no son responsables de la obligación de cotizar⁹⁸⁴.

Sin embargo, tal requisito no alcanza a la prestación de IT. Con base en que el art. 30 del DRESS otorga la prestación con los requisitos del Régimen General, se ha declarado aplicable la automaticidad en el pago de la prestación en los supuestos de accidente laboral, declarando como tal el accidente “in itinere” de una empleada de hogar que no estaba de alta en la Seguridad Social⁹⁸⁵.

La no cobertura de las contingencias profesionales tiene como consecuencia la falta de protección diferenciada de las enfermedades del trabajo⁹⁸⁶, que el art. 115.2.e) LGSS reconduce en el Régimen General a la figura del accidente laboral.

Algunos autores sostienen que la dicción del art. 22 3^a “las prestaciones que este Régimen concede en caso de accidente serán las mismas que otorgue el Régimen General por accidente no laboral” permite reconducir la enfermedad del trabajo al accidente, lo que tendría como consecuencia la no exigibilidad de periodo de carencia⁹⁸⁷. A la misma conclusión se ha llegado por otra vía, con apoyo en que la diferencia en el ámbito de la acción protectora con relación al Régimen General se da solo en el accidente

979 STCT 10-11-1977, R. 5444; 21-9-1981, AR 5303.

980 SSTS 12-5-1993, RJ 4091; 14-12-1999, RJ 9813.

981 SSTC 20-9-1993, 268/1993 y 20-12-1993, 377/1993.

982 STCT 10-5-1983, AR 4147.

983 STSJ Madrid de 6-4-1994, AS 1569, deniega por falta de periodo de carencia la prestación por IPT a quien se accidentó “cuando se encontraba trabajando” en el domicilio de sus empleadores.

984 GALA DURÁN, Carolina, *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, cit., pág. 87.

985 STSJ Aragón de 30-5-2001, JUR 191387.

986 LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI JIMÉNEZ, Daniel, *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*, Bomarzo, 2006, pág. 76-77.

987 RODRÍGUEZ RAMOS, María José, y otros, *Sistema de Seguridad Social*, cit. pág. 576; citan en el mismo sentido a YANINI BAEZA, Jaime, “Régimen Especial de Empleados de Hogar” VV. AA. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, CISS, 1998.

de trabajo, quedando al margen la enfermedad profesional, a la que habría que aplicarle las normas del Régimen General de acuerdo con la supletoriedad que le asigna el art. 22 del DRESS⁹⁸⁸.

De los escasos pronunciamientos al respecto en la doctrina judicial, hay dos posiciones diferentes. Según una de ellas, en tanto no se reconozcan las contingencias profesionales en el RESS, las incapacidades temporales o permanentes derivadas de enfermedades de origen laboral tienen el requisito de periodo de carencia de las comunes. Es el caso de la trabajadora afectada por un síndrome del túnel carpiano contraído de acuerdo con los hechos probados por causa del ejercicio de las tareas domésticas: se califica de contingencia de común al no proteger el RESS las profesionales⁹⁸⁹. Según otra, en el que el pronunciamiento es *obiter dicta*, la enfermedad profesional no requeriría en el régimen de ningún periodo de carencia⁹⁹⁰. No se pronuncia sobre la posible remisión al accidente de una enfermedad del trabajo.

El RD 1995/1978, de 12 de mayo, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales, incluye los trabajos domésticos como fuente de asma producida por agentes químicos⁹⁹¹. Asimismo recoge entre las enfermedades causadas por agentes físicos, la bursitis prerrotuliana debida al trabajo de rodillas en el servicio doméstico. La aparición de la actividad doméstica tiene su explicación en que puede realizarse de alta en el Régimen General en el trabajo de portería, que no siendo casi nunca relación laboral doméstica en el sentido laboral o de seguridad social está clasificada como tal en la clasificación nacional de actividades; o los trabajos de jardinería y conducción de vehículos en el régimen general cuando van unidos a otras tareas domésticas, así como la prestación de trabajo a través de una agencia de servicios a domicilio.

A partir de la creación del nuevo cuadro de enfermedades por RD 1299/2006, de 10 de noviembre, desaparecen específicamente los trabajos domésticos del listado de actividades que pueden causar asma, pero el personal de limpieza está incluido. Entre las actividades que dan lugar a la bursitis crónica de rodilla⁹⁹² se mencionan los trabajos que requieran habitualmente de una posición de rodillas mantenidas, como son, entre otros los trabajos del servicio doméstico y los jardineros.

Respecto a las dolencias que aparecen durante la jornada y en el centro de trabajo, no gozan de ninguna presunción de accidente, porque al no existir la contingencia los eventos dañosos no pueden beneficiarse de la presunción del art. 115.3 LGSS, con lo que solo una irrupción súbita de un agente externo sería tomada por accidente, siempre común⁹⁹³.

988 BALLESTER PASTOR, María Amparo, *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social*, La Ley 2007, pág. 261.

989 La STSJ Castilla y León, de 26-11-2008, JUR 104027.

990 STSJ País Vasco, de 19-2-2008, fj. 3º, JUR 166522.

991 Apartado c) 5 de las Enfermedades causadas por inhalación de agentes no incluidos en otros apartados. La revista *ERGA*, del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en su núm. 82, de 2004, en pág. 2 se hace eco de un estudio médico entre trabajadoras de hogar, según el cual el 12% tenía síntomas respiratorios que se atribuyen al uso de productos de limpieza de manera inadecuada. El estudio se cita en MORENO CÁLIZ, Susana y MARIN ALBÁ, Sonia. "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares". *AS* núm. 10/2004 (Estudio). BIB 2004\1529, pág. 8, dando más datos: el trabajo de empleada de hogar incrementa un 46% el riesgo de sufrir asma y un 61% el de bronquitis, advirtiendo que la relación no es totalmente concluyente desde el punto de vista científico, MEDINA Ramón M.; ZOCK, J. P.; KOGEVINAS, M.; SUNYER, J. J.; ANTÓ, J. M.: «Asthma symptoms in women employed in domestic cleaning: a community based study» *Thorax*, núm. 58, 2003, pgs. 950-954.

992 La enfermedad es la recogida en el apartado 2 C0101: Bursitis crónica de las sinoviales ó de los tejidos subcutáneos de las zonas de apoyo de las rodillas.

993 STSJ Cataluña de 1 de junio 2001, AS 3166. STSJ País Vasco de 2-12-2008, JUR 324240/2009.

El Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores, de 22-6-1981, es aplicable a todos los trabajadores de todas las ramas de actividad económica. España lo ratificó el 26 de julio de 1985 (BOE 11-11-85), sin realizar ninguna exclusión, lo que entonces hubiese sido posible respecto al empleo doméstico, que tenía ya reconocido su carácter laboral en el ET. Entre otras obligaciones, contiene la de establecer procedimientos para la declaración de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales por parte de los empleadores y, cuando sea pertinente, de las instituciones aseguradoras u otros organismos o personas directamente interesados, y la elaboración de estadísticas anuales sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 11), lo que no se ha cumplido. El Convenio 155 de la OIT no vincula la obligación de control de los accidentes en una rama a que sus trabajadores gocen de protección de las contingencias profesionales con prestaciones específicas de seguridad social.

Por Orden de 16 de mayo de 1970 se extiende la obligación del empresario de comunicar los accidentes laborales respecto de los trabajadores encuadrados en los Regímenes Especiales, obligación que ya existía para el Régimen General. Según el art. 1, el deber solamente afectaba a los Regímenes que protegiesen la contingencia. Las posteriores Órdenes, de 16 de diciembre de 1987 y 19 de noviembre de 2002, han reformado modelos y vías de comunicación pero no han cambiado el ámbito de la obligación.

La Estadística anual de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del Ministerio de Trabajo, recoge únicamente los datos relativos a Regímenes que protegen la contingencia, según se expone en las notas explicativas sobre la materia de investigación estadística⁹⁹⁴.

Las incapacidades temporales o permanentes derivadas de accidentes en el trabajo doméstico no están sujetas a control administrativo, ya que no hay ningún procedimiento previsto a tal fin. Cuando se produce un siniestro laboral doméstico, no existe ningún medio de control sobre el mismo. Si la lesión producida por el accidente no causa incapacidad temporal no existe ningún tipo de constancia sobre el suceso. Si causa baja, aun así no hay mecanismo para que se detecte como accidente de trabajo: el parte de baja será el modelo correspondiente a las contingencias comunes, del cual no se da traslado a la autoridad laboral.

Por otra parte, la Unión Europea estableció en 1981 un proyecto comunitario de información sobre los accidentes domésticos y de ocio, con fines preventivos, que excluía expresamente los sucedidos en el marco de una relación de trabajo⁹⁹⁵. Por Decisión del Parlamento europeo y del Consejo 3092/94, de 7 de diciembre, se crea el sistema de información EHLASS que tiene como finalidad, entre otras, la prevención de los accidentes domésticos, detección de los productos implicados y la combinación de circunstancias que pueden provocarlos. Según el art. 1º, la información excluye los accidentes producidos por motivos laborales, por lo que también por ésta vía queda excluido el control de los accidentes a que da lugar el trabajo doméstico remunerado. El sistema fue sustituido por Decisión del Parlamento europeo y del Consejo 372/1999/CE, que crea el programa de acción comunitaria de prevención de lesiones, especialmente las provocadas por accidentes domésticos o actividades de ocio, y se traspasa

⁹⁹⁴ *Anuario de Estadísticas del Ministerio de Trabajo 2010*, apartado Fuentes y Notas explicativas: “La información que aquí se ofrece se refiere exclusivamente a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ocurridos a los trabajadores afiliados en alguno de los regímenes de la Seguridad Social que tienen cubierta de forma específica dicha contingencia, ya que son los únicos obligados a presentar los documentos que sirven de base para la obtención de la estadística. Los regímenes aludidos son los siguientes: Régimen General, Régimen Especial para la Minería del Carbón, Régimen Especial Agrario, Régimen Especial del Mar y, desde enero de 2004, los trabajadores del Régimen Especial de Autónomos que han optado por la cobertura específica de contingencias profesionales”.

⁹⁹⁵ Se creó como proyecto piloto por Decisión de la Comisión 81/623 de 23-7-1981 (DO L 229, de 13-8-1981); y ha tenido varios desarrollos 93/683 (DO núm. L 319 de 21-12-1993) y 3092/94 (DO núm. L 331 de 21-12-94).

en el Estado Español con la sigla DADO (detección accidentes domésticos y de ocio)⁹⁹⁶, que no excluye los accidentes laborales producidos en el hogar, pero tampoco recoge el dato de si el accidente se produjo en el marco de una relación de trabajo.

9.2. Cotización para contingencias profesionales

La cotización para accidentes de trabajo en el empleo doméstico aparece por primera vez en la tarifa de primas para la cotización por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos del Estado, coincidiendo con el proyecto de una reforma laboral y de seguridad social en el empleo doméstico, que el Ministerio de Trabajo español dio a conocer en el año 2007 como base para la negociación con los agentes sociales, que preveía el reconocimiento de los riesgos profesionales.

La tarifa se ajustaba a la Clasificación Nacional de Actividades Económicas y fue de inmediata aplicación a los servicios contratados por las Comunidades de propietarios cuyos trabajadores están encuadrados en el Régimen General y clasificados en la CNAE 94 dentro de la entonces actividad 95 “Actividades de los Hogares como empleadores de personal doméstico”⁹⁹⁷. La CNAE de 2009, en su apartado 97 mantiene la inclusión de porteros, jardineros y otros oficios al servicio de comunidades de propietarios en la misma clasificación que agrupa a los empleados de hogar.

El epígrafe 95 de Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico de la Clasificación Nacional de Actividades Económicas, fijaba los tipos del 0,70% para la IT y el 0,45 para la IMS, un total del 1,15. En la norma de Presupuestos del año siguiente, Ley 51/2007, de 26 de diciembre, el tipo para la IT bajó al 0,65, con lo que el tipo total es del 1,10. La carencia de protección de contingencias profesionales no parece que pueda justificarse en la pequeña elevación que hubiera supuesto en la cuantía total de la cuota a abonar.

9.3. Las razones de la exclusión de la protección de accidentes

La falta de cobertura de los accidentes laborales, o incluso la falta total de cobertura por accidente aunque se considere contingencia común en el supuesto de los empleados que prestan servicios menos de 20 horas semanales, ha extendido el aseguramiento privado⁹⁹⁸.

Se ha señalado como posible motivo de la falta de protección por accidente el que no existen obligaciones muy precisas en materia de prevención de riesgos laborales⁹⁹⁹, pero esto explicaría la dificultad de la parte trabajadora de exigir la declaración de responsabilidad empresarial en el accidente y el consiguiente recargo en las prestaciones, no la inexistencia de la propia contingencia.

⁹⁹⁶ La última estadística del *Programa de prevención de lesiones: red de detección de accidentes domésticos y de ocio* es de 2007, publicada por el Instituto Nacional del Consumo (Ministerio de Sanidad y Consumo).

⁹⁹⁷ Según Oficio de la Dirección general de Ordenación de la Seguridad Social de fecha 25-1-2007, publicado en http://www.csedano.com/documentos/CRITERIOS5_243.pdf. (15-01-2011).

⁹⁹⁸ En los seguros de vivienda, puede considerarse cláusula tipo la que dispone que entre los riesgos cubiertos están «los accidentes que puedan sufrir los empleados de los inmuebles garantizados que tengan suscrito contrato de trabajo durante el ejercicio de su jornada laboral, incluyendo los accidentes debidos a trabajos de mantenimiento realizados dentro del inmueble asegurado, y que de modo directo les produzcan muerte, invalidez permanente parcial o total».

⁹⁹⁹ LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI JIMÉNEZ, Daniel, *Los trabajadores al servicio del hogar familiar...*, cit., págs. 75-76.

La posible connivencia de empleadores y trabajadores de hogar para hacer pasar por accidente de trabajo el que ha sido común, como fundamento del no reconocimiento de la contingencia, deja de tener ningún viso de razonabilidad especialmente a partir de su reconocimiento a partir del año 2003 en el Régimen de Autónomos¹⁰⁰⁰, quienes ni siquiera necesitan de la colaboración de otra persona para presentar al sistema de seguridad social un parte de accidente. La expansión de la cobertura de accidente laboral hasta alcanzar el trabajo autónomo, mientras pervive la falta de cobertura en el trabajo doméstico por cuenta ajena ha sido calificada como paradójica¹⁰⁰¹.

La configuración del accidente de trabajo como contingencia protegida tiene una larga evolución, desde la protección inicial de los riesgos físicos producidos por la maquinaria a vapor hasta el reconocimiento actual de los padecimientos síquicos producidos por el trabajo. Entre los empleados domésticos hay una clase que siempre ha tenido la protección del accidente de trabajo, los chóferes particulares. Su ejercicio profesional se ajusta perfectamente a lo que hasta fecha reciente constituía la cultura dominante sobre el riesgo profesional: físico, súbito y visible, y una concepción sobre el trabajo peligroso que coincide con los desempeñados tradicionalmente por varones¹⁰⁰².

La tardía protección del accidente laboral en el RESS es una mera cuestión de ahorro para el sistema, que no tiene otra justificación¹⁰⁰³. La inviolabilidad del domicilio dificulta el control de la prevención de los riesgos laborales¹⁰⁰⁴, pero no impide reconocer el hecho del accidente.

9.4. La prevención de riesgos laborales

El RESS no incluye la protección frente a contingencias profesionales, pero no tenían porqué haberse derivado consecuencias que exceden el ámbito prestacional. La prevención frente a los accidentes no lleva inevitablemente aparejada la prestación de seguridad social específica, de lo que existe antecedente con las obligaciones en materia de seguridad que impone el art. 24.2 de la LPRL de 1995 al empresario titular del centro de trabajo respecto de los autónomos que presten allí sus servicios, norma anterior a la cobertura de contingencias profesionales en el RETA por RD 1273/2003, de 10 de octubre.

La obligación de los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo, principio rector de la política social, art. 40 CE, no tiene ningún desarrollo en el trabajo doméstico. La Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), declara en su art. 3º.4.

1000 El RD 1273/2003, de 10 de octubre, que regula la cobertura de las contingencias profesionales en el RETA, define en su art. 3.2 como accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y el lugar del trabajo, cuando se pruebe la conexión con el trabajo realizado por cuenta propia, y las enfermedades contraídas con motivo de la realización del trabajo, siempre que se prueba que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de aquél.

1001 DESDENTADO BONETE, Aurelio y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): Revisión crítica y propuesta de reforma”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24, 2000, pág. 50.

1002 PEREZ DEL RÍO, Teresa, “Discriminación por razón de género y negociación colectiva”, en *Formación y acreditación en consultoría para la igualdad de mujeres y hombres*, pág. 9-12-13. www.emakunde.euskadi.net/

1003 GARCÍA VIÑA, Jordi, “¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?”, cit., pág. 79. DE VAL TENA, Ángel Luis, “El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar”, cit., pág. 54.

1004 LUJÁN ALCARAZ, José y SELMA PEÑALVA, Alejandra, “La reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados del Hogar”, en *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, julio 2008, apdo. 5.

que la norma no es de aplicación a la relación laboral especial al servicio del hogar familiar, con una exclusión absoluta.

Según el art. 3º.2, la Ley no será de aplicación a las actividades cuyas particularidades lo impidan en el ámbito de las funciones públicas de policía, seguridad y resguardo aduanero; así como en los servicios operativos de protección civil y peritaje forense en los casos de grave riesgo, catástrofe y calamidad pública. Las actividades no se excluyen por el sector a que pertenecen (policía, seguridad, protección civil), sino en los aspectos incompatibles con las medidas establecidas en la norma. No obstante, se añade que la LPRL inspirará la normativa específica que se dicte para regular la protección de la seguridad y salud de los trabajadores que prestan sus servicios en las indicadas actividades. De la misma manera, el art. 3º.3 prevé la aplicación de la LPRL en los centros militares y penitenciarios con las necesarias particularidades.

La exclusión de los trabajadores domésticos de la LPRL es conforme con lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 89/391/CEE de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, conocida como Directiva marco. A excepción del trabajo doméstico, es aplicable a todos los sectores de actividades públicas y privadas con la excepción de “las particularidades inherentes a determinadas actividades inherentes de la función pública, por ejemplo, en las fuerzas armadas o de la policía, o a determinadas actividades específicas en los servicios de protección civil”. No son los trabajadores de dichos sectores sino algunos de sus cometidos los que se exceptúan de la protección de la norma. Ni la Directiva ni la LPRL justifican la exclusión¹⁰⁰⁵.

La LPRL derogó los títulos I y III de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo aprobada por Orden de 9 de marzo de 1971 (OSHT), y con ello su art. 1º, que extendía el campo de aplicación de la OSHT a todas las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, al establecer: “a las disposiciones de esta Ordenanza se ajustará la protección obligatoria mínima de las personas comprendidas en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, a fin de prevenir accidentes y enfermedades profesionales y de lograr las mejores condiciones de higiene y bienestar en los centros y puestos de trabajo en que dichas personas desarrollen sus actividades”.

En definitiva, la Ordenanza incluía la protección de los trabajadores domésticos, ya que según la Disposición Adicional del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, la normativa laboral común es de aplicación¹⁰⁰⁶ en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación.

La misma OGSHT, en su título II, sobre Condiciones generales de los centros de trabajo y de los mecanismos y medidas de protección, tiene prescripciones que atañen a instrumentos que se utilizan en lo doméstico. El art. 19 establece las condiciones que deben reunir las escaleras de mano y las precauciones a adoptar en su uso, y del art. 34 al 40 las condiciones que deben reunir los dormitorios -temperatura, ventilación, luz natural, armario con llave...- y lugares de aseo.

¹⁰⁰⁵ AYALA DEL PINO, Cristina, “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, vol. 5, 2007, pág. 6.

¹⁰⁰⁶ También era aplicable, hasta que dejó de estar vigente con la derogación operada por Ley 11/1994 de 19 de mayo, el art. 48 de la Ley de Contrato de Trabajo que establecía que “si el trabajador fuere admitido a vivir en la casa del patrono o a cargo de la empresa, o a ser sustentado por ella, las condiciones del local, dormitorios y comidas habrán de ser los adecuados a su situación, estado, exigencias de la moralidad e higiene...”. La norma no añadía nada a las disposiciones de la OGSHT.

En consecuencia, al excluir el trabajo doméstico, la LPRL supuso un retroceso en la regulación de la Seguridad Laboral en el sector¹⁰⁰⁷. Paradójicamente la implantación de un sistema avanzado de prevención de riesgos laborales, con deberes como la evaluación de riesgos, los planes de prevención, la obligación empresarial de garantizar la información sobre riesgos del puesto de trabajo y el refuerzo del papel del control administrativo, trajo consigo como novedad la exclusión de un sector laboral.

El trabajo doméstico tiene riesgos específicos, aunque por razones culturales se minusvalora su existencia¹⁰⁰⁸. En todo caso, la exclusión de la LPRL viene referida a la relación de las empleadas de hogar y no incluiría a quienes prestan su trabajo por cuenta de empresas de servicios o en el Servicio de Ayuda a Domicilio (SAD) de la Ley de Dependencia.

En el SAD el cuidado personal va unido a las tareas domésticas propias de una empleada de hogar con lo que, especialmente en el caso de quienes atienden personas en situación de dependencia, los riesgos son los mismos: caídas, golpes con objetos, trastornos musculoesqueléticos derivados de movimientos repetitivos o posturas de trabajo inadecuadas, cortes, atrapamientos, quemaduras, dermatosis, alergias respiratorias¹⁰⁰⁹ e incluso riesgos particulares del hogar en que se desarrolla el trabajo¹⁰¹⁰.

En la prevención de los riesgos en estos ámbitos son de aplicación medidas que se han establecido para sectores que tienen la cobertura de la LPRL y se dedican a las mismas tareas en el marco de una relación ordinaria, principalmente el RD 487/1997, de 14 de abril, sobre prevención en las actividades que requieren manipulación manual de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores, o el RD 486/1997, de 14 de abril, sobre seguridad y salud en los lugares de trabajo, y las correspondientes guías técnicas del INSHT.

9.5. El tiempo de trabajo como elemento de salud laboral

Según las Directivas comunitarias 93/104 y 2003/88 sobre ordenación del tiempo de trabajo, la fijación de la duración de la jornada y los descansos es un elemento de seguridad y salud laboral. Las Directivas citadas se remiten a la Directiva marco para la definición de trabajador protegido, lo que excluye al empleo de hogar¹⁰¹¹.

Por su parte, el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, excluye todas las relaciones laborales especiales del art. 2 del ET, remitiendo a su normativa específica.

1007 GARCÍA VALVERDE, María Dolores, afirma que no existe norma legal a la que acogerse para garantizar las debidas condiciones de seguridad e higiene que han de regir. Ver “Una exclusión ‘particular’ de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar”, en *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Málaga 1995, pág. 178.

1008 TORADA, Rebeca y MORENO, Neus, “Salud laboral y género”, VV. AA. (coord. Durán, M^a Angeles), *Mujer y trabajo. Problemática actual*, ed. Germania 2001.

1009 *La Guía de buenas prácticas para la Prevención de Riesgos en la Ayuda a Domicilio*, de la Fundación para la prevención de riesgos laborales, de la UGT, recoge de manera sistemática los que se pueden producir. Las Mutuas tienen editados manuales y guías de prevención para los trabajos de limpieza y manejo de cargas, así como los riesgos sicosociales, aplicables al empleo de hogar.

1010 AYALA DEL PINO, Cristina, “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, cit., pág. 15, menciona alergias que pueden generar animales domésticos.

1011 Entienden que las Directivas sí son de aplicación LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, en *Los trabajadores al servicio del hogar familiar*, cit., pág. 47.

El art. 7.1 del DRLE de 1985 establece en su art. 7 una jornada máxima semanal de carácter ordinario de 40 horas de trabajo efectivo, añadiendo a renglón seguido la posibilidad de pactar un tiempo de presencia a disposición del empleador. La norma no define el concepto de tiempo de presencia, que tampoco hay deber de retribuir. La doctrina es unánime en criticar esta indefinición y se plantea, con alguna excepción cualificada, que en el tiempo de presencia no puede asignarse ninguna tarea¹⁰¹². Desde otra posición, se considera que todo el tiempo a disposición del empleador es tiempo de trabajo y así debe retribuirse¹⁰¹³.

La doctrina jurisprudencial mayoritaria admite la calificación como tiempo de presencia del que se dedica a la vigilancia de personas necesitadas de cuidado. No se exige prueba del pacto sobre tiempo de presencia, se presupone existente por el mero hecho de que la jornada se prolongue más allá de las 40 horas. Además, el tiempo de permanencia en la vivienda no se considera suficiente prueba de una prestación efectiva de servicios que pueda dar lugar a la reclamación de horas extraordinarias, que deben acreditarse¹⁰¹⁴. No es suficiente el que se pruebe un horario fijo de presencia obligada en la vivienda, dado que en ese tiempo puede haber periodos de mera custodia¹⁰¹⁵. Esta exigencia de prueba alcanza a las relaciones laborales en las que el objeto del contrato es la atención a personas en situación de dependencia importante, aunque se haya acreditado que en la vivienda no había más convivientes y se requería el auxilio de la trabajadora de hogar para todos los actos de la vida¹⁰¹⁶.

En sentido contrario, una doctrina judicial minoritaria exige prueba del pacto de tiempo de presencia y al faltar considera que todo el tiempo a disposición del empleador es de trabajo¹⁰¹⁷. Finalmente, la STSJ de Asturias de 20 de abril de 2012 (ROJ 1612) considera que el tiempo a disposición en el empleo doméstico tiene el carácter de tiempo de trabajo. Se basa en la interpretación que la STJCE 2003/250 de 9 de septiembre de 2003 hace de la Directiva 93/104/CE del Consejo de 23 de noviembre de ordenación del tiempo de trabajo, en un asunto referido al carácter del tiempo de presencia en las guardias médicas con presencia física en el hospital, sin prestación de servicios efectivos. Tal como se ha señalado, la Directiva no es aplicable al empleo doméstico, por lo que no parece que pueda servir de base para calificar el carácter del tiempo de presencia en el sector.

El tiempo de trabajo tiene un doble aspecto. No sólo es el marco durante el que se desarrolla la relación jurídica que nace del contrato, sino también elemento constitutivo de la obligación contraída por el trabajador o, dicho de otro modo, objeto del contrato¹⁰¹⁸. Se ha afirmado que el trabajador lo

1012 No puede asignarse tarea alguna, según SALA FRANCO, Tomás, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de servicio doméstico” cit., 304; RAMIREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel “La relación laboral especial de trabajo al servicio del hogar familiar”, cit., pág. 71. Por su parte, QUESADA Rosa, *El contrato de Servicio Doméstico*, pág. 174, admite que pueda realizarse la tarea de permanencia responsable, presencia vigilante propia de quien se encuentra al cuidado de personas o cosas.

1013 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar” cit., pág. 217. Señala sobre los tiempos de presencia que “(...) lo que se está aceptando es la ampliación del tiempo efectivo de trabajo cualquiera que sea el cometido, incluso puramente estético, que durante ellos se asuma.” CUEVAS, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, cit. afirma que cualquier clase de funciones de vigilancia o custodia son tiempo de trabajo, pág. 286.

1014 STSJ Cataluña 27-9-2011, ROJ 9648.

1015 STSJ Cataluña, 15-2-2000, ROJ 1945.

1016 Entre otras, SSTSJ Cataluña, 17-2-2009, ROJ 2726; STSJ Baleares 6-11-2007, ROJ 1433.

1017 STSJ País Vasco, 28-11-2006, ROJ 4578.

1018 ALARCÓN CARACUEL, Manuel, *La Ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos 1988, pág. 14.

que debe no es realmente un tiempo de trabajo sino el trabajo prestado durante un cierto tiempo¹⁰¹⁹, pero esta idea no sería aplicable a tareas en las que la satisfacción del empleador consiste en tener cubierta una eventualidad. En este caso, la puesta a disposición del empresario de la persona del trabajador es el objeto del contrato de trabajo, independientemente de la concreción de la prestación de servicios en cada jornada¹⁰²⁰. El tiempo de trabajo no tiene en todos los contratos la misma relevancia. En ocasiones, no es contemplado como directo objeto contractual¹⁰²¹ y, aunque exista como realidad subyacente al fruto del trabajo que obtiene el empleador, está en segundo plano. No es el caso del trabajo de cuidado.

La distinción entre trabajo efectivo y tiempo de presencia a disposición del empleador, tal como se ha señalado, existe muy relativamente, ya que la prestación laboral es la puesta a disposición de la energía de trabajo. De hecho, ésta consideración del tiempo de presencia como tiempo que, en mayor o menor grado dependiendo del sector de actividad en el que se produzca, es tiempo cedido al empleador, tiene su reflejo legislativo.

El RD 2001/1983, que regulaba la jornada en las relaciones laborales ordinarias, señalaba en su art. 9.3 que las horas de presencia no se consideraban dentro de la jornada de trabajo efectivo ni se computaban a efectos del límite de horas extraordinarias, debiendo abonarse como mínimo en la misma cuantía que las horas ordinarias. Para los transportes por carretera, ferroviarios y aéreos y para el trabajo en el mar, el art. 9 establecía la distinción entre trabajo efectivo y tiempo de presencia por razones de espera, expectativas, servicios de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en ruta y similares en las que, aunque el trabajador no prestara servicio efectivo, se hallaba a disposición de la empresa. Respecto a los empleados de fincas urbanas y guardas vigilantes con casa habitación, los artículos 10 y 11 de la misma norma permitían también una prolongación de la jornada por encima de las 40 horas semanales de trabajo efectivo, hasta las 12 diarias. El art. 43 disponía para todos los sectores que las horas de presencia, que llamaba “de exceso”, debían abonarse como mínimo a prorrata del salario ordinario.

En la vigente norma sobre jornadas especiales de trabajo, RD 1561/1995, de 21 de septiembre, se mantiene la obligación de abono del tiempo de presencia en el sector de transportes y en el trabajo en el mar, con un salario no inferior al correspondiente a las horas ordinarias.

En relación a los empleados de fincas urbanas ha desaparecido la mención a la posibilidad de prolongar la jornada por encima de las 40 horas de trabajo efectivo, así como la obligación de abonar el tiempo de presencia, en favor de una redacción que permite una jornada que se extiende a lo largo de doce horas diarias “con uno o varios descansos” para no exceder las 40 horas de trabajo efectivo semanal¹⁰²². La jornada de los guardas y vigilantes a los que no se les exige una vigilancia constante, según el RD

1019 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo*, Civitas Decimosexta Edición 1998, pág. 259.

1020 Consideremos el trabajo de los bomberos, los médicos de guardia,... cuya prestación de servicios consiste en estar disponibles para aplicar sus conocimientos profesionales.

1021 ALARCÓN CARACUEL, Manuel, *La Ordenación...*, cit., pág. 144. No siempre en el contrato de trabajo jornada y horario tienen importancia para el empleador, piénsese en el contrato de trabajo a domicilio, en el que frecuentemente al empleador le es indiferente como organice el trabajador la distribución de su tiempo laboral.

1022 El art. 43.1 del RD 2001/1983, admitía que el portero renunciase a su derecho al descanso de 4 horas dentro de la jornada en exceso de la ordinaria. También lo permitía el art. 28 de la Orden de 29-12-1978, que modifica la Ordenanza de Trabajo de los Empleados de Fincas Urbanas. La norma hoy vigente señala en su art. 3 que el trabajo de los empleados de fincas urbanas con plena dedicación está comprendido entre las horas establecidas para la apertura y cierre de los portales, y que los trabajadores deberán disfrutar dentro de las horas de servicio de uno o varios periodos de descanso, en la forma que se determine por convenio colectivo o, en su defecto, mediante acuerdo con el titular del inmueble, de tal forma que las horas de trabajo efectivo no superen las 40 semanales.

1561/1995 pueden extenderse a lo largo de doce horas en los mismos términos que para los empleados de fincas urbanas, aunque ya desde 1983 los convenios colectivos estatales del sector de empresas de vigilancia y seguridad no contemplan la existencia de tiempo de presencia¹⁰²³.

En las relaciones laborales especiales de los deportistas profesionales y de los artistas se prevé la existencia de tiempos de presencia, y en ambos casos se prevé que sea a través de la negociación colectiva que se defina el tratamiento concreto de dichos periodos¹⁰²⁴.

El DRLE al regular en el art. 7.1 el tiempo de presencia diario, no tiene otro límite que el impuesto por el descanso de 8 horas al día entre jornadas en el trabajo interno y 10 horas en el externo.

El mismo art. 7.1 declara que el empleado interno “dispondrá de al menos dos horas para las comidas principales, y ese tiempo no se computará como trabajo”. Se ha entendido que estas dos horas diarias limitan el tiempo de presencia¹⁰²⁵, posición que no compartimos. La norma señala que las dos horas no se computarán como trabajo, pero no dispone que tampoco puedan integrarse dentro del tiempo de presencia. El inciso final del art. 7.1 señala que una vez concluida la jornada de trabajo diaria y, en su caso, el tiempo de presencia pactado, el empleado no está obligado a permanecer en el hogar familiar. De entenderse que el periodo de las dos horas no puede ser parte del tiempo de presencia, el empleador estaría obligado a admitir que la trabajadora interna abandonase el domicilio a las horas de las comidas y hasta un límite diario de dos horas.

Por otro lado, la obligación de pernocta, no necesariamente retribuida, frecuentemente trae consigo deberes de atención nocturna en el caso de personas en situación de dependencia. La pernocta no está definida en el DRLE, que la menciona en el art. 7 al establecer el descanso de 8 horas entre jornadas para quien pernocta en el domicilio. En el art. 6.2 el alojamiento aparece entre los conceptos que permiten descuentos por salario en especie. No hemos encontrado estudios cuantitativos sobre ello, pero la atención puntual nocturna, una y más veces cada noche, es algo asociado al cuidado de personas ancianas en situación de dependencia, tarea que en casi todos los casos se une a la atención durante el día. En ese caso, no se cumple el descanso de 8 horas entre jornadas.

El art. 7.3 del DRLE establece un descanso semanal de 36 horas, de las que solo 24 tienen que ser continuadas y el resto pueden disfrutarse según se acuerde, sin límite legal en cuanto al periodo de cómputo que se utilice para la compensación. En el trabajo interno, el descanso semanal no suele llegar a las 36 horas y no se compensa¹⁰²⁶.

Los daños psicológicos pueden tener la calificación de enfermedad del trabajo cuando se acredita que traen causa en el desempeño profesional. En el supuesto de enfermedades cuya conexión causal no viene reconocida en el listado de enfermedades profesionales, su consideración como contingencia

1023 Convenio Colectivo de empresas de vigilancia y seguridad, Resolución de 8-4-1983 (BOE 20-4-1983), convenio del año siguiente, Resolución de 3-4-1984 (BOE 8-5-1984) y posteriores, el último, Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad, publicado en el BOE de 16-2-2011.

1024 Para los deportistas profesionales el art. 9 del RD 1006/85, de 26 de junio, establece como tiempos no computables a efectos de duración máxima de la jornada los de concentración previa a las competiciones y desplazamientos; para los artistas, los art. 7 y 8 del RD 1435/1985, de 1 de agosto, mencionan un tiempo de disponibilidad sin más concreción y remiten al convenio colectivo para su tratamiento.

1025 QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de Servicio Doméstico*, cit., pág. 173. CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., 288.

1026 Las empleadas internas trabajan un promedio de 6,7 días a la semana, y un 61,4% dice trabajar día y noche. Estudio *Situación Laboral de las Personas Empleadas en el Servicio Doméstico de la CAPV*, cit., pág. 20.

profesional se podrá producir siempre que según el art. 115.2,e) LGSS se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del trabajo, lo que resulta difícil dada la base individual que tiene la reacción síquica a los agentes externos. Sin embargo, el reconocimiento de los daños síquicos se ha abierto un camino gradual en el que se dan como causa suficiente las circunstancias del desempeño de determinadas profesiones¹⁰²⁷. En el caso de las empleadas de hogar que realizan trabajo de cuidado de personas en situación de dependencia, en especial en régimen interno, los problemas de salud laboral derivan de la duración de la excesiva jornada de trabajo, el no cumplimiento de las normas sobre descanso entre jornadas, el descanso semanal, y el aislamiento personal en que realizan su tarea¹⁰²⁸.

La Directiva 92/85/CEE de 19 de octubre, relativa a la 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 periodo de lactancia, incardinada en la política comunitaria de salud laboral, señala en su art. 1 que se dicta de acuerdo con el mandato del art. 16.1 de la Directiva marco, sobre creación de directivas específicas, a las que se aplicarán plenamente las disposiciones de aquella, sin perjuicio de las disposiciones más rigurosas de las específicas. En tal marco, el empleo doméstico debe considerarse excluido¹⁰²⁹.

Se ha suscitado la cuestión de si son aplicables en la relación laboral las disposiciones del art. 26 de la LPRL que establecen obligaciones empresariales en torno a la protección de la maternidad. La respuesta afirmativa¹⁰³⁰ se ha basado en que la protección de la maternidad es un mecanismo de consecución de la igualdad, y por tanto amparado en el art. 14 CE, que debe ser respetado en la regulación de las relaciones especiales. Sin embargo, no será exigible la evaluación de riesgos a que se refiere el art. 16 de la LPRL, con lo que el alcance de la protección vendrá modulada por aquello que corresponda a la diligencia exigible al empleador doméstico, en un nivel muy inferior a otra clase de empresario de régimen común.

El Instituto Nacional de Seguridad e Higiene ha editado en el año 2011 una guía titulada Directrices para la evaluación de riesgos y protección de la maternidad en el trabajo, que menciona la prevención de riesgos en el empleo doméstico, indicando que es un instrumento auxiliar del personal sanitario que atiende a mujeres no cubiertas por la LPRL.

Una de las disposiciones de la LPRL, su art. 26.5, es directamente aplicable al empleo doméstico por obra de lo dispuesto en el art. 37.3 ET en relación con el art. 7.5 del DRLE, que establece el derecho del empleado de hogar a disfrutar los permisos retribuidos de aquél apartado. La Disposición Adicional 11 de la LPRL añadió un apartado f) al art. 37.3 del ET, estableciendo el derecho al permiso retribuido por el tiempo indispensable para los exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo, que resulta así de aplicación en la relación especial.

1027 MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “Los riesgos sicosociales en la Seguridad Social”, *CEF Trabajo y Seguridad Social*, junio 2008, págs. 63-74. Menciona las profesiones de los cuerpos de policía, sanidad y enseñanza.

1028 Según el *Estudio de la situación laboral de las personas empleadas en servicio doméstico de la CAV*, cit., el 33,5% de las trabajadoras que atienden personas en situación de dependencia son las únicas responsables de su cuidado y el 67,2% no tiene título alguno que le capacite para su tarea. La jornada semanal promedio de las internas es de 64,74 horas. El 61,4% trabaja día y noche. El estudio *Informalidad del empleo y precariedad laboral de las empleadas de hogar*, VV. AA., (investigadora principal, Pla Julián, Isabel), Universidad de Valencia, 2004, describe los problemas de salud física y psicológica derivados del entorno laboral, en págs. 214 a 223.

1029 Entiende que no las excluye LÓPEZ GANDÍA, Juan, “Nuevas y viejas relaciones laborales especiales y la introducción reciente de especialidades en la relación común”, *XIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 2008, [www.jpdsocial/Articles/2.LÓPEZ Gandia](http://www.jpdsocial/Articles/2.LÓPEZ%20Gandia). Ponencia, pág. 107.

1030 LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en permiso de lactancia”, *Actualidad Laboral* núm. 38, octubre de 1998, pág. 721-722.

9.6. Responsabilidad del empleador en los riesgos laborales

El art. 3.4 LPRL dispone que, no obstante la exclusión, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene. Esta disposición no añade contenido a la obligación genérica sobre seguridad y salud laboral recogida en los arts. 4. 2, d) y 19.1 ET.

El DRLE en su art. 13 establece que “el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene. La deficiencia grave de estas obligaciones es justa causa de dimisión del empleado”.

La mera declaración sobre el deber del empleador de ofrecer las debidas condiciones de seguridad laboral tiene puntos débiles: no se define cuáles sean aquellas¹⁰³¹, y es una obligación carente de fuerza coercitiva ante el vacío tipificador frente a las conductas reprochables, cuya sanción administrativa no encuentra cobertura legal ni dentro ni fuera de la LPRL¹⁰³². El interés del acreedor solo se satisface si la declaración de su derecho va acompañada de instrumentos para ejercerlo.

Si la prevención no existe, una vez producido el accidente, la cuestión es en qué caso se puede plantear la existencia de responsabilidad empresarial por un accidente doméstico.

Cuando la deuda de seguridad en el trabajo no tiene unos parámetros objetivos, queda sujeta al análisis del incumplimiento de las obligaciones según las disposiciones del Código Civil. El dolo, normalmente no existirá y, de existir, su tratamiento no presenta problema técnico legal. Pero la responsabilidad que proviene de la culpa o negligencia del deudor, según el art. 1104 CC consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El grado de diligencia exigible es el que correspondería a un buen padre de familia.

En el terreno laboral, la diligencia exigida al empresario consiste en aplicar, en primer lugar, las medidas previstas en la legislación específica; en segundo lugar, las medidas que se deducen del estado de la técnica en cada momento, y de la experiencia, esto es la previsibilidad del riesgo y su evitabilidad. En tanto que el empresario organiza y dirige los servicios en un ámbito determinado, por tal condición debe conocer y evitar los riesgos generados, yendo más allá de la media requerida en el hacer de cualquier persona¹⁰³³. La deuda de seguridad del empleador doméstico no es tan rigurosa, muestra de ello es que según el art. 13 DRESS el incumplimiento de las obligaciones de seguridad tiene que ser grave para dar lugar a la dimisión -debe entenderse que indemnizada- de la trabajadora doméstica.

¿En qué caso se incurre en acción u omisión antijurídica cuando la obligación de seguridad tiene un perfil determinado vagamente por la frase “debidas condiciones” de seguridad e higiene? En cualquier otra actividad, los estándares de seguridad e higiene se refieren a equipos de trabajo, condiciones de los lugares de trabajo, operaciones, procesos y actividades que generan riesgo para la salud física o síquica. La actividad doméstica, cuando ha sido investigada bajo el prisma de la seguridad y salud laboral, ha resultado ser “un trabajo penoso o duro, que conlleva posturas forzadas y grandes

1031 IGARTUA MIRÓ, María Teresa, *Sistema de prevención de riesgos laborales*, Tecnos 2008, pág. 68.

1032 SÁNCHEZ CUBEL, Dolores, *Todo sobre la nueva ley de prevención de riesgos laborales*, Praxis 1996, pág. 36.

1033 IGARTUA MIRÓ, María Teresa, “Obligación de seguridad y responsabilidad ‘contractual’ del empresario”, *AS* núm. 16 de diciembre 1999, pág. 48.

esfuerzos constantes”¹⁰³⁴. No existe una normativa específica, medidas particulares de seguridad e higiene en expresión del art. 123, en el trabajo doméstico¹⁰³⁵. Habrá por tanto que remitirse a los criterios de la experiencia común, y es en este terreno en el que la trabajadora doméstica está prácticamente indefensa. En el supuesto de elementos que tengan claramente especificadas sus instrucciones de uso, se podrán aplicar, si no los preceptos de la LPRL sobre deber de información y *culpa in vigilando*, sí el juicio de culpabilidad o negligencia en caso de órdenes de trabajo que contravengan las disposiciones sobre seguridad de un producto en concreto, o supongan riesgos evidentes no asumibles por la trabajadora.

Accidentes muy graves, como la caída por el hueco de la ventana mientras se limpiaban los cristales, suceden y han sido resueltos contradictoriamente. En el orden social, se ha considerado no responsable al empleador que se limitó a dar la orden de trabajo sin intervenir en el cómo de su realización¹⁰³⁶; en el orden civil, se ha atribuido culpa contractual a quien dio la orden sin advertencias de seguridad y presenció la operación peligrosa que dio lugar al accidente¹⁰³⁷. La ausencia de disposición concreta que obligase al empleador a proporcionar calzado especial o hacer un sendero que evitase a la trabajadora cruzar el césped cargada con la ropa que debía colgar en el tendedero, exime de responsabilidad al empleador en la caída sufrida¹⁰³⁸.

Con respecto a los equipos de trabajo en el ámbito doméstico, hay un primer nivel de protección, siquiera indirecta, que es el que disfruta cualquier consumidor, según las prescripciones del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias¹⁰³⁹. No sería difícil en consecuencia determinar la existencia de responsabilidad en el empleador que pusiera a disposición del trabajador instrumentos en mal estado de conservación o incluso de tal antigüedad que no tuvieran las medidas de seguridad de que disponen los utensilios de su género en el momento de prestación de los servicios laborales.

Pero, ¿cuál es el modelo objetivo en el resto de las situaciones? El art. 1.104 del Código Civil define la culpa o negligencia como la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Y cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.

1034 Según el estudio realizado en 1998 por SMA, Management, S.L., por encargo de Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, *Valoración de la carga física en las Empleadas de Hogar de Bizkaia*, publicado en www.ath-ele.com.

1035 MORENO CÁLIZ, Susana y MARIN ALBÁ, Sonia, “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, cit., pág. 8.

1036 La STSJ Islas Baleares, de 3-11-2005, JUR 49674/2006, fj. 2º “la existencia de incumplimiento no deriva de la circunstancia de que las hojas de la ventada solo se abrieran 90º, de que se usara una escalera para limpiar los cristales superiores, o de que se colocara ésta paralela o perpendicular a la ventana. No se dice cual es la medida de protección o seguridad que se omitió y no se ve cual pudiera ser salvo el haber cerrado la persiana durante la operación de limpieza de los cristales superiores o no haberla abierto, pero de la circunstancia de que la trabajadora no adoptara tal precaución, seguramente por entenderla innecesaria, no puede derivarse la imputación de responsabilidad para el cabeza de familia respecto de quien no se ha acreditado ningún actuar culpable”.

1037 SAP Asturias, 27-1-2005, JUR 61466.

1038 STSJ País Vasco, Sala de lo Social, 4-11-2003, JUR 42573/2004.

1039 La norma establece el derecho del usuario a que los productos que se pongan a su disposición vía mercado no impliquen riesgos para su salud o seguridad, salvo los usual y reglamentariamente admitidos en condiciones normales y previsibles de utilización; por otra parte deberá ser informado sobre el correcto uso de los mismos, además de advertido sobre los riesgos previsibles. Las Directivas europeas así como las normas de los ministerios de Presidencia e Industria regulan las características de los productos de uso doméstico y las medidas de seguridad de las instalaciones de la vivienda que puedan generar peligro (electricidad, gas...).

El problema de la aplicación de estas disposiciones está en el concepto de previsibilidad. Según el art. 1105 CC, nadie responderá de los sucesos que no hubieran podido preverse. Siendo que la culpa o falta de diligencia debida solo puede reprocharse en relación con sucesos previsibles¹⁰⁴⁰. Con la evaluación de riesgos que dispone la LPRL, solo quedan fuera del campo de imputabilidad los acontecimientos verdaderamente fortuitos: la previsión forma parte de la deuda de seguridad. Por el contrario, por muy injusto que sea el daño, si no existe el deber de evaluar el riesgo en la actividad laboral doméstica, el campo de aplicación del deber de diligencia queda reducido a los peligros que puedan anticiparse con la diligencia exigida por el art. 1104 CC.

El porqué de esta exclusión absoluta de la LPRL ha recibido diferentes respuestas¹⁰⁴¹. La exclusión se ha justificado por “la propia simplicidad del proceso de trabajo en las actividades domésticas y de la ausencia, por lo general, de riesgos específicos cuya prevención requiera de equipos o instrumentos de protección”¹⁰⁴². Desde una visión crítica con la exclusión, se ha indicado que tiene que ver con la colisión de las funciones inspectoras con el derecho a la intimidad, contemplándose la posibilidad de haber regulado el control de las condiciones de seguridad de los instrumentos de trabajo¹⁰⁴³, pero no más allá. Sin embargo, el derecho a la intimidad, como el resto de los derechos fundamentales, tiene límites, algunos establecidos por la propia Constitución y otros derivados de la necesidad de proteger otros derechos u otros bienes constitucionalmente protegidos.

Incluido en la LPRL el trabajo a domicilio, fórmula de prestación de servicios por cuenta ajena en la que la norma también es difícil aplicar¹⁰⁴⁴, la exclusión del trabajo doméstico no es razonable.

9.7. El tardío reconocimiento de las contingencias profesionales en el RESS

La Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos del Estado para 2011, añade a la LGSS la DA 53, estableciendo con efectos al 1 de enero de 2011 la extensión al RESS de la acción protectora por contingencias profesionales.

El informe de impacto de género de la Ley de Presupuestos realizado por los Ministerios de Economía y Hacienda e Igualdad no mencionaba la medida a pesar de suponer un significativo avance en el reconocimiento de derechos profesionales para, según la EPA, el 8,3% del total de las mujeres ocupadas a la fecha, que constituían un 93% de las personas de alta en el RESS¹⁰⁴⁵.

1040 Como dice el TS, “la exigencia de la previsibilidad hay que considerarla en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias, desde el momento en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser (...)”, STS 1-10-98, RJ 7556.

1041 Tal como se ha hecho notar, la Exposición de Motivos de la LPRL no razona la exclusión. GARCÍA VALVERDE, María Dolores, “Una exclusión ‘particular’ de la Ley de Prevención de Riesgos...”, cit., pág. 169.

1042 MONTOYA MELGAR Alfredo, y PIZA GRANADOS, Jaime, *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, ed. Mc Graw-Hill 1996, pág. 76. Alude a que el proceso de trabajo carece de riesgos importantes como fundamento de la exclusión SALA FRANCO, TOMÁS, *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, 2010, pág. 36.

1043 SEMPERE NAVARRO Antonio, y otros, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Cívitas, 1996, pág. 68.

1044 GARCÍA VALVERDE, María Dolores y GARCÍA VALVERDE, Francisco, “La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El juego de la normativa civil y penal”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 11/2005, pág. 16. MORENO CÁLIZ, Susana y MARIN ALBÁ, Sonia, “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”, cit., pág. 8.

1045 EPA a diciembre de 2010, INE, y Anuario de estadísticas laborales 2010. Ministerio de Trabajo.

Según el apartado 1 de la DA 53, se reconocen las prestaciones previstas para la contingencia en el Régimen General en los términos y condiciones a establecer reglamentariamente.

El apartado 2 dispone que la cotización para la contingencia, sobre la base única de cotización del RESD, debía realizarse según el tipo de cotización previsto al efecto en la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que en su epígrafe 95 ya preveía un tipo de cotización del 1,15 para los hogares que empleasen personal doméstico: 0,70 por IT y un 0,45 por IMS. El año siguiente y sucesivos vuelve a aparecer la actividad, con un tipo del 1,10 (0,65 para IT y 0,45 para IMS)¹⁰⁴⁶.

La carga de cotización por contingencias profesionales debía correr a cargo del empleador, salvo en el caso de trabajadoras discontinuas, en el que iba exclusivamente de cuenta de la trabajadora con el resto de sus cotizaciones.

El apartado 3 establece que en contingencias profesionales no será de aplicación el régimen de responsabilidades del art. 126 de la LGSS.

El desarrollo reglamentario no se produjo hasta el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto 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 Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar. La norma entró en vigor el 1 de enero de 2012, por lo que su vigencia se limita a los seis meses de vida del RESD, y solo para quienes no hayan realizado el traspaso al Régimen General durante el plazo concedido. Es posible que la puesta en vigor de una norma que tendrá seis meses de vigencia responda al propósito de evitar situaciones desiguales entre personas que se dedican a la misma actividad.

La protección de la nueva contingencia tiene varias diferencias respecto al Régimen General, lo que viene permitido por el tenor literal de la disposición de la Ley de Presupuestos, que al extender la prestación al RESD decía “(...) Por las contingencias indicadas se reconocerán 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”. Tal como señalaba el Dictamen del Consejo de Estado, de 27-10-2011, el texto no dejaba abierta la definición de la contingencia, pero sí la posibilidad de diferencias tanto en el contenido de la protección como en sus requisitos de acceso¹⁰⁴⁷.

El concepto de accidente de trabajo y la enfermedad profesional del art. 3 de la norma remite a los arts. 115 y 116 de la LGSS sin ninguna variación respecto al Régimen General, lo que incluye los accidentes “in itinere” y mantiene la presunción de accidente para los ocurridos en el lugar y tiempo de trabajo. El tratamiento del concepto de accidente se aparta así del paralelismo legal que durante la vida del RESD ha existido en el régimen de protección de las trabajadoras discontinuas y los autónomos del RETA¹⁰⁴⁸, aunque es similar al concepto que para el trabajador autónomo económicamente dependiente fija el art. 26.3 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo.

1046 Tipo modificado por la disposición final decimotercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, mantenido en la tarifa de los años siguientes.

1047 Dictamen 1505/2011, Colección Dictámenes del Consejo de Estado, BOE, 2011.

1048 El RD 1273/2003, de 10 de octubre, regulador de las contingencias profesionales en el RETA, en su art. 3º da un concepto de accidente que excluye el “in itinere” y suprime la presunción de accidente para los ocurridos en el lugar y tiempo de trabajo, cuya conexión con el trabajo debe probarse.

9.7.1. El recargo de las prestaciones

El alcance de la acción protectora contiene una importante variación con respecto al Régimen General. Según el art. 3.2 no es de aplicación “el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social”.

El art. 123 de la LGSS dispone que todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50%, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

La disposición que exceptúa de posible recargo las prestaciones de origen profesional en el contrato de trabajo doméstico lleva en sí misma la motivación: la falta de medidas de prevención de riesgos laborales en el sector. La LPRL, en su art. 3.4, a continuación de la exclusión del servicio del hogar familiar de su ámbito de aplicación, señala que no obstante el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene.

Por su parte, el art. 13 del DRLE de 1985 establecía la obligación del empleador de cuidar que el trabajo de sus empleados se realice con las debidas condiciones de seguridad e higiene, y el posterior art. 7.2 del RD 1620/2011, dispone que el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico. La redacción de la norma de 2011 enfatiza más la obligación del empleador, al añadir a la versión de 1985 la obligación de adoptar medidas eficaces en materia de seguridad y salud y el tener en cuenta las características específicas del trabajo doméstico.

La cuestión de si el recargo sobre la prestación derivada de una contingencia profesional es aplicable aún en la relación laboral excluida de la LPRL, exige responder si la responsabilidad patronal puede existir aunque no haya infracción de una norma de prevención específica. El art. 123 LGSS en su primera parte habla de carencia de dispositivos reglamentarios, lo que parece remitir a una obligación de seguridad delimitada por normas; pero en su parte final habla de responsabilidad por falta de medidas elementales de salubridad o por inadecuación personal al trabajo teniendo en cuenta las condiciones del trabajador, por lo que las órdenes de trabajo que no se ajusten a las condiciones de la persona o la pongan en riesgo evidente, o la omisión del deber de vigilancia sobre las mínimas condiciones de salud que debe reunir el desempeño del trabajo doméstico hubiesen tenido encaje como supuestos de recargo del art. 123 LGSS. En esta línea se pronuncian algunas resoluciones judiciales¹⁰⁴⁹.

Tal como señala la STS de 30 de junio de 2003 (ROJ 4567) en su f.º 2º 1, “en nada afecta a la responsabilidad empresarial, que ésta derive del incumplimiento de expresas normas reglamentarias, o de la no adopción de medidas que exige la más elemental cautela cuando se manejan elementos de los que puede derivar un riesgo grave o inminente con ocasión del trabajo”. Lo que responde a la deuda general de seguridad contraída por el empleador con sus trabajadores, por el solo hecho de que presten servicios bajo su ámbito de organización.

1049 Citadas por IGARTUA MIRÓ, M^a Teresa, *Sistema de Prevención de Riesgos Laborales*, cit., pág. 326.

Tal como se ha señalado, existen normas concretas sobre tiempo de trabajo en el empleo doméstico, las de su regulación especial, que de ser infringidas podrían dar lugar al recargo de prestaciones. La redacción del art. 123 de la LGSS remite a los daños físicos, pero también los síquicos son causa de prestaciones por contingencias profesionales, que podrían tener su recargo a costa del empleador responsable de la infracción de las normas sobre tiempo de trabajo y periodos de descanso.

9.7.2. Consecuencias de la falta de alta

El art. 4 del RD 1596/2011 señala el requisito del alta para el cobro de las prestaciones derivadas de las contingencias profesionales, pero en su apartado 2 dice: “No obstante lo indicado en el apartado anterior, cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven en virtud de lo establecido en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto”.

Se exceptúa por tanto la aplicación del art. 126.2 de la LGSS, en la medida en que cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones señaladas no se le imputa responsabilidad en el pago de las prestaciones, limitando la exigencia de responsabilidad al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven del incumplimiento en virtud de lo establecido en la LISOS.

La excepción del art. 4.2 a la norma general de la responsabilidad solo se produce en las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, y no en las comunes, dado que el art. 1º.2 del DRESS declara de aplicación supletoria las normas del Régimen General, lo que en el caso de las contingencias comunes ha tenido como consecuencia la aplicación del régimen de responsabilidades por falta de alta o cotización sin ninguna particularidad.

La ausencia de responsabilidad en el pago de las prestaciones derivadas del accidente laboral priva de un importante elemento de presión para que la parte empleadora cumpla su obligación de dar de alta, y es incoherente con la responsabilidad en relación al resto de prestaciones.

El art. 4.2 del reglamento incorpora el principio de automaticidad respecto de todas las prestaciones económicas derivadas del accidente, que no es aplicable en el supuesto de las trabajadoras obligadas a solicitar ellas mismas el alta; según el art. 4.3, el incumplimiento de esta obligación por su parte les impide el acceso a las prestaciones. Según el párrafo segundo del mismo artículo, si cumplida la obligación de solicitar el alta la trabajadora no se encuentra al corriente en el pago de las cuotas, le será de aplicación el mecanismo de invitación al pago del RETA.

Por Ley 52/2003, de 10 de diciembre, que añade la DA 39 a la LGSS, ya se había establecido la obligación de estar al corriente en el pago de las cuotas para poder acceder a las prestaciones por parte de los trabajadores responsables del ingreso de sus cotizaciones, aunque la correspondiente prestación fuese reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena. A tal efecto, se declaró aplicable el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, del RETA, que ya había venía aplicándose al RESS por resolución administrativa¹⁰⁵⁰.

1050 Oficio circular 4/1985, de 9 de enero, de la Dirección General del INSS, que transcribe la Resolución de la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social, de 23-9-1983.

9.7.3. Incapacidad temporal

El subsidio de incapacidad temporal por contingencias profesionales mantiene la particularidad de no reconocerse desde el día inmediatamente posterior al de la baja y a cargo de la Seguridad Social, como en el Régimen General, sino que según el art. 5.2 se abona a partir del cuarto día hasta el octavo, a cargo del empleador, y desde el noveno en adelante a cargo de la Seguridad Social. Tal como se señaló, existía habilitación legal para disminuir la protección por accidente. Aún así, la diferencia de trato no se justifica.

Según el art. 5.3, la cuantía de la prestación es del 75% de la base de cotización del mes anterior a la baja, que se mantendrá durante todo el proceso de incapacidad temporal salvo que se produzca un cambio en la base única de cotización, supuesto en el que se tendrá en cuenta esta última. La referencia al cambio de la cuantía del subsidio al cambiar la base de cotización no hace sino trasladar las normas del Régimen General, regla contenida cada año en las sucesivas Órdenes de cotización¹⁰⁵¹.

9.7.4. Riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural

El art. 6 de la norma comentada reitera la aplicabilidad del RD 295/2009, de 6 de marzo en relación con las prestaciones de riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, sin añadir ninguna precisión especial y sin subsanar el defecto preexistente en el procedimiento para la tramitación de la prestación en lo referente a las trabajadoras discontinuas. Al continuar siendo única la base de cotización, no hay distinción en la base reguladora de la prestación, que será la del mes anterior a la baja, la misma que para una contingencia común.

9.7.5. Pensiones por contingencias profesionales

Según el artículo 7, en materia de incapacidad permanente, muerte y supervivencia, la base reguladora de las pensiones derivadas de contingencias profesionales es la de cotización en la fecha del hecho causante de la prestación. De acuerdo con esto, en las pensiones de muerte y supervivencia de personas en situación de alta la base será la del mes de la defunción, que es el del hecho causante.

Respecto a las prestaciones por lesiones permanentes no invalidantes e invalidez permanente, el art. 7 declara de aplicación el RD 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social y sus normas de aplicación.

Según el art. 13 de la Orden de 18 de enero de 1996, que desarrolla la norma anterior, en las pensiones de Incapacidad Permanente la fecha del hecho causante varía dependiendo del proceso anterior a la declaración de Invalidez. Si hubo alta con propuesta de incapacidad será esta fecha, en otro caso será la del dictamen-propuesta del EVI.

La disposición tiene sentido de acuerdo al sistema de cotización sobre una base única en la que no se reflejan los salarios reales. El Reglamento de accidentes de trabajo de 22 de junio de 1956, en su art. 60.2º dispone una fórmula para el cálculo de la pensión derivada de accidente que tiene como referencia los salarios del día del accidente, lo que en el caso del RESS hubiese resultado menos favorable que lo que se establece: la base de cotización de la fecha del hecho causante, que nunca será inferior a la del accidente y puede ser más elevada si ha experimentado aumentos durante el periodo posterior.

¹⁰⁵¹ En la fecha de publicarse la norma, en el art. 6.4 de la Orden de 18-1-2011.

9.7.6. Aseguramiento de la contingencia

Según la DTr única, los empleadores que a la entrada en vigor del Reglamento citado (publicado en el BOE de 2 de diciembre de 2011 y en vigor desde el 1 de enero siguiente), tuviesen trabajadores en alta, o los propios empleados de hogar de carácter discontinuo que estuviesen de alta en ese momento, tenían un plazo de 30 días hábiles para escoger la entidad con la que formalizar la cobertura de las contingencias profesionales. Agotado el plazo sin realizarse la elección, la TGSS atribuía de oficio la cobertura al INSS.

La norma introdujo reformas en dos reglamentos generales, el RD 84/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas y el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, sobre cotización, que no hicieron más que adecuar su texto a la incorporación de la nueva contingencia.

La incorporación de las contingencias profesionales en el RESS, con las modalidades que se han comentado, se refiere en principio al Régimen Especial. El preámbulo del RD 1596/2011 señala que el desarrollo reglamentario se hace sin perjuicio de la adaptación que será preciso realizar cuando entre en vigor lo dispuesto en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, sobre la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, sin que hasta la fecha en que se redacta este escrito se haya realizado cambio alguno.

Parte V.
La integración
en el Régimen General

1. El Régimen de hogar en los planes de reforma y pactos sobre seguridad social

Las grandes reformas del sistema de la Seguridad Social han tenido como referente al Régimen General, lo que es explicable por ser el de mayor peso en cuanto a personas afiliadas y recaudación. También ha sido el ideal de cobertura al que según el art. 10 de la LGSS debían tender los restantes. Hasta los acuerdos de desarrollo del Pacto de Toledo, la regulación específica de los regímenes especiales no aparece como objeto de los grandes pactos.

A partir de la creación del sistema de seguridad social con la aprobación de la Ley de Seguridad Social de 1966, la extensión de los sujetos protegidos y ampliación de las prestaciones ha ido acompañada de la preocupación por la viabilidad del conjunto del sistema, aunque en el periodo que alcanza hasta el año 1974 las reformas amplían derechos de acceso y la cuantía de las prestaciones sin otro movimiento de signo contrario, lo que no sucederá más adelante¹⁰⁵².

La Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la acción protectora del RGSS, que da un gran salto en las prestaciones, se aplicó a los Regímenes Especiales en aquello que se remitiesen al Régimen General (DA 5^a) sin cambios en su régimen de cotización, lo que aumentó su desequilibrio entre ingresos y gastos¹⁰⁵³.

En el contexto de la crisis económica de los años 70 se publica el *Libro Blanco de la Seguridad Social*, editado por la Subsecretaría de la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo en 1977, que hace un diagnóstico de la situación del sistema y propuestas de reforma. Con respecto a la existencia de Regímenes Especiales, señala que una de las principales conclusiones del estudio es la necesidad de una rápida equiparación e integración entre los distintos regímenes (pág. 12). En el análisis del RESS se dice que la particularidad laboral del trabajo doméstico no impide su inclusión en el Régimen General (pág. 183) y se señalan como problemas el que la asistencia sanitaria a los pensionistas se hacía depender de un aseguramiento voluntario¹⁰⁵⁴, el fuerte periodo de espera en la prestación de ILT, la falta de las prestaciones de desempleo y protección a la familia, así como la coincidencia de la base reguladora con el salario mínimo, lo que deprime los niveles de protección (págs. 183-184)¹⁰⁵⁵. La

¹⁰⁵² GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, FERRERAS ALONSO, Fidel y TEJERINA ALONSO, José Ignacio, *Evolución y tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica*, Ministerio de Trabajo, Colección Informes 1985, págs. 90-94.

¹⁰⁵³ *Ibidem*, pág. 90, nota al pie 101, citando el estudio sobre la incidencia de la Ley 24/1972 en los Regímenes especiales, realizado por PEREDA MATEOS y DESDENTADO BONETE, *Estudio del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, 1974.

¹⁰⁵⁴ A la fecha, el problema ya había desaparecido por Orden de 28-2-1972, que extendió la asistencia sanitaria a los pensionistas del RESS.

¹⁰⁵⁵ La pobreza de las prestaciones era común a otros Regímenes como el de los toreros, representantes de comercio o escritores de libros, que se integrarían a partir del año 1985 en el Régimen General.

debilidad de la presión contributiva se interpreta como una bonificación de las contribuciones para no encarecer el mercado de trabajo doméstico (pág. 208).

El *Libro Blanco* registra un aumento moderado de las personas cotizantes en el RESS, que en 1976 llegan a 302.600, pero prevé que el descenso de la población activa dedicada al servicio doméstico, por haber pasado a ocuparse en otros sectores, limitará el ascenso de la afiliación y planteará un desequilibrio entre activos y pensionistas del Régimen (pág. 191). Contra lo previsto, la cifra de personas de alta fue siempre superior hasta el año 1986; entonces se sitúa por debajo y continúa un descenso que alcanza su punto mínimo en 1997. Posteriormente ha seguido un camino ascendente y actualmente es ligeramente más alta.

El *Libro* propone la integración del RESS en el Régimen General, junto a todos los demás trabajadores por cuenta ajena de los restantes regímenes especiales, salvo el de los trabajadores agrícolas, integrable en el Régimen General a más largo plazo. La estructura del sistema quedaría así en cuatro grandes bloques: el Régimen general de los trabajadores dependientes, los Regímenes especiales de la función pública, el Régimen especial de los trabajadores agrícolas y el Régimen especial de autónomos, aparte de la protección específica de los estudiantes (pág. 213).

Los Pactos de la Moncloa de 25-10-1977, suscritos por los grupos representados en el parlamento español, en el capítulo VI sobre Seguridad Social establecen como criterios para su financiación la progresividad, la eficacia y la redistribución, estableciendo las cotizaciones conforme a los niveles de renta de los cotizantes referidos a sus salarios reales, y una sustancial elevación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema, fijándose una meta del 20% para el año 1983, sin especificar las prestaciones a las que debía destinarse¹⁰⁵⁶.

En cuanto a los regímenes especiales, acuerdan la equiparación del REA al Régimen General de manera paulatina y en función de las disponibilidades económicas, con revisión de los sistemas de cotización y los criterios de las prestaciones; además prevén el reforzamiento de la protección por desempleo de los trabajadores del REA y del Mar.

En los Pactos de la Moncloa no existe ninguna otra previsión de futuro sobre avances en el proceso de homogeneización del resto de Regímenes, pero sí un concepto, el de redistribución, que legitima la falta de proporción entre aportaciones individuales y prestaciones de la Seguridad Social y que contrastará con la tendencia posterior al consenso sobre la contributividad como criterio de adjudicación de las prestaciones.

El Acuerdo Marco Interconfederal sobre negociación colectiva de 5-1-1980, suscrito por UGT y CEOE, no contiene ninguna previsión en materia de Seguridad Social, salvo el compromiso de los firmantes de plantear al gobierno que considerase la conveniencia de establecer una jubilación ordinaria a los 64 años como medida de fomento del empleo (DA 2ª), medida que en el contexto en que se está proponiendo se refiere al Régimen General.

El posterior Acuerdo Nacional sobre empleo (ANE) de 9-6-1981, suscrito por el Gobierno junto a la CEOE, UGT y CCOO, inicia el camino del tripartismo¹⁰⁵⁷. En materia de Seguridad Social se acuerda la reducción para el ejercicio 1982 de un punto en la cotización en el Régimen General y los especiales

¹⁰⁵⁶El proceso de aportación finalista de los Presupuestos del Estado a la Seguridad Social comienza con los de la Ley 37/1988, para 1989, que señalan en su art. 9 la finalidad de la contribución estatal: asistencia sanitaria y complementos a mínimos.

¹⁰⁵⁷ MONTROYA MELGAR, Alfredo, "El pacto social sobre empleo y sus instrumentos jurídicos", Texto actualizado de la Ponencia expuesta por su autor en el II Encuentro Iberoamericano de Relaciones Laborales. Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social y Organización Internacional del Trabajo, Madrid, 15-18 marzo, 1982, *Anales de Derecho*, núm. 4, 1983, pág. 9.

asimilados al General a estos efectos, lo que se lleva a efecto en el RD 125/1982 de 15 de enero. La reducción no afecta al trabajo por cuenta ajena del REA y al RESS. Se pacta el establecimiento de bonificaciones en las cuotas de seguridad social como medida de fomento del empleo, recogidas en el RD 1362/1981, que no incidían en las cuotas al RESS por ser anteriores a la regulación laboral del sector.

Al mismo tiempo, el ANE acordó crear una Comisión Especial Tripartita sobre Racionalización y Mejora de la Seguridad Social, a la que el Gobierno debía entregar una propuesta en el plazo de seis meses, para que una vez discutida y antes del 31-1-1982 se le formularan las propuestas a que se hubiese llegado de común acuerdo. A tal fin, el Ministerio de Trabajo encarga un documento-base al Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, que se publica en septiembre de 1981, titulado *Criterios para la racionalización y mejora de la Seguridad Social*, en cuya primera parte sobre demandas y propuestas sociales de reforma está ausente la problemática del RESS¹⁰⁵⁸.

En relación a la organización del sistema, según el texto, la existencia de regímenes especiales se justifica inicialmente por razones económicas, y su pervivencia se explica por su significación política de origen: tratamiento desigual de los diferentes grupos profesionales según su poder, que se perpetúa asimismo por inercia burocrática¹⁰⁵⁹. Critica la confusión entre los institutos jurídicos de Regímenes y Sistemas Especiales, que en teoría debían estar delimitados por la diferencia de prestaciones en el caso de los primeros o de las técnicas de encuadramiento o recaudación en los segundos, sin que se aplique la distinción en la práctica (págs. 245-247). Se propone la simplificación de todos los regímenes en dos: trabajadores por cuenta ajena y autónomos y, dependiendo de los niveles de protección que se establezcan en el futuro, un último régimen de no trabajadores (pág. 267).

El debate sobre el futuro de la Seguridad Social va cogiendo fuerza y se refleja en los documentos que recoge la revista *Papeles de Economía Española*, nº 12-13, de 1982, con la posición de personas estudiosas y gestores de entidades diversas. Se constata la multiplicidad de regímenes como problema y su diferente protección como contraria a la equidad, explicándose su existencia no en necesidades objetivas de los colectivos protegidos, sino en su diferente influencia política o social¹⁰⁶⁰.

El Gobierno presentó para su estudio por la Comisión Tripartita una *Propuesta de medidas de racionalización y mejora de la Seguridad Social* (el llamado Libro Verde), que desde el inicio presentaba como problema la complejidad y confusión creada por la multiplicidad de regímenes del sistema y propone su simplificación integrando regímenes y dejándolos en un Régimen General Laboral, de trabajadores por cuenta ajena y un Régimen General de Autónomos, dentro de los que habría Sistemas Especiales que mantendrían las peculiaridades verdaderamente imprescindibles¹⁰⁶¹. El análisis de los problemas de cada una de las prestaciones es plenamente aplicable al Régimen General, y no hay mención alguna a las especificidades de los regímenes especiales¹⁰⁶².

1058 La ausencia de mención a la problemática del RESS se refleja por ejemplo en el Tomo I, pág. 185. Al referirse a los debates parlamentarios sobre la ley básica de empleo, se señala que contra las propuestas generalizadoras del PSOE se deja fuera de protección por desempleo a una serie de sectores, entre los que menciona únicamente los trabajadores autónomos y ciertas categorías de trabajadores agrarios, no mencionando a los empleados de hogar.

1059 *Criterios para la racionalización y mejora de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Sanidad y Seguridad Social, septiembre 1981, Tomo II, págs. 228-230.

1060 FUENTES QUINTANA, Enrique; BAREA TEJEIRO, José; GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo y GARCÍA DE BLAS, Antonio, "Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social española", *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pág. 52. Más extensamente, VIDA SORIA, José, "Los regímenes especiales", en el mismo monográfico, págs. 155-165.

1061 "Propuesta de medidas de racionalización y mejora de la Seguridad Social", de Presidencia del Gobierno, diciembre 1981, *Ibidem*, pág. 16.

1062 Como índice de la omisión, la Incapacidad Temporal se analiza solo desde el Régimen General. *Ibidem*, pág. 9.

La CEOE presenta una posición muy crítica respecto al Libro Verde, y en relación a los Regímenes Especiales propone su futura, prudente y paulatina armonización con el Régimen General. El Sindicato CCOO realiza dos aportaciones a la Comisión. Por una parte, en un documento de comentario al del gobierno, incluye entre sus críticas la ausencia de una referencia pormenorizada y la falta de alternativa a la cuestión de la multiplicidad de regímenes¹⁰⁶³.

Sin embargo, en un segundo documento, denominado *Alternativa de Comisiones Obreras a la Comisión de Seguridad Social*, respecto a la estructura del sistema, propone junto a los dos grandes regímenes de trabajadores por cuenta ajena y propia, el mantenimiento de regímenes especiales —que no nombra para colectivos específicos que así lo requieran por razón de actividad, sector económico o profesión, pidiendo en otro apartado el mantenimiento de los derechos adquiridos en los Regímenes del Mar y Minería del Carbón. Respecto a las aportaciones del Estado, defiende que se mantengan para enjugar los déficits de determinados regímenes especiales, que no cita¹⁰⁶⁴.

La UGT, en su documento *Posición de UGT ante la propuesta de la Administración sobre racionalización y mejora de la Seguridad Social*, en lo que se refiere a los Regímenes Especiales critica la propuesta de la Administración de unificarlos en dos, porque no tiene en cuenta la diferente capacidad contributiva que impediría la uniformidad de la acción protectora de algunos regímenes especiales y el Régimen General, salvo que se asumiese la necesidad de un notable incremento del coste o una degradación de la acción protectora¹⁰⁶⁵. En el comentario sobre la estructura del sistema, se critica la proliferación de regímenes especiales y se realizan críticas concretas a la exclusión parcial de determinadas prestaciones para algunos colectivos que menciona a título de ejemplo, entre los que no está el RESS. En el apartado de la incidencia del déficit en los regímenes especiales, el comentario sobre la problemática concreta de cotización se refiere solo al REA. Entre las propuestas, UGT propone integrar en el Régimen General a los trabajadores por cuenta ajena de todos los sectores salvo los del REA, régimen que se mantendría, así como el RETA. Respecto al RESS, se propone su mantenimiento transitorio hasta que se regule la relación laboral especial, momento en que podría considerarse su inclusión en el Régimen General como sistema especial¹⁰⁶⁶.

A la vista de las aportaciones la presidencia de la Comisión presenta el *Documento de Síntesis*, que en relación con los regímenes especiales únicamente señala que se mantendrán determinados regímenes especiales de trabajadores que se requieran por la actividad, sector económico o profesión, sin más concreción, añadiendo que en el futuro deberá adoptarse un criterio restrictivo en el tema¹⁰⁶⁷.

En Marzo de 1982, un nuevo gobierno presenta el *Programa de mejora y racionalización de la Seguridad Social* (el llamado Libro Amarillo), que incorporaba a las propuestas del Libro Verde algunas proposiciones del Documento de Síntesis elaborado por la Comisión especial del ANE¹⁰⁶⁸.

1063 CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS, “Crítica al Documento presentado por la Administración a la Comisión de Seguridad Social”, *Ibidem*, pág. 60.

1064 “Alternativa de Comisiones Obreras a la Comisión de Seguridad Social. Punto V.2 del ANE”, *Ibidem*, págs. 83 y 85.

1065 “Posición de UGT ante la propuesta de la Administración sobre racionalización y mejora de la Seguridad Social”, *Ibidem*, pág. 94.

1066 *Ibidem*, pág. 115.

1067 *Ibidem*, pág. 147.

1068 Informe *Evolución y tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pág. 47.

En enero de 1983, la Confederación Nacional de Entidades de Previsión Social publica *Un nuevo sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*¹⁰⁶⁹. Bajo la rúbrica “Distinta extensión objetiva de la protección y falta de homogeneidad de la misma como consecuencia de la fragmentación del sistema en una pluralidad de Regímenes”, se ejemplifican las diferencias de protección mencionando todos los regímenes a excepción del de servicio doméstico¹⁰⁷⁰. Al analizar la entonces ILT, en el apartado de duración de la situación no hace ninguna mención al periodo de espera en los regímenes especiales (pág. 276) o al realizar la historia de la protección de los accidentes laborales omite la excepcionalidad de la falta de cobertura de la contingencia en el RESS (pág. 493 y ss).

El Acuerdo Económico y Social (AES) de 9-10-1984¹⁰⁷¹, que no suscribió CCOO, pacta la reducción de 0,3 puntos en la cotización al Régimen General, RETA y regímenes asimilados, la reducción de un 10% en la tarifa de primas por accidentes, así como el incremento del 7% en la cuantía de las pensiones. El art. 13 prevé la constitución de una comisión tripartita para la reforma de la Seguridad Social, que sienta las bases de su futuro, a la que se le dan tres meses para formular sus propuestas sobre la base de la documentación que el Gobierno se obliga a presentar.

El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social prepara el *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la comisión tripartita del Acuerdo Económico y Social*, que se publica en los primeros meses de 1985¹⁰⁷². Entre los problemas detectados en materia de acción protectora, se señala la diferencia de protección entre los regímenes y la pérdida del carácter sinalagmático de las prestaciones. Con respecto a esta última cuestión, se recoge el problema de la desincentivación de la cotización en los regímenes especiales en los que mayores periodos de contribución no necesariamente llevan aparejados mayores importes de la pensión, dado que en algunos regímenes las cuantías iniciales difícilmente superan la mínima. No se mencionan los problemas específicos del RESS al tratar los desequilibrios por defecto en la protección, y el convenio 102 de la OIT se considera en general cumplido por la legislación española, aunque no lo estaría desde la perspectiva del RESS¹⁰⁷³.

Entre las propuestas, se propone la simplificación de regímenes manteniendo un Régimen General, un Régimen de Autónomos, de Funcionarios Públicos y Agropecuario¹⁰⁷⁴, dando lugar dentro de cada uno a los sistemas especiales que fuesen necesarios. La existencia de Regímenes, con sus particularidades en acción protectora y cotización, no debe ser obstáculo para que se incremente al máximo la financiación compatible con una aplicación razonable del principio de solidaridad, así como una homogeneización creciente con el Régimen General. La garantía de mínimos se propone sea función del nivel no contributivo, suprimiendo la garantía en la pensión profesional (pág. 125).

1069 Editado por el Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, en la Colección Monografías de Seguridad Social, núm. 4, 1983. El autor de la obra es GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo.

1070 Ver págs. 191-193. Menciona REA, Escritores de libros, Futbolistas Profesionales, RETA, Artistas, Representantes de Comercio, Toreros, Regímenes de Funcionarios Civiles del Estado y de las Fuerzas Armadas y Clases Pasivas.

1071 Publicado en el BOE 10-10-1984.

1072 *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la comisión tripartita del Acuerdo Económico y Social*, VVAA, (dir. Jiménez, Adolfo), Colección Informes, Ministerio de Trabajo, 1985, pág. 33.

1073 A lo largo de la obra, son numerosos los ejemplos de ausencia de análisis sobre el RESS: ausencia de comentario sobre la desprotección de la IT (pág. 34 y 40), o la falta de contingencias profesionales (pág. 32). Sobre el cumplimiento del Convenio 102 OIT, como ya se vio el RESS no garantiza el nivel de prestaciones de aquél. Véase parte IV, 6.3.2.

1074 *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la comisión tripartita...*, cit., pág. 111.

Como contribución a la reflexión sobre las reformas a proponer en el seno del AES, el Ministerio de Trabajo presenta un estudio sobre *Evolución y tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica*¹⁰⁷⁵, el llamado Libro Azul, que hace un balance de las posiciones que han defendido la reforma de la Seguridad Social a partir de 1975. La eliminación de las desigualdades en la protección motivadas, entre otros factores, por la actividad profesional, es un objetivo que suscriben tanto los estudios provenientes de integrantes de las entidades gestoras, expresados a través de los trabajos del Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social, como la doctrina universitaria y experta¹⁰⁷⁶. La Comisión Tripartita del AES no llegó a ningún acuerdo en materia de Seguridad Social, acuerdo que no se llega a producir entre gobierno y sindicatos hasta 1996.

Respecto a los pronunciamientos de la doctrina, el RESS ha sido objeto de escasa atención, lo que puede decirse de todos los demás regímenes especiales¹⁰⁷⁷. En general, salvo cuando el objeto del estudio es específicamente el RESS, incluso cuando se analiza la problemática de los Regímenes Especiales, las menciones al de Hogar son escasas, inferiores a la importancia numérica de sus integrantes y a su presencia en la vida cotidiana de quienes investigan y escriben. La tendencia cambia a partir de los trabajos preparatorios para el cumplimiento de los objetivos del Pacto de Toledo.

Los acuerdos a partir del Pacto de Toledo

El 15 febrero de 1994, el Congreso de los Diputados aprobó una Proposición no de Ley para crear una Ponencia que analizase la situación del sistema y los cambios necesarios para su viabilidad. La exposición de motivos de la proposición, entre otros aspectos de la crisis del sistema, señalaba la carga económica de los regímenes especiales sobre el Régimen General. El resultado del *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*, contenía una serie de recomendaciones recogidas en un texto que fue aprobado por el Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995¹⁰⁷⁸, y en adelante se conoce como Pacto de Toledo. La cuarta recomendación, sobre financiación de los Regímenes especiales, proponía que hubiese una semejante aportación contributiva a igualdad de acción protectora, y en la sexta, la simplificación e integración gradual de los Regímenes Especiales, hasta dejar uno de trabajadores por cuenta ajena y otro de trabajadores por cuenta propia. Se preveía, no obstante, contemplar 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. Junto a las recomendaciones que específicamente mencionaban los regímenes especiales, hubo otras que iban a tener un impacto importante en el desarrollo futuro del sistema.

La primera recomendación, sobre separación y clarificación de las fuentes de financiación, proponía acelerar el proceso de separación de fuentes en función de la naturaleza contributiva o no contributiva de las prestaciones y ahondaba en el concepto de separación estricta entre ambas, con lo que anticipaba lo que luego llegaría a ser la rebaja del complemento a mínimos en las pensiones contributivas.

La novena recomendación, sobre la equidad y el carácter contributivo del sistema, proponía reforzar la proporcionalidad entre prestaciones y lo que se denominó esfuerzo de cotización realizado, para lo que

1075 GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, FERRERAS ALONSO, Fidel y TEJERINA ALONSO, José Ignacio, *Informe Evolución y tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

1076 *Ibidem* pág. 35-38.

1077 Así lo señalaba VIDA SORIA, José, en su artículo “Los Regímenes especiales”, de *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982, pág. 165.

1078 Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, núm. 134, de 12 de abril de 1995.

se debía cambiar la técnica de cálculo de las pensiones, con un efecto general de rebaja en las mismas, que se iba a ver compensado con el fomento de un sistema de prestaciones complementarias libres, al que se refería la recomendación nº 14.

A partir del Pacto de Toledo, los sindicatos CCOO y UGT y el gobierno firman el *Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de seguridad social*, de 9-10-1996. Se pactaron importantes reformas en materia de prestaciones, una de las cuales, el establecimiento del cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones de jubilación e incapacidad permanente sobre las bases de cotización de los meses inmediatamente anteriores al de la fecha del hecho causante, impactó muy específicamente en los regímenes especiales carentes de cobertura de vacíos, RETA y RESS. En materia de regímenes especiales, se acuerda estudiar la gradual convergencia de cotizaciones y prestaciones de los regímenes que deben confluir en el Régimen General y el RETA, con medidas legislativas a preparar en un plazo que se sitúa dentro de la legislatura, tarea que se encomienda a la Comisión permanente que se crea para el seguimiento del Pacto.

El 9 de abril de 2001, el Gobierno, las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y el sindicato CCOO suscriben el *Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social*, en el que se adoptan por primera vez medidas específicas en relación a la convergencia de regímenes especiales y la homogeneización de sus prestaciones con las del Régimen General. Se acuerda la mejora de las prestaciones del RETA y de los autónomos del REA y del Mar, incluyendo en su acción protectora la Incapacidad Permanente Total cualificada, e incorporar en el RETA la protección por contingencias profesionales.

Respecto al REA, se acuerda adoptar las medidas necesarias para evitar la discriminación de las mujeres agrarias en orden a su inclusión en el Régimen y para asegurar el encuadramiento y afiliación correctos de los trabajadores agrarios. Con respecto al proceso de simplificación de regímenes, se acuerda que deberá iniciarse con la integración en el RETA de los autónomos del REA y del Mar, y que se constituirá una Mesa para analizar la integración en el Régimen General de los trabajadores por cuenta ajena del REA. El pacto no contiene ninguna previsión respecto al RESS¹⁰⁷⁹. La vigencia del Acuerdo se extendía hasta el año 2004.

Ante la falta de definición sobre las perspectivas del RESS, se dirigió una pregunta al Gobierno, que en comunicación de fecha 19 de septiembre de 2002 señaló que su intención era incorporar al RETA a todos los trabajadores incluidos en el RESS, una vez que el régimen de autónomos hubiese logrado la máxima equiparación con el Régimen General¹⁰⁸⁰.

El 30 de mayo de 2000, el Congreso de los Diputados acordó crear una Comisión No Permanente para la valoración de los resultados obtenidos en la aplicación de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, compuesta por Diputados, con la misión de hacer balance de resultados y estudiar el desarrollo futuro del sistema de Seguridad Social. El 30 de septiembre de 2003 la Comisión realiza su primer informe, que presenta en el Congreso de los Diputados¹⁰⁸¹.

1079 Hecho que señalaba RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, "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", *Tribuna Social*, núm. 131, noviembre 2001, pág. 44.

1080 La respuesta, de la Secretaría del Gabinete de Presidencia del Gobierno, se dirigió a Jesús González Cique, autor de una petición sobre la situación de discriminación de las empleadas de hogar en España, publicada en el BO Cortes Generales, serie I, núm. 159, de 9 de marzo de 2001.

1081 BOCG serie D, 2-10-2003, núm. 596.

En el balance del desarrollo del Pacto, sobre regímenes especiales solo hay referencias al RETA, el REA y el del Mar. Respecto al proceso de simplificación de regímenes, señala la necesidad de realizar previamente un estudio exhaustivo de la situación de REA y Mar, cuáles son los sectores que protegen y la conveniencia de establecer periodos graduales de integración no traumática, que el sistema de seguridad social podría financiar en parte; asimismo se propone que sigan adoptándose medidas para evitar la discriminación de las mujeres en el REA. No contiene previsión alguna respecto al RESS.

El 8 de julio de 2004, los sindicatos UGT y CCOO, con CEOE, CEPYME y Gobierno, suscribieron la *Declaración para el Diálogo Social 2004*, que abre una nueva etapa a la consecución de acuerdos para favorecer la competitividad, el empleo estable y la cohesión social, señalando los distintos ámbitos del diálogo social, uno de los cuales era la Seguridad Social. Entre los retos en materia de Seguridad Social, se mencionan el reforzamiento de la contributividad, la asunción por parte del Estado de las pensiones no contributivas, el incremento del Fondo de Reserva, la atención a las nuevas realidades sociales, especialmente la dependencia, y la potenciación de los sistemas de previsión social complementaria. Aun cuando no se menciona ningún régimen especial ni prestación concreta, se afirma que el proceso de diálogo sobre las reformas debe acompañarse de los correspondientes estudios y proyecciones actuariales objetivos e independientes y acometerse con horizontes temporales adecuados. Se crea una Comisión de Seguimiento y Evaluación con el fin de establecer las prioridades, el calendario y el método de trabajo para abordar los asuntos objeto del diálogo.

El 13 de julio de 2006, Gobierno, UGT, CCOO, CEPYME y CEOE, suscriben el *Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social* que contiene previsiones sobre regímenes especiales, con mayor o menor detalle. En el capítulo V sobre reformas en la estructura del sistema de la Seguridad Social, se acuerda la integración de todos los trabajadores del REA en los regímenes de Autónomos y General, según proceda. El acuerdo de incorporación de los autónomos del REA al RETA es inmediato, con un sistema especial de cotización. Respecto a los trabajadores por cuenta ajena del REA, se acuerda su integración en el Régimen General el 1 de enero de 2009, con un sistema especial que incluye las prestaciones en un proceso gradual de equiparación que se estima durará entre 15 y 20 años.

Por primera vez en el proceso de diálogo social se realiza una previsión específica en relación con el Régimen Especial de Empleados de Hogar. En ese contexto se acuerda estudiar la regulación de la relación laboral de carácter especial para adecuarla a la realidad del momento. También, y con el objetivo de convergencia de prestaciones con el Régimen General (cita especialmente la cobertura de contingencias profesionales y de la fecha de inicio del percibo de la prestación de incapacidad temporal), acuerdan analizar medidas de aplicación paulatina que permitan la convergencia de tipos de cotización entre ambos regímenes, en el horizonte de que el Régimen Especial de Empleados de Hogar confluya en el Régimen General cuando la identidad de tipos de cotización sea plena. A la vez, se pacta establecer bonificaciones y cursos de formación que permitan la incorporación al Régimen General del trabajo de cuidados realizados en el hogar; y, por último, se acuerda adoptar las medidas oportunas respecto de los trabajadores discontinuos en orden a asegurar el mantenimiento, en tanto se realice la actividad, del alta y de la cotización, así como de un nivel adecuado de protección.

En cumplimiento del pacto, la Ley 18/2007, de 4 de julio, integra en el RETA a los trabajadores por cuenta propia del REA, con un sistema especial, con efectos al 1 de enero de 2008.

En mayo de 2007, el Ministerio de Trabajo anuncia una propuesta de reforma del RESS, que incluye también una reforma del régimen laboral del empleo doméstico¹⁰⁸². El texto de la propuesta, bajo el

1082 Así se recogía en la prensa: “Las empleadas de hogar podrán cobrar el paro y tener vacaciones seguidas”, *El País*, de 21-5-2007.

nombre *El régimen especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar: medidas de convergencia hacia el Régimen General y posterior integración en el mismo*, llega a la Mesa del Diálogo Social en el mes de septiembre. Recoge cambios sustanciales en materia laboral y de seguridad social pero no prevé la inclusión inmediata del RESS en el Régimen General, manteniendo el régimen especial.

En lo que se refiere a cambios laborales con posible trascendencia en materia de seguridad social, el proyecto declara la imposibilidad de establecer el alojamiento como salario en especie, aunque sí se puede establecer la obligación de pernocta. Tampoco caben las deducciones por manutención en caso de que la preparación de las comidas esté dentro de las funciones contratadas. Ambas cuestiones tienen como consecuencia una elevación del salario en metálico, que no tiene trascendencia en materia de cotización ya que el sistema que se propone limita la base por 40 horas semanales a la mínima del grupo 6 de cotización del Régimen General, y para el trabajo a tiempo parcial, a la base mínima por hora en relación con la jornada realizada. Asimismo, se excluye del encuadramiento en el sistema la prestación de servicios inferior a las 20 horas semanales, lo que suponía no ya mantener, sino elevar ligeramente el límite preexistente de las 72 horas mensuales, 18 en promedio semanal.

Establecía la obligación de alta por parte del empleador que contrata 20 o más horas, sin precisar la fórmula de cotización en los casos de pluriempleo en los que se presten servicios por 20 o más horas semanales en más de un domicilio, o en los supuestos en los que se realiza una jornada de 20 o más horas para un empleador y una jornada inferior para otro. En jornadas inferiores a 20 horas para varios empleadores, que superasen en total el umbral de dicha cifra, la obligación de cotizar recaía en la parte trabajadora. Se admitía también la suscripción de convenio especial hasta la base mínima del tiempo completo a las trabajadoras que tuviesen una jornada laboral parcial superior a las 20 horas.

En marzo de 2009, el Ministerio de Trabajo realizaba un informe sobre la situación del diálogo social en torno a las reformas pendientes, entre otros temas, en materia de Seguridad Social. La referencia al contenido de la negociación sobre el RESS traducía el atraso sobre la cuestión, al enunciarlo como modificación del Régimen de Empleados de Hogar, en tanto que en respecto a los trabajadores por cuenta ajena del REA se hablaba de su integración en el Régimen General¹⁰⁸³.

El Gobierno aprueba el 29 de enero de 2010 el *Documento sobre Revisión del Pacto de Toledo*, para su presentación ante la Comisión del mismo nombre. Propone la extensión de la posibilidad de cotizar al sistema de seguridad social por cualquiera de los trabajos realizados en todos los sectores de actividad económica, y en concreto la inclusión a través de un sistema ágil y sencillo de todas las empleadas de hogar como cotizantes a partir de cualquier trabajo periódico. La propuesta del Gobierno se aparta así de su anterior proyecto, en el que exigía una actividad mínima de 20 horas semanales para el encuadramiento en el sistema. Por otro lado, se propone la elaboración de una nueva Ley General de la Seguridad Social, partiendo de la base de que las prestaciones de carácter contributivo tienen carácter general, a excepción de la prestación por desempleo para las empleadas de hogar.

El 32 de enero de 2011, el Congreso de los Diputados aprobó el *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*¹⁰⁸⁴. Respecto al RESS, se propone “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”, así como su integración definitiva en el Régimen General, dentro de un proceso gradual.

1083 *Situación del diálogo social. Relación detallada de los ámbitos de trabajo del diálogo social y de las Mesas de Diálogo Social Reforzado*, Secretaría General de Empleo, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2009, pág. 3. En www.ib.ccoo.es/.../doc14662_Situacion_del_dialogo_social_marzo_2009.pdf.

1084 BOCG, serie D, 31-1-2011, núm. 513.

En relación a la separación y clarificación de las fuentes de financiación, se propone aumentar la contribución del Estado para mejorar las pensiones contributivas de escasa cuantía de trabajadores de regímenes especiales ligados a sectores estratégicos. Menciona como tales la agricultura y la pesca, y, por otra parte, a los autónomos y trabajadores de hogar, que por tener bajos ingresos no pueden realizar aportaciones altas al sistema. Se afirma que el planteamiento no pone en cuestión el principio de contributividad y responde a una situación que se presenta como transitoria, debida a la falta de productividad que aún padecen los sectores que se han señalado¹⁰⁸⁵.

La falta de productividad -entendida como beneficio monetario del trabajo- probablemente sea modificable en el resto de las actividades citadas pero no parece que pueda transformarse en el empleo doméstico por la peculiaridad de las partes y el objeto de los servicios. En esta actividad, legitimar la aportación del Estado a las pensiones contributivas exige reconocer su aportación como sector estratégico en relación a las necesidades reproductivas¹⁰⁸⁶. Ciertamente, las horas de trabajo dedicadas al cuidado podrían tener mayor utilidad económica aplicadas a unidades superiores a la familia, en la actualidad muchas veces unipersonal. El mercado de trabajo en la rama del empleo doméstico podría tender a desaparecer, pero para ello sería preciso una oferta de servicios de atención a las personas externa a los hogares con una dimensión y accesibilidad hoy inexistentes.

El 2 de febrero de 2011 se firma el *Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones* (ASE), en el que son parte CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. En el ámbito de la Seguridad Social se llega a acuerdos sobre numerosas materias que serían posteriormente llevadas a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de seguridad social (LAAM).

Con respecto a la simplificación de regímenes, se pacta la integración de los trabajadores por cuenta ajena del REA en el Régimen General, con un sistema que garantice la equiparación de sus prestaciones, habilitándose un periodo transitorio de evolución de las cotizaciones, con el fin de mantener la competitividad de las explotaciones agrarias. A partir de la Ley de Presupuestos para 2009 y sucesivas ya se habían ido realizando cambios en el sistema de cotización dirigidos a la convergencia con el Régimen General; por otra parte, la negociación estaba muy avanzada porque un mes después, el 8 de marzo de 2011, se firma el preacuerdo de integración de los trabajadores agrarios por cuenta ajena en el Régimen General en la Mesa de Diálogo Social ampliada con las representaciones del sector¹⁰⁸⁷. El proceso de traslación del acuerdo a norma se inició con el anteproyecto de integración del REASS en el Régimen General, objeto de dictamen del CES el 27-4-2011, que recoge las variantes del sistema especial para trabajadores por cuenta ajena agrarios incluidos en el Régimen General, que afectan a la cotización y también a las prestaciones.

El ASE previó que durante el proceso de tramitación parlamentaria de la reforma de la Seguridad Social se procedería 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, sin ninguna otra concreción.

1085 “No se pretende realizar excepciones generales al principio de contributividad del sistema, sino que de forma transitoria los ingresos del Estado se empleen solidariamente para proporcionar pensiones dignas a aquellas personas que desarrollan una actividad económica que aún dista de tener una productividad satisfactoria, y por tanto no pueden realizar un esfuerzo mayor para generar un mayor derecho a su pensión futura”. BOCG cit., pág. 66.

1086 Las organizaciones agrarias demandan una lectura de la aportación de las actividades del campo con criterios no monetarios, señalando los beneficios sociales de mantener la actividad agraria, por lo que se debería atemperar el principio de contributividad. *El trabajo en la agricultura. Estudio Práctico del Sistema de Protección Laboral y de Seguridad Social*, MORENO VIDA, María Nieves y otros, Comares, 2005, pág. 116.

1087 Con la presencia de CEOE, CEPYME, UGT-CEC, CCOO, FTA.UGT, Federación Agroalimentaria CCOO, FE-PEX, ASAJA y el Comité de Gestión de Cítricos.

La integración del RESS en el Régimen General mediante la creación de un Sistema Especial para Empleados de Hogar (SEEH) tiene lugar en la LAAM, pero las condiciones concretas de la integración no se discutieron de acuerdo con el procedimiento de tramitación de las normas con rango de Ley. El anteproyecto había sido objeto de Dictamen del CES el 23 de marzo de 2011 sobre un texto en el que la cuestión de la integración del RESS no estaba incluida, por lo que no se examinó.

El proyecto presentado por el Gobierno para la tramitación parlamentaria de la LAAM tampoco contenía ninguna referencia al RESS¹⁰⁸⁸; posteriormente, en el periodo de presentación de enmiendas, el PSOE formuló dos: una, por la que se ordenaba proceder a la revisión del RESS en orden a su integración en el Régimen General¹⁰⁸⁹, y otra, por la que se declaraba incluidas en el Régimen General a las personas que prestasen servicios domésticos a través de empresas. La falta de concreción de la enmienda de integración del RESS presentada inicialmente, que se limitaba a ordenar la revisión del Régimen, se corrigió por medio otra posterior que recogía el texto finalmente aprobado en el parlamento disponiendo la integración, en base al acuerdo alcanzado por el gobierno con CCOO y UGT el 27 de junio, al límite de tiempo para que sus contenidos pudieran incorporarse al Proyecto de Ley¹⁰⁹⁰.

La enmienda se presentó en la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso el mismo día de cerrarse el acuerdo, y se aprobó sin debate¹⁰⁹¹. Posteriormente fue aprobada con alguna mejora técnica en el Senado, pasando a ser la Disposición Adicional Trigésima Novena de la LAAM. El Senado añadió también una Disposición Transitoria Única a la Ley 27/2011, por la que se acordaban reducciones de cuotas durante los años 2012 a 2014.

La regulación del sistema especial en la LAAM se realizó conforme al pacto, que en su apartado 6 reconoce a los trabajadores de hogar el derecho a suscribir el convenio especial de los trabajadores a tiempo parcial del art. 22 del la Orden de 13 de octubre de 2003, que regula el convenio especial¹⁰⁹². El acuerdo de 27 de junio de 2011, dispone en su cláusula 9 que el gobierno se obliga a negociar con los sindicatos firmantes el desarrollo reglamentario de lo pactado.

Las diferencias en la regulación del SEEH con respecto al Régimen General se han presentado como derivadas de las características singulares de los servicios prestados en el ámbito doméstico¹⁰⁹³. A

1088 Publicado en el BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 120-1, de 1 de abril de 2011.

1089 Publicadas en el BOCG, serie A, núm. 120-10, de 17 de junio de 2011. Por la primera, textualmente, se proponía añadir: “Disposición final tercera bis. Integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Se procederá a la revisión de la situación del Régimen Especial de Empleados de Hogar a efectos de su integración en el Régimen General de la Seguridad Social. Se habilita al Gobierno a que modifique en consonancia con esta integración la regulación de la relación laboral de carácter especial que regula el trabajo doméstico.”

1090 Así se presentaba el acuerdo en el artículo de opinión de BRAVO, Carlos, “1.500.000 personas tendrán la misma protección social que el resto de trabajadores”, *Nueva Tribuna.es*, 11-07-2011.

1091 De acuerdo con GETE CASTRILLO, Pedro, “dicha Disposición cae cual meteorito en la misma mañana del mismo día en el que la Comisión parlamentaria aprueba la entera Ley 27/2011 (...) lo que hace que la Comisión parlamentaria la haga suya de forma inercial, automática y simultáneamente”, en “La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (y II)”, *RLLL*, núm. 20, Quincena del 15 al 31 Oct. 2011, apdo. 1.

1092 Art. 22.1: “Los trabajadores contratados a tiempo parcial que no estén percibiendo prestaciones de desempleo podrán suscribir convenio especial para completar la cotización derivada del contrato a tiempo parcial hasta la base mínima de cotización establecida con carácter general para su categoría profesional o en el Régimen de encuadramiento.”

1093 VILLAR CAÑADA, Isabel, “Seguridad social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de Hogar”, *RLLL*, núm. 18, Quincena del 15 al 30 Sep. 2011, apdo. 2.

nuestro juicio principalmente tienen que ver con razones económicas y criterios de distribución de los costos del servicio. El motivo de las características y gradualidad de la reforma está en que no se han querido aumentar las cargas de cotización de los empleadores ni ahondar en los aspectos de solidaridad del sistema de seguridad social.

2. La integración del RESS en el Régimen General y el Convenio de la OIT sobre Trabajo decente para las Trabajadoras y los Trabajadores Domésticos

El 16 de junio de 2011, la 100 Conferencia de la OIT aprobó el Convenio n° 189 y la Recomendación n° 201 sobre trabajo decente para los trabajadores domésticos. Sus contenidos comprenden derechos en materia de relación laboral y seguridad social, con estándares muy superiores a los existentes en la legislación española del momento.

Hay base para pensar que la precipitada inclusión de las enmiendas sobre el RESS en la LAAM el 27 de junio siguiente tiene relación con lo aprobado en la OIT y con la Resolución del parlamento europeo, de 12 de mayo de 2011, que apoyaba el proyecto de Convenio y Resolución de la OIT y pedía a los países miembros de la UE su rápida ratificación y puesta en práctica¹⁰⁹⁴. De acuerdo con el art. 19 de la Constitución de la OIT, los países tienen un año para ratificar el Convenio y disponer lo necesario para su cumplimiento. España no lo ha ratificado aún en la fecha en que se escribe este texto.

La OIT se había planteado una y otra vez la necesidad de dar al trabajo doméstico una protección equivalente a la que tienen los demás empleos¹⁰⁹⁵. La 31ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 1948 resolvió convocar una reunión de expertos para realizar recomendaciones sobre empleo doméstico, lo que se produjo en julio de 1951. Algunas de las recomendaciones¹⁰⁹⁶ reflejan una problemática de partida similar a la que ha dado lugar al reciente Convenio: necesidad de que se realice una declaración escrita de derechos y deberes mutuos, la valoración del salario en especie para calcular las cotizaciones a la seguridad social o la garantía de cierta independencia en las condiciones de alojamiento en la vivienda del empleador.

En la 49ª reunión de la Conferencia Internacional del trabajo de 1965 se aprobó una resolución en la que se expresaba la urgencia de proveer elementos básicos de protección al empleo doméstico, y como primer paso encomendaba a la Oficina Internacional del Trabajo una investigación sobre sus problemas, sobre la base de la información proporcionada por los gobiernos. El estudio se realizó entre 1967 y 1969, y se publicó un informe en marzo de 1970¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁴Textualmente el apartado primero de la Resolución decía: “Aplauda y respalda la iniciativa de la OIT de adoptar un Convenio complementado con una recomendación sobre un trabajo decente para los trabajadores domésticos; pide a los países de la UE miembros de la OIT que adopten estos instrumentos en la Conferencia de la OIT en junio de 2011; pide a los Estados miembros de la UE que ratifiquen y pongan en práctica rápidamente el Convenio y la Recomendación”. *Resolución 45/158, edición B7-0296/2011*.

¹⁰⁹⁵Para un estudio detallado de la trayectoria de los diferentes órganos de la OIT en relación con el empleo doméstico, ver D’SOUZA, Asha, *Camino del trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT*, publicado por la OIT inicialmente el 16 de noviembre de 2007 y luego como documento de trabajo núm. 2/2010.

¹⁰⁹⁶Recogidas por MELÉNDEZ, Leonor, *El servicio doméstico en España*, cit., pág. 123 y ss. .

¹⁰⁹⁷*The employment and conditions of domestic workers in private households*, OIT D 11/70.

De acuerdo con el informe enviado por España, se cifraban en 225.000 (dato de 1960) las personas en el empleo doméstico, de las que el 98% eran mujeres. La Sección Femenina del Movimiento estaba haciendo esfuerzos para elevar el estatus del empleo doméstico mediante cursos de formación de seis meses, que el informe matiza que no constituyen una enseñanza reglada ni regulada mediante ningún estándar público. Respecto al descanso semanal, se informaba que era normalmente de medio día entre semana y un día entero en domingo.

España era el único país que tenía un régimen especial de seguridad social para el empleo doméstico, lo que no significa que en los demás países los derechos de los empleados de hogar fuesen iguales que en el régimen general; la exclusión o las restricciones de la prestación de desempleo eran generalizadas¹⁰⁹⁸. En la protección de la maternidad, España aparecía entre los pocos países que no habían realizado reservas al ratificar el entonces vigente Convenio 103 (revisado 1952) sobre protección de la maternidad, cuyo art. 7 permitía excluir de su aplicación a algunos sectores de trabajadores entre los que se encontraba el servicio doméstico.

En el contexto de la normativa española, la protección contra el despido durante el descanso de maternidad del art. 6 del Convenio no contaba con un instrumento para materializarse al no existir la relación laboral doméstica, lo que convertía la protección en inexistente e innecesaria la reserva. Es una muestra del problema de descontextualización que a veces tienen los informes internacionales.

En un estudio de 1998, Adelle Blackett realizaba un análisis sobre la actuación de la OIT en relación a los trabajadores de hogar, planteando un problema al que hemos hecho ya referencia en relación a la legislación laboral española: el empleo doméstico resulta invisible incluso en las normas que, por amparar a los trabajadores de modo general, no debe entenderse que hacen excepción con el sector. Concluía defendiendo una tesis que años después ha sido acogida: la necesidad de una regulación específica que superase la invisibilidad del empleo doméstico en las normas de la OIT, incluso en aquellas que no lo excluyen¹⁰⁹⁹.

En el informe publicado por la OIT en 2003¹¹⁰⁰, se identificaban como los principales problemas de empleo doméstico en el mundo: los horarios de trabajo, los salarios, el volumen de trabajo y los periodos de descanso; la cobertura de seguridad social; las agresiones físicas y sexuales; los abusos de las agencias de contratación y las condiciones contractuales.

En la Conferencia Internacional del Trabajo nº 92, de 2004, se presentó el informe “En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada” en el que se señalaba que las trabajadoras domésticas migrantes están entre los trabajadores más vulnerables del mundo, particularmente los que viven con sus empleadores. Describía jornadas de 15 a 16 horas diarias, sin días de descanso ni pago de horas extras, bajos salarios y cobertura de salud insuficiente, exposición a violencia y abusos, retención por parte de los empleadores de los documentos de identidad... En muchos países estaban totalmente fuera de la legislación laboral, sin reglas de protección, y frecuentemente también excluido de las estadísticas del trabajo.

¹⁰⁹⁸ Según pág. 41 del informe citado.

¹⁰⁹⁹ BLACKETT, Adelle, *Making domestic work visible: the case for specific regulation*, ILO 1998.

¹¹⁰⁰ El informe de RAMÍREZ MACHADO, José María, *Domestic work, conditions of work and employment: a legal perspective*, ILO Conditions of Work and Employment Series, núm. 7, OIT, 2003.

En noviembre de 2006, la Confederación Sindical Internacional (CSI) y una amplia representación de organizaciones de defensa de las trabajadoras domésticas crearon una red mundial¹¹⁰¹ para influir en las instancias correspondientes a fin de que se diesen los pasos precisos para la aprobación de un Convenio y una Recomendación por parte de la OIT.

El Consejo de Administración de la OIT en su reunión nº 301, de marzo de 2008, comenzó el proceso que dio lugar al Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos, aprobados el 16 de junio de 2011.

Las disposiciones del Convenio y la Recomendación mejoran en bastantes aspectos la regulación laboral y de Seguridad Social de España en el momento en que se adoptan. De modo sintético, las disposiciones exigen en el contrato de trabajo doméstico:

- a) Contrato escrito de trabajo en el que se especifiquen, entre otros extremos, las tareas a realizar, los descansos diarios y semanales, la remuneración, incluido el precio de las horas extraordinarias, las prestaciones en especie y su valor pecuniario y detalles del alojamiento suministrado (art. 7 del Convenio y Apdo. 6.2 Recomendación).
- b) Creación por parte del Gobierno de un contrato-tipo para el trabajo doméstico en consulta con las organizaciones representativas de los y las trabajadoras, y específicamente con las que representan a las trabajadoras domésticas. El contrato debe estar a disposición de la parte empleadora y la trabajadora de forma gratuita (Apdos. 5.3 y 4 Recomendación).
- c) Obligación de registro exacto de las horas realizadas, incluidas las horas extraordinarias y los llamados tiempos de presencia; y acceso de la trabajadora a dicha información. El Gobierno debería elaborar orientaciones a tal fin (Apdos. 8.1 y 2 Recomendación).
- d) Las horas normales de trabajo, la compensación de horas extras, los periodos de descanso diario y semanal no serán menos favorables que lo previsto para el resto de los y las trabajadoras (art. 10.1. Convenio).
- e) Los periodos durante los que las trabajadoras de hogar no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar deberán considerarse como horas de trabajo (art. 10.3 Convenio). El tiempo que la OIT designa como “de disponibilidad laboral inmediata”, tiene que regularse estableciendo el número máximo de horas por semana, mes o año que se pueden realizar, así como cuál debe ser su retribución; asimismo, el descanso compensatorio a que habrá derecho si el periodo normal de descanso se ve interrumpido (Apdo. 9.1 Recomendación).
- f) En el caso de quienes realizan habitualmente trabajo nocturno, la adopción de medidas específicas, incluidas compensaciones económicas apropiadas (Apdo.9.2 Recomendación).
- g) En el salario en especie, fijación de su valor pecuniario atendiendo a criterios objetivos. Se garantizará que las prestaciones en especie se realicen de acuerdo con la trabajadora, y no se considerará salario en especie el alojamiento en los supuestos en que es exigido por el empleador. (Art. 12.2. Convenio y Apdo. 14 Recomendación).

¹¹⁰¹ La red *Respect and Rights for Domestic Workers* se constituyó en 2006, promovida desde el año anterior por la Confederación europea de sindicatos. Actualmente es la *International Domestic Workers Network (IDWN)*, <http://www.idwn.info/> (12-5-2012).

- h) Se deberá garantizar al empleo doméstico el salario mínimo interprofesional establecido para el resto de los sectores (Art. 11 Convenio).
- i) Junto al pago del salario, las trabajadoras deberán recibir una relación escrita de fácil comprensión con las sumas devengadas y la cantidad específica y la finalidad de toda deducción realizada (Apdo. 15.1 Recomendación).
- j) Protección de los créditos salariales no cobrados por insolvencia del empleador en las mismas condiciones que el resto de los sectores (Apdo. 16 Recomendación).
- k) Garantía de condiciones de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo respeto a la privacidad de quienes pernoctan en el domicilio (Art. 6 Convenio), determinar y prevenir los riesgos profesionales en el trabajo doméstico, dar formación y difundir directrices de salud laboral y elaborar y difundir estadísticas sobre el tema (Apdo. 19 Recomendación).
- l) Adopción de medidas eficaces para garantizar el cumplimiento de la legislación protectora de quienes se dedican al empleo doméstico, incluida la inspección de trabajo (Art. 17 Convenio); información a los empleadores de sus obligaciones y de las sanciones en caso de infracción (Apdo. 21.1.d) Recomendación); medidas adicionales de protección para las trabajadoras migrantes (Apdo. 21. 1).
- m) Recopilación eficaz y exhaustiva de los datos sobre los y las trabajadoras de hogar, para facilitar la formulación de políticas en materia de empleo doméstico (Apdo. 25.2) Recomendación).
- n) Garantía de condiciones no menos favorables que las del resto de trabajadores en la protección de la Seguridad Social (art. 14 Convenio). Como instrumento para lograrlo, idear medios de pago simplificado para facilitar el abono de las cotizaciones, incluso en el caso de trabajadoras-es que prestan servicios a múltiples empleadores (Apdo. 20.1 Recomendación).
- o) Protección eficaz respecto a los abusos de las agencias de colocación, estableciendo las responsabilidades jurídicas respectivas del hogar y la agencia; inspecciones periódicas de las agencias y severidad de las sanciones en caso de infracción, incluso la prohibición de quienes incurran en abusos; garantía de que los honorarios de la agencia no se deduzcan de la remuneración de los y las trabajadoras domésticas (Art. 15 Convenio).

El texto del Convenio aprobado tuvo una importante modificación sobre el proyecto que había llegado a la 100 Conferencia del Trabajo. Según el art. 16.2, a), los estados miembros debían “establecer criterios en cuanto al registro y las calificaciones de las agencias de empleo, inclusive con respecto a la divulgación de información sobre toda infracción anterior que sea pertinente”. La Organización Internacional de Empleadores (OIE) y representantes de algunos gobiernos consiguieron la desaparición de una medida que hubiese ayudado a frenar la reincidencia en los abusos de las agencias de colocación en el caso de personas que después de haber sido sancionadas continúan con su actividad ilegal cambiando la razón social. Las organizaciones de trabajadores que habían conseguido introducir la medida en el proyecto de Convenio, tenían buenos motivos para demandarla basándose en la experiencia¹¹⁰².

¹¹⁰² Ver OIT, *Informe Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, ILC/100/ IV (2A), para la Conferencia Internacional del Trabajo 100, reunión 2011, debate al art. 16, págs. 60-63. Para denuncias y resoluciones administrativas sobre actuaciones de las agencias en el País Vasco, ver la página de la Asociación de Trabajadoras de Hogar de Bizkaia: www.ath-ele.com/

El Convenio, de acuerdo con su art. 21, entrará en vigor doce meses después de la fecha en que dos Estados Miembros hayan registrado su ratificación ante la OIT, y a partir de entonces entrará en vigor para cada Miembro doce meses después de la fecha de registro de su ratificación. A un año de su aprobación únicamente Uruguay ha ratificado el Convenio. La ratificación no es obligatoria para los países miembros, pero sí lo es la comunicación a la OIT en el plazo máximo de dieciocho meses sobre en qué medida han puesto o se proponen poner en ejecución las disposiciones del Convenio o de la Recomendación.

En materia de protección de la Seguridad Social, el art. 14 del Convenio 189 obliga a garantizar a quienes trabajan en el empleo doméstico condiciones no menos favorables que las del resto de las personas trabajadoras. El párrafo segundo del artículo permite la implantación gradual de la equiparación, cláusula lo suficientemente ambigua como para que la reforma de seguridad social aprobada encaje en el Convenio incluso en lo que respecta a la protección por desempleo que no ha sido reconocida.

La DA 2ª del RD 1620/2011, que reforma la relación laboral, ordena al Ministerio de Trabajo constituir un grupo de seis expertos que antes del 31 de diciembre de 2012 realicen un informe de varios temas, entre los que está que la posibilidad de la implantación de un sistema de protección por desempleo adecuado a las peculiaridades del sector, que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

El apartado 20.1 de la Recomendación contiene tres cuestiones en materia de Seguridad Social. La primera, que los Miembros deberían considerar, en conformidad con la legislación nacional, la puesta en práctica de medios para facilitar el pago de las cotizaciones a la seguridad social, incluso respecto de los trabajadores domésticos que prestan servicios a múltiples empleadores, por ejemplo mediante un sistema de pago simplificado.

La segunda, que los Miembros deberían considerar la concertación de acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales para asegurar que los trabajadores domésticos migrantes amparados por dichos acuerdos gocen de la igualdad de trato con respecto a la seguridad social, así como del acceso a los derechos de seguridad social y al mantenimiento o la transferibilidad de tales derechos.

La tercera, que el valor monetario de los pagos en especie debería tenerse debidamente en cuenta para los fines de seguridad social, inclusive respecto de la cotización de los empleadores y de los derechos a prestaciones de los trabajadores domésticos.

Las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, aunque tienen entidad propia como derecho, deben considerarse también en relación a la protección de Seguridad Social en la medida en que las contingencias profesionales tienen tratamiento específico respecto a los requisitos de acceso y cálculo de las prestaciones, y la falta de protección de las condiciones de seguridad y salud laboral se ve penalizada con recargos en las prestaciones. El art. 6º del Convenio exige la garantía de condiciones de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo el respeto a la privacidad de quienes pernoctan en el domicilio. El apartado 19 de la Recomendación señala que se deben determinar y prevenir los riesgos profesionales en el trabajo doméstico, dar formación y difundir directrices de salud laboral y elaborar y difundir estadísticas sobre el tema.

3. La integración del RESS en el Régimen General y la reforma del régimen laboral

3.1. Introducción

La integración se produce en un momento en el que el valor económico del trabajo doméstico se reconoce y mide en las Cuentas satélites de la producción doméstica, como una manera de completar la estimación del PIB¹¹⁰³. No se trata, por tanto, de un asunto meramente privado o de una actividad sin la que la sociedad podría subsistir, argumentos que han abonado la exclusión y desigualdad del empleo domésticos en los beneficios de la seguridad social.

Por otro lado, los derechos constitucionales aplicables a la relación de trabajo y seguridad social no pueden quedar sin contenido en función de la rama de actividad en la que las tareas se inscriben. El RESS de 1969 ha sido una institución progresivamente más incoherente con los valores del art. 14 C. La existencia sin ningún género de dudas de discriminación indirecta en la regulación del régimen había sido señalada hacia tiempo por la doctrina y resultaba cada vez más insostenible en contraste con el avance de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres en materia laboral vinculadas a normas de seguridad social de aplicación en el Régimen General, el REASS e incluso el RETA.

La Ley Orgánica de Igualdad en su art. 14.2 ordenaba a los poderes públicos “la integración del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el conjunto de las políticas económica, laboral, social, cultural y artística, con el fin de evitar la segregación laboral y eliminar las diferencias retributivas, así como potenciar el crecimiento del empresariado femenino en todos los ámbitos que abarque el conjunto de políticas y el valor del trabajo de las mujeres, incluido el doméstico”. En el contexto de sus disposiciones, el último inciso no se refiere al trabajo doméstico remunerado sino al de que las mujeres realizan de manera gratuita para su familia.

La LOI ignoró en lo específico la problemática laboral y de seguridad social del empleo doméstico, ausencia que no respondió a que la Ley se situase únicamente en el terreno de los principios generales. El art. 30.1 ordenaba actuaciones concretas dirigidas a la igualdad de derechos de seguridad social de las mujeres en el REASS; en el art. 51 y siguientes se disponían medidas para que las políticas de conciliación e igualdad se implantasen en el empleo público. Reformó aspectos de la relación individual de trabajo, ampliando algunos derechos de cuidado del art. 37 ET, no aplicables al empleo doméstico salvo en su apartado 3 (parte IV, 6.6), y mantuvo sin definir las consecuencias del despido discriminatorio en la relación laboral especial (parte IV, 6.6.1), a la vez que ampliaba el ámbito protector de la institución del despido nulo en las relaciones ordinarias. La LOI establece el cómputo como cotizado del periodo de descanso de maternidad posterior a la extinción de la relación laboral, sin aplicarlo al RESS (parte IV, 6.6.2). Amplia a los trabajadores del RETA la bonificación del 100% de las cuotas de seguridad social en el caso de que tuviesen un sustituto durante los permisos de maternidad y paternidad, sin modificar en nada la obligación de la trabajadora del RESS de abonar la cuota íntegra durante la baja de maternidad (parte IV, 7.3).

El incremento del trabajo de cuidado que deriva del envejecimiento de la población, las posibilidades cada vez mayores de supervivencia a las enfermedades, así como la incorporación de muchas mujeres al trabajo fuera de casa, han puesto en evidencia el papel de las empleadas de hogar. Según la Estadística de Presupuestos Familiares del INE de 2009, tienen empleada de hogar: el 18,7% de los hogares de

1103 Para los antecedentes de Conferencias de Naciones Unidas proponiendo la medición del valor del trabajo doméstico, *Cuenta Satélite de la Producción Doméstica*, Eustat, Junio 2004, pág. 4.

poblaciones mayores de 100.000 habitantes; el 19,3% de los hogares cuyo ingreso principal es una pensión y, desde otro ángulo, el 22,5% de los hogares cuyo sustentador principal tiene más de 65 años.

Para el empleador, el recurso a la contratación directa de empleo doméstico es una solución más barata que el pagar los servicios de atención a una agencia de servicios, y suple las limitadas prestaciones de la Ley de Dependencia. Para los poderes públicos reduce la necesidad de implementar servicios externos al hogar, sustentando políticas públicas de cuidado familiaristas, cuya condición de posibilidad es la existencia de una trabajadora de hogar.

Es notorio que el acceso al sistema de seguridad social en igualdad de condiciones no ha estado garantizado. Durante tiempo, siguiendo una tradición que se inicia con la exclusión del empleo doméstico de los primeros seguros sociales, la ausencia de cobertura de seguridad social del empleo de hogar o su deficiencia se han venido planteado como una cuestión delicada por sus perfiles, pero también como un problema pendiente de resolver.

Se trata a continuación de analizar la situación a partir de las reformas que entraron en vigor el 1 de enero de 2012.

La integración del RESS en el Régimen General se produce en la Ley 27/2011, de 1 de agosto sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Su DA ordena al Gobierno modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012. La Ley 27/2011, obviando las críticas históricas a la fórmula de deslegalización, encomienda al gobierno en su DA 35ª.5 modificar la regulación de la relación especial. La modificación encomendada no contiene ninguna pauta concreta salvo la fecha en que debe tener efectos, el 1 de enero de 2012.

El mandato se ha cumplido con el RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (DRLE 2011).

Tal como se ha expresado, las regulaciones laboral y de seguridad social son interdependientes, por lo que se hace necesario examinar la primera en aquello con incidencia en las prestaciones de la seguridad social.

3.2. La deslegalización de la regulación de la relación laboral

El ET de 1980 estableció en su art. 2 las relaciones laborales especiales, entre otras, la del servicio del hogar familiar, ordenando que su regulación respetase los derechos básicos reconocidos en la Constitución. Asimismo, encomendó al gobierno en su DA 2ª la regulación de todas las relaciones laborales especiales.

A la vista de que el art. 35.2. CE prescribe “la ley regulará un estatuto de los trabajadores”, se suscitó (con respecto a ésta y a otras relaciones especiales) la cuestión de si existe una reserva material de ley y por tanto la posible inconstitucionalidad del mandato de la DA 2ª de 1980. La disposición deslegalizaba la regulación de una relación laboral, remitiéndola a la vía reglamentaria sin más indicación que el necesario respeto a los derechos constitucionales¹¹⁰⁴.

El TS, además de afirmar que en efecto existe una reserva de ley en materia laboral¹¹⁰⁵, deja un amplio espacio a lo que denomina “actividad complementaria del Gobierno” en la regulación del contrato de

¹¹⁰⁴ Ver QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio...*, cit. págs. 83-86., recoge el debate sobre la cuestión de la calificación jurídica de la técnica utilizada por el ET para la regulación de las relaciones laborales especiales.

¹¹⁰⁵ Refiriéndose a la relación especial de los representantes de comercio, en STS de 25 de junio de 1985, AR 3452.

trabajo, actividad cuyos límites no precisa. Resoluciones posteriores del TS reflejan un proceso que se ha definido como vacilante, que no sigue una línea clara sobre la posibilidad de dictar reglamentos autónomos en materias de derecho laboral, cuando la ley habilitante no proporciona los criterios ordenadores de la regulación¹¹⁰⁶.

Con ocasión de pronunciarse sobre una cuestión de inconstitucionalidad de la relación de trabajo doméstico, el TC afirma que el legislador no disciplinó directamente el contenido y efectos de la relación jurídica, sino que identificó la norma que había de verificarlo y delegó para ello en el Gobierno¹¹⁰⁷. Califica de deslegalización el mandato al gobierno para la regulación de las relaciones especiales mediante simple reglamento¹¹⁰⁸.

En la interpretación del mandato legal del art. 2.2 del ET se ha entendido que el texto quiere remarcar que es la Constitución y no el ET el único límite legal para la regulación de la relación laboral doméstica. Tal parece derivarse del debate del ET en el Congreso de los Diputados¹¹⁰⁹, y esa es la lectura que hace el TC en su sentencia 26/84, de 24 de febrero, que señala en su fundamento jurídico quinto que “a partir de la vigencia del ET -norma con rango legal- la relación de servicio del hogar familiar tiene el carácter de relación laboral de carácter especial (...) y ha de ser objeto de una regulación separada y específica por vía simplemente reglamentaria, bien que con absoluto respeto a los derechos constitucionales (...) ya que el ET produjo una plena deslegalización del régimen jurídico aplicable a los que aquél (se refiere al Código Civil, la nota es mía) denomina ‘criados domésticos’, sin más condicionamientos que los derivados de la Ley degradatoria y que quedan ya apuntados.”

La mayoría de la doctrina ha entendido que la alusión al respecto a los derechos constitucionales es redundante¹¹¹⁰ y dudosamente constitucional la remisión de la Disposición Adicional segunda ET a

1106 GARCÍA MURCIA, Joaquín, comenta la sentencia citada y posteriores en “Reserva de Ley y potestad reglamentaria en materia social: un apunte de Jurisprudencia” *RRLL*, tomo I, 1993, pág. 445 y ss.; CAMPS RUIZ, Luis Miguel, realiza un estudio sobre la jurisprudencia en la materia en “Sobre el papel del reglamento en el Ordenamiento laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio 1991, cit. pág. 7 y ss.

1107 Recogida en la STC 26/1984, de 24 de febrero, fundamento jurídico 3, referida precisamente a una cuestión de inconstitucionalidad sobre la relación laboral doméstica, promovida por la Magistratura de Trabajo de Madrid.

1108 STC 26/1984, fundamento jurídico 5, que textualmente dice “Parece claro que, al menos a partir de la vigencia del Estatuto de los Trabajadores -norma con rango legal-, la relación laboral de servicio del hogar familiar tiene el carácter de relación laboral de carácter especial y, según se apuntó, ha de ser objeto de una regulación separada y específica por vía simplemente reglamentaria, bien que con absoluto respeto a los derechos constitucionales de las personas sujetas a tal tipo de relaciones laborales de carácter especial (...) ya que el Estatuto de los Trabajadores produjo una plena deslegalización del régimen jurídico aplicable (...) sin más condicionamientos que los derivados del texto de la Ley degradatoria y que quedan ya apuntados...”

1109 Mencionado por MORENO VIDA, María Nieves, “Art. 2”, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, AAVV (coord. Monereo Pérez, José Luis), Comares, 1998, pág. 80 y ss.

1110 Analiza el asunto DE LA VILLA, Luis Enrique en “La relación laboral de carácter especial...” cit. págs. 204-205, para llegar a la conclusión de que la única versión que hace el precepto inteligible y lógico es atribuirle el papel de refuerzo de ley de reenvío jugado por el ET, que estaría encomendando al Gobierno el mero dictado de reglamentos complementarios, dejando a la ley el papel que a su juicio tiene según la Constitución, como regulador de las relaciones laborales, aún las especiales. Indicación innecesaria y obvia para ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, en *Derecho del Trabajo*, 1998, cit. pág. 66. y para CAMPS RUIZ, Luis Miguel en “Sobre el papel del reglamento...” cit., pág. 14. Sin embargo, QUESADA SEGURA Rosa, en *El contrato de servicio doméstico*, cit., pág. 88, entiende que la disposición no sobra y está enfatizando el hecho de que las relaciones especiales son relaciones laborales y por tanto deben reconocérseles los derechos que la Constitución establece para los trabajadores.

la vía reglamentaria para regular las relaciones especiales¹¹¹¹. La entrega en bloque al Gobierno de la regulación de las relaciones especiales sitúa el mandato fuera de las garantías impuestas por el art. 53.1 de la Constitución a la regulación de los derechos del art. 35¹¹¹².

De hecho, durante la vigencia del RD 1424/1985, dos de los derechos recogidos en el art. 35.1 CE han tenido importantísimas peculiaridades en la regulación especial. Son el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente.

El derecho al trabajo se ha visto afectado por la institución del libre desistimiento y su resarcimiento económico, regulados en los arts. 9.11 y 10 del DRLE de 1985, que establecían el cese por decisión unilateral del empleador sin necesidad de alegar justa causa con una indemnización de siete días del salario en metálico por año de servicio y un límite de 6 mensualidades, muy inferior a los de la relación ordinaria¹¹¹³.

El derecho a una remuneración suficiente se ha visto limitado por la manera en la que el art. 6 de la misma norma fijaba la retribución. El art. 6.1 declaraba aplicable el salario mínimo interprofesional en los términos y condiciones del ordenamiento común, mientras el apartado 4 del mismo artículo reconocía el derecho a dos pagas extras anuales, cada una como mínimo de quince días del salario en metálico cada una. Sobre esta base, no se ha considerado de aplicación el salario mínimo interprofesional anual¹¹¹⁴.

De acuerdo con el art. 6.2 el porcentaje del salario que podía abonarse en especie era un 45%, superior en 15 puntos al de la relación laboral ordinaria¹¹¹⁵ y sin ninguna regulación sobre las partidas concretas que podían justificar las deducciones.

Desde otro ángulo, la constitucionalidad del DRLE 2011 debe examinarse en relación al respeto del principio de igualdad, es decir, si las peculiaridades normativas introducidas por el régimen especial están fundamentadas en la naturaleza del trabajo que regulan¹¹¹⁶. La jurisprudencia del TC ha suavizado en gran medida los criterios para enjuiciar el respeto del legislador al principio de igualdad, de tal forma que solo la manifiesta arbitrariedad resulta ser el límite que ampara la jurisprudencia del TC en la regulación de las relaciones laborales especiales¹¹¹⁷.

1111 ALONSO OLEA, Manuel, y CASAS BAAMONDE, María Emilia, en *Derecho del Trabajo*, cit., pág. 733 lo califican de “constitucionalmente anómalo”; CARDENAL CARRO, Miguel, en *Deporte y Derecho, las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, 1996, pág. 81 y ss., da cuenta del debate.

1112 CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial...*, cit., pág. 99; MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 14 edición, 2005, pág. 109; MORENO VIDA, María Nieves, “Art. 2”, VVAA (dir. Monereo Pérez, José Luis), *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012, pág. 74; VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Manual de Derecho del Trabajo*, octava edición, Comares 2010, pág. 670.

1113 Aún con la progresiva reducción de la cuantía de las indemnizaciones de las relaciones ordinarias del art. 56 del ET, desde los 45 días por año hasta los 33, y la práctica desaparición de los salarios de tramitación.

1114 Ver las STSJ Castilla y León, de 8 de febrero de 1999, AS 704 y STSJ País Vasco, de 11 de julio de 1995, AS 3139, que sostienen que el salario mínimo garantizado no se refiere al anual de 14 pagas. Defiende su aplicabilidad, CUEVAS PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, cit., pág. 336.

1115 En la última etapa del DRLE, por reforma de Ley 35/2010, de 17 de septiembre sobre medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, el porcentaje máximo del salario en especie es del 30%, con la problemática que se analizará más adelante.

1116 DE LA VILLA GIL, L.E., “La relación laboral de carácter especial...” cit., pág. 202; DURÁN LÓPEZ, F. “La relación laboral especial de los deportistas profesionales” en *La Ley*, 1985-II, pág. 264 y 265; QUESADA SEGURA, Rosa, *El contrato de servicio doméstico*, cit. pág. 69.

1117 CARDENAL CARRO, Miguel, recoge una relación de la elaboración doctrinal en torno al principio de igualdad en *Deporte y Derecho...*, cit. pag. 84.

3.3. El RD 1620/2011, de 14 de noviembre

Cumpliendo con el mandato de la Ley 27/2011, la nueva norma reguladora de relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se dicta con efectos al 1 de enero de 2012, derogando expresamente el anterior RD 1424/1985. Según el preámbulo, la norma se propone establecer mayores y mejores derechos de los trabajadores, aplicando, en lo que resulte factible, la regulación general contemplada en el Estatuto de los Trabajadores y normativa complementaria.

Los cambios con incidencia en materia de seguridad social son: define la figura del empleador de manera homogénea con la de Seguridad Social; excluye de la relación laboral los cuidadores profesionales y no profesionales de la Ley de Dependencia; establece la obligatoriedad del contrato escrito o, en su caso, la obligación del empleador de entregar información escrita de las condiciones de trabajo en los términos del ET; declara de aplicación las modalidades contractuales del ET, estableciendo la presunción del carácter indefinido del contrato; garantiza el salario mínimo interprofesional en metálico; declara la obligación de compensar o retribuir el tiempo de presencia; aplica íntegramente el art. 37 ET sobre permisos, con el propósito de hacer accesibles a los empleados de hogar los derechos de conciliación; y aplica las causas de extinción del contrato del art. 49 ET, con algunas salvedades.

El art. 3 b) declara el Estatuto de los Trabajadores como fuente de la relación laboral en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación.

3.3.1. Sujetos, objeto y ámbito de aplicación del contrato

El concepto de relación laboral doméstica viene regulado en el art. 1 del DRLE 2011, por referencia a la figura del empleador y al objeto del contrato. Al definir la condición de empleador, el art. 1.3 reproduce la formulación de empresario doméstico del art. 10.3 del RD 48/1996, de 26 de enero, sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social¹¹¹⁸. La definición no aborda las diferentes realidades de la contratación en el empleo doméstico ya expuestas (parte IV, 2.2.), y en el resto de la norma tampoco se realiza alusión a las mismas por cualquier otra vía que defina el supuesto en que se puede imputar responsabilidades laborales y de seguridad social a otras personas diferentes de aquellas a cuyo nombre aparece la trabajadora en el sistema de seguridad social. La figura del titular único del hogar familiar no se corresponde con la realidad en muchos supuestos.

El nuevo impreso del SEEH, TA.6-0138 HOGAR, para Solicitud de cuenta de cotización para empleadores en el sistema especial de hogar y baja y variación de datos, contiene un área para designar los “apellidos y el nombre del cónyuge del titular del hogar familiar”, que solo debe cumplimentarse en el caso de familias numerosas. La información va dirigida al reconocimiento de la bonificación del 45% de las cuotas de la parte empleadora en actividades de cuidado, por lo que el dato no aparece en otros supuestos; lo procedente sería que el nombre del cónyuge conviviente constara siempre, en su condición de cotitular del hogar familiar y por tanto también empleador.

En cuanto a que se designe como “cónyuge” al progenitor o progenitora de los descendientes menores o discapacitados por cuyo cuidado se establece la ayuda, carece de fundamento legal. La Ley 40/2003,

¹¹¹⁸ Art. 1.3: “A los efectos de esta relación laboral especial, se considerará empleador al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas.”

de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas dirige su actuación de manera idéntica a las familias no matrimoniales, sin que al aludir en su texto a los beneficiarios de las medidas -entre las que está la bonificación de cuotas para la contratación de cuidadores- se utilicen otros términos que madre, padre, progenitores o ascendientes. La objeción no es de forma sino de fondo: se refiere al derecho a la igualdad de trato, también en lo simbólico, de todas las formas de relación en un supuesto en el que la Ley aplicable no ha hecho ninguna distinción.

Respecto a las parejas no matrimoniales que conviven establemente como cotitulares del hogar familiar, reciben indistintamente los servicios de la empleada de hogar y ejercen el poder de dirección propio del empleador (parte IV, 2.2.4, c) debieran también aparecer como tales ante la TGSS.

El art. 1.4 al definir el objeto de las tareas contratadas contiene tres variaciones sobre su correlativo de la norma de 1985. En primer lugar, sobre el ámbito de desarrollo del trabajo. La norma anterior hablaba de servicios prestado en o para la casa en cuyo seno se realizan; la vigente habla de servicios prestados para el hogar familiar. Este cambio abre en el texto de la norma lo que era una tendencia interpretativa, flexibilizando el concepto de domesticidad hasta acoger todo aquello que sirve a la vida familiar, con independencia de que se realice fuera del ámbito físico de la vivienda.

La redacción del art. 1.4 del RD de 1985 había supuesto ya una ampliación del concepto al hablar de servicios prestados en o para la casa, precisamente para terciar en el debate legal a que daba lugar el art. 2.1.b) del DRESS, que declaraba incluidos en el ámbito del régimen especial los servicios prestados “en la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar”.

El segundo cambio se produce en la definición de personas destinatarias de los servicios. En la norma de 1985 las tareas consisten en el cuidado y atención “de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio” y en el vigente art. 1.4 es la atención “de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar”, lo que descarta la consideración de domésticos de los servicios que se dirigen a las personas que conviven cuando no forman parte de la familia o personas asimiladas, es decir, si entre las personas que conviven hay una relación mercantil mediando contraprestación económica por el uso de la vivienda. El cambio también entra en la línea de lo que ya estaba admitido.

Entendido así, el ámbito de los destinatarios se restringe. Pero también se amplía al desaparecer la exigencia de convivencia. Los miembros de la familia a los que la empleada de hogar atiende no son ya los convivientes del DRLE de 1985, sino los miembros de la familia o las personas pertenecientes al ámbito doméstico o familiar¹¹¹⁹. Parece que así se salva la dificultad que algunos tribunales habían encontrado en adjudicar la condición de empleador al contratante de los servicios no conviviente, al que en adelante no habrá ningún obstáculo para imputar la condición de titular del contrato aunque los servicios se realicen a favor de otra persona de la familia, siempre que quien desarrolle las facultades propias del empleador sea quien contrató.

Sobre la cualidad de las tareas, no hay variación respecto al DRLE de 1985, siguen siendo según el art. 1.4 “cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes, el cuidado y atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar”. Como se ha comentado (parte IV, 2.3.1.), la cualificación profesional para el cuidado es compatible con la relación laboral doméstica, siempre que la relación de servicios tenga las notas de laboralidad.

¹¹¹⁹ La desconexión a que da lugar entre el empleador y los sujetos receptores del servicio, que no necesitan convivir con el primero, se comenta en el Dictamen de 6-10-2011 del Consejo de Estado, sobre el *Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*, pág. 10.

La norma no recoge categorías profesionales, lo que ha sido criticado por la doctrina¹¹²⁰, que califica de clasista la visión de esta relación laboral como algo que excluye la cualificación¹¹²¹. Creemos que la falta de reconocimiento de los saberes y capacidades que se ponen en juego en algunas de las tareas objeto del contrato, como es el caso del cuidado, no responde a concepciones erróneas sobre su valor; se trata de una omisión deliberada dirigida al abaratamiento del servicio¹¹²².

Por fin, se declaran domésticos los “trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos”, suprimiendo la anterior expresión que los declaraba domésticos “en el supuesto” de que se desarrollasen formando parte del resto de las tareas domésticas, lo que había dado lugar a diferentes interpretaciones, porque parecía condicionar la existencia de relación laboral doméstica a que la persona realizase su trabajo en las tareas señaladas pero también en el resto de las calificadas como domésticas. El cambio no es de concepto, pero quizá enfatiza menos el requerimiento de la simultaneidad en la ejecución de las tareas.

3.3.2. Exclusiones de la relación laboral

Sobre las exclusiones en materia laboral, el art. 2º del RD 1620/2011 mantiene las del DRLE de 1985, con alguna variación en la redacción y nuevos apartados.

La exclusión de la relación laboral doméstica de “las relaciones concertadas por personas jurídicas”, se formula en el art 2 a) de la nueva norma especificando que las personas pueden ser de carácter civil o mercantil. La finalidad del cambio podría ser el reforzar la atribución del carácter de relación laboral ordinaria a aquélla que se desarrolla al servicio de personas jurídicas civiles, ya que en el caso de las mercantiles no ha habido duda. Respecto a las personas jurídicas civiles, cuando se han presentado como tales, tampoco se han considerado empleadores familiares.

El art. 2 a) no resuelve los problemas que se habían dado bajo la definición del empleador doméstico del art. 10.3 del RD 48/1996, que la norma laboral reproduce en su art. 1.3, y según la cual cuando “esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas” .

La posible interposición de supuestos empleadores individuales al frente de colectivos de convivencia, que aparecen como titulares del hogar familiar y están actuando en representación y para los fines de la entidad a la que pertenecen queda en los mismos términos en que estaba (parte IV, 2.2.5, a) y b).

1120 LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, *Actualidad Laboral*, núm. 6, Quincena del 16 al 31 Mar. 2012, apdo. 2, apuntando especialmente a las tareas de cuidado.

1121 LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Bomarzo, 2012, pág. 20.

1122 El Informe de la OIT, *Trabajo decente para los trabajadores domésticos, IV (1)*, primera edición de 2009, recoge las calificaciones profesionales de algunos países. Por su parte, en Italia, el Convenio Colectivo del Trabajo Doméstico, de 1.03.2007 a 28.02.2011, establece en el art. 10 cuatro categorías, divididas cada una de ellas en dos niveles, con mención a las tareas y nivel de responsabilidad, entre las que está el cuidado y que se corresponden con diferentes remuneraciones en las tablas salariales. El Convenio Colectivo de Francia, *Convention collective nationale des salariés du particulier employeur*, de 24 de noviembre de 1999 (JO du 11 mars), fija en su artículo 2 una escala de categorías profesionales, en las que el cuidado se distingue según se dirija a criaturas, personas enfermas o dependientes, teniendo en cuenta el nivel de autonomía y los conocimientos aplicados a la tarea.

El art. 2 b) excluye las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal. La indicación no añade nada a la ya existente regulación de la actividad de las ETTS, que establece que en los casos en que funcionen como tales en la prestación de servicios, serán ellas las empleadoras y no la empresa usuaria del servicio. La D.G. de Ordenación de la Seguridad Social ya se pronunció por Resolución de 22 de marzo de 1999¹¹²³ declarando la imposibilidad de que las ETTs diesen de alta en el RESS a los trabajadores contratados para realizar servicios domésticos para otras personas.

El art. 2.c) excluye a “las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas, de acuerdo con la Ley 39/2006, 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.” El carácter ordinario de la relación en el supuesto de quien cuida contratada por una institución pública no está en cuestión. Respecto a las entidades privadas, el uso habitual de la palabra entidad hace referencia a una persona jurídica¹¹²⁴, por lo que la relación laboral será ordinaria.

El artículo 2 d) añade un supuesto de exclusión: las relaciones de los cuidadores no profesionales consistentes en la atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la Ley de Dependencia, exclusión ya comentada. Como se ha señalado, la exclusión derivaría de la falta de retribución propia de la figura¹¹²⁵, o expresado de otro modo, en la causa altruista de la actividad de cuidado¹¹²⁶, y no en la actividad, que puede ser idéntica¹¹²⁷, por lo que la exclusión no deriva del hecho de que el cuidador esté incluido en el Plan Individual de Atención de la Ley de Dependencia, sino de la relación existente entre las partes.

Por otra parte, y respecto a la figura del cuidado familiar, que no “informal”, hubiese sido preferible evitar su definición como no profesional cuando lo que se quiere expresar es la falta de causa remuneratoria en la dedicación, dado el significado peyorativo que el término adquiere fuera del ámbito del derecho laboral.

Los apartados e) y f) del art. 2, reproducen las exclusiones del DRLE de 1985: relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos cuando quien los preste no tenga la condición de asalariado en los términos del art. 1.3,e) del ET, y los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

Se mantienen por tanto en un plano el trabajo familiar no asalariado, incluido en el art. 2.1, e), y el que se realiza por amistad, incluido en el 2.1,f) y en otro plano distinto el trabajo que se realiza precisamente por estos mismos motivos pero mediando prestación de la Ley de Dependencia, incluido en el 2.1 d). Desde el punto de vista laboral, la distinción no tendría sentido; el acuerdo por el que el trabajo de

1123 CISS, Seguridad Social, octubre de 1999, E-19, III-55.

1124 Diccionario de la RAE, la primera entrada para “entidad”: Colectividad considerada como unidad. Especialmente, cualquier corporación, compañía, institución, etc., tomada como persona jurídica.

1125 YANINI MIÑARRO, Margarita, “La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I)” *RRL*, núm. 4, Quincena del 15 al 29 Feb. 2012, pág. 4.

1126 SELMA PEÑALVA, Alejandra, “Diferencia entre el cuidado no profesional del dependiente prestado por personas del entorno del afectado y la relación laboral especial de los empleados de hogar. Nuevo problema de delimitación de fronteras a raíz de la entrada en vigor de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y familiar de las personas en situación de dependencia”, *CEF, RTSS*, núm. 313, 24/2009, pág. 6.

1127 LUJÁN ALCARAZ, José y SELMA PEÑALVA, Alejandra, “La reforma del Régimen especial de Seguridad Social de los empleados de hogar”, cit. Apdo. III.2.

cuidado se realiza o tiene causa remuneratoria o no la tiene. Tal como se ha indicado (parte IV, 2.5.4.), este es un supuesto que conducirá a enviar a la economía sumergida una parte del trabajo doméstico y de cuidado asalariado. La persona en situación de dependencia que percibe la prestación económica para el cuidado por parte de un familiar o persona del entorno, puede estar abonando un salario a su cuidador, para pagar el cual la prestación significa una ayuda económica pero la relación entre ambos deberá aparecer como no laboral para poder optar a la prestación de la Ley de Dependencia.

El apartado 2 del art. 2 del DRLE 2011, mantiene la exclusión del trabajo a la par en los mismos términos que la legislación anterior, con lo que perduran los problemas de indefinición ya comentados (parte IV, 2.5.6.).

El art. 2.3, es transcripción literal del art. 2.1,d) del DRLE de 1985 y excluye de la relación laboral especial la de quien además de servicios domésticos presta, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador. En ese caso se presume la existencia de una única relación laboral de carácter común.

A la crítica ya realizada sobre la indefinición del límite del trabajo esporádico o marginal que hay que traspasar para que la relación sea ordinaria (parte IV, 2.4), tras la reforma se ha planteado una nueva cuestión. La disposición no tiene sentido una vez reformado el régimen de seguridad social del empleo de hogar, que en adelante permitirá la cotización por horas en el trabajo a tiempo parcial¹¹²⁸, por lo que en el caso de prestarse servicios domésticos y de otro género para la misma persona, habría dos relaciones laborales de diferente naturaleza, una especial y otra ordinaria, sin que una prevaleciese sobre la otra.

El sentido de la propuesta es el evitar que una actividad mercantil, aún marginal, pueda protegerse en la norma especial, posición que compartimos.

3.3.3. La certeza sobre las condiciones de trabajo

La forma del contrato

El DRLE 2011 crea en su art. 5 una obligación nueva para el empleador doméstico: la de documentar el contenido de las obligaciones mutuas, vía contrato de trabajo o mediante la información escrita de los elementos esenciales del contrato.

Según el art. 4.1 y 2 del DRLE de 1985 el contrato podía ser verbal o escrito. En defecto de pacto escrito en el que se optase por alguna de las modalidades o duraciones del ET, se presumía por tiempo determinado de un año, prorrogable por periodos anuales, salvo denuncia. En la práctica, el contrato escrito solamente ha existido en la contratación de personas inmigrantes que necesitaban presentarlo para regularizar su situación administrativa. En la mayoría de estos casos las condiciones establecidas por escrito no se han correspondido con las reales, sobre todo en lo que respecta a la jornada laboral.

El art. 5.1 DRLE 2011 establece la obligación de contrato escrito en los supuestos del ET, que en su art. 8 prescribe la forma escrita en todos los contratos, excepto los de jornada completa de menos de cuatro semanas, así como los indefinidos a tiempo completo. Lo anterior tiene una consecuencia peculiar al contrato de trabajo doméstico, ya que un porcentaje alto de las relaciones son a tiempo parcial, por lo que el contrato escrito será obligatorio en la mayoría de los casos.

¹¹²⁸LÓPEZ GANDIA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, cit., pág. 22.

El art. 5.4 DRLE 2011 exige que en los contratos de duración superior a las cuatro semanas se proporcione a la trabajadora una información sobre los elementos esenciales del contrato, que además de contener los elementos requeridos para las relaciones ordinarias en el RD 1659/1998, de 24 de julio, añade elementos específicos de la relación doméstica: las prestaciones salariales en especie convenidas, la duración y distribución de los tiempos de presencia pactados y el sistema de su retribución o compensación, y el régimen, en su caso, de pernoctas en el domicilio familiar.

Por otra parte, el art. 16.1 ET establece la obligación de los empresarios de comunicar a los Servicios Públicos de Empleo “el contenido de los contrato de trabajo (...) deban o no formalizarse por escrito”, disposición que no aparece en la norma especial, que en su art. 3.b) declara supletorio el ET en lo que resulte compatible con las particularidades derivadas de la relación laboral especial.

El DRLE 2011 no se pronuncia sobre la obligación del empleador doméstico de comunicar el contenido del contrato en el caso en que no se haya realizado por escrito, aunque podría considerarse que sí es preceptivo en aplicación subsidiaria del ET. Pero la DA 1ª del DRLE 2011 genera la duda al disponer que la comunicación al Servicio Público de Empleo Estatal del contenido de los contratos de trabajo que se celebren conforme a lo previsto en el Real Decreto, así como su terminación, “se entenderá realizada por el empleador mediante la comunicación en tiempo y forma del alta o de la baja en la Seguridad Social ante la Tesorería General de la Seguridad Social, acompañada, en su caso, del contrato de trabajo, cuando éste se haya formalizado por escrito”.

La DA 1ª añade que “en los supuestos a que se refiere el párrafo anterior, la Tesorería General de la Seguridad Social deberá comunicar al Servicio Público de Empleo el contenido mínimo de los contratos de trabajo, así como su terminación”, esto es, en los supuestos en que el contrato formalizó por escrito y no hay ninguna previsión de otra clase. Dado que la exposición de motivos del DRLE 2011 plantea que el objetivo de la intervención de la TGSS en la comunicación al SPEE es reducir las cargas administrativas para los empleadores, es fácil interpretar que el empleador doméstico no está obligado a realizar ninguna otra comunicación.

La gestión por parte de la TGSS de su obligación de recibir los contratos escritos ha sido sumamente confusa: durante un periodo inicial no se admitían copias de los contratos y la información al público variaba dependiendo de las oficinas de la entidad. Hasta donde tenemos constancia, varios meses después se unificó la postura, admitiendo los contratos, pero la actuación de la TGSS creó en los empleadores la percepción de que cumplir con las obligaciones sobre contratación y alta de una empleada de hogar requería extraordinarios conocimientos y disposición de tiempo libre en horario de mañana.

El pago documentado del salario

El pago documentado del salario era un deber del empleador desde antes de la reforma, en base al art. 29.1 del ET y la Orden de 27 de diciembre de 1994, por la que se aprueba el recibo individual de salarios. El DRLE 2011 incorpora tal obligación en su art. 8.6, y ordena al Ministerio de Trabajo poner a disposición de los empleadores modelos de recibos de salarios para su cumplimiento. La DA 3ª dispone que los modelos se pongan a disposición de los empleadores tanto en formato electrónico descargable como en papel.

El contenido del recibo de salarios viene determinado en el art. 29.1 del ET, que permite la utilización de cualquier modelo que contenga con la debida claridad y separación las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan. La Orden de 27 de diciembre de 1994 define más concretamente en su art. 1 el contenido mínimo del recibo, al disponer que se considerarán

ajustados al modelo los recibos de salarios que, sin eliminar ninguno de los conceptos contenidos en el modelo anexo de la Orden ni alterar su denominación, contengan modificaciones de carácter puramente formal o incluyan elementos adicionales de información al trabajador sobre la retribución percibida.

En lo aplicable al empleo doméstico, del modelo anexo de la Orden que regula la nómina se deduce que deben distinguirse las percepciones en metálico y en especie, el salario base y sus complementos, las percepciones no salariales, la determinación de las bases de cotización y las deducciones por la aportación de seguridad social de la parte trabajadora.

La nómina propuesta por el Ministerio de Trabajo¹¹²⁹ ignora la peculiaridad del empleador doméstico: no contiene ninguna instrucción que le ayude a cumplimentarla.

Distingue salario base y complementos, y en la medida en que es un modelo que pretende adecuarse al sector, introduce el tiempo de presencia, con la llamativa ausencia del posible complemento de pernocta, que no se menciona pero naturalmente podría incluirse en el apartado “otros”.

Las prestaciones en especie aparecen como devengo salarial o no salarial. Deberán sumarse con el resto de percepciones y luego, deducirse, lo que complica innecesariamente la nómina. Deberían consignarse solo si son salario, que es el caso en el que el metálico a percibir por el tiempo de trabajo se vería repercutido. Si alojamiento y manutención se proporcionan con carácter extrasalarial, su disfute no tiene consecuencias en materia de seguridad social y no sería preciso atribuirles un valor dinerario en la nómina.

En el campo de determinación de las bases de cotización a la Seguridad Social se indica que la cifra a introducir en la casilla es la “remuneración mensual según D.A. 39ª Ley 27/2011”, con lo que no se sabe si la cifra es la cantidad mensual percibida, que dará lugar a establecer el tramo, o directamente la base de cotización que se corresponde con aquella. Entendemos que debe reflejarse la base, pero para ello debería haberse indicado así.

Por otra parte, la nómina no se adecúa a las características de una parte muy importante del empleo doméstico, que se realiza a tiempo parcial con una retribución por hora en la que están incluidas las partes proporcionales de las pagas extraordinarias, y en bastantes ocasiones también el abono de las vacaciones. En este supuesto, el documento podía haber sido mucho más simple.

El pago documentado del salario tiene importancia, entre otros motivos, como medio de prueba de la relación laboral y de la cuantía de lo recibido a efectos de base de cotización a la seguridad social. Si escasa es la práctica del contrato escrito, el abono documentado del salario es prácticamente inexistente en la actualidad. El pago se realiza en metálico y no hay base para pensar que la situación vaya a variar por la inserción de la obligación de entrega de la nómina en el DRLE 2011.

Para intentar cambiar este uso social contra derecho había que haber tenido en cuenta los antecedentes y peculiaridad de los obligados. Partiendo de las características del empleador, podía haberse establecido una medida transitoria, según la cual la documentación de la relación laboral hubiese tenido dos niveles de exigencia. Por una parte, la entrega por escrito de las condiciones del contrato con el detalle que exige el art. 5 del DRLE 2011, lo que se hace una sola vez, salvo que las condiciones del contrato varíen. Una vez asegurada la claridad y concreción sobre horarios, descansos, retribución de las

1129 <http://www.empleo.gob.es/es/portada/serviciohogar/modelos/index.htm> (14-04-2012). Ver Anexo III.

horas trabajadas, conceptos a abonar y posibles criterios sobre descuentos, el abono del salario podría considerarse documentado en todos los casos en que se proporcione a la trabajadora cualquier medio de pago que acredite la entrega del dinero: cheque, transferencia bancaria, o, en su caso, el recibo de salarios. Las variaciones en la ejecución del servicio en el mes concreto, tales como la realización de horas de presencia no habituales o, en su caso, horas extraordinarias, deberían documentarse junto con el pago, con total libertad de forma.

Conocer la base de cotización atribuida tiene una importancia evidente a efecto de tomar decisiones que aseguren futuras prestaciones de Seguridad Social. En el periodo anterior del RESS, con la base única, la trabajadora solamente necesitaba información sobre si estaba o no de alta en la Seguridad Social. Después de la reforma la información debe precisar el tramo de la base que se le ha adjudicado, a efectos de lo cual se deberá establecer la obligación del empleador de informar a la trabajadora sobre la base de cotización sobre la que se le están haciendo las aportaciones a la seguridad social. Esta información se puede realizar con entrega de la copia del parte de alta y, en su caso, el parte de variación de datos, que el empleador ha entregado ante la TGSS.

Como opción preferible, el derecho al percibo de la nómina podía haberse garantizado mediante su confección por los poderes públicos. El sistema de pago mediante cheque de empleo servicio¹¹³⁰ es una fórmula que tiene en cuenta la peculiaridad del empleador doméstico y subsana su deficiente capacidad de gestión de algunos aspectos de la relación laboral.

3.3.4. El derecho al uso efectivo de los derechos de conciliación

El DRLE 2011 mantiene sin definir cuestiones que habían sido objeto de debate judicial como la nulidad del despido con ocasión del ejercicio de derechos de conciliación.

En lo que atañe a los permisos, el art. 9.6 del DRLE 2011 dispone que el trabajador tendrá derecho al disfrute de las fiestas y permisos previstos en el art. 37 ET. Esta es una novedad respecto a la norma anterior, que no reconocía más que los establecidos en el apartado 3 del artículo.

Por tanto, a partir de la reforma se incorporan al bagaje de derechos todos los asociados al cuidado: ausencia de una hora del trabajo por lactancia de hijo menor de nueve meses o reducción de la jornada en media hora (art. 37.4); reducción de jornada hasta dos horas diarias en caso de nacimiento de hijos prematuros (art. 37.4 bis); reducción de la jornada diaria entre un octavo y la mitad de jornada para cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o menores de ocho años o persona con discapacidad (art. 37.5); derecho a reducción de al menos la mitad de la jornada por cuidado de menor afectado por cáncer o cualquier otra enfermedad grave, hasta que cumpla 18 años (art. 35.5); derecho de la trabajadora a determinar el horario y periodo de disfrute de la reducción de jornada y del permiso de lactancia (art. 35.6); reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo en supuestos de violencia de género (37.7).

1130 En Francia, tal como se expone en el Anexo II, si el empleador se acoge al sistema de pago del cheque-servicio, queda liberado de la obligación de entregar la nómina, que se confecciona por el organismo recaudador de las cotizaciones de la Seguridad Social, el URSSAF, y se envía mensualmente al domicilio de la trabajadora, en base a los datos proporcionados por el empleador mediante un sencillo sistema.

La suspensión del contrato en los casos del art. 45 d)¹¹³¹, lo dispuesto en el 48.4, sobre descanso maternal y en el 48.bis del ET, sobre descanso paternal, la excedencia del art. 46.3, de tres años para cuidado de hijos y dos años para cuidado de familiares, también deben entenderse aplicables de manera supletoria al no contener el DRLE 2011 disposiciones específicas sobre la cuestión.

La LOI introdujo un nuevo apartado 8 en el art. 34, según el cual el trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación, de acuerdo con lo establecido en la negociación colectiva o el acuerdo al que llegue con el empresario, respetando en todo caso lo establecido en aquella. El TC entiende que la empresa está siempre obligada a considerar la posibilidad de acceder a los cambios de jornada y horario solicitados por motivos de conciliación¹¹³².

El tenor literal del art. 37.6 ET parece indicar que con respecto al derecho a la reducción de jornada entre un octavo y la mitad y el permiso de lactancia, la discrepancia entre empleador y trabajadora solo cabe en relación a la determinación de los periodos de disfrute y su concreción horaria dentro de la jornada ordinaria, no en el propio derecho a su disfrute de una u otra manera.

El reconocimiento en bloque de los derechos de conciliación en el empleo doméstico chocará para la efectividad de su disfrute con las necesidades del empleador en los casos de atención a personas que no se valen por sí mismas, o cuando el objeto principal del contrato haya sido el acompañamiento. Las tareas orientadas a la satisfacción de las necesidades de cuidado no pueden ser pospuestas ni acumuladas, lo que plantea un problema específico respecto a las modificaciones de la prestación laboral, tanto en los horarios como en la cantidad de horas de desempeño del servicio. Actualmente, la cuestión se autoregula por medio del acuerdo entre las partes en los casos en que la trabajadora asume lo razonable de la objeción de la empleadora frente a su pretensión de utilizar el derecho a la ausencia o a la reducción de la jornada laboral por razones de conciliación en toda la extensión permitida por el ET.

La cuestión hubiese requerido una regulación específica. De acuerdo con la STC 3/2007, de 15 de enero, los derechos de conciliación tienen relación con el art. 14 CE y también con el mandato constitucional de protección a la familia y a la infancia del art. 39 CE. Pero cuando el objeto del contrato son tareas de cuidado a personas menores de edad, ancianas o que tienen alguna discapacidad no puede imputarse al empleador doméstico la obligación de ceder sus intereses a favor de intereses del mismo rango de la parte contratada¹¹³³, cuando es la única persona en plantilla.

1131 Maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes.

1132 En sentencias 3/2007, de 15 de enero y 26/2011, de 14 de marzo, declaró la obligación de los tribunales de entrar a valorar solicitudes de cambio de turno o los días de la semana en que desarrollar la prestación de trabajo por motivos de conciliación. Las solicitudes se referían a cambios que no estaban dentro de la jornada ordinaria, y en TC establece que en todos los casos ha de entrarse en el juicio sobre la posibilidad de la empresa de conceder lo solicitado, ponderando los derechos constitucionales en juego.

1133 CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, "Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y seguridad social", *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras : homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, 2008, pág. 1009, al referirse al ejercicio de los derechos de conciliación y el conflicto de intereses con la empresa señala el desarrollo y satisfacción de los intereses productivos de ésta. En el caso del contrato de trabajo doméstico que tiene como objeto el cuidado, los intereses son del mismo género.

No sostendríamos en la libertad de empresa del art. 38 CE la facultad del empleador de presentar en ciertos supuestos una negativa razonable y razonada a la reducción de jornada, sino en aquellos principios que establecen para todas las personas, también la parte empleadora, la protección de la salud (art. 43 CE), la familia y los hijos menores (art. 39 CE). Este conflicto plantea de frente lo inadecuado de la relación laboral doméstica como solución a las necesidades de cuidado, cuya atención los poderes públicos deberían garantizar a la ciudadanía por la vía de los servicios sociales, sean de carácter público o concertado, marco en el que los derechos de conciliación tienen garantía efectiva de disfrute. Al diseñar las políticas de conciliación no se ha pensado en el empleo doméstico, que queda reducido así a la categoría de recurso para satisfacer las necesidades de cuidado de otros y sin ninguna previsión concreta a su condición de agente con derechos también es ese ámbito.

Tal como se ha señalado anteriormente, las consecuencias en materia de seguridad social del ejercicio de derechos laborales penden de la efectiva posibilidad de su ejercicio. En la relación laboral ordinaria, el ejercicio de los derechos de conciliación tiene la protección del art. 55 de la norma, que en su apartado 5 declara nulo el despido durante el período de suspensión del contrato de trabajo por las causas ligadas al disfrute de los derechos de conciliación y el ejercicio de los derechos de las víctimas de violencia de género.

Tal como se indicó (parte IV, 6.4.), la doctrina judicial sobre el despido discriminatorio en el empleo doméstico ha planteado en algunos casos que la protección frente al cese no es aplicable cuando la fórmula de la extinción por voluntad del empleador ha sido el desistimiento; en otros, se ha entendido que la nulidad no existía en la relación laboral doméstica, al no preverla la regulación de la relación especial. Por fin, la posición que entiende aplicable la institución del despido nulo no le reconoce la consecuencia de readmisión obligatoria propia de la relación ordinaria del ET. Reconocida la nulidad, no en todos los casos se condena al abono de salarios de tramitación, dado que, a diferencia de la relación laboral ordinaria, el DRLE no los reconoce para el despido improcedente.

La extinción del contrato se regula en el art. 11 del DRLE 2011 con una remisión en bloque a los supuestos de extinción del contrato del art. 49 ET, excepto por las causas de las letras h), i) y l) del apartado 1 de dicho artículo, que, de acuerdo con la norma, no resultan compatibles con la naturaleza de la misma. Tal como se ha comentado las causas de extinción contenidas en los apartados que se excluyen, fuerza mayor, despido colectivo y causas objetivas, son compatibles con la relación especial. Cuestión distinta es que se haya preferido vehiculizarlas por la figura del desistimiento¹¹³⁴, figura que el art. 11.3 DRLE mantiene con una nueva regulación de los requisitos de forma y cuantía de la indemnización.

La cuantía y límites de la indemnización del despido improcedente se regulan en el art. 11.2. No hay en el DRLE 2011 mención a la nulidad del despido en la relación especial, que es la base jurídica sobre la que en el periodo anterior se cuestionó su aplicabilidad.

Se mantiene así en la indeterminación una cuestión que se sabe conflictiva y dudosa, que podía y debía haberse fijado en la nueva norma. La falta de regulación sobre los efectos del despido en el empleo doméstico en los supuestos que en el régimen ordinario tendrían la consideración de nulos, y la indeterminación de qué consideración debe tener el desistimiento en tales casos, viola el principio de seguridad jurídica que garantiza art. 9.3 de la Constitución. La violación es especialmente reprochable cuando lo que está en juego son derechos fundamentales que los poderes públicos están obligados a garantizar. Tal como señala el TC, el legislador debe procurar que acerca de la materia sobre la

1134 MIÑARRO YANINI, Margarita, “La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I)” *RRLL*, núm. 5, Sección Legislación, quincena del 1 al 15 Mar. 2012, pág. 16.

que legisla sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse; seguridad jurídica es previsibilidad de cuál sea el derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas, e incluso cuáles sean éstas¹¹³⁵.

En relación al DRLE de 1985, la opinión unánime de la doctrina científica fue que existía el despido nulo en los mismos supuestos que en la relación ordinaria: las discrepancias estribaron en las consecuencias que debía tener, fundamentalmente si cabía o no la readmisión obligatoria¹¹³⁶.

La STC 38/1981, de 23 de noviembre, al crear la figura del despido radicalmente nulo, señalaba que no existía para el empresario otra opción que la readmisión (fj. 7). Según el vigente art. 113 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (antes de la Ley de Procedimiento Laboral) la consecuencia de la nulidad del despido es la inmediata readmisión del trabajador y el abono de los salarios dejados de percibir.

Sin embargo, la readmisión forzosa como consecuencia típica de la declaración de nulidad del despido parece incompatible con la particularidad de la relación, en la que la confianza es elemento fundamental. No parece ni posible ni coherente con el resto de la regulación la defensa de la obligación incondicional de readmisión, pero en todo caso la norma especial tenía que haber definido la solución a un problema ya conocido. La cuestión quedaría reducida a determinar cómo debe compensarse la pérdida del empleo con violación de derechos fundamentales.

El punto de partida sería que no deben adjudicarse al despido nulo por violación de derechos fundamentales las mismas consecuencias que al despido improcedente. En principio, una de las dos obligaciones derivadas de la declaración de nulidad del despido, el deber de abono de los salarios de tramitación no presenta ninguna incompatibilidad con lo específico del DRLE 2011. La sentencia que declara la nulidad del cese determina la ausencia de efectos jurídicos del acto extintivo¹¹³⁷, con lo que hasta la readmisión o, caso de resultar ésta imposible, hasta la declaración judicial de rescisión de la relación laboral, el trabajador doméstico debe percibir los salarios de tramitación.

El artículo 10 de la LOI establece que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a

1135 SSTC 46/1990, de 15 de marzo, fj. 4 (...) el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes, incluso cuáles sean éstas". En el mismo sentido, STC 146/1993, de 29 de abril, fj. 6.

1136 Para SALA FRANCO, Tomás, la readmisión sería obligatoria en "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de servicio doméstico" cit., pág. 313; también para RAMIREZ MARTINEZ, Juan Manuel en "La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar", cit., pág. 15; DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, plantea la readmisión como solución dudosa, en "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar" cit., págs. 219-220; QUESADA SEGURA, Rosa, considera imposible el obligar a la readmisión y propone la indemnización propia del despido improcedente en *El contrato de servicio doméstico*, cit., pág. 209; CUEVA PUENTE, María del Carmen, considera posible la condena a la readmisión en *La relación especial de los empleados de hogar*, cit., pág. 438.

1137 Ver las referencias doctrinales que sobre el tema hace RIERA VAYREDA, Carlos, en *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, 1999, págs. 366-367.

responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias.

Además de reconocer la indemnización propia del despido improcedente, de conformidad con el art. 183 de la LRJS, deberá concederse otra que resarza específicamente la violación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, ligado a los derechos de conciliación¹¹³⁸.

La solución propuesta no resuelve la falta de alta en el sistema de seguridad social a la fecha de algunas de las situaciones que lo requieren para el percibo de prestaciones: la de maternidad o paternidad es una de ellas. La solución podría ser la declaración de la situación de alta a efectos de la prestación durante el periodo equivalente al de la situación de desempleo que se hubiese generado de desarrollar en el Régimen General la actividad encuadrada en el RESS y en el actual sistema especial.

4. La integración del RESS como Sistema Especial para los Empleados de Hogar del Régimen General

4.1. Introducción

La DA 39^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social dispone, con efectos de 1 de enero de 2012, la integración del RESS en el Régimen General mediante el establecimiento de un sistema especial para los empleados de hogar (SEEH) “en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente”.

La DA 39^a no agota, por tanto, las características del sistema especial, ya que prevé que la integración se hará en los términos y con el alcance indicados en la propia disposición y también con las peculiaridades que se determinen reglamentariamente. Tal desarrollo aún no se ha producido, pero de antemano hay que plantear que no serían admisibles las peculiaridades que por vía reglamentaria apartasen al sistema especial del grado de protección otorgado con rango de ley, que es el que corresponde al régimen general, a salvo de las diferencias establecidas en la propia Ley 27/2011 o las que en lo sucesivo se dicten.

El DRESS de 1969 no se ha derogado expresamente¹¹³⁹, por lo que según la Derogatoria Única aquél queda vigente en lo que sea compatible con las disposiciones de la DA 39^a¹¹⁴⁰.

Tal como se verá, las especialidades del sistema exceden los límites establecidos en el art. 11 LGSS, que al contemplar la posibilidad de establecer sistemas especiales en los Regímenes de Seguridad

¹¹³⁸ De acuerdo, entre otras, con la STC 3/2007, de 15 de diciembre.

¹¹³⁹ A diferencia de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, de integración del régimen especial agrario en el general, que derogó expresamente el Texto Refundido de las Leyes 38/1966, de 31 de mayo, y 41/1970, de 22 de diciembre, por las que se establece y regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, aprobado por el Decreto 2123/1971, de 23 de julio.

¹¹⁴⁰ Mantiene que se ha producido su derogación tácita GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, en “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, en *AS* 8/2011, BIB 1743/2011, pág. 4.

Social, permite exclusivamente diferencias en el encuadramiento, afiliación, forma de cotización y recaudación¹¹⁴¹, lo que, sin embargo, no plantea problema al haberse regulado el sistema mediante norma del mismo rango. .

4.2. Los plazos de la integración

La Ley 27/2011 fue publicada el 2 de agosto, fecha en la que entra en vigor, aunque la efectividad de la integración se da a partir a 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 DF 12.1 de la Ley 27/2011.

La DA 39^a.4 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 dentro del Régimen General de la Seguridad Social” comuniquen a la TGSS el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el sistema especial.

Según el párrafo 2º de la DA 39^a.4., 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 sentido¹¹⁴² considerando que la norma se publicó el 2 de agosto de 2011, 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.

La redacción del precepto da lugar a la duda sobre el plazo a aplicar en el caso de quienes no estaban de alta en el RESS por no alcanzar las 72 horas mensuales de dedicación. No son personas procedentes del anterior régimen especial aunque sí estaban sujetas a sus normas. No ayuda a aclarar la cuestión el párrafo tercero del DA 39^a.4, 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 RESS 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 RESS. 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.

Es la interpretación acorde con el texto y finalidad de la norma: la cobertura del empleo doméstico en el Régimen General. El plazo de seis meses para el tránsito a quienes están ya de alta en el RESS, tiene en consideración que la protección del sistema existe, aún en un Régimen infraprotector.

Las consecuencias de la falta de comunicación en plazo, que finaliza a fecha 1 de julio, son diferentes en el caso de las empleadas fijas y las discontinuas del RESS. Para las primeras, se actúa de oficio pasando a integrarlas en el sistema especial en el tramo superior de la escala de bases de cotización, lo que es 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 traerá una rebaja en las cotizaciones que se venían abonando.

1141 PANIZO ROBLES, José Antonio, “La seguridad social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, *CEF, RTSS*, núm. 346, enero 2012, pág. 10-11

1142 GETE CASTRILLO, Pedro, “La reforma de pensiones de 2011...”, cit., califica el plazo de extraña *vacatio legis*, que deja los efectos de la integración en manos del empleador, apdo. 1.

Para las personas que estaban de alta como discontinuas, la falta de comunicación en plazo supone 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 39^a, 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 RESS.

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 RETA¹¹⁴³, posición que no compartimos. 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 desvirtuarla. El punto de partida es el contrario: quien estuvo de alta como trabajadora discontinua lo hizo al amparo del RD 2346/1969, que declaraba la subsidiariedad del Régimen General, lo que es un reconocimiento tácito de que la relación de servicios que sirve de base a la integración en el RESS es laboral.

El sentido de la disposición sobre la baja en el sistema de la trabajadora cuyos empleadores no le dan de alta es, entendemos, la voluntad del legislador de no imponer de manera automática al empleador doméstico de la persona discontinua obligaciones de seguridad social, dejando en manos de la trabajadora el instar su alta en cada caso. La solución no podía haber sido otra salvo por la vía del alta de oficio previsto en el art. 13 de la LGSS, que hubiese exigido la intervención masiva de la Inspección de Trabajo verificando que se daba en cada caso el supuesto de hecho del encuadramiento. Es una decisión de política legislativa.

La opción de la solicitud del alta en el sistema especial por parte de la interesada se ha promovido mediante la inclusión del impreso correspondiente en el área de la página web de la seguridad social sobre empleo de hogar. Pero el empleador que no tiene voluntad de dar de alta a la trabajadora en su día contratada como discontinua del RESS, crea una situación en la que en casi todos los casos ésta tendrá que escoger entre la solicitud de alta y el mantenimiento del puesto de trabajo; en el empleo doméstico la garantía de indemnidad tiene límites específicos.

Según el art. 4.2, g) del ET, el trabajador tiene derecho al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo, derecho que debe entenderse que incluye las iniciativas ante la autoridad laboral¹¹⁴⁴. La interpretación del TC sobre el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE alcanza a las actuaciones previas o preparatorias a la vía jurisdiccional, entre las que está la denuncia ante la Inspección de Trabajo, e incluso las reclamaciones extrajudiciales¹¹⁴⁵.

1143 SELMA PEÑALVA, Alejandra, “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, Juan Pablo, *Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo*, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2012, pág. 24.

1144 MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, “Art. 4”, VVAA, *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, cit., pág. 132.

1145 A partir de la sentencia 14/1993, de 18 de enero, el TC declara que también los actos previos a la vía judicial tienen el amparo del art. 24.1. El TC ha extendido la protección a reclamaciones extrajudiciales, en el caso del trabajador cuyo abogado se dirigió a la empresa con un reclamación, en STC 55/2004, de 13 de abril; también en la denuncia del trabajador de un casino ante el órgano de control de los juegos de azar, en STC 198/2001, de 4 de octubre. Con fundamento en la doctrina constitucional, la STS de 23-12-2010, ROJ 7715, declara la nulidad de un despido producido inmediatamente después de la denuncia a la Inspección de Trabajo.

La garantía constitucional de indemnidad con ocasión del ejercicio de los derechos derivados del contrato está fuertemente condicionada en este caso. En primer lugar, por la figura del desistimiento, que se funda en la libre voluntad del empleador, sin necesidad de alegar causa. Aún así, entendemos que el desistimiento producido en un contexto de probable represalia obligaría al empleador a justificar su decisión para que no resultase nula. En segundo lugar, por la no condena a la readmisión en el despido declarado nulo, con las consecuencias ya comentadas.

Por esto, la TGSS debería haber requerido a los empleadores que aparecían como contratantes de las trabajadoras discontinuas para que les diesen de alta en cumplimiento de la nueva legalidad, con las advertencias del caso. 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 RESS.

4.3. Cuestiones no resueltas en el periodo transitorio

Los cambios que inciden en situaciones anteriores a una nueva legalidad plantean cuestiones sobre el tránsito entre las normas. Las reglas del paso de una a otra norma con el mismo ámbito de aplicación, en este caso, el régimen de seguridad social del empleo doméstico, pueden estar contenidas en el articulado del texto legal o al final del mismo, como Disposiciones Transitorias. El que las disposiciones se sitúen en uno u otro lugar no es relevante, si se da solución a las cuestiones que la sucesión normativa plantea¹¹⁴⁶.

Algunas Disposiciones Transitorias se refieren a derechos en proceso de causación según la norma anterior, cuando la posterior establece condiciones nuevas de acceso a prestaciones cuyo hecho causante aún no ha tenido lugar. En este supuesto no está en duda el ámbito de competencia temporal de cada norma y no hay por tanto una verdadera cuestión de intertemporalidad¹¹⁴⁷. En materia de seguridad social, el legislador casi siempre aborda el cambio intentando mediante soluciones transitorias un equilibrio entre la conservación de derechos en proceso de generarse según la norma anterior y la aplicación de la nueva, suavizando su impacto cuando ésta es más exigente.

También, y este es el supuesto del tránsito al sistema especial de hogar, se puede limitar durante un tiempo la aplicación plena de las normas del Régimen de integración, que es lo que se hace en los apartados 3 y 4 de la DA 39ª de la Ley 27/2011, al establecer la implantación gradual de las normas del Régimen General, tanto en materia de cotización como de prestaciones.

Las Disposiciones Transitorias en sentido propio son aquellas que se refieren a hechos nacidos en fecha previa a la entrada en vigor de la nueva norma, que se prolongan después de ella, supuesto en el que existe un verdadero problema de intertemporalidad, caso en el que debe definirse qué norma jurídica es de aplicación, la vigente a la fecha del hecho causante o la posterior. Es lo que normalmente establecen las normas de seguridad social que modifican otras anteriores.

En el caso específico de la integración del RESS en el Régimen General, a los problemas que de sí plantean los tránsitos normativos se añade el de que durante seis meses van a convivir dos regímenes aplicables al contrato de trabajo doméstico, con dos legislaciones vigentes y distintas susceptibles de aplicación a una misma realidad. La Ley 27/2011 no contiene ninguna disposición que aborde la cuestión.

¹¹⁴⁶QUINTERO LIMA, Mª Gema, *Derecho transitorio de Seguridad Social*, La Ley 2006, pág. 118. Las reflexiones generales en torno al derecho transitorio que aparecen en este apartado son deudoras de la obra citada.

¹¹⁴⁷*Ibidem*, pág. 117.

La Disposición Transitoria Única de la Ley 27/2011 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 39ª, 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.

Sin disposición legal que haga frente al problema, una vez más, el vacío normativo se ha suplido mediante decisiones administrativas carentes de fuerza de obligar, pero sumamente efectivas teniendo en cuenta la cualidad de las personas concernidas, que no suelen estar en condiciones de cuestionarlas.

4.3.1. Altas iniciales de trabajadoras en 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, crea algunas situaciones no previstas legalmente.

La DA 39ª no contempla 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 RESS 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.

Pero de acuerdo con una decisión administrativa no publicada¹¹⁴⁸, la TGSS no admitirá el alta si la trabajadora no se da de baja como discontinua, lo que incluye dejar de cotizar por los empleos que estaban dando lugar al alta en el RESS. La discontinua dejará de abonar la cuota única de seguridad social sobre la base máxima, de 748,20 €, y pasará a tener una base de acuerdo con el tramo que le corresponda según sus ingresos con el empleador que le dio de alta, con las cargas de cotización repartidas según dispone la DA 39ª, dejando de cotizar para todas las contingencias en sus restantes empleos de carácter doméstico.

Otra situación será la que aparece cuando uno solo de los empleadores de la trabajadora discontinua cuya relación es anterior al 1-1-2012 está dispuesto a dar de alta sin esperar a agotar el plazo concedido, y el otro o los otros quieren atrasar el cumplimiento de su obligación utilizando el

¹¹⁴⁸ 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, NORMASS, pág. 6.

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 el o los restantes empleadores que han decidido agotar el plazo, queda sin cobertura de seguridad social por falta de sujeto obligado a cotizar, ya que de forma inexplicable no hay 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.

La solución que queda a la trabajadora de hogar discontinua es la suscripción de un convenio especial, para una situación no contemplada en ninguno 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 pudiera encajar en la situación es el del art. 22, cuya función es permitir a los trabajadores contratados a tiempo parcial completar su cotización hasta la base mínima de cotización a tiempo completo, aún cuando la situación laboral efectiva en este caso puede ser la de una dedicación superior incluso a la que generarían los ingresos de 700,11 € mensuales que dan lugar a la base equivalente a la mínima del Régimen General.

La base de cotización para el Convenio, de acuerdo con el art. 6 b) y c) de la Orden, 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). En consecuencia, la cuota resultante de la suscripción del convenio especial supondrá cotizar por una base y tipo superiores a los del sistema especial¹¹⁴⁹.

El convenio especial no cubrirá 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 será 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 produce 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 SGde Afiliación y Procedimientos Especiales de la TGSS¹¹⁵⁰ permite darle de alta en el sistema especial, simultaneando la pertenencia al RESS como trabajadora fija con un empleador y el alta en el sistema especial con el otro o los otros. No tiene ninguna justificación que si se ha considerado posible la pertenencia simultánea en este supuesto no lo sea en los restantes.

En este caso, se cotizará sobre dos bases, la del RESS y la del sistema especial. La del RESS será la única de 748,20 €, con independencia del salario percibido, que puede ser inferior; y la del sistema especial será 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.

¹¹⁴⁹ En 2012, la base mínima del RETA es 859,20 € al mes, frente a los 748,20 del tramo 15 del sistema especial. El tipo de contingencias comunes es el 28,3%, frente al 22% del RESS. 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.

¹¹⁵⁰ 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*, NORMASS, pági. 6.

4.3.2. Altas iniciales de trabajadoras en situaciones de IT o Maternidad durante el periodo transitorio

No existe previsión legal sobre el tratamiento de las situaciones de IT o maternidad iniciadas en el año 2011 o incluso en el 2012 y que perduren durante el primer semestre de 2012, o lo excedan, si en el momento del hecho causante la trabajadora está de alta en el RESS.

De acuerdo con la Instrucción de la TGSS antes señalada, a los trabajadores fijos y discontinuos que en fecha anterior al 1-1-2012 se encontrasen en situación de IT o maternidad no se les podrá dar de alta en el sistema especial hasta la finalización de tal situación, incluso cuando el alta se produzca después del 30 de junio.

También se impedirá el paso al sistema especial en el caso de que la IT o la maternidad se produzcan después del 1-1-2012 si el hecho causante se produce cuando la trabajadora está todavía de alta en el RESS. En el caso de que la IT se produzca en el mes de junio, se podrán aplicar las normas del RESS durante el mes de julio (incluido el periodo de espera de 29 días para el cobro de la prestación) dado que en la fecha del hecho causante la norma aplicable era la del RESS.

La Instrucción de la TGSS introduce limitaciones al paso de un régimen a otro sin habilitación legal para ello. Contraviene lo dispuesto en la DA 39^a, 4, párrafo 1^o, que da a los empleadores y trabajadores del RESS un plazo de seis meses a partir de 1-1-2012 para comunicar que se cumplen las condiciones de la integración en el Régimen General sin hacer excepción en esta obligación; y en relación con su párrafo 2^o, según el cual desde el primer día del mes siguiente a que se comunique el cumplimiento de las condiciones exigidas para la inclusión en el sistema especial, serán de plena aplicación sus normas reguladoras, entre las que no hace excepción. En consecuencia, el reparto de las cargas de cotización y el día de inicio del cobro de la IT por causas comunes tendrían que seguir las normas del sistema especial del Régimen General de manera inmediata.

El efecto de mantener el alta en el RESS para quien esté de baja por IT o maternidad es que continuará siendo responsable de la obligación de cotizar durante toda su duración, liberando al empleador de tal carga. Y la fecha inicial de devengo de la prestación seguirá las normas del RESS, en caso de enfermedad común o accidente no laboral a partir del 29 día de la baja, y en las contingencias profesionales a partir del cuarto día.

En un principio a las trabajadoras discontinuas se les iba a impedir mantenerse en el RESS hasta agotar el plazo de 1 de julio 2011, en el supuesto de que hubiesen estado en situación de IT y al recibir el alta médica reiniciasen la actividad laboral suspendida, decisión que sin base legal comunicó la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, en nota informativa interna de fecha 27 de diciembre de 2011¹¹⁵¹. No existía la correlativa disposición obligando a los empleadores a dar de alta a la trabajadora discontinua al terminar la situación de IT, con lo que en este caso también se producía una situación de falta de cobertura del sistema de seguridad social. La TGSS cambió el criterio, permitiendo que la trabajadora discontinua de alta volviese a cotizar como tal hasta el 1 de julio. También se ha permitido que la trabajadora fija que ha asumido la carga de cotización durante la baja que termina antes de la fecha indicada vuelva a ser dada de alta a cargo del empleador con el que estaba prestando servicios¹¹⁵².

1151 Publicada como *Nota informativa sobre la integración del Régimen Especial de los empleados de hogar en el Régimen General de la Seguridad Social*, NORMASS, pág. 7.

1152 Subdirección General de Afiliación y Procedimientos Especiales de la TGSS, *Trabajadores del Régimen Especial de Empleados de Hogar incluidos en el Régimen General de la seguridad social como sistema especial*, NORMASS, pág. 5, sin fecha.

5. Encuadramiento

5.1. Inclusiones y exclusiones del SEEH

El ámbito de aplicación de la relación laboral doméstica y el del sistema especial son el mismo, salvo disposiciones legales en contrario.

Junto a la referencia que constituye el DRLE 2011 para la definición del trabajador protegido, el panorama de los sujetos encuadrados y excluidos del sistema especial se completa con la aplicación de normas de seguridad social: el art. 97.2 b) de la LGSS, que incluye en el Régimen General a los chóferes al servicio de particulares; el art. 3.1,d) del DRESS, en su versión del RD 615/2007, que excluía del RESS a los cuidadores profesionales y asistentes personales contratados por quienes reciben las correspondientes prestaciones económicas de la LAAD; y la DA 17 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que incluye en el Régimen General por cuenta de las empresas contratantes “las tareas domésticas prestadas por trabajadores no contratados directamente por los titulares del hogar familiar sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil”.

Con respecto a las inclusiones nos remitimos a lo ya expuesto en relación a los sujetos de la relación laboral especial, objeto y ámbito de las tareas (parte V, 3.2.1).

Sobre las exclusiones de la relación laboral (véase parte V, 3.2.2.), serán las mismas, aunque hay alguna diferencia entre la norma laboral y la de seguridad social.

La exclusión del art. 2,d) del DRLE 2011, de las relación de cuidado en el entorno familiar de la Ley de Dependencia, se refiere a las que pueden estar comprendidas en tal figura. Según el art. 1.1 del RD 615/2007, a esos efectos el entorno familiar alcanza hasta el tercer grado de parentesco y, según el art. 1.2, se amplía a los no familiares que llevan residiendo en el municipio o municipio vecino de la persona cuidada durante el periodo previo de un año.

La exclusión plantea en materia de Seguridad Social qué ocurre en el supuesto de que una persona atienda a otra que está recibiendo la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y a la vez realiza tareas domésticas para el núcleo familiar en que la persona dependiente se inserta, por lo que percibe un salario. Esta situación será bastante habitual, y no está prevista. Entendemos que deberá ser dada de alta en el SEEH, lo que podrá generar una incompatibilidad con la continuidad en el percibo de la prestación de la Ley de Dependencia por parte de su beneficiaria, cuestión que vuelve a plantear lo inadecuado del planteamiento legal de la prestación.

El art. 3.1,d) del DRESS, en su versión por RD 615/2007, excluía del ámbito del RESS a los asistentes personales de la Ley de Dependencia, que, sin embargo, no han sido excluidos de la relación laboral especial por el RD 1620/2011. El DRESS no ha sido derogado, por lo que entendemos que la exclusión se mantiene; de darse los requisitos de laboralidad podría existir una relación especial doméstica encuadrada en el Régimen General, tal como sucede con los chóferes particulares.

El trabajo a través de agencias de servicios

La DA 17ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto dispone: “Las tareas domésticas prestadas por trabajadores no contratados directamente por los titulares del hogar familiar sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, determinarán el alta de tales trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de esas empresas.”

Considerando las exclusiones ya contenidas en materia laboral en el DRLE 2011 en el art. 2 apartados a), b) y c), la DA 17ª resulta innecesaria¹¹⁵³.

La mención puede tener el objetivo de dar carta de naturaleza a la prestación de servicios domésticos por cuenta de empresas mercantiles descartando tácitamente la existencia de cesión de trabajadores en ese supuesto¹¹⁵⁴. Con frecuencia, en el trabajo de hogar se dan los requisitos del art. 43.2 del ET para entender existente la cesión en aquellos casos en que el objeto del contrato de servicios entre empresa y empleador doméstico se limita a una mera puesta a disposición de la mano de obra y todo lo restante, tanto la organización y dirección del trabajo como los medios para realizarlo, son de cuenta del empleador doméstico.

En todo caso, de admitirse la licitud de la figura, sería obligado regular para prohibir una de las prácticas habituales de las agencias: las cláusulas de los contratos con sus clientes que imponen una penalización por la contratación directa entre quienes inicialmente se relacionaban con la intermediación de la agencia. La penalización puede no tener fecha límite en tanto las personas del cliente de la agencia y la trabajadora que presta sus servicios en el hogar continúen siendo las mismas.

Las ETT tienen limitada tal posibilidad por el art. 7.3 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, que declara nula la cláusula del contrato de puesta a disposición que prohíba la contratación del trabajador por la empresa usuaria a la finalización del contrato de puesta a disposición. El art. 6 de la Directiva 104/2008, de 19 de noviembre, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, ha matizado la prohibición en dos aspectos. Por una parte, están proscritas “las cláusulas que prohíben o tienen como efecto impedir la formalización de un contrato de trabajo”, lo que da su recto sentido a la prohibición del art. 7.3 de la Ley 14/1994, y apunta directamente a las cláusulas penales. Por otra parte, el segundo párrafo del art. 6 de la Directiva, admite el pacto por el que se compense a la ETT por los servicios proporcionados en materia de misiones, contratación y formación de los trabajadores cedidos; en este capítulo entrará en juego el análisis de la cláusula concreta y su adecuada justificación.

Retornando a la DA 17ª y su sentido, debe analizarse el supuesto contrario al que se venía comentando. Es decir, en qué caso la persona contratada formalmente por el receptor de los servicios domésticos debe reputarse trabajadora de la agencia, lo que no puede depender únicamente de la existencia o no de un contrato suscrito entre las partes. Si la DA 17ª va más allá de lo evidente (quien no está contratada directamente por el titular del hogar familiar sino que trabaja al servicio de empresas, debe encuadrarse en el Régimen General por cuenta de su empresario) la cuestión será definir en qué caso el contrato suscrito por el titular del hogar familiar y empleada de hogar no impide la consideración de la existencia de una relación laboral ordinaria con una empresa, es decir, cuándo se está “al servicio de” ésta.

La experiencia del servicio de ayuda a domicilio de los ayuntamientos, anterior a la Ley de Dependencia, ilustra el supuesto al que puede referirse la norma. La institución rehuía su responsabilidad como auténtico empleador interponiendo al particular receptor de los servicios, al que presentaba como contratante. Los ayuntamientos fueron declarados empleadores y las relaciones laborales se reputaron ordinarias (parte IV 2.2.5.).

1153 LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *Las claves de la reforma de la seguridad social. Análisis práctico de la Ley 27/2011*, El Derecho, 2011, pág. 343; GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, AS 8/2012, BIB 2011\1743, pág. 7. Califica la exclusión de obviada BENEYTO CALABUIG, Damián, *La reforma de la jubilación y de otras prestaciones. Análisis práctico y comentarios de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, La Ley, 2011, pág. 209.

1154 FERNÁNDEZ DÍEZ, Antonio, “Encuadramiento en la seguridad social de empleados de hogar contratados por empresas de servicios”, <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/80910> (8-4-2012), pág. 3.

La finalidad de la DA 17ª puede interpretarse a la vista de la experiencia de la actuación de las agencias de colocación del servicio doméstico. La intermediación en la colocación por parte de agencias privadas, carentes de autorización administrativa para actuar¹¹⁵⁵, ha seguido en el pasado unas pautas sobre las que se puede analizar cuándo se está al servicio de la agencia y cuándo al del hogar familiar. Hay una modalidad de intermediación en la que la agencia pone en contacto a empleador doméstico y trabajadora, cobrando puntualmente por este servicio sin ninguna otra intervención, o con una actuación que puede consistir en auxiliar a la empleadora en la realización del contrato de trabajo y el trámite del alta en la Seguridad Social. En este supuesto, con independencia de la ilegalidad de la intermediación no autorizada administrativamente, no existe entre empleada de hogar y agencia ninguna relación que pueda calificarse de laboral.

En otra modalidad de intermediación la agencia recluta a la trabajadora, la envía a la vivienda en la que prestará servicios y en caso de que el titular del hogar se muestre conforme con la persona escogida, le dará a suscribir un contrato de trabajo en el que el titular del hogar aparece como empleador. Éste abonará a la agencia una suma mensual a cambio de la cual la agencia continuará interviniendo de cerca en el desenvolvimiento de la prestación de los servicios, pagando a la trabajadora el salario que la agencia ha decidido, controlando el cumplimiento de sus tareas, modulando el salario en función de las horas trabajadas y garantizando al empleador la cobertura de las posibles ausencias por enfermedad o cualquier otro motivo. Cuestiones como el alta en la seguridad social o cualquier otra gestión de la que es responsable el empleador estarán cubiertas por la agencia, que aparecerá como simple mandataria del empleador doméstico y al margen de la relación laboral. En este supuesto, entendemos que será de aplicación la DA 17ª de la Ley 27/2011, debiendo atribuirse a la agencia la cualidad de empleador ordinario.

El precio del servicio será un índice que contribuya a separar la gestión de negocios ajenos que podría encomendarse a una gestoría administrativa (en cuyo caso no hay relación laboral de la empleada de hogar con la agencia) del contrato de trabajo con la agencia en la que ésta proporciona personal con el que presta un servicio doméstico por el que está recibiendo una remuneración¹¹⁵⁶.

5.2. La vigencia de la excepción de familiares de sacerdotes

El no derogado apartado 2 del artículo 3 del DRESS hace una salvedad en la prohibición general de alta en el RESS de familiares que no acrediten su condición de asalariados, en favor de los familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes que convivan con ellos, siempre que no tengan empleado de hogar a su servicio, a razón de un solo familiar por sacerdote, cualquiera que sea el número de los convivientes (véase parte IV, 2.5.1. e).

El DRESS no ha sido derogado, pero como norma anterior en el tiempo y de inferior rango no puede contradecir lo dispuesto en la LGSS; la obligada aplicación de las normas del Régimen General en los términos y condiciones de la DA 39ª de la Ley 27/2011, supone la desaparición de la excepción a favor de quien no reúne la condición de laboralidad exigible como base del encuadramiento.

¹¹⁵⁵ Sobre el tema de las actuaciones concretas de las agencias y las resoluciones de la Inspección de Trabajo en relación a denuncias interpuestas, ver www.ath-ele.com, apartado Agencias de colocación.

¹¹⁵⁶ Ver el acta de la Inspección de Trabajo resultado de la denuncia contra SERHOGAR SYSTEM, de 28-02-2008, en www.ath-ele.com.

Queda la pregunta de si procede la incorporación al sistema especial de quienes estaban ya de alta en el RESS. Se ha respondido afirmativamente¹¹⁵⁷, sin embargo, entendemos que para tal cuestión sería necesaria una habilitación legal hoy inexistente, ya que los familiares convivientes no asalariados de los sacerdotes carecen de la cualidad de empleados de hogar. Es una de las cuestiones que podía haber sido objeto de una Disposición Transitoria¹¹⁵⁸.

Con respecto a otro de los privilegios que el DRESS concedía al hecho religioso, la prestación de profesión religiosa del art. 36, que por Instrucción de la DG de la Seguridad Social de 24 de octubre de 1984 se había extendido a todas las confesiones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia¹¹⁵⁹ desaparece con la integración en el Régimen General.

6. La base de cotización

6.1. El sistema de tramos

Según el nº 2 a) de la DA 39^a, la cotización deja de realizarse por una base única y pasa a fijarse por tramos que van del 1º al 15º, en función de la retribución percibida.

De acuerdo con el art. 23 del Reglamento de cotización de 1995, en el empleo doméstico son de abono común dos conceptos exentos de la base: el plus de transporte y los gastos de locomoción. El plus de transporte se abona regularmente todos los meses, dentro de las estipulaciones del contrato inicial o cuando la parte empleadora ha cambiado su lugar de residencia, dando origen a mayores gastos ordinarios de desplazamiento al puesto de trabajo habitual. Los gastos de locomoción son una prestación económica extraordinaria, que se abona típicamente los meses en los que la familia empleadora traslada su residencia por vacaciones.

Respecto al plus de transporte, definido por el art. 23.2.A,c) del Reglamento como la compensación que se abona al trabajador por los desplazamientos desde su lugar de residencia al de trabajo y viceversa, tiene como límite mensual el 20% del IPREM¹¹⁶⁰. La cuantía del límite no se reduce en el contrato a tiempo parcial, dado que la duración de la jornada no influye en el gasto que se está compensando¹¹⁶¹.

El plus de locomoción, definido por el art. 23.2.A,b) de la norma, compensa los gastos del trabajador por sus desplazamientos fuera del centro habitual de trabajo para realizarlo en lugar distinto del mismo

1157 PANIZO ROBLES, José Antonio, “La seguridad social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, cit., pág. 33.

1158 La necesidad de definir esta cuestión en una disposición transitoria de la futura norma reformadora se preveía en VICENTE PALACIOS, Arantzazu, BALLESTER PASTOR, Inmaculada y RUANO ALBERTOS, Sara, *Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Problemática de su integración en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Ministerio de Trabajo 2009, pág. 264.

1159 Circular núm. 38/84, de 24 de octubre. BISS 10/1984.

1160 Sobre la base de cotización, OTXOA CRESPO, Isabel y DE LA FUENTE LAVIN, Mikel, “Jurisprudencia en torno al artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social. Las líneas de su reforma por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de orden social”, *CEF, RTSS*, núm. 171, 1997 y “Las reformas en la base de cotización a la Seguridad Social por Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, *CEF RTSS*, núm. 180, 1998.

1161 LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El contrato a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos” *AS* 13/2005, apdo. III, B).

o diferente municipio, y está exento en la medida en que la cantidad abonada compense un gasto efectivamente realizado, o, si la trabajadora ha utilizado su vehículo, 0,19 € por kilómetro.

La cotización de los salarios se realiza por tramos, del 1 al 15. El 1º corresponde a salarios hasta 74,83 € al mes, y el 15º a los que van desde los 700,11 € mensuales. Salvo en los tramos primero y último, la base de cotización en cada nivel es el promedio de los niveles salariales mínimo y máximo que corresponden al tramo.

Según lo dispuesto en el art. 23.1 del Reglamento para el Régimen General, 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 suelo mínimo para adjudicar el tramo de cotización.

Para el año 2012, el tope máximo de cotización se corresponde con el mínimo del Régimen General¹¹⁶². Se prevé 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 será 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 incrementarán en la misma proporción que la base mínima del Régimen General en cada año, salvo el tramo 16º, que se incrementará en el 5% anual. A partir de 2019, se seguirán las normas generales del art. 109 de la LGSS para el cálculo de las bases de cotización.

El establecimiento de un periodo transitorio en el que no se aplicarán las normas del Régimen General en materia de cotización no desdice la crítica realizada a la falta de previsión sobre los problemas de transitoriedad de la norma: la que se comenta no es una disposición transitoria en sentido estricto, sino un régimen de amortiguación de los efectos económicos del cambio, que se proyecta sobre hechos futuros posteriores a la entrada de la nueva regulación¹¹⁶³.

El texto del apartado 2.a) 1º “En el año 2012, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán con arreglo a la siguiente escala (...)”, plantea como primera cuestión 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. 109.2. g). 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.

El RDLey 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece en su DF 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 DF 9.3 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 promedia las del año anterior al hecho causante, por lo que deberán aparecer diferenciadas en los documentos de cotización.

¹¹⁶² En el año 2012 es de 748,20 € al mes, al no haberse incrementado la cuantía de las bases mínimas del año 2011.

¹¹⁶³ QUINTERO LIMA, Mª Gema, *Derecho transitorio...*, cit., pág. 149.

El apartado 9.4 excluye de la citada Disposición Final al sistema especial de empleados de hogar¹¹⁶⁴, 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 Ley 27/2011 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.

Coherente con lo anterior, la vía por la que la TGSS recibe la información sobre bases de cotización no tiene prevista la eventualidad de bases distintas en el mismo mes; son todos los conceptos salariales los que sirven de base indistintamente para una y otra base, incluida la retribución de las horas extraordinarias si las hubiese.

Como se ha dicho, en el año 2012 la base máxima de cotización corresponde al tramo 15, en cuantía de 748,20 €, igual a la mínima del sistema para el trabajo a tiempo completo. En este caso la percepción de salarios superiores al mínimo por realización de horas extraordinarias no tiene incidencia práctica en la formación de la base. A partir del 2013 y sucesivos, con el incremento de la base del tramo 16 en un 5% anual la base del sistema especial se separa de la mínima del sistema de seguridad social. Entonces será imprescindible la regulación precisa sobre la separación o no de las bases del trabajo a tiempo completo dependiendo de la contingencia.

A partir del año 2019, de acuerdo con la DA 39ª, 2,a) 4, las bases de cotización comienzan a determinarse de acuerdo con el art. 109 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.

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

6.2. El contrato a tiempo parcial y fijo discontinuo

De acuerdo con el art. 3 del DRLE 2011, para lo no previsto en la norma son aplicables las disposiciones del ET en lo compatible con el carácter especial de la relación. Esto es aplicable 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 asistentas “por horas” trabajan frecuentemente en varios domicilios, con jornadas muy breves en cada uno¹¹⁶⁵. El contrato de dos horas semanales no es algo inusual, de hecho la norma de cotización en el sistema especial prevé tal eventualidad al haber establecido en su escala un primer tramo para salarios hasta los 74,83 € mensuales.

¹¹⁶⁴ 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.

¹¹⁶⁵ En la Comunidad Autónoma Vasca, un 25,9% de las empleadas trabajan en varios hogares de acuerdo con el estudio del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco *Situación Laboral de las Personas Empleadas en el Servicio Doméstico en la CAPV*, cit., pág. 8.

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 cuyas criaturas 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 en su contrario, únicamente 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 comparación es la jornada anual a tiempo completo. El trabajo discontinuo en fechas inciertas, es el que con propiedad se debe denominar así, según el art. 15.8 del ET¹¹⁶⁶.

De acuerdo al art. 9 DRLE 2011 trabajo a tiempo parcial es el que se desarrolla en periodos inferiores a las 40 horas semanales. 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.

El DRLE 2011 mantiene la misma indefinición que tenía la norma de 1985 respecto al tiempo de pernocta. 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: no es tiempo de trabajo, 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. El apartado 14, d) de la Recomendación de la OIT señala la conveniencia de asegurar que no existe descuento en tal caso.

En la redacción final, de acuerdo con el art. 8.3 el alojamiento es salario en especie y puede por tanto descontarse del metálico a percibir. De atender solo a esta disposición, la pernocta tendría únicamente el carácter de una prestación del empleador a favor de la trabajadora. Pero no está así planteada en el contrato para el trabajo interno: se trata de una obligación de tiempo de presencia con una disponibilidad menos intensa para su conversión en trabajo efectivo que la presencia diurna.

Pernoctar es pasar la noche en determinado lugar¹¹⁶⁷, por lo 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

¹¹⁶⁶Para las vicisitudes de la cuestión de la definición de las dos figuras y sus consecuencias, ver ESCUDERO MORATALLA, José Francisco y POYATOS i MATAS, Glória, *Trabajadores a tiempo parcial*, Bosch, 2002, y DEL REY GUANTER, Salvador y otros, *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de seguridad social*, La Ley 2003.

¹¹⁶⁷De acuerdo al diccionario de la RAE “Pasar la noche en determinado lugar, especialmente fuera del propio domicilio”.

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, segundo párrafo, establece 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 deja la cuestión al pacto entre las partes.

La obligación de pernocta tiene relación con el cuidado. En el 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 descanso¹¹⁶⁸.

Al no estar está 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. En 2012, si supera la correspondiente al tramo 15, la jornada atribuida será la que se corresponde con el tiempo completo.

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 (el caso de quienes cuidan criaturas 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.

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.

Según el art. 65.2 del Reglamento de cotización, 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 DRLE 2011, que establece para el empleo de hogar en jornada completa el salario mínimo interprofesional a razón de 614,40 € 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 el SEEH será que no cabe atribuir un tramo inferior al que corresponde en función del salario mínimo aplicable de acuerdo a la jornada; no será el resultado de multiplicar las horas realizadas

¹¹⁶⁸ 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. Por todos, <http://salud.discapnet.es/Castellano/Salud/Salud%20Mayores/Paginas/Respirofamiliar> (20-11-2011).

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 DA 39ª.2.a) 4º señale que las normas del art. 109 de la LGSS se aplicarán en el SEEH a partir de 2019, la salvedad debe entenderse referida solamente al sistema de tramos establecido en su ordinal 1º.

Desde el momento inicial del SEEH es de aplicación el art. 109.1 LGSS, 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; un salario por debajo del mínimo legal no daría lugar a una base de cotización de un tramo inferior.

6.2.1. La base de cotización en el trabajo “por horas”

En el empleo 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.

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, que 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. Entendemos que se trata de una disposición imperativa, aunque el art. 41.2 del V Convenio Colectivo del sector¹¹⁶⁹ 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 RD Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012, que sigue la pauta de años anteriores¹¹⁷⁰. 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.

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 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. En el caso de las trabajadoras domésticas por horas, la cuantía que se fija anualmente incluye todos los conceptos, también las vacaciones.

La mención al abono de las vacaciones a los temporeros del campo “de acuerdo con el art. 38 del ET” no alude a la manera de retribuir las, o a la cuestión de si pueden abonarse anticipadamente con el salario mensual, porque nada de ello se regula en el artículo citado. Se refiere a la imposibilidad que el apartado 1 del artículo establece de sustituirlas por compensación económica, y así se ha

¹¹⁶⁹ BOE 8-2-2008.

¹¹⁷⁰ 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.

pronunciado el TS interpretando el art. 38 del ET en contratos temporales inferiores al año¹¹⁷¹, doctrina que entendemos que no es aplicable a los contratos de mayor duración.

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. 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 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, frecuentemente 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.

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.

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, antecedente de la actual sobre ordenación del tiempo de trabajo, que regulaba de la misma manera la cuestión del abono de las vacaciones¹¹⁷². 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 no incluye el empleo doméstico en su campo de aplicación, pero cabría aplicar el criterio a la hora de interpretar el derecho a las vacaciones remuneradas que reconocen el DRLE 2011 y el Estatuto de los Trabajadores.

Además, 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.

El art. 109.1 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. Esta disposición se incorporó a la LGSS con la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden

1171 La STS de 5-11-2002, RJ 467/2003, y en la misma línea la STS de 30-4-1994, RJ 3473, f. 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”.

1172 Sentencia comentada por TAPIA HERMIDA, Antonio, “El derecho a disfrutar vacaciones anuales retribuidas”, *CEF, RTSS*, núm. 280, julio 2006, págs. 97-120.

social¹¹⁷³. El cuarto párrafo del art. 109.1 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 deben aplicarse las normas generales de cotización. La norma es solamente de aplicación a las ETTs, cuya norma reguladora, la Ley 14/1994, de 1 de junio 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. No hay ninguna otra disposición legal que establezca tal obligación para otra clase de empresas o ramas de actividad¹¹⁷⁴.

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 DRLE 2011 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 1 señala que quienes trabajen en jornada inferior a las 40 horas semanales cobrarán el salario mínimo en proporción a su jornada. En el 5, 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 paralelo al DRLE de 1985 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, los por horas serían quienes prestan servicios ocasionales¹¹⁷⁵.

La expresión trabajo por horas se ha utilizado con independencia de la duración de la jornada, como sinónimo de trabajo discontinuo¹¹⁷⁶, y así utilizaba la expresión el Acuerdo de 13 de julio de 2006 sobre Medidas en materia de Seguridad Social.

En el uso social, el trabajo por horas se entiende como aquél que se retribuye cada mes según el número de horas realizadas. La expresión no se refiere a la jornada sino a la forma de pago: pasando una cierta cantidad de horas, el empleador suele pagar un salario fijo mensual, el límite lo define cada contrato. Por otro lado, el pago de un precio por hora no va necesariamente unido a la falta de pagas extraordinarias o al abono anticipado de las vacaciones. Esto último es frecuente, pero no siempre sucede.

1173 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.

1174 En los contratos temporales del sistema 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 acuerdo al art. 42 del Reglamento de Cotización, pero se refiere específicamente a actividades eventuales del campo.

1175 CUEVA PUENTE, María del Carmen, *La relación laboral especial de los empleados de Hogar*, cit., 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.

1176 PAREDES RODRÍGUEZ, José Mario, “La integración de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social”, *AS* 8/2011, pág. 11.

En todo caso, el precio hora pactado debe desglosarse a efectos de cálculo de la base de cotización del periodo de las vacaciones, que entendemos que deben cotizarse, porque no hay ninguna norma que exima al empleador de hacerlo.

El salario mínimo por hora que establece el art. 8.5 del DRLE 2011 remite a las normas sobre salario mínimo y señala que en tal precio por hora están incluidos todos los conceptos retributivos. A efectos de cotización, lo que interesa es que la norma no obliga a incluir la parte proporcional de las vacaciones en el salario del trabajo por horas, que sería el supuesto en el que según el art. 109.1 de la LGSS sería admisible no cotizarlas al final del contrato.

El art. 109.1 tercer párrafo establece la obligación general de cotizar las vacaciones al final del contrato y establecen 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 ETT 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, 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 son sin duda una situación conexas al contrato de trabajo.

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. 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 deben cotizarse en el mes en el que se disfrutan.

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 durante el año en función de las horas contratadas, y dividir la suma entre doce, que serán las cuantías que servirán de referencia para establecer el tramo de cotización que corresponde¹¹⁷⁷. 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.

6.2.2. La base en el trabajo discontinuo de fecha cierta e incierta

La DA 3ª 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, añadió el nº 3 al art. 65 del Reglamento de cotización, estableciendo la fórmula de cotización de “los trabajadores con contrato a tiempo parcial

¹¹⁷⁷ 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 prorrata de las vacaciones a lo largo de once meses del año, con lo que debe suponerse que multitud de empleadores domésticos sobrecotizarán en el año 2012, al cargarseles en cuenta todos los meses una cuota calculada sobre la cantidad declarada erróneamente como mensual.

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 que subsiste la obligación de cotizar.

El problema que vino a resolver la reforma era el planteado por la jubilación parcial vinculada al contrato de relevo en el supuesto –mayoritario- en los que la prestación de servicios adeudada (el porcentaje de jornada en activo) se realizaba de manera acumulada sin prestación de servicios el resto del año y que de seguirse el sistema de cotización sobre bases mensuales correspondientes al trabajo del mes hubiese dado lugar a vacíos de cotización.

El art. 65.3.1º 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. Y de acuerdo con el 65.3.2º la cantidad se prorrateará entre los doce meses o el periodo inferior, en su caso determinando de ese modo la base de cotización mensual. 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.

Sobre el cálculo de la base de cotización conforme a las reglas anteriores, el art. 65.3.3º 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. La norma no guarda coherencia 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.

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, 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.

El nº 3 de la DA 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”. 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 parcial¹¹⁷⁸.

Por RD 335/2004, de 27 de febrero, se añade el párrafo segundo del art. 65.6 del Reglamento, que viene a resolver el problema del personal estatutario que prestaba servicios de atención continuada

1178 LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Bomarzo, 2010, pág. 18.

en los Servicios de Salud, y reclamaba que se le mantuviese el alta durante los días de la semana o el mes en los que no prestaban servicios efectivos¹¹⁷⁹. 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 del contrato de trabajo doméstico, sea 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 de la LGSS remite al módulo mensual para la cotización a tiempo parcial, 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 ya comentadas de su apartado 3. De acuerdo al art. 69 de la misma norma, 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 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. En general, los trabajadores discontinuos de temporada cierta en el Régimen General no tienen interés en ser tratados como trabajadores a tiempo parcial con prestación concentrada de trabajo, que supondría mantener el alta y la cotización todo el año. Les es 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. 208.1.4) de la LGSS.

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. 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.

Por otra parte, y en orden 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.

Respecto a la IT, 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.

¹¹⁷⁹ La Sala de lo Social del TS declaró reiteradamente la cuestión competencia del orden contencioso-administrativo, entre otras, en SSTS 10-11-2003, RJ 8808 y 30-1-2004, RJ 2581, pero en los antecedentes y fundamentos de las resoluciones se refleja el problema.

6.3. Prestaciones en especie y la base de cotización

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.

El DRLE de 1985, 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 de 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 DRLE, las resoluciones judiciales en las que hay mención al salario en especie frecuentemente se producían en procedimiento 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 concreto¹¹⁸⁰ ya que no hubiese tenido trascendencia en el fallo.

En reclamaciones de cantidad, la exigencia de acreditar un pacto sobre la retribución en especie se relativizaba al entender que existía tácitamente cuando el salario en metálico sumado al posible pago en especie se ajustaba al mínimo legal de acuerdo con la jornada¹¹⁸¹, o recordando que el pacto podía realizarse verbalmente¹¹⁸², aunque también existían resoluciones que exigían acreditar la existencia de un pacto expreso¹¹⁸³.

De cualquier manera, 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 han sido reducidas, por su escasa perspectiva de éxito: la parte empleadora calificaba 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 interprofesional¹¹⁸⁴.

1180 Entre otras, las SSTSJ Cantabria, de 28-6-1995, AS 2284; Castilla La Mancha, de 12-5-2005, AS 1207; Extremadura, de 24-4-2007, JUR 211377; y Madrid, de 4-6-2007, RJ 8904/2008.

1181 Las SSTSJ Castilla-La Mancha de 25-3-2003, ROJ 1103, 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, ROJ 11103, que califica de “obvio” el pacto tácito por parte de quien no reclamó diferencias hasta la fecha del despido.

1182 STSJ La Rioja, 22-12-1989, AS 1405/1989.

1183 Las SSTSJ País Vasco, de 7-4-2009, ROJ 281; de 28-11-2006, ROJ AS 1140/2007, Cantabria, de 24-3-2010, ROJ 404; Galicia, de 28-4-2009, 3166. En relación a una relación laboral ordinaria en el sector agrícola, la STSJ Castilla La Mancha, 11-7-1994, AS 3216.

1184 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 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.”

El vigente art. 8.2 del DRLE 2011 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”.

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 DRLE 2011 señala el límite en el salario mínimo mensual, valor diferente, que no incluye las pagas extraordinarias.

Los Reales Decretos que fijan anualmente el salario mínimo interprofesional, tienen dos módulos: diario y mensual y además una garantía anual. El artículo primero fija los mínimos diario y mensual, y el artículo tercero, la suma anual de ingresos que la norma garantiza. Este último valor se establece a partir del RD 170/1990 de 9 de febrero, en lo que el propio preámbulo de la norma define como la dimensión en cómputo anual del salario mínimo y su cuantía es equivalente a doce pagas de la cuantía mensual y otras dos gratificaciones extraordinarias de treinta días cada una, es decir, catorce veces la cuantía mensual. La cuantía anual del salario mínimo es un valor de referencia, de tal manera que por obra de la compensación de salarios las retribuciones abonadas pueden tener otra estructura.

El RD 8/1991, de 11 de enero, señala en su preámbulo que la norma mantiene íntegramente “las modificaciones introducidas en 1990 en el régimen jurídico del salario mínimo, tanto por lo que se refiere al establecimiento de una garantía en términos anuales del salario mínimo, con la inclusión para ello del cómputo de dos gratificaciones extraordinarias de treinta días de salario cada una (...)”. El texto se reproduce anualmente hasta el RD 2656/1996, de 27 de diciembre, que fija el salario mínimo para 1997. El art. 3 de los Reales Decretos que fijan el salario para los años siguientes mantienen la garantía anual en la misma cuantía, catorce pagas del salario mínimo mensual.

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. El Tribunal Supremo, tras una fase en la que entendía incluidas las pagas extras en el concepto de salario mínimo, cambia su doctrina y establece que la expresión salario mínimo se utiliza con diverso alcance en la legislación laboral¹¹⁸⁵, y que en sentido estricto el salario mínimo expresa una cantidad diaria o mensual, siendo la cantidad anual que la norma establece una garantía de percepción mínima que no se confunde con aquél.

Ha de tenerse en cuenta que los pronunciamientos del TS se refieren en todos los casos al salario mínimo como parámetro de prestaciones diferentes a la retribución del trabajo.

El debate ha dejado su rastro en la legislación laboral y de seguridad social, de tal manera que las normas que establecen el salario mínimo como parámetro de referencia indican si debe incluir o no las

¹¹⁸⁵ Por todas, la 11-6-1998, RJ 5200. Auto TS de 23-11-2000, RJ 10304.

pagas extras¹¹⁸⁶, aun cuando no en todos los supuestos. Es el caso del art. 32.1 del ET, que establece que “los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca”. 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 anual¹¹⁸⁷, posición minoritaria que compartimos¹¹⁸⁸.

En todo caso, cuando los Tribunales han realizado una interpretación sobre el concepto de salario mínimo contraria a la opción que defendemos, ha sido con ocasión de fijar la cuantía que ha de dársele como módulo de referencia para fines diferentes a la retribución del trabajo: cuantía de los privilegios en el concurso, del alcance de la responsabilidad del FOGASA, o límite de recursos que da derecho a percibir prestaciones.

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.

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

¹¹⁸⁶El RDLegislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba la LGSS, al regular en su art. 215.1.1 quiénes son los beneficiarios del subsidio de desempleo establece como límite de ingresos el salario mínimo interprofesional excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, fijando así el valor del salario mínimo interprofesional que como límite de ingresos para el subsidio tenía establecido la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, y había dado lugar a una gran litigiosidad. Por su parte, el art. 33.1 del ET establece el límite de la cantidad que abona el FOGASA en el salario mínimo incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

¹¹⁸⁷SAP de Barcelona, de 29-6-2000, AC 2503. Contiene una historia detallada de la evolución de la doctrina judicial en el orden social. En el mismo sentido, toman como referencia el salario anual en supuestos en los que la ley habla de salario mínimo interprofesional sin más especificación: la SAP de Huesca, de 17-7-1995, AC 1350, al aplicar el art. 3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero sobre Asistencia Jurídica Gratuita; la SAP de Málaga, de 21-10-1999, al aplicar la Disposición transitoria 2ª, D), regla 7ª de la Ley de Arrendamientos Urbanos. 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.

¹¹⁸⁸Ver una postura favorable a esta interpretación por parte de la doctrina en SALMERÓN RÍOS, Bartolomé, “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.

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.

El DRLE 2011 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.

La Recomendación 201 de la OIT sobre el trabajo decente de los trabajadores domésticos, 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.

En la retribución del empleo doméstico se produce frecuentemente la situación en la que la trabajadora recibe manutención y alojamiento, que no tienen atribuido explícitamente valor alguno como parte del salario.

La valoración en dinero del salario en especie tiene consecuencia 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. 109.1 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. La cuestión es como tratar a efectos de cotización la manutención y el alojamiento, cuando no se les da sin ninguna clase de valoración económica como parte del salario.

Las prestaciones en especie previstas en el empleo doméstico son, según el art. 8.2 del DRLE 2011, 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 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 extrasalarial¹¹⁸⁹ al ser un instrumento necesario para realizar la prestación, pero la norma ha optado por conferirle el carácter de salario, de lo que no está ausente la voluntad de rebaja del salario en metálico por esta vía.

¹¹⁸⁹ Sobre el disfrute de la vivienda por razón del trabajo véase MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *El salario en especie*, Aranzadi, 2002, pág. 75.

El carácter de la manutención 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 especie¹¹⁹⁰, 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. Existía 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 trabajo¹¹⁹¹, 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 jornada¹¹⁹².

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 consideración las fórmulas indirectas de servicio de comedor. En la posterior reforma por RD 1890/1999, de 10 de diciembre, se dispone que estará 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, 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, los días de trabajo y vinculada a una jornada que impide la comida en el propio domicilio¹¹⁹³.

La integración de la retribución del trabajo en la base de cotización es materia de derecho necesario, y por tanto indisponible. A partir de la reforma del art. 23 del Reglamento de cotización, 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. Sin embargo, en el sector de hostelería, en el que la prestación de manutención se da normalmente mediante servicio directo, los convenios colectivos le reconocen carácter de salario en especie¹¹⁹⁴ y los tribunales se han atenido a la calificación de convenio de la prestación de manutención,

1190 MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, 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.

1191 STSJ Comunidad Valenciana, 3-6-1992, AS 2897. SAN de 2-3-1994, AS 1808. Las SSTSJ de Madrid de 1-4-1993, AS 1937 y de 10-4-1992, AS 2133 declaran no salarial la ayuda de comedor en metálico que sustituye el servicio en especie al trasladar la empresa a otra localidad.

1192 STSJ Madrid, 5-10-1999, AS 3323. 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.

1193 SSTSJCA Madrid, 13-2-2009, ROJ 1921 (fj.4º) y 28-11-2003, ROJ 16152; Aragón, 29-6-2007, ROJ 5823; Valencia, 11-12-2003, ROJ 6892 (fj. 2º).

1194 LLOMPART BENASSAR, Magdalena, “El salario en la negociación colectiva del sector de la hostelería”, *Información Laboral-jurisprudencia*, vol. 5/2004, pág. 11.

tanto para reconocerle carácter salarial como asistencial¹¹⁹⁵, 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 partes¹¹⁹⁶.

Para la calificación de la ayuda de comida (en cualquier forma) como salarial se ha propuesto como línea divisoria el que la prestación aparezca desvinculada de las necesidades de la empresa¹¹⁹⁷, 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. Si la presencia en la vivienda es obligada durante ese tiempo, las dos horas son tiempo de presencia y el valor de los productos que se entregan gratuitamente, la manutención, podría tener carácter asistencial. En cuanto a la cotización, será obligada si forma parte del salario, en caso contrario, 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, en tanto que es una prestación directa de servicio de comedor.

El art. 9.2 del RD 1610/2011 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).

En el empleo doméstico, con suma frecuencia se pactará un salario en metálico que no alcanza a retribuir toda la jornada, precisamente porque hay una deducción por el salario en especie. Es el supuesto frecuente del trabajo interno en tareas de cuidado, en el que la jornada laboral que se desarrolla es de 40 horas y otras 20 de presencia a la semana, y más en bastantes ocasiones, por lo que el salario mensual resultaría muy superior al que normalmente se abona en dinero¹¹⁹⁸. 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 señalado¹¹⁹⁹ “lo esencial del salario es que se reciba un beneficio económico como compensación del trabajo que se realiza”, por lo que la caracterización de la manutención como salario 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 acrecer 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 entonces no cabrá que lo percibido se impute a la remuneración del trabajo.

1195 STS de 20-5-1992, RJ 3581, 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, AS 1096.

1196 STSJ Madrid, de 5-3-1998, AS 1111. La voluntad de las partes al calificar la naturaleza de las percepciones alimenticias resulta en ocasiones decisiva, tal como señala MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *Salario en especie*, Aranzadi 2002, pág. 86.

1197 MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *El salario en especie*, cit., págs. 85-87

1198 En 2012, el salario correspondiente sería de 1164,63 € brutos, por una jornada de trabajo interno con 24 horas de presencia, que es el mínimo que se realiza en casi todos los casos, según el siguiente detalle: 641,40 € en jornada ordinaria + (5,02 € la hora x 24 horas semanales x 4,34 promedio semanas del mes).

1199 STSJ País Vasco, 16-5-2000, AS 1739, f. 2º.

6.4. Las bases en situación de pluriempleo interno y externo al sistema especial

Las personas que presten servicios domésticos tienen un tope de cotización en el sistema especial, que es el correspondiente al tramo 15, 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.

El art. 9.1.2 del Reglamento de cotización distingue entre límites absolutos y relativos de las bases de cotización. 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, 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.

La norma creadora del sistema especial no aclara si el límite de la base situado en el tramo quince es 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 texto¹²⁰⁰.

Posteriormente, la Orden de Cotización para 2012, de 2 de febrero de 2012 aclara la cuestión 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.

Para el prorrateo de bases en el pluriempleo, el art. 9.1.3 del Reglamento 2064/1995 habla de 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. 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 9.1.4 del Reglamento 2064/1995, 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 (piénsese en 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.

¹²⁰⁰GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro” *AS* 8/2011, pág. 7.

7. Las formalidades de alta y cotización

Los empleadores domésticos se han visto escasamente atendidos por la Administración de la seguridad social en el trance de cumplir con sus obligaciones de dar de alta y cotizar, así como la de formalizar el contrato de trabajo que es la base de tales obligaciones. El hecho de que una parte de los empleadores tiene dificultades para cumplir con sus obligaciones administrativas es notorio, y así fue contemplado en la Resolución del Parlamento Europeo de 30 de noviembre de 2000, sobre la normalización del trabajo doméstico en la economía informal, que recomendaba simplificar los trámites administrativos y proporcionar a los empleadores la debida información¹²⁰¹. También la doctrina ha dado importancia a la cuestión¹²⁰², de la que depende el éxito de cualquier propuesta de normalización de la actividad.

7.1. La documentación del alta y la cotización

La TGSS implementó dos modelos diferentes de impreso para el alta en el sistema especial, ambos con problemas para cumplir con su objetivo de comunicación de datos a la Seguridad Social, más aún teniendo en cuenta las características del empleador familiar (véase Anexo III). La cuestión está ligada con la comunicación de los salarios que dará lugar a la inserción en uno u otro de los tramos que condicionan la base de cotización.

Siguiendo la norma general del art. 26 1 ET, la retribución en especie forma parte del salario. Por otra parte, el art. 109.1 LGSS, sobre la base de cotización, dispone que debe incluirse en la base de cotización mensual la remuneración total por todos los conceptos, así como la prorrata de las pagas extras en los doce meses del año.

El TA 2/S-0138, que es el modelo a utilizar para las nuevas altas, no asegura que el empleador doméstico comunique adecuadamente a la TGSS el salario bruto que servirá como fundamento para atribuir la base de cotización. Se pide consignar el salario mensual concertado (casilla 4.3), omitiendo en las instrucciones para cumplimentarlo toda mención a que lo que se denomina salario mensual comprende la prorrata de pagas extras¹²⁰³. Tampoco se señala que no se trata del salario líquido sino del bruto, indicación que hubiese sido imprescindible dado que, según el uso social, el acuerdo sobre salario en la contratación doméstica se refiere siempre al neto¹²⁰⁴. Habida cuenta que, de acuerdo con el art. 26.4 ET

1201 DOCE 228 de 13-8-2001, pág. 193 y ss.

1202 PIETERS, Danny, “Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?”, *Tribuna Social*, núm. 207, monográfico sobre *Régimen laboral y de Seguridad Social de los empleados del hogar: propuestas de futuro* 2008, pág. 21 y ss.; TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, “Sobre la situación actual del Régimen especial de de seguridad social de los empleados de hogar y la necesidad de su homogeneización con el Régimen General”, VV.AA., (dir. Fernández Domínguez, Juan José y Martínez Barroso, M^a de los Reyes, coord. Alvarez Cuesta, Henar), *Las vías de integración y racionalización de los regímenes especiales*, Ministerio de Trabajo, 2009, apdo. III.; TORTUERO, José Luis y PANIZO, José, *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes*, Documento de Trabajo 12/2003, Fundación Alternativas, pág. 49, proponen crear para la cotización algún instrumento básico mecanizado para facilitar las obligaciones del empleador.

1203 Por oficio de la TGSS de 1 de febrero de 2012, se encomienda a quienes recojan las solicitudes de alta ante las Administraciones de la Seguridad Social que indiquen a los empleadores que el salario mensual a consignar incluye la prorrata de pagas extras, indicando el propósito del ente de corregir el modelo TA.2/S-0138 para aclarar la cuestión.

1204 En Francia, los empleadores que utilizan el cheque empleo servicio, comunican al URSSAF el salario neto, y es el organismo el que calcula el bruto al que aplicar las cotizaciones de seguridad social. Para el detalle de la gestión del pago de cuotas en el sistema francés, ver anexo II.

es nulo todo pacto que altere el reparto de las cargas de Seguridad Social entre las partes, para calcular la base de cotización al salario neto pactado debe añadirse la cuota de seguridad social de la parte trabajadora, pero el empleador no debería ser el responsable de realizar correctamente el cálculo¹²⁰⁵.

Asimismo, en el documento se omite la aclaración sobre que el salario que se solicita es el que comprende el pago en metálico y la posible retribución en especie. Teniendo en cuenta la peculiaridad del empleador, que normalmente actuará sin asesoría profesional, las instrucciones para cumplimentar la declaración hubiesen sido imprescindibles.

En el área denominada “datos complementarios para el cálculo de la retribución”, para los casos en que se pactó la retribución por horas, se solicita información sobre el salario por hora realizada (casilla 5.1), omitiendo de nuevo la precisión de si está pidiendo el salario bruto o neto. A continuación, se pide comunicar las “horas de presencia” (casilla 5.3), respecto a las que no se solicita su número sino el “precio hora”. El art. 9.1 del DRLE 2011 distingue jornada de trabajo y tiempo de presencia por lo que, a la vista de la distinción, se suscita la duda de si en los casos en que se ha pactado una jornada laboral en la que hay un número habitual de horas de presencia, la retribución mensual de la casilla 4.3 debe reflejarse en relación a las “horas de trabajo semanales” de jornada de trabajo efectivo o si se debe incluir también el salario correspondiente a las horas de presencia.

También deben consignarse, caso de existir, la cuantía mensual del salario en especie (casilla 5.2), y el importe por hora del complemento por pernocta (5.4), en ambos casos sin especificar de ninguna manera si los dos conceptos debieron incluirse también al comunicar el salario mensual (4.3). No se pide el dato de cuántas son las horas de presencia y las horas de pernocta pactadas, lo que hace imposible el cálculo de la retribución correspondiente. Considerando la particularidad del empleador doméstico, la pregunta sobre el valor hora del complemento de pernocta es difícil de contestar, ya que si se ha pactado se habrá establecido mediante una cantidad a tanto alzado.

El TA. Hogar, Modelo 6, de Comunicación de datos para inclusión en el sistema especial para empleados de hogar del Régimen General para empleadores y trabajadores procedentes del Régimen Especial de Empleados de Hogar, debe utilizarse en el caso de personas que estaban ya dadas de alta en el RESS, tanto por cuenta ajena como discontinuas. Los datos a comunicar en las diferentes casillas del impreso son: las horas de trabajo semanales, el salario por hora realizada, el salario mensual (según el impreso, único campo obligatorio), el importe del salario mensual acordado en especie, la existencia o no de pacto de horas de presencia, así como su importe por hora, la existencia de horas de pernocta y su importe por hora. En los dos últimos apartados sobre horas de presencia y de pernocta no se pide especificar cuántas son las horas pactadas.

Por último, en el caso de las trabajadoras que cobran por horas, en cuyo salario normalmente están incluida la parte proporcional de pagas extras y las vacaciones, no se indica al empleador que a la hora de establecer el salario mensual debe tener en cuenta que también en el mes de vacaciones esa partida ya retribuida anticipadamente debe cotizarse. Para realizar la operación correctamente, el impreso debería haber tenido una indicación específica, de la que carece, por lo que son de prever errores por sobrecotización en caso de que el empleador continúe abonando las cuotas durante las vacaciones sobre una cantidad que no ha abonado en el mes de referencia y ya ha tenido en cuenta para formar la base en los restantes.

1205 En la comunicación que el empleador en Francia realiza cada mes al sistema de la seguridad social mediante el *volet social*, el salario que se indica es el neto.

El art. 26.1 LGSS eximía en el RESS de la obligación de presentar mensualmente los documentos de cotización, exención que compartía con los regímenes especiales cuyas cuotas no dependían de bases variables, como el RETA, cuotas fijas del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial del Mar, del Seguro Escolar y cualquier otra cuota fija que pudiera establecerse. La DA 40ª de la Ley 27/2011 modifica el art. 26 LGSS, suprimiendo la exención del RESS.

La DA 3ª de la norma establece que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de su sede electrónica y de sus oficinas de información socio-laboral, deberá facilitar a los empleadores y a los trabajadores cuanta información sea necesaria para la aplicación del real decreto, incluyendo la puesta a disposición de modelos, en formato electrónico descargable o en papel, para el cumplimiento de las obligaciones formales y documentales contenidas en el mismo.

Esta disposición ha resultado incumplida en lo que se refiere al apoyo a los empleadores para la formalización de sus obligaciones por parte de las oficinas de información e incluso por parte de las oficinas de la TGSS, cuyos funcionarios no habían sido informados de los mínimos elementos necesarios para cumplir su tarea facilitadora, lo que probablemente deba atribuirse a la precipitación con la que se abordó la reforma legal en los últimos momentos de la legislatura.

7.2. La gestión de las altas, bajas, variaciones de datos y cotización

El empleador debe darse de alta como tal utilizando el impreso TA.6-0138 y de manera separada, en impreso aparte, debe dar de alta a la persona contratada. Los documentos se pueden obtener en internet y se presentan en papel en las oficinas de la TGSS.

El impreso para el alta de trabajadores en el RESS tenía una redacción que buscaba -y conseguía- desalentar el alta de parientes en el régimen. A partir de la creación del sistema especial, el documento para el alta, baja y variación de datos, TA.2/S-0138, integra el dato del parentesco entre empleador y trabajadora dentro de los del apartado 4 sobre datos relativos a la actividad laboral en el 4.1, en el que debe consignarse el “grado de parentesco entre ambos”, sin ninguna otra indicación que enfatice sobre la importancia o sugiera la inconveniencia de los lazos familiares para obtener el alta.

La cotización se realiza mediante cargo mensual en la cuenta señalada a tal efecto por el empleador. El art. 15 del Reglamento de cotización establece que el sujeto responsable de la obligación de cotizar está obligado a realizar las operaciones de liquidación de las cuotas en cada periodo a que se refiere la obligación, aplicando el tipo o tipos a las bases, como parte del contenido de su obligación de cotizar.

De acuerdo con la información divulgada por la TGSS, en el SEEH no hay obligación de realizar declaraciones mensuales de la base aplicable, lo que constituye una excepción respecto al deber general que el art. 26.1 de la LGSS establece. El apartado 2. del artículo solamente libera de la presentación de documentos las cuotas del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, las cuotas fijas del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, las del Seguro Escolar y las del Sistema Especial de Trabajadores por Cuenta Ajena Agrarios del Régimen General durante la situación de inactividad. La norma añade la posible exención respecto de “cualquier otra cuota fija que pudiera establecerse”, y podría entenderse que las del SEEH son fijas en cada uno de los tramos.

La exención de la obligación no aparece, sin embargo, en ninguna norma publicada en el BOE. Se deriva del documento que la Secretaría de Estado de la Seguridad Social divulga con el título “Preguntas más frecuentes sobre la integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general”,

en el que se indica que en el caso de falta de ingreso en plazo no existe la obligación de presentar documentos¹²⁰⁶.

A partir de la creación del sistema especial de empleados de hogar, debe comunicarse cada cambio de la base de cotización en función de la oscilación de la remuneración. El cambio de base se tramita como una variación de datos, en base al art. 5.3 del Reglamento de inscripción de empresas, que obliga a comunicar las variaciones de los datos facilitados con anterioridad. La cuantía del salario comunicada inicialmente mediante el TA.2/S-0138, se rectifica mediante la presentación del mismo documento con la nueva cuantía salarial que servirá para fijar el tramo. De acuerdo con el art. 32.3.2º de la norma, el plazo para comunicar la variación será de seis días a partir de que se produzca, lo que deberá entenderse que sucede a partir de la fecha de abono del salario. La comunicación se dirige a la TGSS, y el impreso necesariamente se entrega cumplimentado en papel.

7.3. Remisión electrónica de datos

La Orden de 3 de abril de 1995 sobre uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en relación con la inscripción de empresas, afiliación, altas y bajas de trabajadores, cotización y recaudación en el ámbito de la Seguridad Social, estableció de forma general la posibilidad de remisión electrónica de datos por parte de los sujetos obligados en los términos que en cada momento y caso se fijaran por la TGSS, y con su autorización. La Resolución de 23 de mayo de 1995 permite la realización electrónica de los trámites de alta, baja, variaciones de datos y cotización de los trabajadores del Régimen General, y los Regímenes especiales del Mar y la Minería del Carbón. Asimismo, autoriza la remisión electrónica de datos a los profesionales colegiados que en el ejercicio de su actividad deban realizar los trámites en los Regímenes señalados.

Por RD 2032/1998¹²⁰⁷ se amplía la posibilidad de incorporación al sistema RED de las personas físicas o jurídicas que presenten los documentos de cotización en nombre de los sujetos responsables, no siendo por tanto preciso que se trate de profesionales colegiados, y previendo su obligatoriedad en los plazos y condiciones establecidos por la TGSS. Por Resolución de 30 de marzo de 1999 de la TGSS se establecía un plazo de seis meses para la obligatoria incorporación al sistema RED de los profesionales y demás personas físicas o jurídicas indicadas, aunque las gestiones que pueden hacer son solo las admitidas para el Régimen General y los regímenes especiales del Mar y del Carbón, a los que se suma el Agrario a partir del año 2002¹²⁰⁸. Posteriormente, la incorporación de empresas al sistema RED para la transmisión electrónica de actos relativos al encuadramiento, cotización y recaudación ha ido haciéndose obligatoria en función de su número de trabajadores, comenzando por los que tuviesen más de 100 personas en plantilla¹²⁰⁹, hasta alcanzar a todas las empresas del Régimen General con efectos al

¹²⁰⁶ La quinta pregunta es: “¿Existe obligación de presentación de documentos de cotización si no hay ingreso, como sucede en el Régimen General? En este Sistema Especial no existe obligación de presentación de documentos de cotización si no hay ingreso”. www.seg-social.es/Internet_1/HERRAMIENTASWEB/IntegraREEH/index.htm (9-03-2012).

¹²⁰⁷ Que modifica el Reglamento General de Recaudación de los recursos del sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre. Su art. 45 modifica la DA sexta del Reglamento General de Recaudación aprobado por RD 1637/1995.

¹²⁰⁸ Ver *Boletín Noticias Red* 8/2002, de 25 de septiembre de 2002.

¹²⁰⁹ Art. 28.2 de la ORDEN TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

1 de enero de 2011, independientemente del número de sus trabajadores¹²¹⁰, y a las empresas y sujetos responsables de la obligación de cotizar en los regímenes especiales, con más de 10 personas.

A partir de febrero de 2008¹²¹¹, la TGSS puso en funcionamiento el servicio RED Directo, dirigido a empresas de menos de 15 trabajadores, para altas, bajas, variaciones de datos, cotización y presentación de partes de IT. El sistema requiere menor infraestructura y conocimientos técnicos que el RED, y ha ido incorporando en un proceso gradual distintas operaciones en el Régimen General, incluido el sistema especial Agrario, el Régimen del Mar, y el de la Minería del Carbón. A partir de agosto de 2011¹²¹² se anunció que podrían realizarse también las altas y bajas en el RETA, no previéndose aún la cotización. La opción ha estado en marcha durante un breve periodo de 2011¹²¹³, dejando de estar disponible posteriormente por razones no publicadas.

La Orden de 29 de diciembre de 2009 crea el registro electrónico de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y establece criterios generales para su aplicación a determinados procedimientos. La norma permite la presentación de las altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores fijos y discontinuos del RESS, pero la disposición no se hace efectiva. Por Resolución de 23 de enero de 2012, de la Secretaría de Estado de Seguridad Social, se actualizan los procedimientos, incluyendo las bajas y variaciones de datos del RESS, suprimiendo las nuevas altas por no ser posibles a partir del 1-1-2012. Sin embargo, el registro electrónico no ha estado operativo para ninguna gestión del RESS¹²¹⁴.

La variación de datos en el sistema especial aún no es posible ni por la vía del sistema RED ni la del registro electrónico, por lo que la parte empleadora que quisiese comunicar un cambio de base de cotización tendría que presentarse personalmente a realizar la gestión en las oficinas de la TGSS, abiertas al público en horario de mañana o encomendar la gestión a un tercero.

8. La cuota

8.1. Tipos de cotización

No hay variación inmediata de los tipos al inicio de la vigencia de DA 39^a, que siguen siendo del 22%, el 18,3% a cargo de la empleadora y el 3,70% a cargo de la trabajadora. A partir del año 2013 y hasta el 2018, el tipo de cotización se incrementa anualmente en 0,90 puntos porcentuales, fijándose el reparto de cargas entre las partes en la Ley de Presupuestos del Estado; a partir del año 2019 los tipos y su distribución son los establecidos con carácter general para el Régimen General.

La cotización de contingencias profesionales se realiza aplicando a la base de cotización, común a las contingencias comunes la tarifa de primas aprobada por la DA 4^a de la Ley 42/2006, de 28 de

¹²¹⁰ Art. 28.1 en relación a la DA 5^a de la Orden TIN/2777/2010, de 29 de octubre, por la que se modifica la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio.

¹²¹¹ Ver *Boletín de Noticias Red* 2/2008, de 6 de febrero.

¹²¹² Ver *Ídem*, 8/2011, de 3 de agosto.

¹²¹³ Ver *Ídem*, 10/2011, de 21 de septiembre, pág. 8.

¹²¹⁴ Tampoco lo ha estado para el RETA, a pesar de que también estaba prevista la posibilidad de realizar gestiones en este régimen.

diciembre, que a partir del año siguiente bajó del porcentaje del 1,15 al 1,10, y se ha mantenido inalterada desde entonces.

8.2. Bonificación y reducción de cuotas con motivo de la integración

La Disposición Transitoria Única de la Ley 27/2011 prevé una reducción durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, “del 20% a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y 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 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 obligados¹²¹⁵.

La redacción de la norma se ha calificado de confusa y ha dado lugar a diversas interpretaciones¹²¹⁶. En primer lugar, surgió la pregunta 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.

La segunda cuestión fue la de cuáles eran los supuestos en los que había reducción. La referencia a reducciones a las cotizaciones devengadas “por la contratación” planteó la pregunta de qué sucedía con las contrataciones previas a la vigencia de la ley, cuestión respecto a la que la doctrina dio distintas respuestas. 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 Social¹²¹⁷, pero también se realizó una interpretación diferente en base al conjunto de la disposición¹²¹⁸, 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, también parece claro que la reducción era aplicable a los casos en que la obligación de cotizar nacía a consecuencia de la nueva regulación, en el caso de las personas que no habían podido estar anteriormente de alta por trabajar jornadas por debajo de las 72 horas mensuales, 18 en promedio semanal.

En otros dos casos, el de quienes trabajaban entre 18 y 20 horas semanales y las personas en régimen de pluriempleo doméstico, supuestos en los que 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 claramente si la obligación debía ser nueva para la parte empleadora o para ambas.

¹²¹⁵BALLESTER PASTOR, María Amparo, “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112, de 2011, pág. 75.

¹²¹⁶Los debates aparecidos durante todo el mes de enero de 2012 en los Foros de temas laborales y de Seguridad Social en internet dan cuenta de ello.

¹²¹⁷FERNANDEZ ORRICO, Francisco Javier, “Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 2012”, *RRL*, núm. 22, 2011, nota 21.

¹²¹⁸PANIZO ROBLES, José Antonio, “La seguridad social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura...”, cit., págs. 41-42

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%: 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 DT única disponía la reducción sobre las “cotizaciones devengadas”, lo que como mínimo tendría que haber incluido las correspondientes a las contingencias profesionales, y podría también haber acogido las cotizaciones de la parte obrera.

Respecto a los beneficiarios, son “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, siempre y cuando 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”.

El 2 de agosto fue la fecha de publicación de la Ley 27/2011 en el BOE. El último inciso persigue evitar el fraude de ley por parte de quienes pretendiesen simular un cese con la consiguiente baja en el RESS 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.

Por fin, las personas que estaban de alta como fijas del RESS antes de la integración no tendrán reducción. En el marco de una política de aflorar el empleo sumergido, 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 legales¹²¹⁹.

El texto continúa planteando la duda de si la cotización correspondiente a los trabajadores discontinuos contratados antes del 1-1-2012 es objeto de reducción. Del tenor literal de la norma la respuesta es negativa porque no se exige únicamente haber dado de alta a partir del primero de enero, sino también hacer contratado a partir de dicha fecha, con lo que no existiría estímulo al alta en la Seguridad Social de los trabajadores discontinuos cuyos empleadores comienzan a estar obligados a cotizar en el sistema especial.

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 auténtica¹²²⁰, hay que concluir por el contrario que la voluntad del legislador ha sido beneficiar a todos los empleadores, también a quienes tenían contratadas personas en régimen discontinuo y exceptuando solamente a quienes por venir ya cotizando en el RESS no tendrán ningún gravamen nuevo en la materia.

Por tanto, 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. Bastaba entonces con haber suprimido la mención a la contratación y haberla dejado en el alta a partir de 1-1-2012. Pero la norma es clara, la contratación bonificada es la que se produce en los contratos realizados a partir de la fecha indicada.

La consecuencia práctica ha sido la realización de contratos escritos con fecha inicial de 1-1-2012, que se realizan a personas venían ya prestando servicios con anterioridad. Al realizar el contrato, el

1219 Son críticos con la exclusión de los contratos anteriores LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *Las claves de la reforma de la seguridad social...cit.*, pág. 343.

1220 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”.

empleador doméstico no ha recibido ninguna indicación sobre la fecha inicial que debía figurar en el mismo, con lo que en el caso de discontinuas que trabajaban para varios empleadores cotizándose ellas mismas, aparece como fecha de comienzo del contrato el momento del alta en el sistema especial.

El señalar una fecha inicial 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 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 convierte en un obstáculo añadido.

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. Al faltar constancia escrita de las condiciones anteriores, no habrá elementos que permitan contrastar ambas situaciones para juzgar si existe una novación del contrato y en qué términos.

La novación consiste frecuentemente 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. En este caso, al no existir norma impeditiva de la renuncia a derechos preexistentes, no hay obstáculo legal al acuerdo.

De no existir conformidad, se plantea la duda sobre 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. En el ámbito de la extinción del contrato de trabajo doméstico, el art. 11.1 del DRLE 2011 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 entendido 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 DRLE 2011), menos costosa que la de veinte días del despido objetivo.

Si el art. 41.1,d) resultase aplicable, 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. Se trataría entonces de una aplicación que opta por lo menos favorable de cada normativa.

8.3. La reducción de cuotas para familias numerosas

Según el apartado 2 b) 2 de la DA 39ª, 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 RESS (parte IV, 7.4).

Por su parte, la Disposición Transitoria de la Ley 27/2011, después de disponer las bonificaciones de cuotas para las nuevas altas, establece: “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 beneficios¹²²¹, el general del 20% y el del 45%, sino que el total solo puede alcanzar el 45%¹²²². El único sentido que la frase podría tener es señalar que la reducción del 20% corre a cargo de los fondos de la Seguridad Social y el 25% restante de los del SPEE.

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”, lo que añade confusión al tema, porque de la redacción parecería que sólo las nuevas altas podrán disfrutar de la bonificación del 45%.

Quienes cotizaban en 2011 con bonificación la mantienen, porque continúa vigente el art. 9 de la Ley 40/2003, de 18 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.

La Ley 40/2003, de 18 de noviembre, establecía en su art. 9 la bonificación del 45% de las cuotas a cargo del empleador en las condiciones que se estableciesen reglamentariamente. La definición 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.

La bonificación es exclusivamente para la cotización al RESS, siempre que las tareas del empleado de hogar consistan en atender a los miembros de la familia numerosa o de quienes convivan en el domicilio de la misma. La condición de familia numerosa 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 dependencia¹²²³, 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, por cuenta ajena o propia, o estén incapacitados para trabajar, salvo en el caso de familias numerosas de categoría especial¹²²⁴. 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

1221 La misma interpretación da GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, en “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, cit., pág. 13.

1222 “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.”

1223 Tal como advierte LUJÁN ALCARAZ, José “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.”

1224 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.

pagadas en plazo. La cuantía de las bonificaciones y su duración han sido consideradas insuficientes como estímulo para hacer aflorar el empleo sumergido del sector¹²²⁵.

La bonificación de las cuotas en la contratación de quienes cuidan a personas de edad avanzada, enfermas o calificadas como dependientes, en proyecto desde la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006, no se ha realizado aún. La insuficiencia de las prestaciones de la Ley de Dependencia para el cuidado a domicilio da lugar a que la familia con ingresos suficientes contrate empleo doméstico como recurso externo principal para el cuidado. Según los criterios establecidos para el Servicio de Ayuda a Domicilio, en la dependencia severa de grado máximo las horas semanales de ayuda son entre 70 y 90, en una escala que termina en las 12 horas para la dependencia moderada de menor grado¹²²⁶, que además de insuficiente para la cobertura de las necesidades diarias, en muchos casos no alcanza a cubrir el fin de semana.

En el caso de personas que necesitan compañía constante, en familias que pueden afrontar el gasto, es usual la fórmula de contratar dos trabajadoras, una para los días laborables y otra para los fines de semana, ya que en un porcentaje importante la trabajadora de hogar es la única persona que está cuidando¹²²⁷.

La actividad de cuidado de personas en situación de dependencia en su domicilio tendría que contar con una bonificación del 100% sobre todas las cuotas del empleador a la seguridad social, incluidas las de accidente. La medida contribuiría a que una parte de quienes se dedican a la actividad comenzase a tener una carrera de cotización a la seguridad social que les impulsaría a buscar la manera de continuar de alta y cotizando.

8.4. Otras bonificaciones comunes al Régimen General

Se mantiene su exclusión, en tanto que relación laboral especial, en la reducción de cuotas para el mantenimiento del empleo de mayores de 59 años de la Ley 2/2012 de Presupuestos del Estado para 2012, la de mayores de 60 años de la Ley 43/2006, o la prevista en el RD 1917/2008 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.

Sí 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 internidad durante el periodo de maternidad, paternidad y acogimiento, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. También se bonifican al 100% las cuotas de la persona sustituida a partir del RD Ley 5/2001. Al repartirse las cargas del sistema especial de acuerdo al Régimen General, no se presenta ya ningún problema aplicativo (parte IV, 7.3.). Estas bonificaciones favorecen la estabilidad de las mujeres en el empleo. Entre otras consideraciones, suponen el reparto de los costos de la maternidad en un círculo más amplio que la empresa y la trabajadora afectadas.

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

1225 BALLESTER PASTOR, M^a Amparo “Reformas en materia de protección social e impacto de género...”, cit., pág. 75.

1226 Según el Anexo II del Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

1227 El 33,5% de las empleadas internas que atienden personas en situación de dependencia, son la única persona responsable de su cuidado. *Estudio de la situación laboral de las personas empleadas de hogar en la CAV*, pág. 3/3.

la trabajadora puede ser dada de alta médica sin curación (art. 128.1 de la LGSS). La obligación de cotizar subsiste durante todo el periodo, que puede llegar a los 545 días (art. 131 bis.3 de la LGSS).

La manera de evitar la cotización durante un largo periodo, en el que bastantes veces el empleador doméstico se encontraría obligado a cotizar por dos personas, la que está de baja y su sustituta, será el despido de la persona en IT. En el supuesto de que el despido se produzca, una vez que ya no es posible la práctica del RESS -promovida desde las entidades gestoras- de que las empleadas de hogar sigan cotizando como discontinuas incluso mediando cese, el despido generará un vacío de cotización al no existir la cobertura de la prestación de desempleo. Para la parte empleadora, no actuar de tal manera supondría una carga indebida, teniendo en cuenta quién es el contratante medio¹²²⁸.

9. Las prestaciones en el sistema especial

Según la DA 39^a.3, los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social, con las peculiaridades que la propia norma de integración establece. En el apartado 4 de la misma DA se dispone que las normas del sistema especial serán de plena aplicación desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se comunique el cumplimiento de las condiciones de integración. Hasta entonces se seguirá aplicando el régimen jurídico correspondiente al RESS.

Las prestaciones que se comentarán son aquellas de las que haya alguna particularidad que reseñar o resulten nuevas.

9.1. Responsabilidades en caso de accidente y enfermedad profesionales

La DA 39^a 3. e) dispone que respecto a las contingencias profesionales del SEEH no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el art. 126 de la LGSS, añadiendo “según lo dispuesto en la DA 53^a” de la LGSS.

La alusión a la DA 53^a no parece tener sentido, ya que es la que extendió la protección por contingencias profesionales en el RESS a partir del 1 de enero de 2011, dejando pendiente su efectividad de desarrollo reglamentario. El reglamento, aprobado por Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, se refiere a la 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 con efectos desde el 1 de enero de 2012 (parte IV, 9.7). Por su parte, la Ley 27/2011 está regulando las particularidades de las prestaciones del SEEH dentro del Régimen General.

Como se ha señalado, la exención de la responsabilidad en el pago de las prestaciones por contingencias profesionales en caso de falta de alta y cotización resulta incoherente con lo dispuesto sobre la responsabilidad del empleador en las comunes (parte IV, 9.7.2), lo que vale para el RESS y también para el SEEH. El argumento de la posible responsabilidad ante un percance laboral es un incentivo para que la parte empleadora cumpla con su obligación de dar de alta, como lo es en otros seguros, caso del de los vehículos o la vivienda.

¹²²⁸*Ibidem*, el 16,4% de los hogares de clase media-media y el 8,5% de los de baja-media de la CAV tienen empleada de hogar. Por su parte, según la Encuesta de Presupuestos Familiares del INE de 2009, el 19,30% de los hogares en los que la principal fuente de ingresos es una pensión contributiva o no contributiva tiene empleo doméstico; y también el 22,50% de los hogares cuyo sustentador principal tiene 65 o más años. Ambos datos hablan de algunas necesidades que el empleo doméstico cubre.

Con respecto al recargo de las prestaciones del art. 123 del LGSS, es plenamente aplicable en los casos en que pudiese proceder, ya que la nueva regulación por Ley 27/2011 no expresa nada en contrario; de acuerdo con las normas del Régimen General, el art. 3.2 del RD 1596/2011, que eximía al empleador doméstico del recargo, debe considerarse no vigente. El preámbulo del RD 1596/2011 señalaba: “Este desarrollo reglamentario se hace sin perjuicio de la adaptación que será preciso realizar cuando, con efectos del día 1 de enero de 2012, tengan efectividad las previsiones de la Ley 27/2011 (...)”, texto en el que la palabra adaptación no tiene un sentido claro.

La norma superior deroga la de inferior rango; lo que se ha producido es una derogación tácita ya que la DA 35ª de la Ley integradora dispone que el SEEH se regirá por las normas del Régimen General “en los términos y con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente”. Esto excluye la posibilidad de exonerar al empleador doméstico del recargo de prestaciones por norma de rango reglamentario, ya que significaría eludir en su caso la aplicación de una disposición de la Ley General de la Seguridad Social, lo que excedería el contenido de la “peculiaridad”, que se ha dejado para los reglamentos.

Aunque tal como se vio (parte IV, 9.7.1) faltando prescripciones concretas sobre las medidas de salud laboral en el trabajo doméstico y mientras se mantenga fuera del ámbito de aplicación de la LPRL, resultaría difícil imputar una infracción que diese lugar a responsabilidad del empleador.

9.2. Las reglas de protección en el caso del tiempo parcial

La DA 40 de la Ley 27/2011 reforma el apartado 2. de la DA 7ª de la LGSS, y declara aplicables sus normas a los trabajadores a tiempo parcial o fijos discontinuos incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

Significa que en materia de cotización, periodos de cotización y bases reguladoras de las prestaciones son de aplicación las normas de la propia DA 7ª de la LGSS. En cuanto al abono de las prestaciones, habrá de acudir al 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.

A efectos de cálculo de prestaciones, el apartado 3.a) de la DA 39ª de la Ley 27/2011 tiene establecido el cálculo de las horas trabajadas con una fórmula que no toma en cuenta la jornada efectivamente realizada: entre los años 2012 y 2018 las horas se determinarán en función de las bases de cotización divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año.

Según tal cálculo, para pensiones de incapacidad permanente y jubilación la cotización en el tramo 10 generaría el equivalente en horas a la jornada completa, una vez aplicado el coeficiente multiplicador del 1,5.

9.3. La incapacidad temporal

9.3.1. Reglas de cálculo y reparto de obligaciones

Según la DA 39ª.3 b) se abonará el subsidio de incapacidad temporal en caso de enfermedad común o accidente no laboral a partir del cuarto día de la baja, de conformidad con la norma general¹²²⁹.

¹²²⁹ Art. 8 de la Orden de 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación por incapacidad laboral transitoria en el Régimen General de la Seguridad Social.

El reparto de las cargas entre la parte empleadora y el sistema de Seguridad Social varía respecto al Régimen General: en éste, la empresa abona de sus fondos la prestación de IT por contingencias comunes, sin derecho a compensarla, desde el cuarto al decimoquinto día. La empresa está obligada a realizar el pago delegado hasta el plazo de 365 días de duración de la prestación, con la posibilidad de solicitar la exención de la obligación a partir de los seis meses de duración de la baja, en empresas de menos de 10 trabajadores (art. 16.2 de la Orden Ministerial de 25-11-1966).

En el sistema especial, el empleador abona de sus fondos la prestación por incapacidad temporal derivada de enfermedad común o accidente no laboral desde el cuarto al octavo día de la baja, pasando posteriormente la obligación a la entidad a la que corresponda su gestión, en régimen de pago directo, sin que según la DA39ª 3, b) haya ningún periodo de pago delegado.

En la IT por contingencias comunes, la fórmula de cómputo de días de cotización está resuelta por la norma propia del sistema especial, pero no la del pago de la prestación, que se remite por tanto a la del Régimen General. Así, en el tiempo completo se tomará el promedio diario de la base de cotización del mes anterior a la baja y la prestación se abonará todos los días que dure, a partir del cuarto.

Si el contrato es a tiempo parcial, la base reguladora de la prestación se calculará según lo dispuesto por el art. 4 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Se hará la suma de las bases de cotización de los tres meses anteriores al hecho causante, dividiéndola entre los días de trabajo efectivo en el periodo.

A partir de esto, aparece una cuestión dudosa: si la definición de trabajador a tiempo parcial a efectos de abono de la prestación de IT es la de la norma laboral o la del sistema especial, lo que tendrá consecuencias en el cálculo de la base reguladora de la prestación y en su pago. En la norma laboral, parcial es la jornada de menos de 40 horas semanales. En la norma de seguridad social es la que se sitúa por debajo del tramo 15. La base del tramo 15 es de 748,20 €, y corresponde a salarios mensuales a partir de 700,11 € al mes en el empleo de hogar. Por otra parte, es la base mínima que el Régimen General adjudica al salario mínimo por la jornada completa de trabajo, regulándola en los arts. 2 y 3 la Orden de Cotización de 12 de febrero de 2012.

Quien perciba menos de 748,30 € mensuales, porrateadas las pagas, no está trabajando a tiempo completo, porque ésta es la cuantía del salario mínimo interprofesional aplicable a las 40 horas¹²³⁰. Pero a veces, un salario de 700,11 € y superior puede estar retribuyendo jornadas parciales, aunque tenga asignado el tramo 15.

Tendemos a pensar que el tratamiento del cálculo de las bases reguladoras de la IT deberá ajustarse a la pertenencia al tramo, ya que la razón de ser de la fórmula del art. 4 del RD 1131/2002 sobre el pago de la IT está en que el cálculo del subsidio refleje la pérdida salarial referida al tiempo que durante la baja no pudieron prestarse servicios. La idea implícita es que en las jornadas parciales las bases pueden tener más variaciones, y de ahí el cálculo del promedio de tres meses. Pero esto no sucede en las relaciones laborales domésticas en las que el salario está ya en el tramo quince, cuya base no cambiará aunque aumenten las horas de trabajo. En todo caso, la posibilidad de realizar jornadas irregulares en el tiempo completo también puede distorsionar el cálculo del pago de prestaciones de IT; en determinados supuestos puede recibirse el salario y también la prestación de IT correspondiente a días en que no se hubiese trabajado aún estando de alta.

¹²³⁰ Resulta de $641,40 \times 14/12 = 748,30$ € al mes.

Por tanto, en el supuesto de contratos cuya cotización está situada a partir del tramo quince, la base reguladora para la prestación de IT será la del mes anterior a la baja y se pagará durante todos los días.

En bases de cotización por debajo del tramo 15, la base reguladora de la prestación se calculará según lo dispuesto por el art. 4 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, que regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial. Se hará la suma de las bases de cotización de los tres meses anteriores al hecho causante, dividiéndola entre los días de trabajo efectivo en el periodo. La prestación deberá pagarse durante los días contratados como de trabajo efectivo en el periodo de duración de la IT, de acuerdo con el art. 4º 1.a) del RD.

En el supuesto de que la IT se produzca en un contrato de trabajo con prestación discontinua de servicios en fecha cierta o incierta, de los arts. 12.3 ó 15.8 del ET, aun cuando la base de cotización mensual esté en el tramo 15, la prestación de IT sigue las normas del tiempo parcial, según lo dispuesto en la DA 7ª de la LGSS. En ese caso, el cálculo de la prestación se realiza sobre lo cotizado en los tres meses previos al hecho causante, lo que plantea el problema de qué cómputo debe realizarse en el caso de que en ese tiempo haya periodos sin cotizar, precisamente por el carácter discontinuo de los servicios. De acuerdo con la posición del INSS sobre la cuestión¹²³¹, para el cálculo de la base reguladora de la IT de los trabajadores a tiempo parcial y fijos-discontinuos, el promedio de bases a tomar en cuenta será la de los tres últimos meses cotizados en la empresa en la campaña anterior, sin que puedan tenerse en cuenta los intervalos no cotizados entre campañas, criterio que se mantiene aunque no existan tres meses de cotización por ser menor el tiempo de prestación de servicios en la empresa.

La redacción del art. 131.1 párrafo segundo de la LGSS, que imputa las respectivas obligaciones económicas de empresa y entidad gestora en la IT en el Régimen General, es igual que la que regula la DA 39ª.3 b), variando únicamente los tramos temporales de la obligación. Por tanto, siguiendo la doctrina jurisprudencial, en los días cuarto al octavo de la IT se está abonando una prestación de la Seguridad Social, si bien a cargo del empleador.

Cuando la obligación pasa a la entidad gestora o colaboradora, de acuerdo con el art. 4º 1.b) del citado artículo, el sistema de cálculo y abono de la prestación en el tiempo parcial es más sencillo: cálculo del promedio diario de la cotización de los últimos tres meses, realizado sobre la suma de lo cotizado, que se divide entre los días naturales del periodo. La prestación se abona todos los días naturales que dura la situación de IT.

En el supuesto de que el empleador no abone o cese por cualquier motivo en el pago de los días de prestación que son de su responsabilidad en la IT por contingencias comunes, se realizará el abono directo de la prestación por parte de la entidad a la que corresponda su gestión, sea la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales o el INSS. Así debe entenderse según la doctrina del TS respecto a los supuestos de impago de la prestación por la empresa desde el cuarto al decimoquinto día de la IT en el Régimen General¹²³², sin perjuicio de que la entidad gestora reclame lo pagado a la empresa incumplidora.

Diferente situación, y la más frecuente en el empleo doméstico, será la que se produce en el despido durante la IT por contingencias comunes. En este caso, en el que hay una baja en la Seguridad Social como consecuencia de la terminación de la relación laboral, la responsabilidad del pago

1231 Criterio de la Subdirección General de Ordenación Jurídica de la Seguridad Social de 2/2008, de 16 de enero. NORMASS.

1232 Entre otras, STS 15-6-1998, RJ 5796; 26-10-2004, RJ 1307/2005.

pasa al INSS. Así lo ha entendido la administración de la Seguridad Social en la Resolución de 6 de octubre de 1992 de la Dirección General de Ordenación Jurídica sobre el pago de los días cuarto al decimoquinto de la baja de la persona que estando en situación de IT ve extinguido su contrato por cualquier causa¹²³³. La doctrina jurisprudencial atribuye el pago a la entidad gestora incluso en el caso de que los días a cargo de la empresa coincidan con un periodo de despido que posteriormente es declarado improcedente¹²³⁴ o nulo, en ambos supuestos con obligación de abono de los salarios de tramitación¹²³⁵. Con más razón deberá imputarse el pago en ese periodo a la gestora cuando en la relación laboral especial doméstica no existe nunca la obligación de abono de salarios de tramitación en caso de despido improcedente, de acuerdo con el art. 11.2 del RD 1620/2011, regulador de la relación laboral especial¹²³⁶.

En el supuesto de IT derivada de contingencias profesionales, el art. 5.3 del RD 1596/2011, de 4 de noviembre, que regulaba la contingencia, establecía como base reguladora de la prestación la del mes anterior a la baja dividida entre 30, para hallar el subsidio diario al que debía aplicarse un porcentaje del 75%. La propia norma señalaba en su preámbulo que con la entrada en vigor del sistema especial se haría precisa la adaptación del modo de cálculo. Al desaparecer la base única, en el caso de que el contrato sea a tiempo completo el cálculo es el ya expuesto. En el tiempo parcial habrá que aplicar la regla general, que en este punto no distingue el origen de la contingencia y obliga a calcular el promedio diario de los tres meses anteriores a la baja.

La prestación se percibe desde el día posterior al accidente en régimen de pago directo por parte de la entidad gestora, por lo que la parte empleadora no tiene ninguna responsabilidad económica en su abono.

La obligación de cotizar continúa durante la suspensión del contrato por IT derivada de enfermedad o accidente. Durante el periodo de pago de la prestación por la entidad correspondiente, la cuota de la parte trabajadora se deduce de la prestación, con lo que la empleadora abona únicamente la cuantía de su aportación. A pesar de esto, en los casos en que el empleador contrate una persona para sustituir a la que está en IT, la acumulación de las cotizaciones por dos trabajadoras resulta excesivamente onerosa para el empleador doméstico común. Las bajas en la Seguridad Social por evitar la doble cotización en el primer mes de la IT, que continuaba siendo responsabilidad del empleador, se venían produciendo ya antes del paso al sistema especial, por lo que para desincentivar tal comportamiento, la cuota patronal de la persona de baja debiera haber sido objeto de una bonificación del 100% de las cuotas.

En el contrato a tiempo completo, y especialmente en el contrato a tiempo parcial, las normas para el cálculo de la prestación a abonar del cuarto al octavo día de la baja son demasiado complicadas teniendo en cuenta que la persona obligada no es una empresa.

La manera en la que el empleador doméstico debería calcular el abono de la prestación en el breve periodo en que está a su cargo debiera ser simple: en los contratos con prestación de servicios todos los días, salario del mes anterior a la baja dividido entre 30 o los días que contenga el mes, de ser menos, y aplicación del porcentaje del 60% al salario diario resultante. Cambiando base de cotización mensual

1233 Catálogo de resoluciones administrativas, INSS, mayo 1997, págs. 286-287.

1234 A partir de la reforma del art. 56.2 del ET por Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el despido improcedente solo devenga salarios de tramitación en el supuesto de que se produzca la readmisión.

1235 SSTS 16-6-1994, RJ 5442, 3-10-1994, RJ 7740 y 24-6-1996, RJ 5388.

1236 Obligación que a partir del RD 3/2012, de 10 de febrero queda limitada para las relaciones laborales ordinarias a supuestos muy excepcionales.

por salario mensual, es la fórmula que corresponde al contrato a tiempo completo según el vigente art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, para la aplicación de la Ley 24/1972, de 21 de junio, en materia de prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social. El contrato a tiempo parcial en el empleo doméstico sigue, en casi todos los casos, una pauta de distribución regular de la jornada semanal, con lo que la fórmula de cálculo no distorsiona el resultado que debe alcanzarse: el que la prestación sustituya al salario en alguna medida.

En el caso de prestación de servicios que no se realiza durante todos los días de la semana (supuesto frecuente), según la fórmula legal del art. 4.1.a) del RD 1131/2002, el empleador debería calcular el promedio de la base diaria correspondiente a los tres últimos meses de cotización, aplicar luego el 60%, y abonar la prestación durante los días contratados como de trabajo efectivo. Se propone que en el pago “por horas” el empleador abone el 60% del salario por hora a razón de las horas de ausencia por la baja de enfermedad, cálculo que resulta más sencillo.

Una solución más equitativa hubiese sido el que la prestación fuese de pago directo desde el cuarto día de la baja¹²³⁷, en consideración a la peculiaridad del empleador, a quien no debiera gravarse con obligaciones protectoras propias del sistema. En todo caso, de no resultar aceptable esta última solución, la TGSS podría anticipar la prestación y repercutir su cuantía al empleador junto con el cobro de las cuotas en el mes siguiente.

La gestión de la IT

La gestión de cualquier incidencia ante el sistema de seguridad social por parte del empleador doméstico requiere su presencia o la de algún mandatario en horario de mañana en las entidades gestoras, porque no es aún posible realizar las comunicaciones por vía electrónica en el sistema especial.

El RD 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, establece las obligaciones de la parte trabajadora y el empleador en tal situación. Según su art. 2 la trabajadora debe entregar al empleador en tres días el parte médico de baja por contingencias comunes o profesionales y el empleador tiene cinco días para hacerlo llegar a la entidad gestora o la Mutua. En caso de una IT por causas profesionales, si la cobertura de la IT se ha contratado con una Mutua, no es precisa la entrega del parte de baja. Los partes semanales de confirmación de baja deberán seguir el mismo proceso, hasta la fecha del alta.

El pago directo de la prestación de IT exige que la persona solicitante acompañe un certificado del empleador, para lo que éste deberá utilizar un impreso que no tiene unas instrucciones suficientemente claras para su cumplimentación.

Independiente de la obligación de colaborar en el control de la IT, en caso de accidente laboral el empleador debe notificarlo cumplimentando un parte de accidente. La Orden de 16 de diciembre de 1987 por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de accidentes de trabajo y se dan instrucciones para su cumplimentación y tramitación, obliga en su art. 3 a comunicar a la entidad gestora o, en su caso, a la Mutua todos los accidentes, lleven o no consigo una baja médica. Los que han producido una baja médica que trae consigo la ausencia de al menos un día del lugar de trabajo tienen que comunicarse en el plazo de cinco días desde la fecha del accidente o desde la de la baja médica. Para comunicar el resto hay un plazo de los cinco primeros días del mes siguiente a ocurrir la incidencia.

¹²³⁷ Así se propone en VICENTE PALACIOS, Arantzazu, y BALLESTER PASTOR, Inmaculada y RUANO ALBERTOS, Sara, *Regímenes Especiales de la Seguridad Social...*, cit., pág. 260.

El empleador de hogar deberá cumplimentar un parte de accidente que es el común a todas las demás actividades y está fuera del alcance de lo exigible, por lo prolijo de la información que se solicita y porque en muchas de sus partes hace referencia a circunstancias de la actividad propias únicamente de las empresas. El parte será uno de los documentos que deberá acompañarse a la solicitud de pago directo de la prestación de IT por accidente de trabajo.

La Orden de 19 de noviembre de 2002, por la que se establecen nuevos modelos para la notificación de los accidentes de trabajo y se posibilita su transmisión por procedimiento electrónico, permite al empleador doméstico la comunicación del accidente mediante el programa Delt@ (declaración electrónica de trabajadores accidentados), que exige un previo registro y estar en posesión de la firma electrónica, que se puede obtener en las oficinas de la TGSS; el parte de accidente es el mismo modelo que el de formato de papel.

9.3.2. Prestaciones de IT y Maternidad en la transición

En el nuevo sistema de cotización, con la desaparición de la base única y el sistema de tramos, si las bases de una persona han variado en el tránsito del RESS al SEEH, siempre serán inferiores. Esto plantea la cuestión de la incidencia de la integración en las prestaciones cuando todos o una parte de los meses que deben tomarse para el cálculo se han cotizado en el RESS.

En las situaciones de IT y maternidad, de acuerdo con los arts. los arts. 6 y 37 de la Orden de Cotización para 2012, igual en ese punto todos los años, la base por la que debe cotizarse mientras dure la contingencia es la correspondiente al mes anterior a la baja o, en el caso del tiempo parcial, el promedio diario de los tres meses anteriores a la baja.

La norma no prevé más cambio en la base que el que proviene del incremento de la mínima aplicable correspondiente a la categoría profesional del trabajador, en cuyo caso la base se incrementa y la prestación por IT se calcula ajustándola a la nueva base superior, de acuerdo con el art. 6.4 de la Orden.

No se prevén otras variaciones. Tanto la prestación como la base de cotización se mantienen durante la IT en los supuestos en los que el salario aplicable cambia por incremento en el Convenio Colectivo, siempre que la variación no alcance al mes anterior a la baja.

El paso a un sistema diferente de cotización planteaba un problema que debería haberse resuelto mediante una Disposición Transitoria de la norma que dispuso el cambio, lo que no se ha hecho. La entidad gestora de las prestaciones fijó su posición en una comunicación interna, el criterio 1/2012, de 8 de marzo, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS.

Establece que la base a tomar en cuenta para calcular las prestaciones de IT y Maternidad en el sistema especial deberá ser la del mismo mes de la baja o los precedentes, en su caso, que correspondan al sistema especial. Según ello, no deberán tomarse la base o bases del RESS, que serán más altas siempre que la persona no esté cotizando en el tramo 15 del sistema.

El fundamento legal estaría en el art. 13 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, que respecto al tiempo completo establece que, en el caso de los trabajadores que hayan ingresado en la empresa el mes en que caen de baja, se tomará para el cálculo la base del mismo mes. Y también en el RD 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, que en su art. 4.1,a) dispone que la base reguladora diaria de la prestación de IT “será el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente

anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período”. El art. 6, sobre la prestación de Maternidad, ordena realizar el promedio de los doce meses anteriores para el cálculo de la base reguladora y, también, en caso de una antigüedad inferior en la empresa, realizar los cálculos sobre las bases de ésta.

Se ha entendido que la expresión “bases de cotización acreditadas en la empresa” obliga a tomar las realizadas en ésta¹²³⁸, y no las de empresas anteriores. La finalidad sería que la base para la prestación refleje mejor la pérdida económica que produce la contingencia.

También se ha interpretado que cuando el trabajador permanece en la misma empresa y su contrato pasa de ser completo a parcial o a la inversa, la regla a aplicar para el cálculo de la IT es la del art. 4.1 del RD 1131/2002. Es decir, habría que aplicar la del propio mes de la baja¹²³⁹.

Soluciones todas que parten del supuesto de que ha existido un cambio de jornada que daría lugar a un cambio de salario que la prestación tiene que sustituir. Pero en el caso del tránsito entre los dos regímenes, la trabajadora que está a tiempo parcial en el sistema especial también lo estaba en el RESS, con lo que no hay cambio de jornada ni de empresa. Hay cambio de régimen, se proviene de uno que en el tiempo parcial a partir de las 18 horas obligaba a cotizar por una determinada cantidad, que era igual para todas las jornadas y que en caso de IT servía de base para el cálculo de la prestación.

Todas las variaciones de base de cotización no tienen asegurado en la ley su mecanismo corrector para evitar lo aleatorio en las bases reguladoras de la IT. Los desajustes a que da lugar lo no previsto en una norma no deberían ser corregidos por resoluciones administrativas que interpretan la voluntad del legislador sin rango suficiente.

La posición del INSS contradice la doctrina judicial, que en supuestos que quedan fuera de la casuística que pretende regular el RD 1131/2002 tiende a aplicar las normas de cálculo de la base reguladora tal cual, sin realizar interpretaciones extensivas de la norma.

Así, la persona que estando en situación de IT es incluida en un ERE de suspensión parcial de la jornada que traería como consecuencia reducción salarial y de la base de cotización, continúa percibiendo la prestación de IT y cotizando según la base íntegra del mes anterior a la baja¹²⁴⁰. Quien en los tres meses anteriores a caer de baja estuvo cotizando en situación de desempleo contributivo y en trabajo a tiempo parcial, tendrá un subsidio calculado según las normas establecidas para tal contingencia: el promedio diario de lo cotizado en los tres meses anteriores a la baja, independientemente de que ello suponga integrar para el cálculo las bases de cotización del desempleo¹²⁴¹. No existe enriquecimiento injusto por parte de quien redujo transitoriamente su jornada en la empresa, al de poco cayó de baja y percibió la prestación de IT según su cotización del mes anterior, correspondiente al tiempo completo trabajado¹²⁴². En el supuesto de un contrato a tiempo completo que pasó a parcial el mismo día del hecho causante de la IT¹²⁴³ la resolución favorable a mantener el cálculo sobre la base de cotización

1238 LOUSADA AROCHENA, José Fernando, “El cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones sociales de los trabajadores a tiempo parcial”, *Tribuna Social* núm. 158, febrero 2004, pág. 17. RUIZ SALVADOR, José Antonio, *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social*, Bomarzo, 2003, págs.. 71 y ss.

1239 RUIZ SALVADOR, José Antonio, *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo...* cit., págs.. 71 y ss.

1240 STSJ Extremadura 24-11-2011, JUR 427854.

1241 STSJ Murcia 4-2-2008, JUR 131529

1242 STSJ Cataluña 4-12-2006, ROJ 13248.

1243 STSJ Aragón 25-06-2001, AS 2382.

anterior a la baja, que era a tiempo completo, se fundamenta en que no hay violación del principio de contributividad.

El principio de contributividad, según el cual aportaciones y prestaciones deben estar en estrecha relación puede aplicarse a este supuesto, en el que la cotización sobre una base única en el trabajo a tiempo parcial desde las 18 horas semanales, en el año 2011, de 748,20 € al mes, era un dictado legal y no una maniobra de compra de prestaciones.

De otra parte, las trabajadoras a las que la situación de IT o por maternidad les alcance aún sin haber pasado al sistema especial, verán calculada su prestación sobre la base única del mes anterior a la baja, lo que significa el cobro de una cuantía que puede llegar a ser mucho mayor a la que se recibiría en el sistema especial. En el supuesto de las IT por causas profesionales el caso es especialmente claro, ya que la prestación se paga en el RESS desde el cuarto día de la baja, lo que plantea un problema de desigualdad de trato de un grupo respecto al otro en hechos causantes de la misma fecha y para la misma actividad.

9.3.3. La prestación de IT tras la extinción del contrato

El Régimen General tiene una previsión sobre la cuantía de la prestación de IT por contingencias comunes al extinguirse el contrato, contenida en el Título III de la LGSS, de la protección por desempleo, capítulo IV del régimen de las prestaciones.

El art. 222, que se titula Desempleo, Maternidad e Incapacidad Temporal, dispone en su número 1 que cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y durante la misma se extinga su contrato, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal en cuantía igual a la prestación por desempleo hasta que se extinga dicha situación, pasando a continuación a percibir la prestación si reúne los requisitos para ella.

La Ley 24/2001, de 7 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que reformó el art. 222.1 de la LGSS, no contiene en su exposición de motivos ninguna mención a la importantísima reforma que realizó en la prestación de IT, cuya cuantía fue sensiblemente reducida en el supuesto de extinción del contrato de trabajo. La medida se rectificó parcialmente en la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social, que modificó el art. 222.1 reservando la reducción de la prestación únicamente para el supuesto de las contingencias comunes, mientras en las profesionales se mantiene la cuantía del 75% de la base reguladora del mes anterior a la baja. En el Régimen General, la prestación de desempleo generalmente es inferior a la de IT por contingencias comunes debido al juego de los topes de la primera¹²⁴⁴. La aplicación del art. 222.1 LGSS supone la percepción de un subsidio del 70% del promedio de los últimos 180 días de ocupación cotizada, lo que en niveles salariales altos resultará inferior al resultado de haber aplicado, de acuerdo con las normas para la IT de quien está en activo, un 60% de la base del mes anterior a la baja correspondiente a los primeros 20 días de la contingencia, y un 75% a partir del día vigesimoprimerero.

En el sistema especial de los empleados de hogar, por el contrario, en los primeros 20 días de la baja por contingencias comunes, el resultado de aplicar la norma sería la elevación de la prestación de IT, debido al límite de la base de cotización en el tramo quince¹²⁴⁵, de 748,20 € mensuales para el año

¹²⁴⁴Del 175% al 220% del IPREM en función de las cargas familiares (art. 211.3 de la LGSS)..

¹²⁴⁵ Los tramos se irán elevando hasta coincidir con los salarios reales en el año 2019, según la DA39.2 de la Ley 27/2011.

2012, por lo que al aplicar el 70% resultaría una prestación superior a la que obtenida de la aplicación del 60%, siempre sobre la misma base.

La cuestión de si el art. 222.1 es aplicable al sistema especial, que según la DA 39^a, 3.f, carece de la prestación de desempleo¹²⁴⁶ ha sido respondida negativamente por la doctrina administrativa, ya que el art. 222 está incluido en el Título III de la LGSS, sobre la protección por desempleo y sus disposiciones no alcanzan a los regímenes que no tienen tal cobertura¹²⁴⁷.

10. Maternidad

La prestación no tiene particularidades en el sistema especial, y es de pago directo por la entidad gestora, 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. 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.

Como se ha reiterado, el embarazo y la maternidad suelen ser motivo de cese por decisión del empleador en el empleo doméstico, y no tienen la garantía de la readmisión propia del despido nulo.

En este contexto, el art. 9 de la Ley 27/2011 añade una DA sexagésima a la LGSS, que titula beneficios por cuidado de hijos. Por lo que aquí interesa¹²⁴⁸ dispone, que a todos los efectos, salvo el de cumplir periodo mínimo de cotización 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 madre¹²⁴⁹.

La baja en la seguridad social desde nueve meses antes del parto (o tres meses antes de la adopción o acogimiento) y hasta seis años después para cuidar a una criatura, casi nunca será objeto de controversia entre la madre y el padre, según se desprende de los datos sobre el ejercicio de los derechos asociados al cuidado¹²⁵⁰.

1246 Se excluye la prestación “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 al servicio del hogar familiar”.

1247 Criterio de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, 19/2006, de 22 de mayo de 2006, sobre prestación de IT al extinguirse el contrato de trabajo. NORMASS.

1248 El beneficio no es solo para el parto, también se refiere a adopción y acogimiento.

1249 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.

1250 Los datos del Departamento de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno Vasco en el *Balance de las ayudas de apoyo a las familias 2008-2009*, referidas a las ayudas económicas a la conciliación, que cubren reducciones de jornada y excedencias para cuidado de menores y otros familiares, reflejan que el 94% de las personas beneficiarias fueron mujeres.

Computar como cotizados los nueve meses anteriores al nacimiento, teniendo en cuenta que el sistema cuenta ya con los instrumentos suficientes para cubrir la contingencia de embarazo y sus vicisitudes, no tiene explicación satisfactoria.

El tiempo que se ha considerado razonable reconocer como periodo de cotización por dedicación al ejercicio de la maternidad a tiempo completo, no contribuye a construir condiciones de igualdad entre mujeres y hombres en el cuidado de las criaturas, el acceso y permanencia en el empleo y, por supuesto, la independencia económica de las mujeres¹²⁵¹.

Esta posibilidad se abre 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 no resuelve los problemas que tal falta ocasiona para el acceso a las prestaciones. También favorece que las trabajadoras de hogar se dediquen a la atención de sus criaturas en el caso de que la falta de servicios accesibles de cuidado determine que en la ponderación de gastos e ingresos les sea más rentable económica y personalmente dedicarse a su atención.

11. El riesgo durante el embarazo

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), 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 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 empresarial¹²⁵². 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. No parece 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.

¹²⁵¹ Ver la propuesta de la PIINA, Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción, que defiende que el gasto público tiene que dirigirse a construir la igualdad desde licencias cada vez mayores para los hombres, sin dar a las mujeres derechos de prioridad en el cuidado ni extender para ellas los ya existentes, en www.igualeseintransferibles.org/.

¹²⁵² Art. 1 del RD-ley 11/1998, de 4 de septiembre y DA 2 de la Ley 12/2011.

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.

12. Jubilación

La integración no cambia la inaplicación de la escala de la DT 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 DT segunda de la LGSS vigente¹²⁵³.

Tampoco cambia la doctrina sobre la ineficacia de la pertenencia al MNSD 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 MNSD no tiene valor equivalente a estos efectos.

Sin pretender la reparación imposible de todo el pasado, en esta cuestión concreta aún se podría aplicar el criterio que asimile la pertenencia al MNSD con la de los regímenes citados, teniendo en cuenta que el Montepío fue el sistema de protección obligatorio para el sector. Sería avanzar en la línea que el TS inició al reconocer el valor de las cotizaciones de la Mutualidad para la pensión SOVI, en el que la razón básica de su posición fue una lectura de la norma desde la equidad. A este criterio debería unirse el principio de la no discriminación por razón de sexo, al ser mujeres la práctica totalidad de las pertenecientes al MNSD, cuyas normas reguladoras estaban totalmente ligadas a tal condición.

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. 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 SPEE, sin que se le requiera ser perceptora de la prestación o el subsidio, ni una antigüedad concreta en la situación. 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. La primera, el requisito de que la persona relevada acredite 30 años de cotización sin cómputo de días cuota de pagas extraordinarias¹²⁵⁴ y el 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, pasa 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, puede jubilarse parcialmente. El art. 166 de la LGSS sobre la jubilación parcial ajusta su redacción a las previsiones de la Ley

¹²⁵³LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, cit., pág. 93.

¹²⁵⁴De 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 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.

27/2011, por lo que la edad a partir de la que se podrá acceder a la jubilación parcial viene fijada en la DT 20 de la LGSS.

El porcentaje de la jornada que debe permanecer en activo ha tenido diferentes regulaciones. De acuerdo con el vigente art. 166.1 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, que tendría un impacto muy específico en el empleo doméstico: 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 1ª del RD 1131/2002, 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 la norma “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”¹²⁵⁵. La cuantía de la prestación, de acuerdo con el art. 12.1, 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 la 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. En consideración a la baja cuantía de las pensiones, que tras la reforma del complemento a mínimos por Ley 27/2011 será aún menor, no es un problema de política del derecho que deba ocupar al legislador, si no es para elevar las pensiones mínimas de vejez garantizando su suficiencia en cumplimiento del art. 50 CE.

De cualquier modo, la ley ya reconoce la insuficiencia de las prestaciones no contributivas al declararlas compatibles con algunos ingresos. La DF 7ª.3 de la Ley 27/2011 ha reformado el art. 145.2 de la LGSS, elevando hasta el 35% de la cuantía de la pensión no contributiva el límite de ingresos compatible con la percepción íntegra de la pensión. El incremento del límite se explica por lo bajo de la cuantía de la prestación, lo que sería aplicable y acorde con la consideración del complemento a mínimos como una prestación no contributiva.

13. Derechos asociados a la maternidad y el cuidado

Las reducciones de jornada para cuidar pasan a tener su reflejo en la cotización a la seguridad social, 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.

¹²⁵⁵Para 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 que es objeto de la reducción, ver DEL REY GUANTER, Salvador y otros, *El nuevo contrato a tiempo parcial, aspectos laborales y de seguridad social*, cit., págs. 164 y ss.

Comienza a ser de aplicación el art. 124.6 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. Este periodo de las 16 semanas de cobertura del periodo de descanso maternal una vez extinguido el contrato es compatible con el reconocimiento del periodo establecido en la DA 60ª de la LGSS.

El problema del art. 124.6 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, 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. 180.1 y 2 de la LGSS reconoce para el cuidado de familiares, se precisa su alcance en el art. 6: 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. 124.6, indica que no es una situación asimilada al alta.

El descanso maternal a tiempo parcial ha pasado a ser una situación sin ninguna particularidad en lo que respecta a la prestación.

14. Protección de seguridad social en la violencia de género

Reconocido el derecho a los permisos del art. 37 ET en su integridad, es aplicable el apartado 7 sobre el derecho a la reducción y reordenación del tiempo de trabajo de la víctima de violencia de género. También lo es, ya lo era en la anterior legislación, el derecho a la suspensión del contrato del art. 45,n) ET durante seis meses prorrogables por el juez según el art. 48.6, 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.

Hasta la integración, era dudosa la aplicación del apartado 5 del art. 124 de la LGSS, que reconoce el periodo de suspensión del contrato de trabajo del art. 48.6 como de cotización efectiva en los mismos términos que prevé el art. 124.6 para el periodo de maternidad o paternidad posterior a la extinción del contrato. La duda provenía de que el art 124.5 no estaba entre las disposiciones que la DA 8ª de la LGSS declaraba aplicables a los regímenes especiales (parte IV, 6.10). Tampoco en el caso de la violencia de género el periodo ha sido declarado como situación asimilada al alta.

15. Cobertura de vacíos

Según el DA 39ª.3 d), desde el 2012 hasta el año 2019 no se realizará la cobertura de vacíos de cotización en el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y 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.

El significado del texto, según interpretación de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social en la ya citada nota informativa sobre la reforma, de 27 de diciembre de 2011, sería 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 RESS se calculan según las normas de este régimen.

De aplicarse, la interpretación entraría en contradicción con la actual regulación sobre cómputo recíproco de cotizaciones. El art. 26.1 del DRESS 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.

El art. 9.2 de la LGSS de 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. La normativa reglamentaria vigente en la materia no ha derogado las disposiciones del RESS. El art. 26.1 del DRESS 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. 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 cotizaciones¹²⁵⁶.

En relación a prestaciones distintas a las pensiones referidas en el 26.2, el art. 26.4 del DRESS dispone que la totalización de cuotas servirá para la cobertura de los periodos de carencia que se exijan 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. Las cuotas del RESS podrían por tanto computarse para una prestación de incapacidad temporal en el Régimen General según las normas de este último.

Las disposiciones coinciden con lo posteriormente dispuesto en el RD 691/1991, de 12 de abril sobre cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social, norma que a pesar de su amplio título es solo aplicable cuando uno de los regímenes es el de clases pasivas¹²⁵⁷.

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 pensión¹²⁵⁸.

Tal como se ha señalado¹²⁵⁹, 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

1256 Aplicando el art. 26,2 c) del DRESS, la STSJ Cataluña de 2-9-1997, AS 3587.

1257 BALLESTER PASTOR, Amparo, *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de seguridad social*, cit., pág. 30.

1258 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, Guillermo y SEMPERE NAVARRO, Antonio, *La jubilación en el Régimen general de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2000, pág. 115.

1259 En referencia a los supuestos posibles en el RETA, FERNANDEZ ORRICO, Francisco Javier, "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.

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 RESS, 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.

La dicción del apdo. 3,d) de la DA 39ª de la Ley 27/2011, al referirse a las pensiones “causadas por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial”, no puede referirse a una derogación de las normas ya existentes sobre comunicación de cuotas entre el sistema especial de hogar y el Régimen General. El texto no justifica tal lectura, que no cabe en una interpretación finalista de la norma porque iría en el sentido contrario al proceso de acercamiento de regímenes, que es precisamente el objetivo de la integración.

Según la norma vigente sobre cobertura de vacíos en el Régimen General (arts. 140.4 y 162.1.2 LGSS) en la cotización correspondiente al contrato a tiempo completo, durante el año 2012 los periodos durante los que no existe obligación de cotizar se integran con la base mínima de cotización del grupo que la tenga más baja, que es equivalente a la máxima del sistema especial de empleados de hogar.

A partir del 1 de enero de 2013 y por obra de la reforma operada por la Ley 27/2011, el sistema de integración de lagunas varía con una fórmula que pretende compensar 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 de la base mínima vigente a la fecha de la integración.

A quienes provienen del RESS y se integran en el sistema especial la nueva regulación no les favorece, en primer lugar porque 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 salario, en los siguientes veinticuatro con las mínimas y posteriormente con el 50% de éstas. La fórmula que instaura la Ley 27/2011 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 según el RESS y el sistema especial.

En los contratos a tiempo parcial, de acuerdo con el art. 7.2 del RD 1131/2002, 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.

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 traducirá 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.

16. Complemento a mínimos de las pensiones

La espera de ocho años para comenzar la integración de vacíos en el sistema especial, debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 27/2011, que reforma el régimen del complemento a mínimos del art. 50 de la LGSS, en dos aspectos de gran incidencia en las pensiones de hogar.

En primer lugar, el art. 50.2 limita la cuantía máxima del complemento a mínimos de las pensiones en el importe que cada ejercicio se establece para las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez¹²⁶⁰. Se trata de una medida que rebaja la cuantía del complemento del que se beneficiaban las carreras de seguro con bases de cotización inferiores y escasos periodos cotizados. En la medida en que las reglas de cálculo de la pensión de jubilación se hacen más exigentes, todas las pensiones bajan, pero de una manera específica las de hogar.

Además, según el nuevo art. 50.1, los pensionistas tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones, siempre que residan en territorio español en los términos que legal o reglamentariamente se determinen.

Esta reforma entra en vigor el 1 de enero de 2013, y aún no se ha realizado el desarrollo que permita calibrar las condiciones en que quedará reglamentada la obligación de residencia en territorio español, pero en principio supondría la privación del complemento a mínimos en las pensiones de las trabajadoras de hogar inmigrantes que regresen a su país al jubilarse.

El Pacto de Toledo de 1995 establece en su primera recomendación la separación y clarificación de las fuentes de financiación de las prestaciones. El acuerdo sindical posterior, sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, en desarrollo de la primera recomendación del pacto definió el complemento a mínimos de las pensiones como una prestación no contributiva a efectos de financiación, lo que fue recogido en la redacción del art. 86.2,b) de la LGSS realizada por la Ley 24/1997.

El informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado en sede parlamentaria el 25 de enero 2011, en el apartado 15 de sus Recomendaciones proponía el reforzamiento de los principios de solidaridad y garantía de suficiencia, y es ésta la base que aduce el preámbulo de la Ley 27/2011 aunque el principio que la norma reformadora está aplicando es el de reforzamiento de la contributividad del sistema, cuyo punto de partida está en la novena Recomendación del Pacto de Toledo de 1995¹²⁶¹.

Respecto a la seguridad social del empleo doméstico, las recomendaciones del Pacto de Toledo de 1995 tenían algunos contenidos plenamente aplicables al régimen especial. La cuarta recomendación, sobre el reforzamiento de la contributividad de los regímenes especiales, se tuvo en cuenta al elevar las bases de cotización del RESS entre los años 1997 y 2004, de tal forma que en ese periodo fueron siempre superiores a la mínima del Régimen General.

¹²⁶⁰Exceptúa las de gran invalidez y las de viudedad que acrecen las de orfandad.

¹²⁶¹Para un comentario al concepto de contributividad y el Pacto de Toledo desde el ángulo de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, ver DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel, *El sistema de pensiones en España, evolución y perspectivas de futuro*, Comares 2006, pág. 351 y ss.

La tercera proponía la mejora de las bases ajustándolas a los salarios reales, lo que no se ha producido aún y la Ley 27/2011 aplaza al año 2019. La quinta recomendación proponía la mejora de los mecanismos de recaudación y lucha contra la economía irregular, permitiendo que aflorase el empleo oculto, lo que no se ha llevado a cabo de ninguna manera en el empleo doméstico, en el que la Inspección de Trabajo solo actúa en el sector a denuncia de parte y en el que las bonificaciones en el pago de las cuotas como medida para aflorar el empleo sumergido no han existido hasta el año 2012. La sexta, sobre simplificación e integración de los regímenes especiales comienza a cumplirse respecto a hogar en un proceso que se inicia en la fecha ya conocida, de 1 de enero de 2012.

La recomendación novena, sobre mejora de la equidad y el carácter contributivo del sistema ha operado de una forma en la que medidas inspiradas en el Pacto, cuyo diseño estaba pensado para el Régimen General (caso del cálculo de las bases reguladoras de las pensiones sobre las bases inmediatamente anteriores al hecho causante) han tenido en el RESS un impacto diferente y más restrictivo de la cuantía de las pensiones.

Una parte importante de las pensiones del RESS tienen complemento a mínimos¹²⁶² y la reforma de la Ley 27/2011 no es gradual sino inmediata. Las pensiones mínimas de las trabajadoras de hogar desde el día 1 de enero de 2013 serán menores que las actuales por el juego de las bases de cotización topadas hasta el año 2018, la no integración de lagunas hasta el mismo año y el nuevo sistema de cotización a tiempo parcial, que no serán corregidos por el complemento hasta la pensión mínima.

Tomando en cuenta que el complemento a mínimos de las pensiones contributivas bajará, ya no será suficiente alcanzar el periodo de carencia mínimo para conseguir la pensión de jubilación contributiva a los niveles actuales. El nuevo art. 50.2 de la LGSS rompe un equilibrio existente, que hacía tolerable en alguna medida el tope en las bases de cotización y la no integración de lagunas.

En el trabajo interno no existen trabajadoras que perciban un salario acorde con la base máxima por la que pueden cotizar. Casi todas ellas tienen ingresos en metálico bastante superiores, a lo que habría que sumar las prestaciones en especie, cuyo carácter salarial puede y debe intentar defenderse por quien pretenda que la remuneración de su trabajo y la base de cotización se equiparen, siguiendo las recomendaciones del Pacto de Toledo.

La reforma plantea un retroceso en las prestaciones que correspondería corregir aplicando de inmediato el SEEH las normas del Régimen General: con la integración de lagunas y la conformación de las bases de acuerdo con el art. 109 de la LGSS, incluyendo la consideración del salario en especie como retribución computable de acuerdo con el art. 23 del Reglamento de cotización. El cumplimiento de todo ello debería investigarse por medio de la Inspección de Trabajo, que también debería controlar la falta de altas en la seguridad social, para terminar con la economía sumergida.

Una intervención como la expuesta crearía un problema de grandes dimensiones, ya que no hay alternativas de recambio para las necesidades de cuidado que resuelve el empleo de hogar, el declarado y el no declarado¹²⁶³. La aplicación estricta del principio de contributividad no reconoce la aportación

¹²⁶² Como se ha señalado anteriormente, el 59,55% de las pensiones de jubilación en vigor y el 77,69% de las nuevas altas tenían en el año 2008 complemento a mínimos, de acuerdo con el *Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo*, 2008, ya citado.

¹²⁶³ La política de extranjería cuenta con este hecho. La regularización por arraigo después de tres años de residencia tiene como base el trabajo irregular previo durante los primeros años para una o más personas que llegan a estar dispuestas a formalizar por escrito un contrato de trabajo de al menos un año con una trabajadora doméstica ya conocida y sometida a un largo periodo de prueba.

que algunos trabajos realizan en el bienestar social, más allá de su cómputo en el PIB y de la retribución que reciben. El sistema de seguridad social puede y debe incorporar elementos de redistribución.

Finalmente, respecto al nuevo requisito de residencia para la percepción de la prestación, acorde con la declaración del art. 86.2,b) de la LGSS del carácter no contributivo del complemento a mínimos, hay que pensar que servirá de desestímulo para el alta en la seguridad social de las trabajadoras inmigrantes, que así prestarán sus servicios sin dejar huella, ni de aportaciones ni de prestaciones, en el sistema de seguridad social. El alcance de la medida está pendiente de desarrollo, que la Ley 27/2011 defiere a los términos que legal o reglamentariamente se determinen. Por el momento, de acuerdo con el art. 10.2 del reglamento de pensiones no contributivas aprobado por RD 357/1991, de 15 de marzo, la residencia continuada que se exige para el mantenimiento de la pensión no contributiva únicamente puede interrumpirse por ausencias inferiores a 90 días al año natural, o mayores, si están motivadas por enfermedad.

La no exportabilidad de las prestaciones no contributivas es acorde con lo dispuesto en el Reglamento 883/2004 CE, de 29 de abril sobre coordinación de los sistemas de seguridad social. Su art. 70 autoriza a los países miembros a exigir la condición de residencia para las prestaciones especiales en metálico, carácter que tienen las pensiones no contributivas, siempre que el estado miembro las haya incluido en el anexo X. El Reglamento 987/2009 CE, de 16 de septiembre por el que se adoptan las normas de aplicación del anterior, recoge en el anexo correspondiente las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación de España, del art. 38.1 de la LGSS.

El carácter no contributivo del complemento a mínimos aún se puede ajustar más a tal condición, suprimiendo su carácter de derecho individual y pasando a subordinarse a la escasez de ingresos del núcleo familiar. No habría motivo técnico-jurídico para impugnar tal medida, que significaría la imposibilidad de percibirlo por la mayor parte de las jubiladas del régimen de hogar, lo que supondría a su vez un importantísimo paso atrás en la individualización de derechos de seguridad social de las mujeres pobres.

Conclusiones

Primera

- La tardía protección social del empleo doméstico y lo particular de su configuración viene condicionado por tres elementos. El sujeto protegido, mujeres en su casi totalidad; la actividad que da lugar al encuadramiento, las tareas domésticas; y la condición del empleador, que no es una empresa con fin de lucro sino una persona física cuya finalidad al contratar es la satisfacción de sus propias necesidades de atención o las de su familia.
- Respecto a la composición del sector, la servidumbre fue un trabajo de hombres y mujeres hasta que se convierte en una ocupación femenina en el contexto del proceso de industrialización y la definitiva separación de los ámbitos doméstico y laboral.
 - La referencia más concreta sobre la proporción de mujeres en el empleo de hogar está constituida por los datos de alta en el Régimen Especial de Seguridad Social del Servicio Doméstico, en el que la proporción de mujeres respecto al total de personas aseguradas no ha bajado del 92%. Pero se trata de una referencia al trabajo declarado, las estimaciones sobre participación de mujeres son superiores cuando se realizan por otras vías, como la Encuesta de Población Activa (EPA) o la de Presupuestos Familiares.
 - Las clasificaciones estadísticas, tanto la Clasificación Nacional de Ocupaciones como la de la EPA agrupan el empleo doméstico con otras ocupaciones y actividades propias del trabajo por cuenta ajena regulado por las normas laborales ordinarias y pertenecientes al Régimen General de la Seguridad Social, lo que dificulta la información sobre las personas dedicadas al trabajo de hogar.
- El objeto del contrato, las tareas domésticas y de cuidado han tenido una evolución en la percepción social y en las leyes.
 - En los comienzos de la industrialización el trabajo doméstico retribuido tenía la consideración de trabajo vil. Al servicio del proceso de desaparición de la sociedad estamental se promueve un cambio de valores conforme al cual todos los oficios manuales comienzan a ser considerados un modo de vida digno. Las labores domésticas quedan fuera del conjunto de actividades cuya dignidad se proclama.
 - Durante el franquismo, la exclusión de las normas laborales y de los seguros sociales se argumenta calificando el trabajo de hogar como un asunto meramente privado y sin valor económico. Quienes defienden su inclusión alegan el fin de lucro que el empleador persigue al buscar que alguien le sustituya en la ejecución de las tareas del hogar permitiéndole dedicarse a actividades de mayor rendimiento económico, pero la defensa se realiza en un marco en el que el concepto de economía se refiere exclusivamente a la actividad mercantil.
 - La función del trabajo doméstico como creador de bienes y servicios que sustentan la reproducción social y tienen un valor económico es reciente, y ha ido ligada principalmente a la valorización del trabajo de las amas de casa. El servicio doméstico asalariado ha quedado al margen de

tal reconocimiento, lo que se refleja, entre otras cuestiones, en su ausencia de las Encuestas que miden las condiciones en que se desarrolla el trabajo por cuenta ajena.

- En el surgimiento de las leyes sociales, la atribución de la condición de operario por contraposición a la de servidor doméstico significaba la aplicación de las normas en materia de accidentes de trabajo, jornadas y descansos y la competencia de los Tribunales Industriales. Los grupos que inicialmente formaban parte de la servidumbre lucharon por mejorar sus condiciones de trabajo separando su condición de la de los criados.
 - De acuerdo con la voluntad de reconocerles beneficios impropios de los trabajadores domésticos, no todas las actividades realizadas en el ámbito del hogar se consideraron servicio doméstico; se hacía excepción con las personas dedicadas a oficios que –en la percepción social- requiriesen aprendizaje. En general se ha tendido a considerar domésticas las tareas típicamente femeninas y a encontrar argumentos para liberar de tal condición a las tareas desempeñadas por varones. Exponente de lo que se señala es el debate jurídico sobre la condición laboral y los derechos de seguridad social de los chóferes particulares.
 - Los servicios objeto del contrato se han considerado domésticos cuando se dirigían al bienestar de la familia, y ordinarios cuando su valor principal era el mantenimiento de un patrimonio. Según la doctrina dominante, no se ha exigido que el trabajo de jardinería se realizase conjuntamente con otras tareas consideradas domésticas para que la relación fuese especial.
- La atención a domicilio de personas que no se valen por sí mismas ha tenido una consideración fluctuante. La especialización del trabajo llevó a calificar la relación de ordinaria, al faltarle la inespecificidad y universalidad de las tareas domésticas. Pero la doctrina judicial dominante no considera obstáculo ni la titulación ni la especialidad, siempre que la intervención sea regular y se refiera al conjunto de las atenciones de la persona, tendiendo a considerar probado que si el contrato es de servicio doméstico no se ha tenido en cuenta la cualificación profesional al contratar.
 - La idea de que los servicios personales especializados que se prestan en el marco del hogar, de manera habitual, a cambio de un salario y a las órdenes del empleador, no tienen carácter doméstico, carece de fundamento. Problema distinto es que las normas reguladoras de la relación especial no hayan establecido categorías profesionales, atribuyendo a todas las funciones la misma remuneración, lo que es una infravaloración de las tareas domésticas y, especialmente, de las de cuidado.
 - Una de las pocas reformas del texto del DRESS durante su vigencia, ha sido la de su art. 3 por RD 615/2007, que excluyó del Régimen especial los servicios de los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica vinculada al servicio y los asistentes personales, todo ello en los términos de la LAAD. En ambos casos, dependiendo del desarrollo concreto del servicio, la relación puede ser laboral de servicio doméstico aún cuando las partes hayan concertado unos servicios limitados a lo que requiera la atención de la persona en situación de dependencia. La exclusión no tendría otra razón de ser que el nivel de infraprotección del RESS en la fecha de dictarse la norma y sería una etapa más de la huída de la condición de domésticas de actividades que podrían calificarse de tales.

Segunda

- La aparición de los seguros sociales en los principios del siglo XX es la respuesta a un conflicto entre clases del que los servidores domésticos estuvieron ausentes. En el proceso de creación de los seguros, el sujeto protegido en primer lugar es el obrero industrial, y luego se va incorporando al resto de sectores. El ámbito de aplicación inicial de las leyes sociales es el trabajo en régimen de ajenidad, aquél cuyo servicio o producto tiene una utilidad de mercado para el patrono.

- Así, la posibilidad de otorgar protección a los servidores domésticos queda en el terreno de las cuestiones pendientes y se deja para el último término una vez culminada la cobertura de todos los sectores que se dedican a lo que se reputa como verdadero trabajo.

- Los chóferes al servicio de particulares han estado siempre incluidos en el régimen general de los seguros sociales y posteriormente de la Seguridad Social. La diferencia de trato pudo explicarse inicialmente por el mayor riesgo físico de la actividad, pero también respondió a la voluntad de asegurarles una protección más acorde con su condición de cabezas de familia.

Una vez alcanzado el reconocimiento de los riesgos profesionales en el RESS, la distinción dejó de tener ninguna razón de ser, con excepción de la expuesta. La inclusión de los chóferes, servidores domésticos desde el punto de vista laboral, en el Régimen General plantea lo inconsistente del argumento de la peculiaridad del trabajo como fundamento de la especialidad del Régimen.

- La falta de continuidad de las mujeres en el empleo y la división de roles en la familia tuvieron clara incidencia para justificar la exclusión del servicio doméstico de los primeros seguros sociales, de cuyos beneficios se preveía que no iban a llegar a hacer uso. A pesar de esto, en el marco de las declaraciones reformistas del primer cuarto del siglo XX, el servicio doméstico apareció más de una vez en los trabajos preparatorios de los proyectos de seguros sociales, aunque finalmente no se incluyó en ninguno.

- La referencia a medidas futuras se ha repetido a lo largo de toda la historia de la seguridad social del sector, cuya desprotección siempre se plantea como provisional y en trance de ser remediada.

- El gobierno de la II República reconoció la condición laboral del trabajo al servicio del hogar, pero no le aplicó la protección de los seguros sociales, planteando la exclusión como transitoria y pendiente de reforma. En el año 1937, con posterioridad a la sublevación militar, se reconoce a las trabajadoras domésticas la protección por accidente de trabajo. La situación tiene cierto paralelismo histórico con el momento en el que se aprueban las vigentes normas laborales y de seguridad social del empleo de hogar, iniciativa de un gobierno que no iba a tener responsabilidad en su ejecución.

Tercera

- La legislación del franquismo en relación a los seguros sociales fue acorde con su proyecto de familia patriarcal. La subordinación de las mujeres se diseñó de manera sistemática en la configuración de los seguros, otorgando al varón la autoridad absoluta en la familia y promoviendo la permanencia de las mujeres casadas en el hogar. Al desaparecer en el año 1962 la prohibición formal de trabajar existente en muchas actividades, la dependencia económica de las esposas se incentiva mediante la configuración de las prestaciones de seguridad social. Es el caso del entonces vigente plus familiar o la pensión de viudedad.

- La Ley de 19 de julio de 1944 acordó extender al servicio doméstico los seguros sociales de que disfrutaban los demás trabajadores, encomendando al Ministerio de Trabajo definir su fecha de ejecución. La norma no se hizo efectiva hasta once años después con la creación del Montepío Nacional del Servicio Doméstico (MNSD). El Montepío no fue parte del Mutualismo Laboral y tuvo prestaciones sensiblemente inferiores a las de los seguros sociales obligatorios, contra lo dispuesto en la Ley de 1944, y también inferiores a las prestaciones del Mutualismo.

La experiencia de la Ley de 1944 muestra la incapacidad que tuvo el sector para presionar por sus intereses, incluso en una situación tan favorable como la de una norma ya promulgada, que los reconocía.

Cuarta

- La creación del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico (RESS) por RD 2346/1969, de 25 de septiembre (DRESS) se realiza en el contexto de la aparición del resto de los Regímenes Especiales, reflejando diferencias existentes ya anteriormente. La creación de los Regímenes y el nivel de prestaciones de cada uno responde a equilibrios que reflejan situaciones de poder –o su falta- por parte de los sujetos protegidos, y no tanto a las peculiaridades de las actividades que encuadran. En la regulación del RESS aparecen elementos de continuidad respecto al Montepío.
- La trabajadora discontinua del RESS tiene su antecedente en la figura de la asistenta por horas del Montepío, que era responsable de su alta y cotización. Además, el Montepío no permitía las altas en pluriactividad. De la combinación de ambas circunstancias, dedicación a tiempo parcial y falta de exclusividad, resultará la posterior definición de la trabajadora discontinua del Régimen Especial de la Seguridad Social de 1969, vigente hasta el año 2012.
 - La figura, con el origen indicado, se ha mantenido en el RESS mucho después de que en el Régimen General la cotización del trabajo por cuenta ajena a tiempo parcial y en pluriactividad tuviese sus propias normas, que adaptan salario, jornada y cotizaciones con el fin de mantener la proporcionalidad entre el tiempo completo y el tiempo parcial y evitar situaciones de desigualdad. La falta de adaptación del sistema de cotización del RESS a la jornada parcial y la penalización de la pluriactividad expresan la falta de voluntad del legislador de normalizar la incorporación de las empleadas de hogar a la seguridad social.
- Tanto en el MNSD como en el RESS, la exclusión de los parientes del empleador fue incondicional y más amplia que en los demás seguros sociales. El objetivo de evitar el fraude se tuvo como razón válida para la prohibición del alta de parientes en todos los casos, hasta que el TC declaró la inconstitucionalidad de la exclusión.
 - De acuerdo con la doctrina del TC, el control de la existencia de la relación laboral es lícito, pero las medidas para evitar el fraude deben ser proporcionales a su objetivo, y no lo es la privación absoluta del derecho en todos los casos, contrariando el principio de igualdad.
 - La excepción de los familiares del sexo femenino de sacerdotes católicos respecto de la prohibición general del alta de familiares en el RESS, que han podido ser alta sin necesidad de acreditar remuneración, proviene del MNSD. El privilegio, nacido en un Estado confesional, se extiende a partir de 1984 a todas las religiones que tienen concierto con el Estado y ha sido declarado conforme a la Constitución como medio de facilitar el ejercicio de la libertad religiosa por parte de la ciudadanía.

- La espera de 28 días para el cobro de la IT tiene su antecedente en el MNSD, que no otorgaba prestación económica por enfermedad en un periodo en el que el Seguro de Enfermedad la concedía a sus beneficiarios a partir del quinto día de la baja. La regulación fue declarada discriminatoria 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, está por debajo de la garantía que el Convenio 102 de la OIT y el Código europeo de Seguridad Social establecen en materia de prestación de enfermedad, y ha sido criticada siempre por la doctrina.

- Aún habiendo acuerdo unánime sobre su falta de equidad, la configuración de la prestación de IT en el RESS muestra la fuerza que la inercia del pasado puede tener en el mantenimiento de las instituciones, cuando falta la presión del grupo perjudicado.

El plazo de espera de los 28 días se ha mantenido, incluso en las bajas por accidente de trabajo, hasta el 31 de diciembre de 2011.

- Desde la creación del MNSD y también en el RESS las cuotas a abonar han sido muy bajas, contra la opinión técnica de sus gestores. El gasto en prestaciones ha sido muy superior a las cuotas recaudadas. La cuota del MNSD permaneció inalterada durante sus diez años de vida; y la base de cotización del RESS tardó quince años en equipararse a la del Régimen General.

- La cotización a la seguridad social es parte del costo salarial. La política de mantener una cuota baja ha respondido a la voluntad de no encarecer el servicio, y ha servido como base para justificar la escasez de las prestaciones incluso en el ámbito de la doctrina judicial.

- Incrementos de las bases y tipos de cotización en varios momentos del desarrollo del RESS coinciden con descensos importantes de las personas de alta, lo que se comprueba en los años 1979 y 1985.

- Lo bajo de la cuota ha facilitado que en el RESS haya habido algún porcentaje de altas indebidas con el fin de cotizar para lucrar prestaciones. En este porcentaje habría que distinguir las altas de quienes no desarrollaban actividad doméstica para otros y quienes realmente trabajaban para parientes sin mediar convivencia y solo estaban de alta indebidamente en el sentido técnico-legal según la interpretación del momento.

De valorar el hecho, habría que enmarcarlo en el contexto de la falta de oportunidades y discriminación laboral de las mujeres, especialmente las casadas, que han encontrado en el RESS una vía para completar sus carreras de cotización.

- Los restantes regímenes de seguridad social han tenido desde su inicio la posibilidad de suscribir convenio especial al causar baja en la actividad. En el RESS no se pudo realizar convenio especial hasta la norma de 1985 sobre el Convenio Especial, lo que explica cierta tradición de alta sin actividad por parte de quienes entraban y salían del empleo de hogar.

- Entre las motivaciones para el alta indebida, ha estado la carencia de la prestación de desempleo contributivo y consiguiente falta de situación asimilada al alta para las prestaciones de maternidad y la IT tras la extinción del contrato. A veces, trabajadoras han mantenido su alta como discontinuas tras un despido en situación de embarazo para lucrar la prestación de maternidad; o ante la previsión de intervenciones quirúrgicas desde una situación que de otro modo hubiese sido de no alta y por tanto sin el requisito de acceso a la prestación de IT.

- La Administración de la Seguridad Social ha estado alerta para intentar evitar el fenómeno de las altas indebidas en el tiempo parcial con campañas de control periódicas. No ha habido una política paralela de perseguir la falta de alta de quienes sí reunían los requisitos del encuadramiento.
- La responsabilidad del alta y cotización a cargo de las trabajadoras discontinuas ha posibilitado que personas extranjeras se dieran de alta en el RESS para lograr su regularización inicial por la vía del arraigo social o para la renovación del permiso de residencia, sin que su dedicación laboral se ajustase a lo previsto en el RD 2064/1995 para el trabajo discontinuo.

- La irregularidad en las altas ha tenido diferentes explicaciones en relación con las normas de extranjería, que exigen alta en la seguridad social para la efectividad inicial del permiso de residencia y diversos periodos de cotización y normalmente situación de alta para su renovación. Para trabajadores de otros regímenes, la percepción de la prestación contributiva de desempleo es situación asimilada al alta a estos efectos.

Cuando la dedicación habitual al empleo doméstico ha sido real, el alta como discontinua ha resultado la solución para la trabajadora fija a quien su empleador se negaba a dar de alta en la seguridad social. En otros casos, ha sido la manera de asegurar la situación de alta cotizante cuando la terminación del permiso de residencia y necesaria solicitud de renovación se producían en un periodo entre contratos.

En otro sentido, la negativa de alguno o algunos de los empleadores a tiempo parcial a suscribir la declaración ante la TGSS que permitía el alta como trabajadora discontinua, ha sido solventada mediante el alta con uno solo de los empleadores parciales en el régimen de trabajo fijo.

- La desaparición de la trabajadora discontinua dificultará la regularización de personas extranjeras, que en adelante necesitarán la implicación activa del empleador para conseguir la autorización de trabajo. Esto requiere la adaptación de la política de extranjería a fin de garantizar el permiso de trabajo a quien se encuentra prestando servicios y, reuniendo las condiciones para la regularización, no consigue que sus empleadores formalicen la relación laboral y posterior alta en la seguridad social.
- Propuesta de regulación: la negativa injustificada del empleador a la formalización del contrato en ese caso, debiera ser objeto de tipificación y sanción específica en la LISOS como falta muy grave, ya que se trata de un supuesto que lesiona los derechos del trabajador con mayor intensidad y peores consecuencias que el tipificado en el art. 7.1 de la norma, que contempla como grave la negativa a formalizar por escrito el contrato de trabajo.
- La exoneración de cualquier responsabilidad por parte del empleador doméstico en el caso de la falta de alta de su trabajadora discontinua ha sido una opción diferente a la del Régimen general con los representantes de comercio y los autónomos del RETA respecto a los familiares que colaboran con ellos. En ambos casos, el incumplimiento del obligado genera responsabilidad subsidiaria del empleador o, en su caso, del titular del negocio. Haber establecido esta responsabilidad hubiese sido, lógicamente, un instrumento eficaz para promover el alta y la cotización en el RESS.

Quinta

- Normas de seguridad social pensadas desde el Régimen General, han tenido un impacto específico en el RESS, en el que no se han realizado reformas que rectificasen las consecuencias de la norma general en el endurecimiento de las condiciones de acceso a las prestaciones.

- El mecanismo de cálculo de las bases reguladoras mediante integración de lagunas con la base mínima que crea la Ley 26/1985, tuvo el sentido de compensar el sustancial alargamiento del periodo para la fórmula de cálculo de las pensiones en el Régimen General. El RESS queda sin fórmula de compensación con lo que el endurecimiento de las condiciones de acceso a las pensiones es muy superior.
- De la misma manera, la posibilidad de integración de lagunas modera el impacto de la reforma de la LGSS por Ley 24/1997, de 15 de julio, que ordena calcular las bases reguladoras de las pensiones sobre las bases inmediatamente anteriores al hecho causante, suprimiendo la aplicación del paréntesis en las situaciones de alta o asimilada sin obligación de cotizar.
- Cambios legislativos realizados de manera general y sin considerar los efectos en el RESS han creado algunas incoherencias en las normas aplicables,
 - A partir de la reforma de Ley 26/1985, de 31 de julio, el periodo exigido en el RESS para la Invalidez Permanente por accidente en edades inferiores a los 26 años fue más prolongado que el que se exigía para la enfermedad común, resultando de aplicar los nuevos periodos de cálculo de los periodos de carencia sin tener en cuenta su efecto en el Régimen Especial. La distorsión no se subsanó hasta la entrada en vigor del RD 2319/1993, de 29 de diciembre, que suprime el requisito de periodo de carencia para el accidente en el RESS.
 - La prestación por riesgo durante el embarazo se percibía desde el primer día de suspensión del contrato de trabajo, como en el resto de los Regímenes; la prevención del riesgo estaba mejor protegida que su actualización, en cuyo caso la prestación de IT se abonaba desde el día 29.

Sexta

- El art. 1.2 del DRESS disponía la aplicación supletoria de las normas reguladoras del Régimen General, con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado del hogar. La DA única del DRLE declaraba de aplicación la normativa laboral común en lo que resultase compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación. La combinación de ambas disposiciones ha concedido un excesivo margen a la interpretación sobre la aplicabilidad de las disposiciones supletorias, que INSS y TGSS han tendido a interpretar de manera restrictiva, cuando no claramente ajena a la legalidad.
 - Excepción a lo expuesto es la aplicación del mecanismo de invitación al pago a las trabajadoras discontinuas para el percibo de las prestaciones, que no existía en la regulación del RESS, y se aplica desde 1985 por paralelismo con las normas del RETA, mediante una resolución administrativa de rango infraministerial, no publicada.
- Cuestiones cruciales en el RESS han sido resueltas mediante decisiones internas de los órganos gestores de la seguridad social, sin rango suficiente y casi nunca publicadas.
 - El alta se limitó por Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 de septiembre de 1971, publicada en el BOMT, exigiendo una dedicación mínima de 72 horas mensuales, al menos en 12 días, como nota de profesionalidad. La regla ha sido reproducida como vigente por resoluciones administrativas posteriores, la última del año 2008, a pesar de su ilegalidad sobrevinida al no ajustarse a las disposiciones del art. 7.6 la Ley General de la Seguridad Social en sus

versiones de 1974 y 1994, sobre competencia y procedimiento para la exclusión del sistema de los trabajadores por cuenta ajena. Es también de dudosa constitucionalidad a la luz de los arts. 14 y 9.3 de la CE.

- El criterio de asignación de la obligación de alta y cotización en el RESS a la parte empleadora o la trabajadora no se estableció claramente hasta el año 1986, por Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 18-4-1986, no publicada. Atribuyó las respectivas obligaciones según se prestasen servicios más o menos de 26 horas y cuarenta minutos, de acuerdo a la definición de parcialidad del contrato según el Estatuto de los Trabajadores. Al variar esta definición por RDL 18/1993, situando la parcialidad en cualquier reducción de la jornada ordinaria, una resolución administrativa del mismo órgano, tampoco publicada, determina que a efectos de obligaciones en el RESS debe mantenerse el criterio de tiempo parcial de la norma derogada.
- El RESS se ha gestionado por parte de las entidades del sistema, INSS y TGSS con un criterio sumamente restrictivo. No nos referimos a la gestión que la Administración pueda realizar sobre la base de la interpretación de normas de sentido dudoso, sino a una actuación que ignora la legalidad:
 - La denegación del porcentaje de incremento del 20% en la pensión de Invalidez Permanente Total, desde la creación del recargo en 1972 hasta que se acuerda su abono por Resolución de la Secretaría General de la Seguridad Social de 2 de enero de 1986, no publicada.
 - La exigencia oficiosa de que la trabajadora perceptora de la prestación de IT o maternidad continuase abonando las cuotas una vez extinguido el contrato de trabajo, que es causa legal de extinción de la obligación de cotizar en todos los regímenes.
 - La persistencia en evitar el alta de parientes en el RESS con posterioridad a que el TC declarase la ilegalidad de su exclusión incondicionada, mediante la utilización de fórmulas de redacción disuasorias en los impresos para el alta en el Régimen.

La desinformación ha tenido un mayor efecto debido a que el art. 3.1 a) del DRESS no ha sido objeto de norma derogatoria expresa. El texto de la norma que la Administración de la Seguridad Social difundía con notas de vigencia, tampoco contenía ninguna advertencia al respecto.

- La desinformación sobre las consecuencias del incumplimiento de la obligación de pago puntual de las cotizaciones, cuya penalización extraordinaria en el DRESS había sido declarada inaplicable por la doctrina judicial. El art. 23.3 de la norma no ha sido derogado expresamente, y la circunstancia de su falta de actualidad no aparece en las notas de vigencia al texto del DRESS antes mencionado.
- La decisión administrativa de no admitir la prestación de maternidad a tiempo parcial en el RESS, regulada por RD 1251/2001 para los trabajadores por cuenta ajena sin excepción. El criterio cambia por Instrucción de la Subdirección General de Ordenación de la Seguridad Social, de 11-8-09.

Séptima

- De acuerdo con la interpretación judicial del RD 1424/1985, de 1 de agosto, el despido en la situación de embarazo no tiene como consecuencia la readmisión, por lo que normalmente en el RESS la prestación de maternidad no puede percibirse por falta de alta en la fecha del hecho causante. Este problema se ha eludido por las propias trabajadoras, que continuaban cotizando si eran discontinuas, o pasaban a declarar serlo para asegurar la futura prestación.

- Las situaciones asimiladas al alta para la prestación de maternidad, reguladas en el RD 295/2009, de 6 de marzo, no han acogido a las empleadas de hogar del RESS. Entre las que serían aplicables, el desempleo con percepción de la prestación no existe, la condición de víctima de género normalmente no suspenderá sino extinguirá el contrato, y el periodo de vacaciones no disfrutadas al terminar la relación laboral no era aplicable al Régimen Especial.

Octava

- El servicio doméstico ha resultado invisible incluso cuando normas de seguridad social creadoras de prestaciones habían declarado su aplicación a los regímenes especiales de trabajadores por cuenta ajena. El cuestionamiento del alcance de la disposición de aplicación general aparece cuando entra en contradicción con las particularidades del RESS o, incluso, cuando se duda de si es compatible con la particularidad de la relación laboral. Algunas prestaciones no se han podido hacer efectivas en el RESS, por distintas razones.

a. Por falta de adaptación del sistema de cotización:

- La prestación de maternidad a tiempo parcial ha carecido de una paralela atribución parcial de la obligación de cotizar a cargo de la trabajadora. La situación no estaba prevista en las normas del RESS, que no regulaban situaciones intermedias entre el alta y la baja y el sujeto obligado en este caso. No nos consta cuál es la solución que se haya dado.
- Jubilación parcial vinculada al contrato de relevo, que no excluye el RESS en ninguna de las normas que la han regulado sucesivamente; se ha entendido que la relación laboral doméstica estaba excluida tácitamente al no haberse adaptado su sistema de cotización de cuota única.
- Jubilación flexible, esto es, jubilación parcial a partir de los 65 años. Aplicable a todos los regímenes de trabajadores por cuenta ajena, contradictoria en su diseño con el sistema de cuota única del RESS, por lo que debía considerarse excluida tácitamente.
- Las bonificaciones a la contratación de personas para sustituir a quienes se encuentren en suspensión de contrato por maternidad o riesgo para el embarazo o la lactancia, del RDL 11/1998, de 4 de septiembre y las correspondientes a la propia persona sustituida, de la Ley 12/2001, de 9 de julio 2001, no excluían las cuotas del RESS. Pero eran inaplicables, ya que las bonificaciones se refieren únicamente a la cotización de la parte empleadora, que no era la responsable de cotizar durante la suspensión de contrato por las causas señaladas. La Ley Orgánica de Igualdad avanza y extiende la bonificación al periodo de descanso de las trabajadoras autónomas respecto a las cuotas que les correspondería abonar sobre la base mínima de su régimen de seguridad social, pero no amplía el beneficio al RESS.

b. Porque la regulación de la relación laboral no aseguraba su disfrute:

- El derecho a la excedencia para cuidado de hijos e hijas y otros familiares, del art. 46.3 ET, y consiguiente atribución de los periodos de cotización del art. 180 LGSS. La cotización asimilada exige que el contrato esté suspendido, no extinguido, y que el empleador comunique tal circunstancia a la TGSS en el plazo de quince días desde el inicio de la situación.

El cese de la trabajadora que pretende situarse en excedencia, sea mediante desistimiento o despido, no conlleva la readmisión obligatoria propia del despido nulo por lo que la excedencia no llegará a tener lugar y con ella la atribución del periodo de cotización.

- El derecho a la reducción de jornada por cuidado de menor del art. 37.5 del ET no ha sido aplicable a la relación laboral del DRLE 1985, que solo reconocía los permisos del art. 37.3. En el supuesto de que las partes hubiesen pactado la reducción como mejora contractual, no hubiese supuesto una disminución de la base de cotización con lo que tampoco hubiese tenido lugar la prestación consistente en la atribución del 100% de la base de cotización del periodo de reducción.

c. Existencia de lagunas en la regulación:

- En la prestación de riesgo durante el embarazo, que se hace efectiva a partir de su desarrollo reglamentario por RD 1251/2001, de 16 de noviembre, el empleador de la trabajadora discontinua no está obligado a declarar sobre la existencia de incompatibilidad del puesto de trabajo.
- La prestación de riesgo durante el embarazo en el RESS hasta el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, no ha tenido regulación sobre la parte obligada a cotizar durante la prestación, por lo que la atribución a la trabajadora de tal carga se ha realizado sin otro fundamento que una decisión de la TGSS.

d. Prestaciones inexistentes en el RESS:

- La asimilación a cotización efectiva del periodo por maternidad que subsista a la extinción del contrato o se inicie durante la percepción de desempleo del art. 124.6, no está incluida en la DA 8ª de la LGSS entre las normas del Régimen General aplicables a los regímenes especiales. En el RESS la consecuencia es específica al carecer de la prestación desempleo.
- La asimilación a cotización efectiva del periodo de suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género del art. 124.5 LGSS, a efectos de todas las prestaciones menos la IT, no previsto para los regímenes especiales en la DA 8ª, aunque por la vía de su regulación propia es aplicable al RETA.
- El recargo de prestaciones, excluido por la norma que regula la protección de contingencias profesionales en el RESS, con fundamento en la falta de medidas de prevención a que hace mención el art. 123 de la LGSS.

Novena

- En relación al derecho a la salud laboral, la mención de la LPRL al deber del empleador de garantizar las debidas condiciones de seguridad e higiene no añade nada al art. 4.2,d) del Estatuto de los Trabajadores. Tampoco lo hacen las sucesivas normas que regulan la relación laboral al declarar la obligación en términos imprecisos, que no se completan con una normativa de prevención de riesgos: la Ley de Prevención de Riesgos Laborales excluye el sector, con apoyo en la Directiva marco sobre seguridad y salud laborales.

La razón de la exclusión está en el empleador, no en la ausencia de riesgos, ya que existen y se reconocen en las guías de prevención para las actividades de las empresas de Servicio de Ayuda a Domicilio, encuadradas en el Régimen General.

- El tiempo de trabajo es un elemento de salud laboral. El DRLE de 1985 regulaba de manera amplia e imprecisa la jornada de trabajo efectivo, el tiempo de presencia, la pernocta y el descanso semanal, y dejaba un espacio excesivo al acuerdo entre las partes, lo que ha sido un factor de siniestralidad.

- Los riesgos profesionales no se han controlado, incumpliendo así el Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores de 22-6-1981, ratificado por España y aplicable a todos los trabajadores de todas las ramas de actividad económica.

Décima

- La LOI ignoró en lo específico la problemática laboral y de seguridad social del empleo doméstico, ausencia que no respondió a que la Ley se situase únicamente en el terreno de los principios generales; reformó normas laborales y de seguridad social.
 - La LOI ordenó al Gobierno actuaciones concretas dirigidas a la igualdad de derechos de las mujeres del REASS, y en sus Disposiciones Adicionales realizó reformas estableciendo mejoras en las condiciones del disfrute del descanso por maternidad en el RETA, y para efectividad de los derechos de conciliación e igualdad en el empleo público. Amplió el ámbito protector del despido nulo en las relaciones ordinarias, manteniendo la laguna legal sobre su efecto en la relación laboral especial. Con respecto a la violencia de género, la LOI adaptó la normativa laboral de algunos cuerpos de funcionarias para adecuarla a las disposiciones de la Ley 1/2004.
 - La ausencia de reformas del régimen laboral y de seguridad social del empleo de hogar en la LOI expresa la dificultad que el tema encuentra para entrar en la agenda de las políticas de igualdad.

Undécima

La declaración de responsabilidad del empleador incumplidor con el fin de acceder a las prestaciones tiene dificultades específicas en el empleo de hogar. En periodos en que el hecho causante de las prestaciones es solo un futuro, la tutela judicial efectiva se ve impedida con la aplicación de la doctrina jurisprudencial sobre la falta de interés actual de las acciones encaminadas a probar la existencia de los hechos que darán lugar a la responsabilidad. El paso del tiempo convierte en casi imposible acreditar una relación laboral doméstica y las circunstancias que darían lugar a la responsabilidad del empleador en el alta y la cotización. Normalmente no habrá otra prueba que la testifical y, en caso de existir otras, será necesario que las advere la parte demandada, que para entonces habrá desaparecido por múltiples causas.

La situación actual en materia laboral con incidencia en la seguridad social

El Sistema Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar se regula por Ley 27/2011, de 1 de agosto, publicada el día siguiente. Su eficacia comienza el día 1 de enero de 2012, pero no obliga a los empleadores provenientes del RESS hasta seis meses después.

La regulación laboral del empleo de hogar ha tenido periodos largos de *vacatio legis*. El anuncio de un cambio legal suscita en la sociedad la idea de un cambio en la realidad, que a veces no existe. El caso más notable es el de la Ley de 19 de julio de 1944, por la que se extendía al personal del servicio doméstico los beneficios de los Subsidios y Seguros sociales que disfrutaban los demás trabajadores, pendiente de una decisión del Ministerio de Trabajo sobre su efectividad. Ésta se produjo once años después y de manera disminuida respecto al cambio que la Ley ordenaba, al excluir la contingencia de accidente de trabajo que estaba entre los seguros a reconocer.

El Montepío Nacional del Servicio Doméstico se crea en marzo de 1959 y la obligación de cotizar comienza en enero de 1960 (prorrogada luego hasta marzo). El Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre (DRESS), entra en vigor el 1 de enero de 1970. Dentro de la propia norma, la prestación de IT entra en vigor un año después, el 1 de enero de 1971. La RD 1424/1985, de 1 de agosto, entró en vigor el 1 de enero de 1986.

La norma laboral vigente, el RD 1620/2011, de 14 de noviembre (DRLE 2011), declara supletoria la normativa laboral común, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de la relación. Contiene prescripciones que se podían haber evitado por el principio de subsidiariedad, como la obligación de entrega de nómina, el deber de formalizar el contrato por escrito o incluso la duración de la jornada ordinaria de trabajo. Esto, que merece una valoración positiva porque aclara el contenido de la norma y refuerza su eficacia para ordenar la relación laboral, tiene un aspecto negativo en cuanto a que lo que falta pueda entenderse no aplicable. Hubiese sido necesario un mayor desarrollo de las cuestiones concretas en las que la peculiaridad trae consigo la inaplicación de las normas generales.

Por otro lado, respecto al derecho aplicable, la técnica de la remisión exige conocer la norma supletoria y realizar un juicio sobre su aplicabilidad en el empleo de hogar, lo que no está al alcance del empleador medio, y debería haberse tenido en cuenta al redactar el DRLE 2011.

Las peculiaridades de la relación se mencionan en el preámbulo de la norma: son el ámbito de la relación, el hogar, espacio de intimidad personal y familiar, así como la especial relación entre las partes, basada en un vínculo de confianza.

La regulación laboral vigente presenta algunos problemas con incidencia en la protección de seguridad social. La mayoría se habían planteado ya con la norma anterior. Son los siguientes:

- a. El perfil indeterminado del trabajo “a la par”, excluido de la relación laboral por el art. 2.2. El contenido de las notas de marginalidad del tiempo dedicado a las tareas del hogar y la cuantía que se considera una simple compensación de los gastos, debería definirse mediante norma de rango suficiente; un Real Decreto, dado que supondría establecer una excepción al ámbito de aplicación del RD 1620/2011.
- b. La indeterminación del art. 2.3 sobre la calificación como marginal y esporádico del trabajo que puede desarrollarse en negocios del empleador, manteniendo el carácter doméstico del contrato.

Propuesta de regulación: eliminación de la posibilidad de realización de trabajos propios de la relación ordinaria al amparo de la relación especial. Cada una de ellas debe regularse por sus propias normas.

- c. La indefinición de los límites temporales de la obligación de pernocta, que tiene consecuencias en la definición legal de la jornada laboral realizada y por tanto en el tratamiento del contrato como parcial o a tiempo completo.

Propuesta de regulación: tiempo de pernocta es el que transcurre entre las 22 h., y las 8 de la mañana, siempre que no exista trabajo efectivo. El tiempo de estancia obligada en el domicilio que exceda el horario indicado, es tiempo de presencia.

Hasta tanto no exista norma propia, el art. 36.1 del Estatuto de los Trabajadores define como nocturno el trabajo de 10 de la noche a 6 de la mañana, lo que a todas luces es un referente inadecuado pero debiera considerarse de aplicación subsidiaria al no existir regulación diferente en la norma especial.

- d. En el trabajo interno, la consideración como de no trabajo de las dos horas diarias que la trabajadora debe disponer para las comidas principales que establece el art. 9.4, continúa manteniendo la ambigüedad en los mismos términos que la norma de 1985, ya que el tiempo libre en el que se suele tener autorización para salir de la vivienda no está en la franja horaria de las comidas.

Interpretación propuesta: las dos horas sin trabajo efectivo para las comidas principales forman parte del tiempo de presencia, salvo que la salida del domicilio durante dicho periodo esté permitida.

- e. El art. 8.2 del RD 1620/2011 parece contradictorio con el art. 26.1 del ET, ya que el primero señala como límite de la remuneración que puede abonarse en especie el salario mínimo interprofesional en cómputo mensual, y el ET fija dicho límite en la cuantía íntegra en dinero del salario mínimo interprofesional, que es un concepto anual de superior cuantía.

Interpretación propuesta: debe prevalecer el límite del ET, la norma superior, que menciona específicamente la aplicación de la regla de su art. 26.1 a las relaciones laborales especiales.

- f. La calificación del desistimiento y el despido en los periodos de embarazo y con ocasión del ejercicio de los derechos asociados al cuidado no aparece en el RD 1620/2011, que omite la mención a la existencia del despido nulo y sus consecuencias en la relación especial. La regulación específica es una exigencia de la seguridad jurídica.

Interpretación propuesta: tanto el desistimiento como el despido, son nulos cuando se producen en las situaciones del art. 55.5 ET de las que deriva la nulidad en la relación laboral ordinaria. La readmisión no se corresponde con la peculiaridad de la relación, por lo que, salvo acuerdo de las partes, deberá sustituirse por la indemnización del despido improcedente, el abono de los salarios de tramitación y la fijación de la indemnización complementaria del art. 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Propuesta de regulación: A efecto de prestación de maternidad es situación asimilada al alta el periodo posterior al desistimiento o el despido producidos en los nueve meses anteriores al parto.

- g. La obligación de documentar las condiciones de la relación laboral se ha establecido, según el art. 5 del RD 1620/2011, en los mismos casos que en la relación laboral ordinaria: mediante contrato escrito de trabajo en las modalidades en las que lo exige el ET. A falta de contrato por no ser exigible según la modalidad contractual, de acuerdo con el art. 5.4, en relaciones superiores a 4 semanas deberá entregarse un documento que recoja los elementos esenciales del contrato, al

que se han incorporado los específicos del empleo doméstico. El art. 5.5 ordena al Ministerio de Trabajo proporcionar a los empleadores modelos de contrato de trabajo, no así modelo de comunicación de las condiciones de ejecución de la prestación laboral.

La obligación del empleador de comunicar al SPEE el contrato escrito o, en su defecto, las condiciones de la prestación laboral ha quedado sin determinar en la norma especial, cuyo texto no aclara si es o no aplicable el art. 16.1 del ET, que establece tal obligación. Del texto de la DA 1ª de la norma especial se deriva que el empleador doméstico cumplirá con su deber de comunicar las condiciones del contrato -cuando se ha realizado por escrito- entregando una copia del mismo a la TGSS en el momento de dar de alta a la persona en la seguridad social. Quedan fuera de la situación quienes no han realizado contrato escrito por no constituir una obligación según el ET, y quienes no han acudido a la TGSS a dar de alta a la persona a quien ya tenían contratada y de alta en el RESS, casos en los que el paso al SEEH se ha realizado de oficio.

El control público de las condiciones de todos los contratos supondría un cambio muy importante en la percepción social sobre el empleo doméstico como un verdadero trabajo. Además, serviría para conocer la situación y diseñar las políticas públicas a que haya lugar.

Propuesta de regulación: equiparación con la relación laboral ordinaria del deber de comunicar las condiciones del contrato: deber de dar traslado documentado al SPEE, directamente o mediante la TGSS, del contenido de todos los contratos de trabajo, se hayan o no formalizado por escrito. Creación y puesta a disposición de los empleadores del modelo de documento de comunicación por escrito de las condiciones esenciales del contrato. Al tratarse de una obligación nueva respecto a relaciones laborales preexistentes, deber de comunicación también en estas últimas.

- h. La obligación de pago documentado del salario se ha establecido en los mismos términos que en la relación laboral ordinaria, mediante entrega de una nómina mensual. En cumplimiento del mandato del art. 8.6 del RD 1620/2011, el Ministerio de Trabajo ha propuesto el modelo de nómina a utilizar. El documento no cuenta con instrucciones para su cumplimentación y podría ser más sencillo.

Propuesta de regulación: establecer un periodo transitorio en el que se considere documentado el abono del salario por la utilización de cualquier medio de pago que acredite la entrega del dinero: cheque, transferencia bancaria, o, en su caso, el recibo de salarios. A falta de nómina, obligación de entregar a la trabajadora copia del documento mediante el que se realiza el alta en la seguridad social y sus variaciones, de existir.

En perspectiva, implantación de un sistema similar al de cheque de empleo-servicio de Francia, por el que la administración de la seguridad social sustituya al empleador en su obligación de entregar el recibo de salarios.

- i. La ausencia de normas precisas de prevención de riesgos en el ámbito doméstico hace difícil la imputación de responsabilidad al empleador sobre la base del deber general de protección, porque en tal caso entra en juego el concepto de diligencia exigible, que toma en cuenta las circunstancias concretas de la persona que creó o no evitó el riesgo. Lo anterior tiene relación con la exigibilidad del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Los riesgos están ya estudiados con respecto a los servicios de ayuda domiciliaria sujetos a la relación laboral ordinaria del Régimen General.

Propuesta de regulación: establecer los deberes concretos en materia de prevención de riesgos laborales en el empleo de hogar, adoptando medidas específicas de información y formación que tengan en cuenta la peculiaridad del empleador. Promover la formación en seguridad y salud laborales de las personas que se dedican a la actividad.

Situación actual en materia de seguridad social

Plantea algunas cuestiones que perduran de la norma anterior, junto con otras nuevas.

- a. La regulación de los deberes de los empleadores en la integración ha dejado al descubierto a las trabajadoras discontinuas que no han conseguido que sus empleadores les diesen de alta en el SEEH en el plazo concedido, ya que la norma no prevé otra consecuencia que su baja en el sistema.

El mero comienzo de un procedimiento por parte de la Inspección de Trabajo para investigar la causa de las bajas, hubiese tenido como efecto la regularización en bastantes de los casos.

- b. El paso de uno a otro Régimen se ha producido sin previsión legal sobre las situaciones transitorias, laguna que la Administración de la seguridad social ha suplido con decisiones administrativas sin rango suficiente y no publicadas:

- b.1. En el periodo del 1-1-2012 a 30-6-2012 no se ha permitido a las trabajadoras discontinuas mantener su cotización en el RESS en el supuesto de que algún empleador les diese de alta en el SEEH, fuese una relación laboral nueva o alguna de las preexistentes. A su vez los restantes empleadores para los que se encontraban prestando servicios no tenían obligación legal de darles de alta antes del plazo final.

Se han creado por este motivo situaciones de descubierto en la protección e infracotización a lo largo del semestre, de las que no son responsables ni empleadores ni trabajadoras pueden tener repercusión en prestaciones.

- b.2. Según la Ley 27/2011, la integración del RESSS en el SEEH se produce a partir del 1-1-2012, con una fecha límite del 30-6-2012 para que empleadores y trabajadores comuniquen el cumplimiento de las condiciones que dan lugar a la integración, comunicación que tiene como consecuencia la plena aplicación de las normas del SEEH.

No se ha permitido la integración a quienes se encontraban en situación de baja por IT o maternidad derivada de hechos causantes anteriores a la integración, tanto si se habían producido en 2011 como durante el primer semestre del 2012. Se ha impuesto un aplazamiento de los beneficios del tránsito de uno a otro Régimen sin base legal, que se concreta en procesos de IT iniciados a partir del 29 día y carga de cotización siempre de cuenta de la parte trabajadora.

- b.3. De dudosa legalidad es la decisión del INSS de aplicar para el cálculo de las prestaciones de IT y maternidad la base de cotización del mismo mes en el que se produce el hecho causante en los supuestos en que, por obra del cambio en el sistema de cotización, la base del mes anterior a la baja fue superior a la del mes en que estas situaciones se iniciaron, sin que se produjesen otras variaciones en la relación laboral.

- c. Cuestiones que el SEEH no varía:

- c.1. La definición del empleador. Se mantiene la definición del empresario obligado del vigente art. 10.3 del RD 84/1996. Según ésta, el empleador doméstico es una persona física individual, tanto en las familias matrimoniales y no matrimoniales como en los grupos de personas no unidos por vínculos familiares. En este último caso, la condición de titular del hogar familiar la ostenta el titular de la vivienda o el representante del grupo, condición que puede recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes.

Interpretación que se propone: la designación de una persona se realiza a efectos de identificación ante el sistema y gestión de las obligaciones administrativas en materia de seguridad social. En cuanto a las responsabilidades del empleador, en la familia matrimonial, la cualidad de empleador la ostentan las dos personas en el caso de que los servicios se presten para la vivienda que habitan; también en las parejas de hecho convivientes se dará cotitularidad de empleadores si los servicios se dirigen indistintamente al servicio del hogar que habitan.

La contratación de servicios domésticos por unas personas en favor de otras con las que no conviven -caso de los descendientes que se ocupan de asegurar el cuidado de sus ascendientes y obtener así el relevo en sus obligaciones familiares- puede constituirles en empleadores aunque no sean los receptores directos de los servicios. Dependiendo del papel que cumplan descendiente y persona atendida en el desarrollo de la relación de servicios, habrá una mera gestión de negocios ajenos y el empleador será el receptor de los servicios contratados, pero también cabrá imputar la condición de empleador a quien contrata y dirige la relación laboral, o a ambas personas solidariamente.

El concepto de hogar familiar debe interpretarse de manera restrictiva; el trabajo para personas físicas cuyo nexo de unión es la pertenencia a una entidad con personalidad jurídica que pone a su disposición la infraestructura en la que conviven, y desde la que ejecuten las actividades al servicio de los objetivos de aquella, debe considerarse sujeto al Régimen General. La posibilidad que el art. 10.3 del RD 84/1996 señala de que en los grupos la condición de cabeza de familia pueda recaer sucesivamente sobre quien asuma la representación del grupo, no se refiere a agrupaciones de personas en tanto que participantes de una entidad con personalidad diferente, a cuyos fines y servicio se realiza la convivencia.

- c.2. La exclusión del SEEH de las tareas domésticas prestadas por trabajadores no contratados directamente por los titulares del hogar familiar, sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil (DA 17ª de la Ley 27/2011), no añade ninguna novedad en su sentido literal al criterio preexistente en el RESS. En su aplicación particular al caso de las agencias de empleo doméstico que intermedian en la puesta en contacto y realizan las formalidades necesarias para la contratación directa entre las partes, deberá interpretarse lo que significa estar al servicio de la agencia cuando la relación se constituye como especial.

Interpretación propuesta: con independencia de la formalización de un contrato de trabajo doméstico entre titular del hogar y trabajadora, habrá que estar a las circunstancias concretas del papel que la agencia asume una vez que ha intervenido poniendo en contacto a las partes. La relación será ordinaria por cuenta de la agencia y la inserción en el Régimen General cuando su participación exceda del marco estricto de la gestión administrativa y dirija la relación laboral. Una de las señales decisivas de una u otra actividad es el precio del servicio que la agencia factura mensualmente.

Propuesta de regulación: la actividad de las agencias de colocación no podrá extenderse a la gestión del contrato en el que han intervenido como intermediadoras. Con esta prohibición se distinguirían los ámbitos de actuación de las agencias de colocación y las agencias de servicios domésticos.

- c.3. La configuración de la prestación para el cuidado a domicilio por parte de los cuidadores del entorno familiar de la LAAD, exige que la persona cuidadora no sea una trabajadora por cuenta ajena y por tanto no esté de alta en la seguridad social como tal. El objetivo de mantener la prestación obliga a que cuidadores familiares o del entorno de la persona en situación

de dependencia que están recibiendo una contraprestación económica por su trabajo, sean alta en el Convenio Especial, con privación de las contingencias que éste no cubre.

Propuesta de regulación: cambio del tratamiento de la prestación para cuidado en el entorno familiar de la LAAD, manteniendo la prestación con independencia de la clase de servicios a cuyo abono contribuya, siempre que vayan dirigidos a la atención de la persona dependiente.

d. Las novedades del SEEH que presentan particularidades respecto al Régimen General son:

d.1. La base de cotización es única para todas las contingencias, lo que separa al SEEH de las normas del Régimen General, excepto en el trabajo a tiempo parcial. El sistema de tramos es adecuado a la peculiaridad del empleador, en el supuesto de que se le atribuya la responsabilidad de calcular la cotización. El tope máximo de cotización por cada relación laboral se sitúa en el mínimo del Régimen General para el año 2012, y se irá elevando un 5% anual hasta que en el año 2019 le serán de aplicación las normas del art. 109 LGSS.

El salario de las empleadas de hogar internas, que realizan por lo general las 20 horas de presencia que la norma laboral permite, es mucho más elevado que el tope, que se corresponde con el salario mínimo por las 40 horas semanales. En consecuencia, la cuantía de la base máxima del SEEH por cada relación laboral reduce de manera importante la cuantía de base reguladora de las prestaciones.

- En el empleo a tiempo parcial en el Régimen General, a partir del RDL 3/2012 la base de cotización que incluye las horas extraordinarias sirve como módulo para el cálculo de las prestaciones por contingencias comunes, lo que no es aplicable al SEEH de acuerdo con su DA 9ª.4.

Según las previsiones de la DA Ley 27/2011, para el año 2019 la base de cotización del SEEH se calculará según el art. 109 LGSS, lo que significa que la base de cotización en el contrato a tiempo parcial será más desfavorable una vez que transcurra el periodo transitorio que se ha establecido para la equiparación con las normas del Régimen General.

- Carencia de la prestación de desempleo, que no viene sustituida por ninguna disposición específica sobre asimilación al alta para las prestaciones de IT y maternidad, que la requieren a la fecha del hecho causante.

La DA 2ª del RD 1620/2012 ordena al Gobierno adoptar antes del 31 de diciembre una decisión sobre la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad, que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera. El art. 14 del Convenio 189 de la OIT, aún no ratificado por España, establece que los trabajadores de hogar deben tener derechos de seguridad social no menos favorables que el resto, aunque la equiparación puede ser gradual.

d.2. La gestión de las obligaciones en el SEEH tiene algunos problemas:

- En los contratos a tiempo parcial, cuando la remuneración depende de las horas realizadas en el mes, la costumbre es que el precio hora incluya la prorrata de pagas extras y vacaciones. En los impresos de alta TA 2/S-0138, no existe indicación sobre la manera de comunicar tal circunstancia a efectos de cálculo del tramo salarial según el que se fija la base de cotización. Si, como es previsible, se abonan las cotizaciones todos los meses del año de

acuerdo con el salario mensual declarado, se estará produciendo una sobrecotización en el periodo de las vacaciones, ya cotizado en las bases de todo el año.

- En el acuerdo sobre salario en el empleo de hogar, la cuantía se refiere casi siempre a salario neto, pero el salario que debiera hacerse constar para la atribución del tramo es el bruto, lo que no está previsto en el impreso comentado.
- Tampoco preveía la inclusión de la prorrata de las pagas extras en el salario mensual a declarar (el problema ha sido ya corregido), con lo que en las altas comunicadas los primeros meses probablemente se está produciendo infracotización, de la que no es responsable el empleador.
- El parte que el empleador debe rellenar acompañando a la solicitud de pago directo de las prestaciones de IT, maternidad y riesgo durante el embarazo y lactancia, podría contener alguna indicación más, que facilitaría la gestión del empleador. De manera muy especial, el parte de accidente laboral es inadecuado y farragoso.

Propuesta normativa: a fin de que la TGSS realice una atribución correcta de la base de cotización correspondiente, reforma del documento TA 2/-0318, de manera que las circunstancias del salario acordado se puedan comunicar, incluyéndose la posibilidad de que el salario reseñado sea el neto. Supresión o, en su caso, aclaración de los restantes datos que se solicitan como complementarios.

El parte de accidente laboral debería sustituirse por otro específico para el empleo de hogar, breve, simple y accesible al empleador.

- En el trabajo discontinuo, el periodo en el que no hay prestación de servicios exige baja en el SEEH para que la obligación de cotizar se interrumpa; al reanudarse el trabajo debe realizarse el trámite del alta.

Propuesta normativa: establecimiento de una fórmula de comunicación más sencilla que la indicada, que evite la obligación de cumplimentar los impresos de alta y baja.

- La posibilidad de transmisión electrónica de datos a la TGSS mediante el sistema RED Directo está prevista para el empleo de hogar, pero no se ha hecho efectiva. El alta, la baja y las variaciones de datos deben realizarse de manera presencial en las oficinas de la TGSS.

Propuesta: la habilitación inmediata de la opción de uso del sistema RED para el SEEH. La creación de un servicio especializado en la TGSS que sirva para reducir al mínimo y sustituir en lo posible al empleador en sus obligaciones formales con el sistema y con la persona contratada.

- El cálculo de la prestación de la IT por enfermedad común del cuarto al octavo día de acuerdo con las normas del trabajo a tiempo parcial exige al empleador la realización de cálculos que deberían evitarse.

Propuesta de regulación: en los primeros cuatro días de la prestación, el cálculo del porcentaje del 60% debería hacerse sobre el salario. Si se paga por horas, sobre el de los días de prestación efectiva de servicios. Si es mensual, sobre el salario diario.

La prestación debería ser de pago directo desde el inicio de su devengo.

e. Respecto a las bonificaciones de cuotas:

- La integración en el Régimen General supone la bonificación de las cuotas en las bajas de maternidad, tanto de la trabajadora en suspensión de contrato como la persona que le sustituya, lo que es un cambio positivo.
- Las bonificaciones de fomento de empleo, incentivo a la permanencia en el mercado laboral a partir de los 59 años o por contratación de víctimas de violencia de género, no son aplicables a las relaciones laborales especiales, con algunas excepciones, entre las que no está la del servicio del hogar familiar.

En el empleo doméstico, las ayudas económicas en la cotización probablemente no tengan incidencia en el volumen de la contratación sino en su regularización. En ese sentido, las bonificaciones podrían contribuir a que aflorase el trabajo no declarado.

- El empleador está obligado a continuar la cotización durante todo el periodo de la IT, que puede extenderse hasta 545 días, lo que es un gravamen excesivo y un incentivo a los despidos en tal situación.

Propuesta de regulación: la obligación de cotizar se suspende para el empleador durante la IT que dure más de un mes.

- La bonificación del 45% cuotas de la parte empleadora en los contratos de cuidadores de familia numerosa, regulada por Decreto 1621/2005, se refiere al cuidado de descendientes, no a la contratación para cuidado de ascendientes o para las propias atenciones del contratante en situación de dependencia. Esta ausencia de bonificación a la actividad de cuidado de adultos es especialmente reprochable, teniendo en cuenta la importante participación de las trabajadoras de hogar en la atención de las personas que necesitan ayuda a domicilio por razón de edad, enfermedad o discapacidad.

En el cuidado a descendientes, se bonifican las cuotas de un solo cuidador por unidad familiar, sin tener en cuenta que en los supuestos de discapacidad y dependiendo de su grado, puede requerirse más de una persona contratada.

Propuesta de regulación: bonificación del 100% de las cuotas del empleador en los contratos para el cuidado de personas en situación de dependencia, fijándose las horas de contratación bonificada en función del grado.

- f. La Ley 27/2011 establece un proceso de equiparación con el Régimen General, que prevé culminar en el año 2019 dejando pendientes hasta entonces dos cuestiones importantes: la base de cotización no se calcula sobre los salarios reales y tampoco tiene lugar la integración de lagunas hasta entonces. La mayoría de las pensiones del RESS tienen hoy día complemento a mínimos, que a partir de la reforma de la Ley 27/2011, de acuerdo con su art. 50.2 no podrá superar la cuantía de la pensión no contributiva. La nueva norma del complemento a mínimos rompe un equilibrio existente, que hacía tolerable en alguna medida la base única y la no integración de lagunas.

El endurecimiento de las condiciones de percepción de la pensión mínima resulta falta de equidad para las personas provenientes del RESS, que han tenido especiales condicionantes para no alcanzar la mínima con sus solas cotizaciones y continuarán, como se ha dicho, sin poder integrar en la base toda su remuneración.

Conclusión final

La imposibilidad de acceder a la protección de la seguridad social con una jornada a tiempo parcial de menos de 18 horas semanales, el sistema de cuota única, el cobro de la prestación de IT a partir del 29 de la baja, o la carencia de prestación de desempleo, han contado con el hecho de que las trabajadoras de hogar tenían de todas formas acceso a prestaciones básicas del sistema en función de sus vínculos familiares, caso de la asistencia sanitaria, o que los ingresos propios no constituían su medio fundamental de vida, por lo que la renta de sustitución no les era imprescindible para la subsistencia.

Muchas empleadas de hogar casadas han aceptado que no se les diese de alta a cambio de una pequeña subida del salario, en la expectativa de recibir la pensión de viudedad al verse privadas de su medio fundamental de vida, los ingresos de su cónyuge. Las prestaciones de seguridad social que contemplan el cónyuge como carga familiar (desempleo no contributivo, pensión mínima de jubilación) promueven la economía sumergida en los empleos en que es fácil evitar el alta en la Seguridad Social.

La atribución de derechos derivados en función del estado civil ha permitido que un Régimen pobre en prestaciones se evaluase como falta de interés por las posibles beneficiarias, sobre todo si eran trabajadoras a tiempo parcial, cuya cuota de seguridad social resultaba desproporcionadamente alta respecto a los ingresos de su trabajo. Por otra parte, la pensión de viudedad de otros Regímenes al sumarse a la pensión propia de jubilación ha absorbido el complemento a mínimos de ésta, con lo que la desigualdad de ingresos dentro del matrimonio ha actuado de incentivo a la irregularidad, también en relación al momento del paso a la situación de pensionista.

El último Informe de evaluación del Pacto de Toledo, aprobado en el parlamento el 31 enero de 2011, proponía relativizar el principio de contributividad como una medida transitoria, hasta que determinados Regímenes, entre los que estaba el RESS, mejorasen su productividad. El planteamiento no es válido para el empleo doméstico; un sistema que tenga su eje en una proporcionalidad cada vez más estricta entre cotizaciones y prestaciones no va a garantizar la protección social del sector.

El trabajo que se realiza de manera individual en cada hogar, principalmente en las tareas de cuidado, no admite grandes variaciones en cuanto a tiempo y medios empleados para obtener el resultado; la productividad, entendida como aplicación de menores recursos para obtener un producto no tiene aquí mucho margen de mejora.

Las horas de trabajo dedicadas al cuidado podrían tener mayor utilidad aplicadas a unidades superiores a la familia, hoy muchas veces unipersonal. El mercado laboral en la rama del empleo doméstico podría tender a desaparecer, quedar en una actividad residual o convertirse en un lujo prescindible, pero para ello sería preciso una oferta de servicios de atención a las personas externa a los hogares con una dimensión y accesibilidad que aún no existe. Un régimen laboral y de seguridad social pobre en derechos ha contribuido a perpetuar la falta de desarrollo de soluciones externas al hogar.

En el contexto actual, la manera de obtener mayores ingresos para el sistema de seguridad social sería el control del trabajo no declarado y una aplicación más rápida de los incrementos de las bases y tipos de cotización. Son medidas por las que no se ha optado históricamente.

El derecho a la seguridad social del art. 41 CE, la garantía de la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, no asegura un contenido concreto. Según el TC, la intensidad protectora viene condicionada por las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales.

El control de constitucionalidad de las normas de seguridad social se ha realizado principalmente a través del principio de igualdad; en la doctrina constitucional la diferencia de actividades que fundaba la diferencia de regímenes ha servido de base a la justificación de las desigualdades en la protección.

El proceso de integración de regímenes a partir del Pacto de Toledo y la perspectiva de la desaparición gradual de diferencias legitima los pasos intermedios, en los que el trato desigual ya no se justificaría en la pertenencia a diferentes regímenes, sino en la escasez de los recursos y la capacidad financiera del sistema, por lo que las medidas se entenderán razonables sin entrar a valorar su idoneidad en función de datos empíricos.

De acuerdo con el TC, la evolución de la seguridad social es paulatina y en el proceso de convergencia de regímenes el principio de igualdad no exige reparar situaciones del pasado. Aún así, los Tribunales ordinarios han realizado una labor de reparación de alguna desigualdad, como es el caso de la validez de las cuotas del MNSD para lucrar la jubilación SOVI, línea en la que cabría profundizar. La regulación actual de los requisitos y fórmula de cálculo de las prestaciones sí puede y debe tener en cuenta el contexto en el que se realizaron las cotizaciones.

En todo caso, las decisiones sobre la intensidad de la protección a los diferentes grupos no vienen determinada por los datos; éstos tienen siempre una lectura basada en juicios de valor que reflejan la posición de los grupos sociales. A partir de la integración del empleo doméstico en el Régimen General, la pretensión de una intensificación del ritmo y objetivos de la equiparación de los derechos de seguridad social no puede apoyarse en otro instrumento que la acción política para el logro de cambios legislativos.

Bibliografía

- ALARCÓN CARACUEL, Manuel, *La ordenación del tiempo de trabajo*, Tecnos 1988.
- ALARCÓN CARACUEL, Manuel y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, *Compendio de Seguridad Social*, Tecnos, ediciones de 1990 y 1991.
- ALBACAR LÓPEZ, José Luis, *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium 1992.
- ALBERDI, Inés, “Actividad laboral de las mujeres”, VV. AA. (coord. Del Campo, Salustiano) *Tendencias Sociales en España (1960-1990)*, Fundación BBV, 1990.
- ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis, GARCÍA NINET, Ignacio, LÓPEZ GANDÍA, Juan, SALA FRANCO, Tomás, *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, 6ª edición, 1991.
- ALCUBILLAS, *Diccionario de la Administración española*, apéndice de 1930.
- ALMANSA PASTOR, José M., *Derecho de la Seguridad Social*, Tecnos, 7ª edición, 1991.
- ALONSO GARCÍA, Enrique, “El principio de igualdad del art. 14 de la Constitución española”, *Revista de Administración Pública* núm. 100-102, enero-diciembre 1983, pág. 21-92
- ALONSO OLEA, Manuel,
 - *Instituciones de Seguridad Social*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1959.
 - *Derecho del Trabajo*, Edit. Universidad de Madrid, 1971.
 - “Características comunes y clasificación de los Regímenes Especiales”, *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, VV. AA., Madrid, 1972.
 - “Trabajos amistosos, benévolos o de buena vecindad. Trabajos familiares”, *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, REDT núm. 100, 2000.
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Maria Emilia, *Derecho del Trabajo*, Cívitas, decimosexta edición, 1998.
- ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, “Art. 7º”, VV. AA., (dir. Alarcón Caracuel, Manuel Ramón) *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Aranzadi 2003.
- ÁLVAREZ CUESTA, Henar, “Apuntes para la reforma del régimen especial de los empleados de hogar”, VV. AA., (dir. Borrajo Dacruz, Efrén) *Mujer, trabajo y seguridad social*, AL, 2010.
- APARICIO TOVAR, Joaquín y OLMO GASCÓN, Ana Marta, *La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo*, Bomarzo, 2007.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Angel, *Protección laboral y de Seguridad Social de la violencia de género*, Universidad de Extremadura, 2008.
- ARNALDOS, Pedro,
 - “La codificación de la legislación social y el régimen nacional de seguros sociales”, *Boletín Informativo del INP*, junio, núm. 6, 1943.
 - “Extensión de los seguros sociales obligatorios al personal del servicio doméstico”, *Boletín de Información del INP*, vol I, 1946.

- ARTETA DE MONTESEGURO, Arturo, *Disertación sobre el aprecio y estimación que se debe hacer de las artes prácticas*, Zaragoza, 1781.
- AYALA DEL PINO, Cristina,
 - “Relación común o especial de servicio del hogar familiar”, *Aranzadi BIB* 2004\149.
 - “La prevención de riesgos laborales en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, *Saberes, Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Volumen 5, 2007.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “El Estado social y democrático de derecho, significado, alcance y vinculación de la cláusula del Estado social”, VV. AA., (coord. Molina Navarrete, Cristóbal, Monereo Pérez, José Luis, y Moreno Vida, M^a Nieves) *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares 2002.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo,
 - *El cómputo recíproco de cotizaciones en el sistema español de Seguridad Social*, La Ley, 2007.
 - “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.
- BARREIRO GONZÁLEZ, Germán y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José “El estatuto del cuidador informal en la normativa sobre dependencia: de la ley a la realidad”, *Actum Social* núm. 22, diciembre 2008.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo, *Las situaciones asimiladas al alta en el sistema español de seguridad social*, Aranzadi 1997.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo y APILLUELO MARTÍN, Margarita, *Introducción al Estatuto del Trabajador Autónomo*, Aranzadi 2007.
- BARRIOS BAUDOR, Guillermo y SEMPERE NAVARRO, Antonio, *La jubilación en el Régimen general de la Seguridad Social*, Aranzadi, 2000.
- BASTARDAS, Alberto, *Comunicación sobre Aplicación del Retiro Obrero obligatorio a los trabajadores a domicilio*, Asamblea del Instituto Nacional de Previsión y Cajas Colaboradoras, INP, mayo de 1930.
- BAYON CHACÓN, Gaspar,
 - *La autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo*, Edit. Tecnos 1955.
 - “La nueva legislación de accidentes de trabajo”, *Revista de Derecho del Trabajo* mayo-junio, 1957.
 - “El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: régimen general y regímenes especiales”, *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, VV. AA., Madrid 1972.
- BAYON CHACON, Gaspar, BERNAL MARTÍN, Salvador, “Servicio doméstico y seguridad social”, *Revista de Política Social* núm. 10, 1951.
- BAYON CHACÓN, Gaspar y PÉREZ BOTIJA, Eugenio, *Manual del Derecho del Trabajo*, tomo I, vol II, Madrid 1958.
- BENAVENTE, TORRES, Inmaculada, *El trabajo a tiempo parcial*, CES Andalucía 2005.

- BERNAL MARTÍN, Salvador,
 - “Alrededor del concepto de trabajadores manuales e intelectuales”, *Revista Española de Seguridad Social*, 1948.
 - *El seguro obligatorio de enfermedad*, Madrid 1949.
 - “Servicio doméstico y seguridad social”, *Revista de Política Social* núm. 10, 1951.
- BLACKETT, Adelle, *Making domestic work visible: the case for specific regulation*, ILO 1998.
- BLASCO LAHOZ, José Francisco; LÓPEZ GANDÍA, Juan y MOMPALER CARRASCO, M^a Ángeles, *Regímenes especiales de Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, ed. 2011.
- BLASCO LA HOZ, José Francisco, LÓPEZ GANDÍA, Juan y MONPERLER CARRASCO, M^a Ángeles, *Curso de Seguridad Social*, Tirant Lo Blanch 1998 y 2008.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María, “Igualdad de trato y regímenes especiales en la Jurisprudencia Constitucional”, *Temas Laborales*, 2003, núm. 68, pág. 75-104.
- BORDERÍAS, Cristina y CARRASCO, Cristina, “Introducción. Las mujeres y el trabajo: aproximaciones históricas, sociológicas y económicas”, VV. AA. (comp., BORDERÍAS, Cristina, CARRASCO, Cristina y ALEMANY, Carmen), *Las mujeres y el trabajo. Rupturas conceptuales*, ed. ICARIA y FUHEM, 1994.
- BORRAJO DA CRUZ, Efrén,
 - “El concepto de ‘socio beneficiario’ del montepío nacional del servicio doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, vol. 2, 1959.
 - “La relación jurídica de servicio doméstico”, *Revista de Trabajo*, vol 3, 1960. -“La responsabilidad del amo de casa ante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, separata núm. 4, julio-agosto de 1962.
- BRAVO, Carlos, “1.500.000 personas tendrán la misma protección social que el resto de trabajadores”, *Nueva Tribuna*, 11-07-2011.
- BREÑOSA ÁLVAREZ DE MIRANDA, Fernando, “Análisis de la relación especial de empleados de hogar a la luz de la jurisprudencia”, *Revista Social* núm. 81, enero de 2003.
- BENEYTO CALABUIG, Damián, *La reforma de la jubilación y de otras prestaciones. Análisis práctico y comentarios de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social*, La Ley, 2011.
- CÁMARA BOTÍA, Alberto, “Sentencia 268/1993, de 20 de septiembre. Sobre las desigualdades entre los distintos Regímenes que integran la Seguridad Social. A propósito del Régimen Especial del Servicio Doméstico”, VV. AA., (coords. Alonso Olea, Manuel y Montoya Melgar, Alfredo), *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social. Elenco y estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional* tomo XI, Edit. Civitas, 1993.
- CAMPOAMOR, Clara, “La extensión del seguro maternal” *Revista de Política Social*, núm. 2, 1928.
- CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “Sobre el papel del reglamento en el Ordenamiento laboral”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, abril-junio 1991.

- CAPELLA, Juan Ramón, *Elementos de análisis jurídico*, Editorial Trotta, 1999
- CARDENAL CARRO, Miguel,
 - *Deporte y Derecho, las relaciones laborales en el deporte profesional*, Edit. Universidad de Murcia 1996.
 - “La Seguridad Social en la Constitución, vista por el Tribunal Constitucional”, *Aranzadi West-law*, BIB 1999\2063.
- CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, “Igualdad, conciliación de la vida personal, familiar y laboral y seguridad social”, VV. AA., *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras : homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, 2008.
- CASAS BAAMONDE, Maria Emilia y ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo*, Thomson-Cívitas, 25 edición 2008.
- CASTAN TOBEÑAS, José, *Derecho civil español, común y foral*, edit. Reus, tomo III, 1944.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino,
 - “Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *AS* 13/2006, LEG 2006.
 - “Cambios en la pensión de jubilación tras la Ley 40/2007, de medidas en materia de Seguridad Social”, *AS* 2/2008, BIB 2008\573.
- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino y CAMARA BOTÍA, Alberto, en *La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia*, Aranzadi 2005.
- CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO, S.L., (equipo investigación De Cabo, Gema, y otros), *La presencia de las mujeres en el empleo irregular*, Instituto de la Mujer, 2005.
- CES,
 - Dictamen *Sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de Medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres*, 2/2004, de 17 de junio de 2004.
 - *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 43, primer trimestre de 2006.
 - “El empleo de la rama de hogares en la crisis: cuestionando algunos tópicos”, *Cauces*, núm. 10, otoño de 2009.
- CLEOFÉ SÁNCHEZ, Dolores, “Régimen especial de empleados de hogar”, VV. AA., *Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la seguridad social*, Universidad de Madrid, 1972.
- COLECTIVO IOÉ,
 - *El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida*, edit., Juventud Obrera Cristiana de España (JOCE), 1990.
 - *Mujer, inmigración y trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
 - *La inmigración ecuatoriana en España. Una visión a través de las fuentes estadísticas*, Ministerio de Trabajo, 2007.
- COMISIÓN ASESORA NACIONAL PATRONAL Y OBRERA, *Labor del pleno, Resumen de las sesiones celebradas. Acuerdos y Documentación anexa. 1931-1936*.

- COMISIÓN EUROPEA, *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.
- CONARD MALHERBE, P., “Las peticiones del 1 de mayo (1913-1922)”, VV. AA., *Sociedad, política y cultura en la España de los siglos XIX y XX*, Edicusa, 1973.
- CONCEPCIÓN SEVILLANO, José Luis, *Los sistemas especiales del Régimen General de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS,
 - “Alternativa de Comisiones Obreras a la Comisión de Seguridad Social. Punto V.2 del ANE”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982.
 - “Crítica al Documento presentado por la Administración a la Comisión de Seguridad Social”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982.
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS,
 - *Diario de Sesiones*, 1900-1919.
 - “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”, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 12 de abril de 1995. Núm. 134.
- CONSEJO DE ESTADO,
 - Dictamen de 6-10-2011 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.
 - Dictamen 1505/2011, de 27-10-2011, sobre Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús,
 - “Igualdad y discriminación”, VV. AA., (coord. RODRÍGUEZ Sañudo, Fermín y Elorza Guerrero, Fermín), *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional: XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, 2001
 - “La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral” VV. AA., (coord. Martín Jiménez, Rodrigo, y Sempere Navarro, Antonio), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Ministerio de Trabajo, 2003.
- CUBAS MORALES, Armando,
 - “¿Continúa vigente el art. 7.6 de la Ley General de Seguridad Social?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, julio-septiembre 1993.
 - “Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar”, *Tribuna Social* núm. 42, 1994.
- CUESTA BUSTILLO, Josefina, *Hacia los seguros sociales obligatorios. La crisis de la Restauración*, Ministerio de Trabajo, 1988.
- CUEVA PUENTE, M^a Carmen, *La relación especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, 2005.
- CURIEL Luis, *Índice histórico de disposiciones sociales*, Madrid, 1946.

- D'SOUZA, Asha, *Camino del trabajo decente para el personal del servicio doméstico: panorama de la labor de la OIT*, publicado por la OIT el 16 de noviembre de 2007 y como documento de trabajo núm. 2/2010.
- DE LA FUENTE LAVÍN, Mikel,
 - *El sistema de pensiones en España, evolución y perspectivas de futuro*, Comares, 2006.
 - “Crisis económica y dependencia: especial referencia al régimen de financiación”, VV. AA., (dirs. Monereo Pérez, José Luis y Sánchez Montoya, José Esteban; coords. Moreno Vida, M^a Nieves y Triguero Martínez, Luis Ángel) *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Comares, 2010.
- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique,
 - “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, núm. monográfico *Las relaciones laborales de carácter especial*, *Documentación Laboral*, ACARL, diciembre 1985.
 - “El contenido constitucional de la asistencia social”, VV. AA., *El Trabajo y la Constitución, Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo, 2003.
 - *La formación histórica del Derecho Español del Trabajo*, Comares, 2003.
- DE VAL TENA, Ángel Luis, “El Régimen Especial de Seguridad Social de los empleados de hogar”, *Tribuna Social* núm. 207, 2008.
- DEL REY GUANTER, Salvador y otros, *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de seguridad social*, La Ley, 2003.
- DEL REY GUANTER, Salvador, y GALA DURÁN, Carolina, “La regulación de la jubilación gradual y flexible: análisis del contenido de la Ley 35/2002, de 12 de julio, y de los RR.DD. 1131 y 1132/2002, de 31 de octubre”, *RRL*, tomo I, 2003.
- DESDENTADO BONETE, Aurelio y NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena, “Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): Revisión crítica y propuesta de reforma”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 24, 2000.
- DURÁN, M^a Ángeles, y otras,
 - “Las bases materiales de la vida cotidiana”, VV. AA., (dir. Durán, M^a Ángeles), *De puertas adentro*, Instituto de la Mujer, 1988.
 - “Prólogo”, VV. AA. (coord. Vara, M^a Jesús), *Estudios sobre género y economía*, Akal 2005.
- DURÁN LÓPEZ, Federico, “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, *La Ley*, tomo II, 1985.
- “El Fuero del Trabajo en la realidad española, cinco años de labor”, de la *Revista del Trabajo*, núm. 1, 1944, autoría desconocida.
- ELORZA, Antonio “La polémica sobre los oficios viles en la España del siglo XVIII”, *Revista del Trabajo*, núm. 22, 1968.
- ESCUDERO MORATALLA, José Francisco y POYATOS i MATAS, Glória, *Trabajadores a tiempo parcial*, Bosch, 2002.
- EUSTAT (Instituto Vasco de Estadística), *Cuenta Satélite de la Producción Doméstica*, Junio 2004.

- FARGAS FERNÁNDEZ, Josep, “La prestación por Incapacidad Temporal de los empleados de hogar: ni legal ni constitucional”, *RLLL* núm. 22, quincena 16-30 noviembre, 1998.
- FARRÉ DE CALZADILLA, J., *Boletín Divulgador de legislación y jurisprudencia laboral*, 1949 a 1955.
- FERNÁNDEZ DÍEZ, Antonio,
 - “Servicios domésticos marginales no incluidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar”, *Información Laboral* 8/2010.
 - “Encuadramiento en la seguridad social de empleados de hogar contratados por empresas de servicios”, Lex Nova 2012. <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/80910>
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, *Las vías de integración y racionalización de los Regímenes Especiales*, Ministerio de Trabajo, 2009.
- FERNÁNDEZ HERAS, Amado, *Tratado Práctico de Legislación Social*, Zaragoza 1952.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Maria Fernanda, “La igualdad y la discriminación”, VV. AA., *Constitución y derecho del trabajo: 1981-1991 (Análisis de diez años de jurisprudencia constitucional)*, Marcial Pons, 1992, pág. 161-274
- FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier,
 - “La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución” *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 49, 2004.
 - “El cómputo recíproco de cotizaciones como vía de coordinación interna entre regímenes del sistema de la Seguridad Social”, *Tribuna Social* 176-177, 2005.
 - “Las actuaciones de advertencia y los requerimientos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* núm. 78, 2008.
 - “Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de 2012”, *RLLL*, núm. 22, 2011.
- FONTES BASTOS, Maria Dolores, “Servicios domésticos prestados a religiosos por familiares”, *REDT*, vol. 40, 1989.
- FUENTES QUINTANA, Enrique; BAREA TEJEIRO, José; GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo y GARCÍA DE BLAS, Antonio, “Estrategia para un tratamiento de los problemas de la Seguridad Social española”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982.
- G. POSADA, Carlos,
 - “Estado actual de los seguros sociales en España”, *Conferencia de Seguros Sociales. Documento de Información*, núm. 16. Ministerio de Fomento, 1.922.
 - “Los seguros sociales obligatorios en España”, *Revista de Derecho Privado*, segunda edición, 1946.
- GALA DURÁN, Carolina, *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi 1997.
- GARCÍA ARAUJO, Edelmira, “El servicio doméstico: problemas y soluciones”, *Revista del trabajo*, núm. 10-11, 1958.

- GARCÍA BLASCO, Juan, “Desajustes entre ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales. A propósito de la reciente modificación del art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social”, *RRL*, tomo I, 1990.
- GARCÍA DE HARO, Ramón, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, S.A., 1963.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, “La integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general: logros y retos de futuro”, *AS* 8/201, BIB 2011\1743.
- GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Reserva de Ley y potestad reglamentaria en materia social: un apunte de Jurisprudencia”, *RRL*, tomo I, 1993.
- GARCÍA NINET, José Ignacio,
 - “La regulación del trabajo familiar y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social con especial referencia al Régimen Especial de Empleados de Hogar”, *Tribuna Social* vol. 6, 1991.
 - “Sobre el derecho de los empleados del hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al sistema de Seguridad Social”, *REDT* núm. 53, 1992.
 - “La invalidez permanente total de los empleados de hogar y su periodo de carencia”, *Tribuna Social*, núm. 35, 1993.
 - *Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar*, Ministerio de Trabajo, 2006.
- GARCÍA OVIEDO, CARLOS, *Tratado elemental de Derecho Social*, Segunda edición, 1946.
- GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, Ignacio, “Jurisprudencia constitucional sobre Seguridad Social”, *Jurisprudencia Constitucional y Relaciones Laborales, Estudios en homenaje a D. Francisco Tomás y Valiente*, núm. especial de *RRL*, 1998.
- GARCÍA SERRANO, Francisco de A., “Notas sobre el trabajo doméstico (a propósito de los artículos 1319.1 y 1438 del Código Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1985.
- GARCÍA VALVERDE, Maria Dolores, “Una exclusión ‘particular’ de la Ley de Prevención de Riesgos: el servicio del hogar familiar”, *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Málaga 1995.
- GARCÍA VALVERDE, Maria Dolores y GARCÍA VALVERDE, Francisco, “La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El juego de la normativa civil y penal”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 11, 2005
- GARCÍA VIÑA, Joaquín,
 - “¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?”, *Tribuna Social* núm. 207, 2008.
 - *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*, Comares, 2009.
- GARMENDIA LARRAÑAGA, Juan, *El criado o morroi. Visión etno-histórica*, Edit. Hiria, 2002.
- GENERALITAT DE CATALUÑA “Ampliació dels avantatges de la legislació d’accidents del treball en la indústria al servei domèstic”, serie *Publicitat pro-assurances socials, serie catalana Full* núm. 6.
- GETE CASTRILLO, Pedro, “La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (y II)”, *RRL*, núm. 20, Quincena del 15 al 31 Oct. 2011.

- GILBERT, Rafael, “El contrato de servicios en el derecho medieval español”, *Revista de Política Social*, núm. 101, 1974.
- GIMÉNEZ GLÜK, David, *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*, Bosch, 2004.
- GOBIERNO DE ESPAÑA, Presidencia, “Propuesta de medidas de racionalización y mejora de la Seguridad Social”, de diciembre 1981, *Papeles de Economía Española* 12-13, 1982.
- GOBIERNO VASCO, Departamento de Empleo y Asuntos Sociales,
 - *Balance de las ayudas de apoyo a las familias 2008-2009*.
 - *Estudio de la situación laboral de las personas empleadas en servicio doméstico de la CAV*, mayo 2011 (no publicado)
- GÓMEZ DE ARANDA Y SERRANO, Luis, “La excedencia y la dote laboral de la mujer trabajadora”, *Revista de Política Social* número 86, 1979.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson-Aranzadi, 2003.
- GONZÁLEZ BIEDMA, Eduardo, “Regímenes especiales de seguridad y principio de igualdad: Régimen Especial de Autónomos e invalidez”, *REDT* núm. 69, 1995.
- GONZÁLEZ DE PATTO, Rosa M^a, “Las prestaciones económicas a las personas en situación de dependencia”, *Protección Social de la Dependencia, temas monográficos*, TL 89/2007.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Francisca, *O Servicio Doméstico en Galicia: Indagación sobre Condición de Vida e Traballo*. Ed. Xunta de Galicia. Consellería de Traballo e Servizos Sociais, 1992.
- GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago,
 - “Entre la igualdad como límite y la diversidad como pretexto (a propósito de algunas Sentencias del Tribunal Constitucional en materia de Seguridad Social)”, VV. AA., (Alarcón Caracuel, Manuel Ramón y Cruz Villalón, Jesús) *Jurisprudencia Constitucional Social (1991-1999)*, Mergablum 1999.
 - GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, *Protección Social de la Dependencia, temas monográficos*, TL 89/2007.
- GONZÁLEZ-ROTHVOSS, Mariano,
 - “El servicio doméstico y las leyes sociales”, *Revista de política Social*, núm. 1, 1928.
 - “El servicio doméstico ante la legislación social española”, *Revista de Política Social*, núm. 3, 1928.
- GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, FERRERAS ALONSO, Fidel y TEJERINA ALONSO, José Ignacio, *Evolución y tendencias de la Seguridad Social durante la crisis económica*, Ministerio de Trabajo, Colección Informes, 1985.
- GONZALO GONZÁLEZ, Bernardo, *Un nuevo sistema de Seguridad Social en el marco de la Constitución y de los tratados internacionales*, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, Colección Monografías de Seguridad Social núm. 4, 1983.

- GRACIA CÁRCAMO, Juan, “Criados contra amos: la condición social de los sirvientes y los conflictos económicos con sus patronos en Vizcaya (siglos XVIII y XIX)”, *Cuadernos de Sección. Historia-Geografía* núm. 23, Eusko Ikaskuntza, 1995.
- HARO, Ginés de, “Unificación de los seguros sociales, seguro social único y seguro total”, *Boletín de Información del INP*, volumen II, 1946.
- HERNÁINZ MARQUEZ, Miguel,
 - *Tratado elemental de Derecho del Trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946.
 - “Los porteros ante el derecho del trabajo: teoría y legislación española”, en *Revista de Derecho Privado*, Julio-agosto de 1954.
 - “Aportación a una teoría jurídica del servicio doméstico”, *Revista de Derecho privado*, volumen XLIII de 1959.
 - “Los conductores de automóviles particulares”, *Revista del Trabajo*, núm. 2, 1959.
 - “Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico”, *Revista de Política Social*, núm. 41, 1959.
 - “Ideas para una posible regulación del servicio doméstico”, *Revista de Derecho del Trabajo*, núm 33, 1959.
- IDWN, International Domestic Workers Network, <http://www.idwn.info/>.
- IGARTUA MIRÓ, Maria Teresa, “Obligación de seguridad y responsabilidad ‘contractual’ del empresario”, *AS* núm. 16, diciembre 1999.
- IGLESIAS, M^a del Carmen y ELORZA, Antonio, Selección y notas de la “Comisión de reformas sociales: información oral y escrita sobre el estado y las necesidades de la clase obrera (1884-1889)”, *Revista del Trabajo*, núm. 25, 1969.
- IMSERSO, *Cuidado a la dependencia e inmigración*, Ministerio de Trabajo, 2005.
- INSTITUTO NACIONAL DEL CONSUMO (Ministerio de Sanidad y Consumo), *Programa de prevención de lesiones: red de detección de accidentes domésticos y de ocio*, 2007.
- INSTITUTO NACIONAL DE PREVISIÓN:
 - Anales del INP, de 1909 a 1941.
 - *Boletín de información del Instituto Nacional de Previsión*, 1940 a 1946.
 - La previsión social en España”, *Previsión Social*, enero de 1946.
 - *Compilación de disposiciones vigentes sobre los Seguros Sociales*, 1953.
 - *Jurisprudencia de los Regímenes obligatorios de los seguros sociales unificados*, diciembre 1958.
 - *Memoria del Montepío del Servicio Doméstico 1961-1969*.
 - *Guía para beneficiarios del Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, 1961.
- JORDANA, Jorge, “Aplicación del seguro de vejez a los obreros del campo”, *Anales del INP*, tomo XI, 19 de mayo de 1919.
- JORDANA DE POZAS, Luis, “El principio de unidad y los seguros sociales”, *Revista del Trabajo* núm. 21-22, 1941.

- “La previsión social en España”, *Previsión Social*, INP, enero de 1946, autoría desconocida.
- LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo,
 - “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”, *REDT* núm. 55, 1992.
 - “Políticas anticrisis, reformas estructurales y Derecho del Trabajo”, *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Fuentes del derecho*, LETE, 2007.
- LEONES SALIDO, José Manuel, “El trabajo marginal, una frontera por resolver”, *Aranzadi Laboral* 2/2003, BIB 2003\46.
- LÓPEZ CUMBRE, Lourdes, La relación especial del servicio del hogar familiar (en torno al artículo 2.1.b), *REDT* núm. 100, 2000.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan,
 - “Los trabajos familiares”, VV. AA., (dir. Efrén Borrajo Dacruz), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, vol. I, Edersa 1987.
 - “Nuevas y viejas relaciones laborales especiales y la introducción reciente de especialidades en la relación común”, *XIX Jornadas Catalanas de Derecho Social*, 2008.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel,
 - *Los trabajadores al servicio del hogar familiar, Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma*. Bomarzo 2006.
 - *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos*, Bomarzo, 2010.
 - *Las claves de la reforma de la seguridad social. Análisis práctico de la Ley 27/2011*, El Derecho, 2011.
 - *El nuevo régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Bomarzo, 2012
- LÓPEZ GANDÍA, Juan y ROMERO RODENAS, M^a José, *La incapacidad permanente: acción protectora, calificación y revisión*, Bomarzo, 2011
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando,
 - “La prohibición de la discriminación sexual indirecta y su aplicación al derecho de la seguridad social”, *AL*, tomo I, 1996. La Ley 2504/2001.
 - “La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en permiso de lactancia”, *Actualidad Laboral* núm. 38, octubre de 1998.
 - “El cálculo de las bases reguladoras de las prestaciones sociales de los trabajadores a tiempo parcial”, *Tribuna Social* núm. 158, febrero 2004.
 - “El contrato a tiempo parcial y la Seguridad Social: puntos críticos”, *AS*, 13/2005.
- LOZANO MONTERO, Manuel, “El servicio doméstico y el contrato de trabajo”, *Revista del Trabajo* núm. 5, 1948.
- LUJÁN ALCARAZ, José
 - *El régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar*, Aranzadi, 2000.

- “La protección de las familias numerosas desde la perspectiva del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social”, *AS* núm. 19/2005.
- “El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, Las prestaciones”, VV. AA., (dir. Sempere Navarro, Antonio y coord. Charro Baena, Pilar), *Comentario sistemático a la Ley de la Dependencia*, Thomson-Aranzadi 2008.
- LUJÁN ALCARAZ, José y SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, “Los regímenes especiales de la seguridad social”, VV. AA., (coord. Martín Jiménez, Rodrigo, y Sempere Navarro, Antonio) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Aranzadi, 2003.
- LUJÁN ALCARAZ, José y SELMA PEÑALVA, Alejandra, “La reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de los Empleados del Hogar”, *Foro de Seguridad Social*, núm. 20, julio 2008.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica, “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, *Actualidad Laboral*, Núm. 6, Quincena del 16 al 31 Mar. 2012.
- LLOMPART BENASSAR, Magdalena, “El salario en la negociación colectiva del sector de la hostelería”, *Información Laboral-jurisprudencia*, vol. 5/2004.
- MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, *La protección de la vejez en España*, Tirant lo Blanch, 2002.
- MANRESA NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, tomo X, 1908.
- MARTÍN DE NICOLÁS, Isidro “El servicio doméstico en relación con los seguros sociales”, *Revista del Trabajo* núm. 39, 1943.
- MARTÍN JIMENEZ, Rodrigo, *El salario en especie*, Aranzadi 2002.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 14 edición, 2005.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio,
 - “La ‘especialidad’ del Régimen Agrario de Seguridad Social”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 6, noviembre-diciembre de 1969.
 - “La formación del derecho del trabajo en España”, en *La legislación social en la historia de España de la revolución liberal a 1936*, Edit. Congreso de los Diputados, 1987.
- MARTÍNEZ BARROSO, M^a de los Reyes, “Los riesgos sicosociales en la Seguridad Social”, *CEF, RTSS*, junio 2008.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana, “Ayuda alimentaria y cotización a la Seguridad Social”, *AL* núm. 1, 2005.
- MEILÁN GIL, José Luis, *El mutualismo laboral*, Edit. CSIC, Madrid 1963.
- MELÉNDEZ, Leonor, *El servicio doméstico en España*, ed. Consejo Nacional de Acción Católica de España, 1962.
- MENÉNDEZ PIDAL, Juan,
 - “Datos históricos y ámbito de la legislación de accidentes de trabajo”, *Revista del Trabajo* núm. 11-12, 1946
 - “El contrato de portería”, *Revista de Derecho Privado* núm. 369, diciembre 1947.

- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y VELASCO PORTERO, Teresa, “La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género”, *CEF, RTSS*, núm. 271, Octubre 2005.
- MERCADER UGUINA, Jesús R.
 - “Titularidad, valoración y reconocimiento de las situaciones de dependencia”, *Protección Social de la Dependencia, temas monográficos, TL*, 89/2007.
 - “Filantropía, beneficencia y caridad en el primer derecho obrero”, *Revista de Derecho del Trabajo*, enero-marzo 2008.
- MIÑARRO YANINI, Margarita, “La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I)”, *RRL* núm. 4, Quincena del 15 al 29 Feb. 2012 y (II), *RRL*, núm. 5, quincena del 1 al 15 Mar. 2012.
- MINISTERIO DE FOMENTO,
 - Conferencia de Seguros Sociales Actas de las sesiones; apéndice, conclusiones de la conferencia. Minuesa de los Ríos, 1917.
 - Conferencia de Seguros Sociales, Documentos de Información, núms. 1-16, 1917. Minuesa de los Ríos, 1917.
- MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA, *Colección Legislativa de España, Jurisprudencia Civil, 1900-1936*.
- MINISTERIO DE TRABAJO,
 - *Régimen Obligatorio del Seguro de Vejez e Invalidez, Manual de Legislación*, 1949
 - *Memoria del Instituto Nacional de Previsión, 1959-1973*.
 - *Anuario del Ministerio de Trabajo, 1962-1981*.
 - *Anuario de estadísticas laborales, 1982-1995*.
 - *Anuario de estadísticas laborales y de asuntos sociales, 1996-2011*.
 - *Memoria, cuenta de gestión y balance técnico de la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar, 1970-1975*.
 - *Memoria Estadística de las contingencias de la seguridad social administradas por el Instituto Nacional de Previsión, 1970-1978*.
- MINISTERIO DE TRABAJO, SANIDAD Y SEGURIDAD SOCIAL, *Criterios para la racionalización y mejora de la Seguridad Social*, tomo II, septiembre 1981.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES,
 - *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*, Colección Informes, 1996.
- MINISTERIO DE TRABAJO y SEGURIDAD SOCIAL, *Boletín de Noticias Red*, 2002-2011.
- MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN,
 - Subdirección general de ordenación y asistencia jurídica de la Seguridad Social, “Informe sobre el impacto por razón de género del Anteproyecto de Ley de medidas en materia de seguridad social”, de 27-11-2006, *Foro Social* núm. 17, de mayo 2007.

- Secretaría de Estado de Seguridad Social, *Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo*, Volumen I y II, 2008.
- Secretaría General de Empleo, *Situación del diálogo social. Relación detallada de los ámbitos de trabajo del diálogo social y de las Mesas de Diálogo Social Reforzado*, 2009. www.ib.ccoo.es/.../doc14662_Situacion_del_dialogo_social_marzo_2009.pdf
- MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “El incipiente reconocimiento de los cuidadores informales”, *RLL*, tomo I, 2009.
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal,
 - “Protección y eficacia de los derechos sociolaborales: balance y perspectivas del sistema constitucional de garantías”, VV. AA., (coord. Martín Jiménez, Rodrigo, y Sempere Navarro, Antonio) *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Aranzadi, 2003.
 - “El régimen ‘cuasi-profesional’ de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer”, en *CEF, RTSS*, núm. 297, diciembre 2007.
 - “Art. 4”, VV. AA., (dir. Monereo PÉREZ, José Luis) *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, 2012.
- MOLINS GARCÍA-ATANCE, Juan, “La reforma del régimen especial de los empleados de hogar”, *Información laboral* núm. 3/2008.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS,
 - “El derecho a la Seguridad Social”, VV. AA., (dir., Monereo Pérez, José Luis y Moreno Vida, M^a Nieves), *Comentarios a la constitución socio-económica de España*, Comares 2002.
 - “Aspectos laborales de los grupos de empresas” *Revista de Derecho del Trabajo* núm. 6, 1981.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, y otros, *La protección jurídica de las situaciones de dependencia*, Comares 2007.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal,
 - “Art. 10”, VV. AA., (dir. Monereo Pérez, José Luis y Moreno Vida, M^a Nieves), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares 1999.
 - “Art. 11”, idem.
- MONREAL BRINGSVAERD, Erick, “Las prestaciones económicas”, VV. AA., (coord. ROQUETA BUJ, Remedios), *La situación de dependencia*, Tirant lo Blanch 2009.
- MONTALVO CORREA, Jaime, *Fundamentos de Derecho del Trabajo*, Cívitas 1975.
- MONTEPÍO DE LA DIVINA PASTORA,
 - *Memoria del Montepío de Previsión Social Divina Pastora del Servicio Doméstico. Ejercicio 1959*.
 - *Informe sobre el servicio doméstico en España y la actuación del Montepío*, 1963.
 - *Boletín informativo de la Divina Pastora*, 1969.
 - *Manual de Producción*, Valencia junio 1968
- MONTEPÍO NACIONAL DEL SERVICIO DOMÉSTICO, *Nuestra Casa*, 1959-1962.

- MONTERO GARCÍA, Feliciano, *Los seguros sociales en la España del siglo XX. Orígenes y antecedentes de la Previsión Social*, Edit. Ministerio de Trabajo, 1988.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo,
 - “La fragmentación de la seguridad social y sus razones”, en *Revista de Política Social* núm. 98, 1973.
 - “El pacto social sobre empleo y sus instrumentos jurídicos. Texto actualizado de la Ponencia expuesta por su autor en el II Encuentro Iberoamericano de Relaciones Laborales. Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social y Organización Internacional del Trabajo”, Madrid, 15-18 marzo, 1982, *Anales de Derecho* núm. 4, 1983.
- MONTOYA MELGAR Alfredo, y PIZA GRANADOS, Jaime, *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*, Ed. Mc Graw-Hill, 1996.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo y otros, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 1997.
- MORENO CÁLIZ, SUSANA y MARIN ALBÁ, SONIA, “Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares”. *AS* núm. 10/2004 (Estudio). BIB 2004\1529
- MORENO VIDA, Maria Nieves,
 - “Art. 2”, *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, en AAVV (coord. Monereo PÉREZ, José Luis), Comares 1998.
 - *El trabajo en la agricultura. Estudio Práctico del Sistema de Protección Laboral y de Seguridad Social*, MORENO VIDA, Maria Nieves y otros, Comares 2005.
- MUÑOZ MOLINA, Julia, *La incapacidad temporal como contingencia protegida por la Seguridad Social*, Aranzadi 2005.
- NUÑEZ SAMPER, Arturo, “El servicio doméstico y los conductores de automóviles de turismo al servicio de particulares”, *Cuadernos de Política Social* núm. 13, 1952.
- OIT:
 - *The employment and conditions of domestic workers in private households*, D 11/70.
 - *Informe Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, IV (1), primera edición, 2009.
 - *Informe Trabajo decente para los trabajadores domésticos*, ILC/100/ IV (2A), para la Conferencia Internacional del Trabajo 100, reunión 2011.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, “Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria”, *RRL* vol. I, 1990.
- OTXOA CRESPO, ISABEL, “Montepío de Servicio Doméstico y derecho a la jubilación anticipada”, *AS*, núm. 1/2007.
- OTXOA CRESPO, Isabel y DE LA FUENTE LAVIN, Mikel,
 - “Jurisprudencia en torno al artículo 109 de la Ley General de la Seguridad Social. Las líneas de su reforma por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de orden social”, *CEF, RTSS*, núm. 171, 1997.
 - “Las reformas en la base de cotización a la Seguridad Social por Real Decreto 1426/1997, de 15 de septiembre”, *CEF, RTSS*, núm. 180, 1998.

- PALANCAR, María. “El servicio doméstico, consideración de dos notas determinantes de su naturaleza jurídica”, *Revista de Derecho del Trabajo* núm. 5, 1954
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos,
 - “Sobre el derecho de los empleados del hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al sistema de seguridad social”, *REDT*, núm. 53, 1992.
 - “La exclusión de los parientes del empleador del campo de aplicación del régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico: discriminación por circunstancia personal contraria al artículo 14 CE”, *REDT* núm. 59, 1993.
- PAMPLIEGA FERNÁNDEZ, Juan Carlos y otros, *Casos prácticos sobre seguridad social y derecho laboral*, edit. Centro de Estudios Financieros, 7ª edición, abril de 1995.
- PANIZO ROBLES, José Antonio,
 - “El final de una polémica: las nuevas reglas sobre la anticipación de la edad de jubilación (a propósito del Real Decreto-ley 5/1998, de 29 de mayo)”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 14, 1999.
 - “La jubilación flexible, últimas modificaciones en el régimen jurídico de la pensión de Seguridad Social por jubilación”, *RRLI*, tomo I, 2002.
 - “La seguridad social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, *CEF, RTSS*, núm. 346, enero 2012.
- PAREDES RODRÍGUEZ, José Mario, “La integración de los empleados de hogar en el régimen general de la Seguridad Social”, *AS* 8/2011.
- PARLAMENTO EUROPEO,
 - *Resolución 45/158, edición B7-0296/2011.*
 - *Resolución sobre la regulación de la asistencia doméstica para particulares, de 30 de noviembre de 2000, OJ C 228, 13 de agosto de 2001*
- PEDREGAL, Luis J., “El portero en el Derecho laboral, en el policial y en el penal”, *Revista General del Derecho*, tomo IV, 1948.
- PÉREZ BOTIJA, Eugenio,
 - “Los salarios en relación con la familia y el rendimiento. Estudio de la reciente legislación española y portuguesa”, *Revista del Trabajo* núm. 37, 1942.
 - *El contrato de trabajo. Comentarios a la Ley, doctrina y jurisprudencia*, Edit. Afrodisio Aguado, Madrid 1945.
 - “Jurisprudencia Social. Contrato de Trabajo”, en *Revista General de Legislación y jurisprudencia*, abril 1952.
 - *Derecho del Trabajo, apéndice a la cuarta edición*, Tecnos 1956.
- PÉREZ DEL RÍO, Teresa, “Discriminación por razón de género y negociación colectiva”, *Formación y acreditación en consultoría para la igualdad de mujeres y hombres*. /www.emakunde.euskadi.net/
- PÉREZ FUENTES, Pilar, “Ganadores de pan y amas de casa: Los límites del modelo de Male Breadwinner Family. Vizcaya 1900-1965”, VV. AA. (edit. Sarasúa, Carmen y Gávez, Lina), *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*, Universidad de Alicante, 2003.

- PÉREZ GONZÁLEZ, Esteban, “Aspecto social del servicio doméstico”, *Revista del Trabajo* núm. 2, 1944.
- PÉREZ INFANTE, José Ignacio, *Las estadísticas del mercado de trabajo en España*, Ministerio de Trabajo, 2006.
- PÉREZ LEÑERO, José, “La nueva Ley de Contrato de Trabajo”, *Revista del Trabajo* núm. 2, 1944.
- PERPIÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO, “El sujeto protegido por las leyes de previsión social. Conceptualismo jurídico y finalidad social”, *Boletín informativo del INP*, volumen II, 1945.
- PETERSON ELIN, “The invisible carers: framing domestic work(ers) in Gender Equality Politics in Spain” *European Journal of Women Studies*, núm. 14, 2007.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, 1989.
- PIETERS, Danny, “Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?”, *Tribuna Social* núm. 207, monográfico sobre *Régimen laboral y de Seguridad Social de los empleados del hogar: propuestas de futuro*, 2008.
- PIINA, Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción, www.igualeseintransferibles.org/.
- PUMAR BELTRÁN, NURIA, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Aranzadi 2001.
- PUMAR BELTRAN, Nuria y REVILLA ESTEVE, Eugenia, “La nueva normativa de acceso a la jubilación anticipada para determinados colectivos de regímenes especiales en virtud de reglas de cómputo recíproco de cotizaciones”, *REDT* núm. 95, 1999.
- QUESADA SEGURA, Rosa,
 - *El contrato de servicio doméstico*, La Ley 1991.
 - “La distinción entre la colocación au pair y la relación laboral de trabajo al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas.” en *AS* núm. 4, mayo 1999.
 - “El trabajo au pair: entre la laboralidad y la tutela extralaboral”, VV. AA., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán*, Tecnos 1999.
 - “Régimen especial de empleados de hogar”, VV. AA., (coord. Monereo PÉREZ, José Luis, Molina Navarrete, Cristóbal y Moreno Vida, María Nieves), *La seguridad social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras. Homenaje al profesor José Vida Soria con motivo de su jubilación*, Comares, 2008.
- QUINTANILLA ÁLVAREZ, Bernardino, “Los porteros de casa particulares, ¿se hallan protegidos por la Legislación o Fuero Laboral?”, *Revista General de Derecho*, tomo III, 1947.
- QUINTERO LIMA, M^a Gema, *Derecho transitorio de Seguridad Social*, La Ley, 2006.
- RAMÍREZ MACHADO, José María, *Domestic work, conditions of work and employment: a legal perspective*, ILO Conditions of Work and Employment Series núm. 7, OIT, 2003.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel,
 - “La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar (RD 1424/85 de 1 de agosto)”, *AL*, vol I, 1986.

- “La relación laboral especial de trabajo al servicio del hogar familiar”, VV. AA., (dir. Efrén Borrajo Dacruz), *Comentarios a las leyes laborales, El Estatuto de los Trabajadores Revista de Derecho Privado*, tomo II, 1987.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan, GARCÍA ORTEGA, Jesús, y SALA FRANCO, Tomás, *Curso de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 1997.
- SÁNCHEZ CUBEL, Dolores, *Todo sobre la nueva ley de prevención de riesgos laborales*, Edit. Praxis 1996.
- SÁNCHEZ ICART, Francisco Javier, “La relación laboral de los trabajadores domésticos” *CEF, RTSS*, núm. 27/1996.
- Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer,
 - (SMA, Management, S.L.), *Valoración de la carga física en las Empleadas de Hogar de Bizkaia*, 1998, publicado en www.ath-ele.com.
 - *Diagnóstico de las condiciones laborales de las empleadas domésticas de la CAV*, 2005, no publicado.
- REGIDURÍA CENTRAL DE TRABAJO DE FET Y JONS, *Visitadoras sociales de la sección femenina: orientaciones generales para el ejercicio de sus funciones en el Montepío Nacional del Servicio Doméstico*, 1965.
- RIERA VAYREDA, Carlos, *El despido nulo*, Tirant Lo Blanch, 1999.
- RIVAS VALLEJO, Pilar, “El Real Decreto 1251/2001: el largamente esperado Reglamento de las prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo”, *AS* 20/2001, BIB 2002\40.
- RIVERO LAMAS, JUAN, “La garantía de los derechos constitucionales”, VV. AA., (coord. Molina Navarrete, Cristóbal, Monereo Pérez, José Luis, y Moreno Vida, M^a Nieves), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares 2002.
- RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis y otros, “Propuestas jurídicas para la reforma de la normativa del sector”, *Proyecto Persona Empleada, ni sirvienta ni criada*, Andalucía Acoge, 2007.
- RODRÍGUEZ CARDO, Iván Antonio,
 - “Los trabajos amistosos, benévolo y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente”, *AL* núm. 22, 1-15 diciembre 2007.
 - *La seguridad social de los Empleados, Cargos y Servidores públicos*, Thomson-Aranzadi, 2008.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana, “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”, *Tribuna Social*, núm. 131, noviembre 2001.
- RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, “Programa de fomento de empleo para el año 2001. Beneficios de Seguridad Social. Acerca de las bonificaciones en la cotización como medida de fomento de promoción del empleo”, *AS* 1/2001, BIB 420/2001.
- RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel, *Doctrina Laboral del Tribunal Supremo*, tomo I, 1953.
- RODRÍGUEZ RAMOS, María José, GORELLI HERNANDEZ, Juan, VILCHEZ PORRAS, Maximiliano, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, 5^a edición, 2003.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER; Miguel, “La cobertura de la situación de dependencia” *RRL*, tomo I, 2007.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel y GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “La configuración constitucional de la Seguridad Social como condicionante necesario para su reforma”, *II Jornadas universitarias andaluzas de derecho del trabajo y seguridad social*, VV. AA., IELSS, 1985.
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, CAMAS RODA, Ferrán, CAMOS VICTORIA, Ignasi, *Informe sobre la regulación laboral y de seguridad social de la prestación de servicios en el hogar familiar. Propuestas de reforma*, Proyecto Emergim, 24 de octubre de 2004.
- ROMÁN DE LA TORRE, M^a Dolores, “Clasificación profesional y movilidad funcional”, VV. AA., (dir. Valdés Da Re), *La reforma del mercado laboral*, Lex Nova 1994.
- ROMERO, Julio, “Régimen especial de los seguros sociales en la agricultura”, *Revista del Trabajo* núm. 32, 1943.
- ROMEU DE ARMAS, Antonio, “Historia de la Previsión Social en España”, *Revista de Derecho privado*, 1944.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “Principios y valores constitucionales”, VV. AA., *Estudios de derecho constitucional y de ciencia política : homenaje al profesor Rodrigo Fernández-Carvajal*, Universidad de Murcia, 1997.
- RUIZ SALVADOR, José Antonio, *Trabajo a tiempo parcial y fijo discontinuo. Especialidades de su protección social*, Bomarzo, 2003.
- RIERA VAYREDA, Carlos, *El despido nulo*, Tirant lo Blanch, 1999.
- SAGARDOY BENGOCHEA, JUAN ANTONIO “El ámbito subjetivo del trabajo familiar”, *Revista de Política Social* núm. 57, 1963.
- SAIZ GARCÍA, Concepción, *Acreedores de los cónyuges y régimen económico matrimonial de gananciales*, Thomson-Aranzadi, 2006.
- SALA FRANCO, Tomás,
 - “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de servicio doméstico” *RRL*, tomo I, 1986.
 - *Derecho de la prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, 2010.
- SALA GALVÁN, Gemma y LÓPEZ TERRADA, Eva, “La financiación del sistema y la aportación de los beneficiarios”, VV. AA. (coord. Roqueta Buj, Remedios), *La situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, 2009.
- SALAS MÉNDEZ, Patricia, “¿Puede una resolución administrativa excluir a los empleados de hogar a tiempo parcial del régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico?”, *AS*, BIB 2002\36.
- SALINAS, Carmen, “La mujer en el fuero del trabajo”, *Revista del Trabajo* núm. 2, de 1963.
- SALMERÓN RÍOS, Bartolomé, “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.

- SALVADOR BERNAL, Martín, “Servicio doméstico y seguridad social”, *Revista de Política Social* núm. 10, 1951
- SAMANIEGO BONET, Mercedes, *La Unificación de los Seguros Sociales a debate. La segunda república*, Ministerio de Trabajo, 1988.
- SÁNCHEZ ICART, Francisco Javier, “La relación laboral de los trabajadores domésticos” en *CEF, RTSS*, núm. 27/1996.
- SÁNCHEZ JIMENEZ, José, *Cáritas Española, 1942-1997*, edit. Cáritas Española, 1998.
- SÁNCHEZ URAÑA, Yolanda,
 - “Sentencia 37/1994, de 10 de febrero. La garantía institucional en materia de Seguridad Social y la configuración constitucional del sistema como función del Estado: contenido y límites”, VV. AA., (coords. Alonso Olea, Manuel y Montoya Melgar, Alfredo), *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social. Elenco y estudio de las sentencias del Tribunal Constitucional*, tomo XII, 1994.
 - *Seguridad Social y Constitución*, Cívitas, 2005.
- SARASUA, Carmen, *Criados, nodrizas y amos. El servicio doméstico en la formación del mercado de trabajo madrileño, 1758-1868*, Siglo XXI, 1994.
- SCAEVOLA, Q M. *Código Civil concordado y comentado extensamente*, ed. Reus, tomo XXIV, 1951.
- SELMA PEÑALVA, Alejandra,
 - “Diferencia entre el cuidado no profesional del dependiente prestado por personas del entorno del afectado y la relación laboral especial de los empleados de hogar. Nuevo problema de delimitación de fronteras a raíz de la entrada en vigor de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y familiar de las personas en situación de dependencia”, *CEF, RTSS*, núm. 313, 24/2009.
 - “Inconcreciones en cuanto al régimen de Seguridad Social de los empleados de hogar”, *CEF, RTSS*, núm. 350, mayo 2012.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. “La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboristas” *AS* núm. 4/2005, BIB 1095/2005.
- SEMPERE NAVARRO Antonio, y otros, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Cívitas, 1996.
- SENDIN BLÁZQUEZ, Alberto, *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar: cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*, Ministerio de Trabajo, 2006.
- Sin firma, “El régimen representativo del Montepío del servicio doméstico”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, enero-febrero 1961.
- SOTO CARMONA, Alvaro, *El trabajo industrial en la España Contemporánea (1874-1936)*. Edit. Anthropos, 1989.
- TAPIA HERMIDA, Antonio, “El derecho a disfrutar vacaciones anuales retribuidas”, *CEF, RTSS*, núm. 280, julio 2006.

- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo,
 - “Sobre la situación actual del Régimen especial de de seguridad social de los empleados de hogar y la necesidad de su homogeneización con el Régimen General”, VV. AA., (dir. Fernández Domínguez, Juan José y Martínez Barroso, M^a de los Reyes, coord. ÁLVAREZ Cuesta, Henar), *Las vías de integración y racionalización de los regímenes especiales*, Ministerio de Trabajo, 2009, apdo. III.
 - “Sobre la situación actual del régimen especial de Seguridad Social de los empleados de hogar y la necesidad de su homogeneización con el régimen general”, VV. AA. (dir. Fernández Domínguez, Juan José y Martínez Barroso, Maria de los Reyes), *Regímenes y sistemas especiales de la Seguridad Social. Entre su pervivencia y su necesaria reforma*, Aranzadi 2011.
- TOHARIA, Luis y otros, *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la afiliación a la Seguridad Social. Un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo, 2009.
- TORADA, Rebeca y MORENO, Neus, “Salud laboral y género”, VV. AA., (coord. Durán M^a Ángeles), *Mujer y trabajo. Problemática actual*, ed. Germania 2001.
- TORTUERO PLAZA, José Luis, “Artículo 7”, VV. AA., (dir. Monereo Pérez, José Luis, y Moreno Vida, M^a Nieves) *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.
- TORTUERO, José Luis y PANIZO, José, *Estructura del sistema de Seguridad Social. Convergencia entre regímenes*, Documento de Trabajo 12/2003, Fundación Alternativas.
- UCELAY RIPOLLÉS, Mariano, *Previsión y Seguros Sociales*, Madrid 1955.
- UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES,
 - “Posición de UGT ante la propuesta de la Administración sobre racionalización y mejora de la Seguridad Social”, en *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982.
 - *Guía de buenas prácticas para la Prevención de Riesgos en la Ayuda a Domicilio*, Fundación para la prevención de riesgos laborales.
www.forodeformacion.org/nuevoForo/.../GUIA_ayuda_domicilio.pdf
- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho Civil español*, tomo III, 1937.
- VANNUTELLI, Césare, “La tutela de la familia en el ámbito de la previsión social”, *Revista del Trabajo*, núm. 7-8, 1948.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Doctrina y Jurisprudencia del Código Civil*, Bosch, 5^a edición. 1999.
- VICENTE PALACIO, Arantzazu, “En busca de la igualdad material de las mujeres: igualdad formal y medidas de acción positiva en materia de seguridad social”, *Lan Harremanak* núm. 25, 2012.
- VICENTE PALACIOS, Arantzazu, BALLESTER PASTOR, Inmaculada y RUANO ALBERTOS, Sara, *Regímenes Especiales de la Seguridad Social. Problemática de su integración en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos*, Ministerio de Trabajo 2009.
- VIDA SORIA, José,
 - “Régimen General y Regímenes Especiales en el sistema de la Seguridad Social Española”, *Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo*, núm 3, Junio 1972.
 - “Los regímenes especiales”, *Papeles de Economía Española*, núm. 12-13, 1982.

- VIDA SORIA, José, SALA FRANCO, Tomás y MALDONADO MOLINA, Juan Antonio, *Jubilación 2003*, Tirant lo Blanch, 2003.
- VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; QUESADA SEGURA, Rosa, *Manual de Seguridad Social*, Tecnos, 2ª edición, 2006.
- VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, *Manual de Derecho del Trabajo*, octava edición, Comares, 2010.
- VILLAR CAÑADA, Isabel, “Seguridad social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial de Empleadas/os de Hogar”, *RRL*, núm. 18, Quincena del 15 al 30, Sep. 2011.
- VIVES CABALLERO, Marta, en “Código europeo de Seguridad Social: comentarios a su contenido y a su ratificación por España”, tomo I, *RRL*, 1995.
- VV. AA., (dir. Jimenez, Adolfo), *Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social para la comisión tripartita del Acuerdo Económico y Social de 1984 (AES)*, Colección Informes. Ministerio de Trabajo, 1985.
- VV. AA., *La legislación social en la historia de España de la revolución liberal a 1936*, Ed. Congreso de los Diputados 1987.
- VV. AA., *Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas. Informe de la Comisión de Expertos para el Diálogo Social*, 31 de Enero 2005, Ministerio de Trabajo, 2005.
- VV. AA., *La protección de la dependencia*, coord. Roqueta Buj, Remedios, Tirant lo Blanch 2007.
- VV. AA., (dir. PLA JULIÁN, Isabel), *Informalidad del empleo y precariedad laboral de las empleadas de hogar*, Universidad de Valencia, 2004.
- VV. AA., (dir. GARCÍA NINET, José Ignacio), *Régimen Laboral y de Seguridad Social de los empleados de hogar: propuestas de futuro*. Número monográfico, *Tribuna Social*, 207/2008.
- YANINI BAEZA, Jaime, “Régimen Especial de Empleados de Hogar” VV. AA. *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, CISS, 1998.

Anexo I.

Algunos datos sobre el empleo de hogar

En el inicio de los censos profesionales

La cuantificación del número de sirvientes domésticos plantea problemas por la falta de homogeneidad del término en los diferentes censos. El de 1860 incluye en el servicio doméstico a los criados agrícolas, mientras que en los de 1877 y 1887 se añaden a los servicios domésticos los personales. Unido a esto, no aparecen computadas las personas que no trabajaban de forma permanente en las casas¹.

En el censo de 1860 la cantidad de mujeres y hombres dedicados al servicio doméstico es similar: 401.642 varones y 416.506 mujeres. En el año 1877 pasan a ser 93.106 varones y 313.597 mujeres, lo que se explica por la desaparición de los criados agrícolas en el grupo profesional de los sirvientes.

En los años 1900, 1910, 1920 y 1930, sobre la población total de sirvientes domésticos aparece un porcentaje de mujeres en torno al 88%, cifra que ya no disminuirá en el futuro². Dentro de las personas dedicadas al sector terciario, el servicio doméstico constituía un 29,30% en 1900; y en 1930 un 25%³. Según El Heraldo de Madrid, en 1906 el 24% de las mujeres trabajaba en el sector⁴.

De acuerdo con el servicio de estudios del Banco de Bilbao, en el año 1955 había 550.216 personas ocupadas en el servicio doméstico⁵; en los años posteriores presenta un continuado descenso⁶.

El Montepío del Servicio Doméstico

A pocos meses de su implantación, el MNSD daba la cifra de 250.000 altas y otras 50.000 en trámite de admisión⁷.

Tanto en la época del MNSD como en los primeros años del RESS, de acuerdo con las cifras oficiales, el servicio doméstico era la actividad dominante entre las ocupaciones de las mujeres en el sector servicios, mientras que a partir de 1970 pasa a serlo el comercio⁸.

La caída de la actividad remunerada de las mujeres era muy importante a partir de los 25 años en todos los sectores, también en el servicio doméstico, coincidiendo con la edad del matrimonio en la época.

1 SOTO CARMONA, Álvaro, *El trabajo industrial en la España Contemporánea (1874-1936)*, pág. 153.

2 *Ibidem*, pág. 23.

3 *Ibidem*, pág. 149.

4 *Ibidem*, citando en pág. 689 a Juan José Morato en el artículo “La vida de la mujer”, del *Heraldo de Madrid* de 1906.

5 En 1955 el servicio doméstico ocupaba a 492.507 sirvientes y cocineros y otros 57.709 porteros, lavanderas, costureras y mayordomos. La categoría porteros es probable que encuadrarse a quienes prestaban servicios para comunidades de vecindad, lo que les excluiría del campo de quienes se entienden hoy como servicio doméstico. Ver *Renta Nacional de España y su distribución provincial*, 1955, Edit. Banco de Bilbao 1956, pág. 27.

6 *Renta Nacional de España, Serie Homogénea años 1955-1993*, Edit. Banco Bilbao Vizcaya, 1995, págs. 284 y 285, recoge el detalle provincial del periodo. Respecto al dato de 1995, *Renta Nacional de España* de 1995, pág. 307.

7 La Vanguardia Española, “Mas de 250.000 afiliadas al Montepío del Servicio Doméstico”, ejemplar del 30-6-1960, pág. 8.

8 ALBERDI, Inés, “Actividad laboral de las mujeres”, VV. AA. (coord. Del Campo, Salustiano), *Tendencias Sociales en España (1960-1990)*, Fundación BBV, vol. I, 1990, pág. 288.

En esta rama de actividad el matrimonio no era causa de excedencia forzosa pero sí causa impeditiva del alta en el MNSD, hasta que por Orden de 3 de mayo de 1962 se suprime la prohibición derivada del estado civil. Posteriormente, el alta de las casadas se sigue penalizando por vía indirecta.

Cuadro nº 1.		
Edad de las afiliadas al Montepío Nacional del Servicio Doméstico en 1968		
	año 1968	
	Normal	asistentas
Hasta 24 años	80.193	474
25 a 34	48.826	932
35 a 44	24.344	2.472
45 a 54	35.079	4.661
55	5.098	912
56	3.769	831
57	3.639	632

Fuente: Memoria Estadística de las Contingencias de la Seguridad Social administradas por el Instituto Nacional de Previsión, correspondiente a 1968. Edit. INP septiembre de 1969.

Nota: “Normal” es el término utilizado para designar a las trabajadoras que en el RESS se denominarían fijas.

Pese a lo que expresa el cuadro, la bajada real de la ocupación de las casadas era inferior a la que reflejaban las estadísticas oficiales de la economía –en éste y en los demás sectores- porque el ideal de varón sustentador y la esposa dedicada exclusivamente a las tareas domésticas era una meta que no estaba al alcance de muchas de las familias trabajadoras⁹. En el trabajo doméstico remunerado esta realidad adquiría especial presencia, con la posibilidad realizar trabajo a tiempo parcial en un marco legal en el que la obligación de cotizar “por horas” no tenía unos perfiles claros en cuanto a cuál era la duración de la jornada que convertía la cotización en algo obligatorio y tampoco a partir de qué límite la obligación se trasladaba a la parte trabajadora.

Por otro lado, en muchos casos la falta de alta en la seguridad social era un interés de ambas partes, empleadora y trabajadora: las hipotéticas prestaciones futuras no compensaban la pérdida de los ingresos suplementarios que los hombres podían obtener con el plus familiar, siempre que tuviesen una esposa oficialmente a cargo y sin empleo.

De acuerdo con las estadísticas sobre alta en la Seguridad Social de fijas y discontinuas, ya desde el comienzo del establecimiento del doble sistema de cotización la actividad no declarada debió ser muy importante.

9 PÉREZ FUENTES, Pilar, “Ganadores de pan y amas de casa: Los límites del modelo de Male Breadwinner Family. Vizcaya 1900-1965”, VV. AA. (edit. Sarasúa, Carmen y Gálvez, Lina), *¿Privilegios o eficiencia? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*, Universidad de Alicante, 2003, págs. 228 y ss.

El paso del Montepío al RESS

El paso del Montepío de la Divina Pastora al Régimen Especial de la Seguridad Social en 1969 tuvo alguna consecuencia en cuanto a descenso de la afiliación, que la Mutualidad Nacional de empleados de hogar consideró normal. El descenso se produjo ante el anuncio de las nuevas normas de cotización del futuro Régimen Especial, cuya vigencia comenzaba el 1 de enero¹⁰.

Cuadro nº 2.				
Número de afiliadas al RESS entre 1970 y 1979 e importe de las cuotas				
	Fijas	Discontinuas	Totales	Cuotas (en pesetas)
1967	227.418	14.807	242.229	40
1968	248.734	13.970	262.705	40
1969	228.125	19.061	247.186	40
1970	Enero	154.276	173.192	175
	Diciembre	174.055	203.392	
1971	177.483	34.146	211.629	215
1972	185.849	43.520	229.369	250
1973	200.152	54.648	254.800	250
1974	208.035	63.559	271.594	250
1975	219.559	71.989	291.548	250
1976	222.306	80.294	302.600	Enero 250; abril 621; octubre 828
1977	223.533	86.723	310.256	Enero 828; abril 1.320; octubre 1.500
1978	--	--	385.900	Enero 1.500; octubre 1.800
1979	230.834	102.819	333.653	Enero 2.160; abril 2.304; octubre 2.484

Fuente: Elaboración propia en base a *Memoria Estadística de las Contingencias de la Seguridad Social administradas por el INP*, 1967 a 1979; *Memoria Estadística del INSS, 1979*, Ministerio de Sanidad y Seguridad Social; Normas de salario mínimo en el periodo 1976-1979.

El cuadro anterior refleja una importante disminución de las trabajadoras de alta en el llamado régimen “normal”, en enero del año 1970, pero en las Memorias de la actividad del Montepío en 1970 se señala que la anómala bajada se debió a también la depuración de ficheros. En el posterior balance se consideró que el paso del Montepío a la Mutualidad no había supuesto descenso de la afiliación¹¹. Independientemente de lo anterior, se ha estimado que en 1970 existía un gran volumen de empleo no declarado: las personas de alta en el RESS eran 193.651 y 581.000 las personas ocupadas en la actividad¹². El incremento de las cuotas en el año 1976, al cambiar el sistema de cuota fija por el de porcentaje de la base de cotización,

¹⁰ Memoria del INS, vol. II, 1969, pág. 181.

¹¹ De acuerdo *Memoria Estadística de las Contingencias de la Seguridad Social administradas por el Instituto Nacional de Previsión*, año 1971, pág. 229.

¹² ALBERDI, Inés, “Actividad laboral de las mujeres”,...cit., pág. 288 y cuadro 3.4.6, citando a Alvaro ESPINA, *Empleo, Democracia y Relaciones Industriales en España*, Ministerio de Trabajo 1990.

aparentemente no influyó en las altas en el RESS. Pero en el año 1979 sí hay un importante descenso de las personas en alta que podría relacionarse con la cuantía de la cuota: el tipo inicial del 10% en 1976 asciende al 12% a partir de enero de 1979, y la base aumenta tres veces, en enero, abril y octubre.

A partir de 1971, el número de las trabajadoras domésticas discontinuas fue ascendiendo en una progresión mucho mayor que el de las continuas. Las afiliadas en la Mutuality Nacional de Empleados de Hogar como discontinuas pasaron de 34.146 en 1971 a 102.819 en 1979, mientras en el mismo periodo las fijas pasaban de 177.483 a 230.834.

De acuerdo con las cifras que derivan de la Encuesta de Condiciones de Vida y de Trabajo de 1985, en esa fecha el empleo doméstico era la rama de actividad que empleaba a más mujeres, un 16.47%¹³.

Entre 1983 a 1985 las altas en el RESS tuvieron un brusco descenso que continuó con fuerza en 1986 y que cabe atribuir a un reajuste provocado por los fuertes incrementos de la base de cotización en los años 1984 y 1985, para hacerla confluir con las bases mínimas del régimen general. El tipo de cotización también se eleva: en el año 1984, del 12% en el que estaba desde 1979 pasa al 16%, y en el año 1985 se establece en el 20%. En 1989 llega hasta el 22%.

La subida de cuotas¹⁴ trajo consigo un descenso abrupto en las altas, que se presume afectó a personas que estaban inscritas sin tener realmente actividad en el sector, pero también a trabajadoras domésticas¹⁵ El descenso sigue más paulatinamente hasta tocar fondo en 1997, fecha en la que comienza a remontar.

Cuadro nº 3.			
Evolución personas de alta de diciembre de 1980 a diciembre de 1999			
1980	345.783	1990	184.673
1981	362.942	1991	172.751
1982	382.258	1992	169.800
1983	398.468	1993	156.366
1984	363.855	1994	147.466
1985	309.893	1995	143.675
1986	274.170	1996	143.308
1987	250.359	1997	141.257
1988	226.000	1998	145.417
1989	203.352	1999	151.369

Fuente: Elaboración propia en base a Memoria Estadística del INSS de 1986, Anuarios de estadísticas laborales Ministerio de Trabajo, 1982-3 a 1999.

13 COLECTIVO IOÉ, *El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida*, Juventud Obrera Cristiana de España (JOCE), 1990, pág. 43.

14 *Ibidem*. Se cuantifican en un punto de partida de 3.859 pts. en 1983, a 6.326 en 1984, a 9.744 en 1987 y 11.986 en 1989, citando en nota al pie 42 el artículo de SALLÉ, María Ángeles "Problemas metodológicos del servicio doméstico en España", VV. AA., *El trabajo de las mujeres*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1987, págs. 61-69.

15 *Ibidem*, nota al pie 61.

El año 2000 comienza con 40.400 trabajadoras discontinuas, lo que supone un importante descenso desde las 106.582 del año 1979. La cifra es llamativa teniendo en cuenta que en ese periodo debió incrementarse la cantidad de personas que contrataban empleo doméstico por horas, de acuerdo con el ascenso en cifras absolutas del total de las mujeres ocupadas en el periodo. Según la EPA, en el último trimestre de 1979, las mujeres ocupadas a partir de los 25 años eran 2.454.300; en el año 2000 eran más del doble, 5.065.900. Sin duda, una parte creciente de las familias contrataba empleo doméstico.

La estadística sobre evolución de las altas de continuas y discontinuas a partir del año 2000 muestra que del comienzo al final del periodo la cantidad de discontinuas se ha doblado. En 2006 el promedio de discontinuas triplica al año 2000, y coincide con el periodo posterior al proceso de regularización extraordinario de personas extranjeras del año 2005, fecha en la que las discontinuas se incrementan casi en el 100% respecto al año anterior.

Respecto al incremento de las altas como personal discontinuo en 2005 y siguientes y la sombra de fraude que se extiende sobre el hecho, el Colectivo IOÉ señala como práctica frecuente el alta en el RESS por parte de personas que trabajan irregularmente en otros sectores¹⁶. Cuando prestando servicios por cuenta ajena no han conseguido que sus empleadores les diesen de alta, han acudido al RESS por la posibilidad de hacer la gestión por si mismas.

Cuadro nº 4.				
Evolución del número de empleadas entre 2000 y 2011				
Año	Fijas	Discontinuas	Porcentaje discontinuas	Total
2000	110.700	40.400	27	151.100
2001	112.500	43.400	28	155.900
2002	125.600	50.400	29	176.000
2003	128.100	56.400	31	184.600
2004	123.900	57.000	31	181.000
2005	182.700	102.000	36	284.700
2006	206.000	129.500	39	335.600
2007	176.500	99.000	36	275.000
2008	186.500	93.500	33	280.000
2009	198.700	89.300	31	288.000
2010	213.694	83.257	28	292.279
2011	211.063	85.229	28	296.292

Fuente: Elaboración propia, en base a: [/www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/aaa/SeriesDeAfiliacionPublicadasDesde1999/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/aaa/SeriesDeAfiliacionPublicadasDesde1999/index.htm)

Nota: Promedios anuales.

¹⁶ COLECTIVO IOÉ, *La inmigración ecuatoriana en España. Una visión a través de las fuentes estadísticas*, Ministerio de Trabajo, 2007, nota al pie 23.

Estimaciones sobre el trabajo no declarado

Es difícil conocer por la vía de las estadísticas publicadas cuántas son las personas que se han dedicado al empleo doméstico durante la vigencia del RESS¹⁷.

De acuerdo con María Ángeles Durán, la información es limitada y de escasa calidad¹⁸. La obra en la que se hace esta afirmación es de 1988, pero en algunos aspectos las fuentes continúan siendo comparativamente pobres con respecto a otras ramas de actividad. El Colectivo IOÉ, en su trabajo de investigación de 1990 sobre la realidad del empleo doméstico en España¹⁹, ante la falta de otras fuentes utilizaba para sus estimaciones la Encuesta de Presupuestos Familiares (en la que aparece el gasto en servicio doméstico dentro de los equipamientos del hogar) señalando la insuficiencia de los datos. En el año 2009, la Encuesta ha incluido un módulo específico sobre servicio doméstico, que se comentará más adelante.

Las Encuestas Trimestral y Anual de Coste Laboral²⁰ excluyen al personal doméstico y al de organismos extraterritoriales. De entre los datos que recoge la encuesta y no se obtienen por otras vías estadísticas, la inclusión serviría para conocer los salarios en metálico y en especie.

La Encuesta de Coyuntura Laboral excluía el empleo doméstico al tener su ámbito circunscrito a los Regímenes General y de la Minería del Carbón²¹. La integración de los empleados de hogar en el Régimen General podría significar su inclusión en la encuesta, lo que es prematuro suponer y no está aún definido.

En la clasificación nacional de ocupaciones CNO-94 el código de ocupación de los empleados de hogar es el 911, pero se publica únicamente desagregado a dos dígitos y va unido al personal de limpieza de oficinas, hoteles y similares (código 912), por lo que las estadísticas referidas a la ocupación no informan sobre el sector, salvo petición a medida al INE.

En la EPA, el trabajo doméstico remunerado está incluido en la rama de actividad “Hogares que emplean personal doméstico” (antes código 95 de la CNAE-93, ahora código 97 de la CNAE-09). En esa actividad, además de las tareas de código 911 en la ocupación de servicio doméstico, se comprenden otras con códigos distintos: jardineros, chóferes y porteros, en los que están incluidas todas las personas que trabajan para comunidades de propietarios, lo que quiere decir que no todas las personas que trabajen con actividad 97 serán empleadas de hogar.

Entre los problemas y limitaciones de la EPA, se señalan la posible ocultación de la información por parte de las personas que trabajan irregularmente sin estar dadas de alta en la seguridad social por cualquier razón, incluyendo a quienes perciben prestaciones por desempleo o pensiones incompatibles

17 El periódico *Pueblo* de 29 de agosto de 1981 titulaba la noticia sobre una futura reglamentación laboral para el sector: “Un millón de empleadas del hogar por primera vez en España tendrán reglamentación laboral”. Daba en el artículo la cifra de 700.000 en 1970; 850.000 en 1977; 900.000 en 1978 y un millón en 1979.

18 DURÁN, María Ángeles y otras, *De puertas adentro*, Instituto de la Mujer, 1988, pág. 148.

19 COLECTIVO IOÉ, *El servicio doméstico en España, entre el trabajo invisible...* cit. pág. 29 y ss.

20 <http://www.ine.es/metodologia/t22/t2230132a.htm> (10/07/2012).

21 <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ecl/ecl32011/ANE/metodo.htm> (10/07/2012).

con el trabajo; también las dificultades de la encuesta para detectar a los extranjeros²², que en mayor medida tenderán a evitar proporcionar sus datos en caso de que carezcan de permiso de trabajo.

Aún con todas las limitaciones señaladas, el cuadro siguiente estima el porcentaje de personas dedicadas al empleo doméstico que está de alta en la Seguridad Social.

Cuadro nº 5.			
Porcentaje sobre la EPA de empleadas en alta en la Seguridad Social			
Año	EPA Hogar	RG y RETA	% alta RESS
2000	405.200	17.333 y 210	39
2001	417.900	17.334 y 241	39
2002	416.800	18.762 y 281	44
2003	542.600	36.900 y 300	37
2004	591.400	36.500 y 300	33
2005	682.800	35.800 y 300	44
2006	760.600	35.200 y 300	46
2007	770.000	40.400 y 400	38
2008	752.600	41.600 y 400	39
2009	725.300	42.700 y 300	42
2010	746.900	43.500 y 300	42

Fuente: Elaboración propia en base a los Anuarios de estadísticas laborales 2000-2010.

Nota: Promedios anuales.

EPA HOGAR: La CNAE de 1993, en la actividad 95, denominada “Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico”, incluye a todas las personas al servicio de personas físicas, como doncellas, cocineros, camareros, ayudas de cámara, mayordomos, jardineros, porteros, chóferes, conserjes, niñeras, etc. También a las actividades al servicio de las Comunidades de propietarios.

A partir de 2009, la actividad se corresponde con el epígrafe 97 de la EPA, en los mismos términos y con igual ámbito de actividades.

RG y RETA: Son las personas de la EPA Hogar que están de alta en el Régimen General y el RETA por no ser empleados de hogar. En el Régimen General estarán también los chóferes particulares, trabajadores de hogar desde el punto de vista laboral.

% alta RESS: estima el porcentaje de empleadas de hogar que está de alta en el RESS, calculado sobre la cantidad resultante de restar la EPA Hogar y las altas en RG y RETA. Se parte del supuesto de que no existiesen personas sujetas al RG y RETA sin dar de alta, lo que no es exacto pero permite una aproximación a la cuestión.

²² PÉREZ INFANTE, José Ignacio, *Las estadísticas del mercado de trabajo en España*, Ministerio de Trabajo, 2006, págs. 180-181.

El paso al sistema especial del Régimen General

De acuerdo con la EPA, en diciembre de 2011 el 7,6% de las mujeres ocupadas estaba clasificada en el epígrafe 97, de hogares que emplean personal doméstico.

Cuadro nº 6. Empleo doméstico sin alta a 31 de diciembre de 2011			
EPA hogar	RG y RETA	RESS	Ocupadas sin alta
665.900	43.874	294,916	327.110

Fuente: Elaboración propia en base al Anuario de estadísticas laborales de 2011.

A fecha 30 de junio de 2012, 351.400 personas estaban de alta en el sistema especial de empleados de hogar. En relación con las 294.916 de alta a final de diciembre de 2011, supone únicamente un incremento de 56.484 personas.

Si en diciembre de 2011 había 327.110 personas ocupadas sin alta en el empleo doméstico, calculadas con los criterios expuestos en el cuadro nº 5, se puede estimar que las nuevas altas a 30 de junio de 2012 suponen aproximadamente un 17% del empleo no declarado.

Algunos datos aislados sobre trabajo no declarado

El estudio de 1990 *El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida* daba una estimación de mucho interés: el 22,3% de las mujeres activas había pasado por la experiencia del empleo doméstico²³.

La investigación de 1991 *O Servicio Doméstico en Galicia. Indagación sobre condicions de vida e traballo*²⁴, estima que un 20% las internas y un 57,7% de las externas a tiempo completo no estaban de alta en la seguridad social. Respecto a las externas discontinuas un 81,7% de las que debían estar de alta no lo estaban. Un 28,6% del total de las trabajadoras en situación ilegal en Galicia, justificaba la falta de alta en que ya consideraba tener cobertura de seguridad social por vía familiar, de padre o marido²⁵.

El 27 de noviembre de 1997, el PSOE presentaba en el Senado una moción para instar al gobierno a tomar medidas en materia de Seguridad Social para aflorar el empleo doméstico, cifrando en un 75% la irregularidad en el sector, en el que se estaba produciendo un descenso continuo de la afiliación²⁶. La estimación del Colectivo IOÉ para 1999 era de 565.000 personas en el empleo de hogar, 16,7% de ellas eran extranjeras²⁷. De acuerdo con los datos de afiliación en la fecha, suponía un 73% de trabajo no declarado.

23 COLECTIVO IOÉ, *El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible...*, cit. pág. 89.

24 GONZÁLEZ GARCÍA, Francisca, *O Servicio Doméstico en Galicia: Indagación sobre Condicións de Vida e Traballo*. Ed. Xunta de Galicia. Consellería de Traballo e Servizos Sociais, 1992.

25 *Ibidem*, pág. 42.

26 BOCG, I-318, 3 de noviembre de 1997.

27 COLECTIVO IOÉ, *Mujer, inmigración y trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pág. 450.

Del resultado de las Encuestas a mujeres en situación laboral irregular y regular en el año 2003, en el marco de la investigación *La presencia de las mujeres en el empleo irregular* se deduce que el empleo doméstico concentra el 30% del empleo irregular femenino²⁸.

Clasificando la irregularidad como exenta (casos en que la norma exime de cotizar al RESS) y estricta, sostenían que el 89% de las trabajadoras estaban en esta última²⁹.

Por nacionalidad, la irregularidad se distribuía como se indica en el siguiente cuadro.

Cuadro ° 6.		
Distribución de la irregularidad entre españolas y extranjeras		
Año 2003	Irregular estricta	Exentas
Españolas	77,7	86,3
Extranjeras	22,3	13,7

Fuente: CEET (Encuesta a Mujeres en situación laboral irregular), pág. 121.

El 67% de las mujeres mayores de 50 años manifiestan que no están de alta en la seguridad social porque no les compensa o no les interesa, pues sus ingresos son un complemento de la renta familiar y las prestaciones sociales que puedan necesitar están cubiertas por su pareja³⁰.

Según el *Estudio sobre la situación laboral de las personas empleadas en el servicio doméstico de la CAPV* de mayo de 2011, en la CAV había 108.426 hogares contratantes, y 89.423 empleadas de hogar; el 10% trabajaba en más de un domicilio. En diciembre de 2010, fecha aproximada de las encuestas en que se basaron las conclusiones de la investigación, las trabajadoras de alta en el RESS eran 14.700, esto es, un 16%. Entre las que no estaban de alta, el estudio no distingue la circunstancia de si el alta era o no obligada.

Cuadro n° 7.					
Motivos principales de la falta de alta en la seguridad social. No me compensa					
	Española	Extranjera	Externa	Interna	Total
No me compensa económicamente	31,4	22,1	29,5	6,9	28,4%
No quiere quien me emplea	20	34	23,9	37	24,5
No queremos quien me emplea ni yo	29,4	10,5	24,4	0,8	23,3
No tengo autorización para trabajar	0,0	11,8	2,9	22,8	3,8
No cumplo las horas	7,3	6,3	7,3	0,0	7

Fuente: *Estudio sobre la situación laboral de las personas empleadas en el servicio doméstico de la CAPV* de mayo de 2011. Cuadro pág. 2/2.

28 CENTRO DE ESTUDIOS ECONÓMICOS TOMILLO, S.L., (equipo investigación De Cabo, Gema, y otros), *La presencia de las mujeres en el empleo irregular*, ed. Instituto de la Mujer, 2005, pág. 271.

29 *Ibidem*, pág. 272.

30 *Ibidem*, pág. 270.

Las trabajadoras españolas están más frecuentemente de acuerdo con la falta de alta, lo que tiene su explicación en la cobertura familiar que les permite a su juicio prescindir de la cotización a la seguridad social. De las internas que no están de alta, un 37% no lo está por decisión unilateral del empleador; debe tenerse en cuenta que la casi totalidad de las internas son extranjeras.

Altas por sexo y nacionalidad

Cuadro nº 8.		
Porcentaje de mujeres y personas extranjeras en el RESS		
	% mujeres	% extranjeros
2000	94	32
2001	95	35
2002	94	48
2003	95	41
2004	95	42
2005	95	89
2006	92	56
2007	94	55
2008	93	61
2009	93	61
2010	93	61

Fuente: Elaboración propia. Anuario de Estadísticas laborales 2000-2010.

Se puede apreciar que en el periodo recogido en el cuadro el porcentaje de mujeres en el RESS es prácticamente el mismo.

El de personas extranjeras es ascendente, hasta el punto de casi doblar entre 2000 y 2010. Del año 2005 al 2007 hay un gran descenso, que se ha atribuido al paso de las personas que regularizaron su situación en 2005 a otras ramas de actividad, y fueron sustituidas por empleadas de hogar sin autorización para trabajar³¹. Obviamente también estas personas son mayoritariamente mujeres.

Empleo doméstico a tiempo parcial

Según la EPA, las personas ocupadas en el epígrafe de actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico prestan servicios a tiempo parcial en un porcentaje bastante constante. En primer trimestre de 2008 era del 54%, en el segundo trimestre del 2012 es del 52,1%.

³¹ Así explicaba el descenso de afiliadas en alta en el RESS Octavio Granados, secretario de Estado de Seguridad Social en el periódico Expansión, de 4-7-2007.

El promedio de las horas que se trabajan según la EPA está en torno a las 27,5 semanales³². De acuerdo con el informe de 2011 *Estudio sobre la situación laboral de las personas empleadas en el servicio doméstico de la CAPV*³³, las trabajadoras domésticas autóctonas trabajan un promedio de 19,53 horas a la semana, las extranjeras, 35,56 horas. Según un estudio anterior de Emakunde- Instituto Vasco de la Mujer, de 2005, *Diagnóstico de las condiciones laborales de las empleadas domésticas de la CAV*, el 54% de las empleadas de hogar de la CAV trabajaba menos de 30 horas semanales³⁴.

Según el estudio, *O servicio doméstico en Galicia*, de 1991, un 83,4% de las empleadas trabajaban 6 o menos horas diarias³⁵.

Prestaciones de la Seguridad Social

En el primer semestre de 2012 el 92 % de las personas pensionistas en el RESS son mujeres.

De acuerdo con el Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo de 2008, a 1 de agosto de 2008 en el 36,5% de las pensiones de jubilación del RESS vigentes el periodo de cotización había sido de 15 años; en el 31,24% de los casos estaba entre 15 y 20 años. En el 88,87% de las pensiones los años cotizados habían sido menos de 35³⁶.

El 1 de junio de 2012, el 59,80% de las pensiones de jubilación en vigor y el 55,11% de las de incapacidad permanente tenían complemento a mínimos³⁷. Pero la cifra de las jubilaciones con complemento debe ser superior, de acuerdo con el criterio de cómputo utilizado en el Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo de 2008. Este informe daba la cifra de 59,55% de jubilaciones con complemento a mínimos en 2008, pero en las nuevas altas estimaba en un 77,69% las que tenían complemento si no se consideraban las de jubilación del SOVI (comentario a cuadro 4.39 del Informe citado).

La prestación por riesgo durante el embarazo en el RESS empieza a aparecer entre las prestaciones concedidas en el año 2003 (cuadro 4.82). A partir de 2008 aparece el riesgo durante la lactancia natural (cuadro 4.83).

El gasto en pensiones del RESS como porcentaje del gasto total en pensiones en agosto de 2008 era el 2,32% (cuadro 4.58).

32 La cifra es muy parecida en todo el periodo consultado, de 2005 a 2012.

33 DEPARTAMENTO DE ASUNTOS SOCIALES del Gobierno Vasco, mayo de 2011. No publicado.

34 No publicado. Un resumen, en www.ath-ele.com.

35 GONZÁLEZ GARCÍA, Francisca, *O Servicio Doméstico en Galicia...* cit., pág. 4.

36 MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, *Informe sobre el desarrollo del Pacto de Toledo*, Volumen II, 2008, cuadro 4.14.

37 www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/Pensiones_y_pensionistas/Pensiones_contributivas_en_vigor/Por_reg_menes/index.htm.

Hogares y servicio doméstico

En la Encuesta de presupuestos familiares de 2009 se ha incluido sin carácter permanente un módulo sobre servicio doméstico³⁸. Al examinarse la cuestión desde el lado del consumo, los datos no recogen directamente la situación de las trabajadoras individualmente consideradas. Así, el porcentaje de hogares que tiene empleo doméstico femenino es del 99,11%, cifra que puede resultar de que una parte trabaja en más de un hogar (según la encuesta de 2011 del Gobierno Vasco, en la CAV sería un 25,9%). Los datos de alta estatales en el RESS dan para 2009 un porcentaje de mujeres algo menor, del 93%, pero también puede ocurrir que los hombres estén de alta en mayor proporción.

La encuesta del INE concluye que el 14,4% de los hogares de España tienen algún tipo de servicio doméstico regular, cifra que llega al 18,7% de los hogares de municipios con más de 100.000 habitantes. El dato se acerca al que da el estudio ya citado del Gobierno Vasco de 2011, según el cual el porcentaje de hogares contratantes es del 14,2%, repartidos en un 30% de los hogares de clase alta-media, 16,4% en los de clase media-media y 8,5% en los de clase baja-media.

De acuerdo con el INE, en el 58,13% de los hogares contratantes la empleada de hogar es española. Sólo el 8,25% contrata a tiempo completo y la jornada mayoritaria es inferior a 10 horas semanales, que es la que se da en el 78,28% de los hogares. Respecto a quiénes son los empleadores, el 18,99% de los hogares con un solo miembro dispone de servicio doméstico; y el 19,30% de los pensionistas tiene empleada de hogar, cifra que asciende al 22,50% cuando el sustentador principal del hogar tiene 65 o más años.

Respecto a las tareas, si el hogar se compone de una persona o pareja de 65 o más años, en el 15,99% de los casos se contrata para cuidar. Del total de todos los hogares contratantes, el 10,6% contrata para cuidar adultos, un 6,6% para cuidar criaturas. El 3,8% de los hogares contratantes tiene una trabajadora interna. El 91,29% de los hogares con servicio doméstico no cuenta con ninguna ayuda externa para el pago del servicio (se desconoce si este último dato tiene en cuenta la bonificación de cuotas de seguridad social por familia numerosa, existente ya en 2009).

Según el estudio del Gobierno Vasco de 2011, a las trabajadoras internas las tareas de cuidado les ocupan más de la mitad de la jornada laboral y un 61,4 % trabaja de día y de noche. Un 72,4% trabaja también el fin de semana. De entre quienes cuidaban a personas dependientes, el 33,5% era la única responsable de la persona atendida.

38 Boletín informativo del INE, 3/2012 y desglose de los resultados de la Encuesta en la página www.ine.es.

Anexo II.

La práctica de la utilización del cheque empleo servicio en Francia

Fuentes de información:

• Gubernamentales

• Para los textos legales:

[http://www.servicesalapersonne.gouv.fr/professionnels-\(3414\).cml](http://www.servicesalapersonne.gouv.fr/professionnels-(3414).cml).

• Para conocer las actividades consideradas de servicio doméstico:

[http://www.servicesalapersonne.gouv.fr/tous-les-services-\(1399\).cml](http://www.servicesalapersonne.gouv.fr/tous-les-services-(1399).cml).

• Privadas:

Cyrille Gallion, y David Hamelin, presidente y director respectivamente del “Centre d’Information et ressources des services à la personne”, CIR-SP
<http://www.xn--services--la-personne-vzb.net/>.

La práctica de la utilización del cheque empleo servicio en Francia

El objetivo de este apartado es la explicación práctica de cómo puede el empleador doméstico en Francia cumplir con su obligación de declarar a efectos de seguridad social el trabajo de la persona que le presta servicios domésticos.

El trabajo de los empleados de hogar en Francia está sometido al convenio colectivo nacional “du particulier employeur n° 3180”, de 1999. Entró en vigor en el año 2000, suscrito por la patronal FEPEM, y los sindicatos CFDT, CFTC, FO. Su ámbito de aplicación incluye todas las actividades que se pueden contratar como servicio personal a domicilio. La atención regular a domicilio de personas en situación de dependencia es empleo doméstico si la contratación del servicio es directa.

Siglas, su significado:

CESU: cheque emploi service universel (cheque empleo servicio universal).

URSSAF: Union recouvrement securite sociale et des affaires familiales (Unión de recaudación de la seguridad social y asuntos familiares). Es el órgano que cumple las funciones de alta y recaudación del sistema de seguridad social.

Centre National de traitement de cheque emploi service (Centro Nacional de Tratamiento del cheque empleo servicio).

Está situado en la URSSAF de St. Etienne, es el centro de operaciones para la gestión del sistema del cheque.

Volet social: Es el documento que sirve para comunicar los datos a la URSSAF.

ANSP: Agence Nationale des Services á la Personne (Agencia Nacional de Servicios a la Persona) agencia interministerial que impulsa los servicios a la persona, investigando, experimentando y ayudando al control de la calidad de los servicios.

El cheque empleo servicio se puede utilizar para todas las clases de contratación que supongan una prestación laboral de servicio doméstico, sin ningún límite mínimo de duración temporal ni en relación a la jornada. El sistema se compone de un cheque (medio de pago) y de un impreso en el que se declaran todos los datos necesarios para el cálculo de la cotización.

El impreso se denomina *volet social* y está a nombre del empleador. La persona que quiere contratar empleo doméstico se dirigirá a la sucursal bancaria en la que tiene sus depósitos, por teléfono o personalmente, comunicando su voluntad de entrar en el sistema del cheque empleo servicio. Las oficinas bancarias normalmente están abiertas al público desde las 08:30 h hasta las 17:00 h.

El banco enviará al domicilio del empleador, por correo ordinario, un impreso de solicitud. El impreso también podrá recogerse directamente en el banco o en las oficinas del URSSAF, o descargarse de su página de internet en <https://www.cesu.urssaf.fr/cesweb/inscription.jsp>.

Una vez cumplimentado el impreso de solicitud, se entrega en el banco o en la oficina de correos y en un máximo de tres semanas se recibe en el propio domicilio la chequera, con 20 cheques, 20 *volet social* y 20 sobres con la dirección del URSSAF, destinatario de los mismos.

Junto a la chequera se reciben un modelo de contrato de trabajo y un folleto informativo sobre las obligaciones y derechos de las partes del contrato de trabajo doméstico.

El *volet social* llevará incorporado el número que se ha adjudicado al empleador doméstico ante el sistema. Sirve como documento para dar el alta a la persona contratada y simultáneamente para dar cuenta de los salarios abonados que serán base del pago a la seguridad social. Se refiere a los abonos dentro de cada mes.

El URSSAF realiza el cálculo de las cuotas y el pago se carga en la cuenta del empleador.

Los apartados del *volet* contienen la siguiente información:

- Identificación del trabajador mediante su nombre y apellidos, nº de seguridad social (que todas las personas tienen), y domicilio. Si el trabajador no tiene aún número asignado (porque sea un extranjero) se dará el número de su documento de identificación. En este último caso, si la persona tiene autorización para trabajar, se le asignaría el número de seguridad social, sin otro trámite que la cumplimentación del *volet*.
- Los datos del trabajo, que serán: horas trabajadas (no pueden corresponder a distintos meses), salario neto hora, total neto abonado.

La obligación de declarar el neto abonado constituye una excepción a la regla general de comunicar el bruto que se aplica en el resto de los sectores. También debe definirse si la cotización se hará sobre el salario real o sobre una base tarifada (*Base forfaitaire*) específica para el empleo doméstico, que se corresponde con el salario mínimo interprofesional.

El envío del *volet* tiene que realizarse en el plazo de los 15 días siguientes a realizarse el pago, en el supuesto de prestaciones de servicios domésticos circunstanciales. En las relaciones laborales estables, el plazo de envío es el último día del mes en el que se realizó el pago.

No es preciso figurar cantidades distintas de acuerdo con las horas realizadas cada mes, se puede establecer un promedio anual de horas y su correspondiente promedio salarial mensual.

El precio hora en el cheque servicios tiene que tener un incremento del 10% para el abono de las vacaciones. Si en un mes concreto no hay prestación de servicios, no se realiza ningún envío. Una persona que trabajase todos los meses de año (situación no infrecuente) recibiría 12 cheques y su empleador realizaría 12 *volets*; si disfruta de un mes seguido de vacaciones, en ese mes no se cumplimentará.

El empleador está obligado a enviar el *volet* todos los meses por correo ordinario, pero si lo prefiere, todas las gestiones pueden realizarse por internet: tanto la solicitud inicial de entrada en el sistema

como las demás comunicaciones mensuales. Hay una sola gestión que requiere la firma física de la persona empleadora, no su presencia en ninguna oficina pública: la solicitud al URSSAF de St. Etienne para entrar en el sistema, que se podrá entregar al banco por correo o personalmente, y será la entidad la responsable de tramitarla.

El Centro Nacional de Tratamiento del cheque empleo servicio del URSSAF enviará todos los meses una nómina al domicilio de la persona contratada, de acuerdo con los datos que aparecían en el *volet*, lo que exime al empleador de tal tarea.

La utilización del sistema de cheque servicio libera a la parte empleadora de la obligación de realizar contrato escrito salvo en las relaciones de más de 8 horas semanales o más de cuatro semanas consecutivas; se discute judicialmente, y no está resuelto, si las condiciones son o no acumulativas.

La persona cuyo empleador está adscrito al sistema del cheque tiene acceso para conocer cada mes el contenido de la declaración del empleador en el *volet social* y también ver su nómina en: www.cesu.urssaf.fr/cesweb/attesemploisala.jsp#.

Para tener acceso al servicio lo solicitará por internet dando su nombre y número de la seguridad social; se le responderá requiriéndole para que de una clave y a partir de entonces tendrá acceso a la información, con una entrada sencilla desde la página indicada, donde sólo deberá utilizar dos datos: su apellido y clave.

En Francia, las personas que contratan empleo doméstico tienen importantes ayudas fiscales para abonar salarios y seguridad social. De tal forma que, en algunos supuestos, declarar los servicios supone una exención del 100% de todo el coste de seguridad social y una subvención sobre el salario neto pactado.

Están incluidos todos los empleadores particulares. La ayuda fiscal consiste en el abono del 50% del costo total, salario y cotización a la seguridad social, con unos límites que varían según las cargas familiares. Para el año 2012 son:





- Una vivienda -domicilio fiscal-, sin hijos menores ni otras cargas: 6.000 €.; cuando hay una carga, 6.750 €; cuando hay dos o más cargas, 7.500 €.
- La ventaja fiscal es para todos los contratantes, quien no tenga obligación de pagar impuestos directos logra un crédito fiscal, y se les abona la cantidad, es decir, el 50% de lo abonado con los límites que se han señalado. Para recibir el crédito fiscal es requisito estar ocupado o en situación de desempleo registrado.
- En el contrato de jardinería, la deducción máxima es 1.500 €, y en la ayuda informática es 500 €.
- Las personas de más de 70 años tienen una rebaja especial en las actividades típicamente domésticas, incluido el cuidado. La ayuda fiscal sobre el 50% del costo no incluye las cantidades que se reciben como prestaciones públicas para el cuidado de la infancia y las personas en situación de dependencia, pero sí habrá ayuda del 50% sobre las cantidades abonadas por las personas en la cuantía que exceda la prestación. El contrato au pair no tiene ayuda.

Si un empleador, o cualquier otra persona, quiere saber qué costo total incluyendo la seguridad social tendría que soportar de contratar empleo doméstico, tiene acceso a una página de simulación, para acceder a la cual no se requiere estar registrado: <https://www.cesu.urssaf.fr/cesweb/simucoti3.jsp>.

En ella, introduciendo los datos sobre jornada y remuneración previstas, podrá conocer con precisión el coste salarial y de seguridad social que deberá soportar.

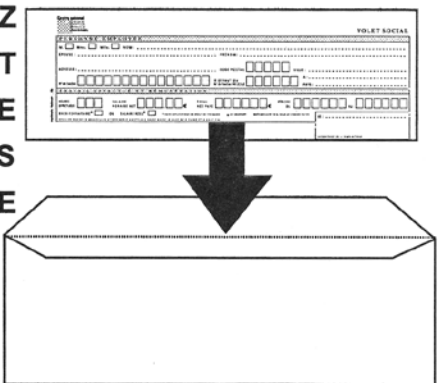
Se acompañan una nómina y *volet social* reales correspondientes a la prestación de un servicio de dos horas en junio de 2012, a razón de 12 € la hora, por el que se percibieron 24 € netos de una empleadora adscrita al sistema de cheque empleo servicio. Los documentos se descargaron por el trabajador de la página www.cesu.urssaf.fr/cesweb/attesemploisala.jsp#.

CHÈQUE EMPLOI SERVICE UNIVERSEL		VOLET SOCIAL	
PERSONNE EMPLOYÉE			
M. <input checked="" type="checkbox"/>	Mme <input type="checkbox"/>	Mlle <input type="checkbox"/>	Nom de naissance [REDACTED]
			Prénom CYRILLE RODOLPHE
Nom d'époux(se)		N° de Sécurité Sociale [REDACTED]	
A défaut du numéro de Sécurité Sociale :			
Né(e) le <input type="text" value="00000000"/> à		Pays	
ADRESSE DE LA PERSONNE EMPLOYÉE			
Adresse : [REDACTED]		Code Postal <input type="text" value="86000"/>	Ville : POITIERS
TRAVAIL EFFECTUÉ ET RÉMUNÉRATION			
Heures Effectuées	<input type="text" value="002"/> H	Salaire horaire net	<input type="text" value="012"/> , <input type="text" value="00"/> €
Total net payé		<input type="text" value="00024"/> , <input type="text" value="00"/> €	Salaire Réel <input checked="" type="checkbox"/> ou Base forfaitaire <input type="checkbox"/>
Période du <input type="text" value="010612"/> au <input type="text" value="300612"/>			
EMPLOYEUR: [REDACTED] BRIGITTE			
Edition d'une attestation d'emploi (format PDF)			

Enveloppe exclusivement réservée à l'envoi de votre volet social.
(Ne joignez aucune autre correspondance)

**INSEREZ
VOTRE VOLET
SOCIAL COMME
SUIT DANS
L'ENVELOPPE**



Avez-vous pensé à Internet pour établir votre volet social ?
www.cesu.urssaf.fr

Saint-Etienne, le 15 juillet 2012

MONSIEUR CYRILLE GALLION
89 RUE DES 4 ROUES
86000 POITIERS

ATTESTATION D'EMPLOI valant BULLETIN DE SALAIRE PÉRIODE D'EMPLOI DU : 01/06/2012 AU : 30/06/2012

Délivrée conformément à l'article L. 133-8 du code de la Sécurité sociale

(A conserver sans limitation de durée)

RÉFÉRENCES DE L'EMPLOYEUR	RÉFÉRENCES DU SALARIÉ
MADAME BRIGITTE [REDACTED] [REDACTED] 86240 LIGUGE N° URSSAF : [REDACTED]	N° de salarié : 0000000 [REDACTED] à indiquer dans toute correspondance N° de Sécurité Sociale : [REDACTED]

ÉLÉMENTS PRIS EN COMPTE			
Volet social N° :	8560493	Salaire horaire net :	12,00 €
Reçu le :	09/07/2012	Option de calcul des cotisations :	Salaire réel
Nombre d'heures :	2	Salaire brut :	31,16 €
		Assiette des cotisations :	31,17 €

MONTANT DÉTAILLÉ DES COTISATIONS SOCIALES					
Détail des cotisations	Cotisations Salariales			Cotisations Patronales	
CSG + CRDS	30,62 x	2,90%	=	0,88	
CSG DEDUCTIBLE	30,62 x	5,10%	=	1,56	
MALADIE	31,17 x	0,75%	=	0,23	31,17 x 12,80% = 3,99
VIEILLESSE	31,17 x	6,75%	=	2,10	31,17 x 9,90% = 3,09
ALLOC. FAMILIALES					31,17 x 5,40% = 1,68
ACCIDENT DU TRAVAIL					31,17 x 2,10% = 0,65
FNAL					31,17 x 0,10% = 0,03
CFP					31,17 x 0,25% = 0,08
CSA					31,17 x 0,30% = 0,09
IRCEM	31,17 x	3,75%	=	1,17	31,17 x 3,75% = 1,17
IRCEM PREVOYANCE	31,17 x	0,70%	=	0,22	31,17 x 0,81% = 0,25
AGFF	31,17 x	0,80%	=	0,25	31,17 x 1,20% = 0,37
POLE EMPLOI	31,17 x	2,40%	=	0,75	31,17 x 4,00% = 1,25
Total :				7,16 €	12,65 €

Salaire net imposable :	24,88 €
Salaire net payé : Comprenant 10 % au titre des congés payés	24,00 €

Si certains des éléments ci-dessus sont erronés, je vous invite à le signaler à votre employeur.

Anexo III
Documentación administrativa

La documentación administrativa para el alta en el RESS no puede conocerse a través del BOE hasta el 28 de noviembre de 2003, fecha de la que se publica la Resolución de la TGSS de 24 de julio de 2003, que aprueba determinados modelos normalizados, entre los que están el TA.1211 y TA.1221, para el alta en el RESS de trabajadores fijos y discontinuos respectivamente. Los documentos para el alta en el Régimen General tampoco han aparecido en el BOE hasta 31 de enero de 2001, fecha en la que se publica la Resolución de la TGSS de 11 de enero de 2001, sobre el modelaje para las altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados.

La TGSS tiene la competencia para la gestión de las altas por Real Decreto 1314/1984, de 20 de junio, y la confección del modelaje le fue asignado por la DA 5ª 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. La publicidad de los impresos es una garantía para los administrados.

En el periodo anterior a las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la vigencia del art. 3.1, a) del DRESS, la primera es de 15 de abril de 1991, los impresos expresaban la prohibición del alta a los parientes.

La falta de publicación en el BOE impide aportar alguno de los impresos que se han comentado. El diario El Mundo, de 2 de noviembre de 1992, recoge la noticia del escrito de la Asociación de Trabajadoras de Hogar de Bizkaia dirigido a la Tesorería General de la Seguridad Social a fin de que retirase el impreso que en aquél momento se entregaba para el alta, que exigía al solicitante “que no guarde ninguna relación de parentesco, ni por afinidad ni por consanguinidad, hasta el segundo grado inclusive” con la otra parte.

En la obra *Casos prácticos sobre seguridad social y derecho laboral*¹ se reproduce la declaración jurada que se adjunta como “4. Régimen Especial de Empleados de Hogar. Declaración del cabeza de familia” (doc. Núm. 1), con membrete de la Dirección Provincial de Madrid de la TGSS, utilizada para el alta en el RESS al menos hasta 1995. En él se advierte de que el falseamiento de los datos puede tener consecuencias civiles y penales. El tono admonitorio del texto al inquirir sobre el parentesco no va acompañado de ninguna aclaración sobre las condiciones de la validez del alta de parientes; la pregunta se extiende hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.

El modelo TA.1211/T, titulado: solicitud de alta/baja/variación de datos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar –fijos–, se aprueba por Resolución de la TGSS de 23 de diciembre de 1998, difundida mediante Circular 3-053, no publicada en el BOE. Tiene una primera versión (doc. 2) en la que de manera resaltada se inserta una “Declaración del titular del hogar familiar o cabeza de familia”, en la que éste manifiesta “bajo su responsabilidad” que no tiene parentesco con el empleado de hogar.

1 PAMPLIEGA FERNÁNDEZ, Juan Carlos y otros, edit. Centro de Estudios Financieros, 7ª edición, abril de 1995. La edición de mayo de 1993 también la recoge.

En los dos impresos referidos se da la opción de señalar la existencia de parentesco, pero el conjunto del texto induce a entender que no es posible el alta de parientes.

La Resolución de la TGSS de 24 de julio de 2003 publicada en el BOE, aprueba otra versión del modelo TA.1211.T (doc. núm. 3), en el que la declaración sobre existencia o inexistencia de parentesco aparecen en el mismo nivel, aunque continúa situada en un lugar destacado.

El modelo que se utiliza para el alta en el SEEH, TA.2/S-0138 (doc. núm. 4), pregunta sobre el grado de parentesco en su apartado 4.1, con una fórmula que no sugiere que su existencia sea un obstáculo para el alta.

El parte de accidente de trabajo es modelo único para todos los regímenes (doc. núm. 5), claramente inadecuado para el SEEH.

El ejemplar de nómina (doc. núm 6) es el que aparece en la página web de la seguridad social; se proporciona a los empleadores en cumplimiento de la DA 3ª del DRLE 2011, para facilitarles el cumplimiento de la obligación de documentar el pago del salario. Se han comentado los problemas que presenta.

El ejemplar del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, actualizado con notas sobre vigencia a 15 de marzo de 2011 (doc. núm. 7) es el publicado en la página web de la Seguridad Social hasta la integración en el Régimen general. En el trabajo se ha criticado el que las notas aclaratorias a la vigencia de la norma no se refieran a todas aquellas disposiciones que deben considerarse inaplicables, sino únicamente a algunas de ellas. Hubiese resultado menos equívoco publicar el texto con los artículos no derogados expresamente y sin comentarios sobre vigencia que solo hacen referencia a una parte de las disposiciones inaplicables.

Documento 1

4. Régimen Especial de Empleados de Hogar. Declaración del cabeza de familia.



TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL
 DIRECCION PROVINCIAL
 GÉNOVA, 6
 28004 MADRID
 Tfno 338 71 00

DECLARACION DEL CABEZA DE FAMILIA
 R.E. Empleados de Hogar

De comprobarse falseamiento de los datos consignados en la presente declaración, incurrirá en las sanciones previstas en el art. 48 del Decreto 2346 / 69 de 25 de septiembre, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que legalmente pudieran imputársele.

CABEZA DE FAMILIA

Nombre	Nombre y apellidos del padre		
Apellido 1º	Nombre y apellidos de la madre		
Apellido 2º	Profesión	D.N.I.	
Domicilio	Código Postal	Localidad	

ESPOSA / O

Nombre	Nombre y apellidos del padre		
Apellido 1º	Nombre y apellidos de la madre		
Apellido 2º	Profesión	D.N.I.	

DECLARO BAJO MI RESPONSABILIDAD

- 1.- Que en mi domicilio presta sus servicios desde el día ____ / ____ / ____, con carácter EXCLUSIVO / DISCONTINUO (1), la empleada de hogar _____, nacida el ____ / ____ / ____, con D.N.I. _____, y con domicilio en _____, calle _____ núm. _____, afiliada a la Seguridad Social con el núm. ____ / _____
- 2.- Que la indicada empleada de hogar SI / NO (1) tiene parentesco con el declarante o miembros de su familia, hasta el tercer grado por consanguinidad o afinidad.
 (En caso afirmativo, el parentesco que les une es el de _____).

En _____, a ____ de _____ de 19 ____


Firma del cabeza de familia

A.D.P. 13

(1) Táchese lo que no proceda.

NOTA IMPORTANTE: A la presentación del alta, se acompañará D N I del Cabeza de familia y la empleada de hogar.

Documento 2

 <p>MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES SECRETARÍA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL</p>	<p>SOLICITUD DE</p> <input type="checkbox"/> ALTA <input type="checkbox"/> BAJA <input type="checkbox"/> VARIACIÓN DE DATOS	<p>FECHA INICIO/cese/ VARIACIÓN EN LA ACTIVIDAD</p> <p> <input type="text"/> Día <input type="text"/> Mes <input type="text"/> Año </p>						
TA. 1211/T								
SOLICITUD DE ALTA/BAJA/VARIACIÓN DE DATOS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR -FIJOS-								
DATOS DE IDENTIFICACION DEL TRABAJADOR/A								
NOMBRE	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO						
<input type="text"/>								
NÚMERO DE SEGURIDAD SOCIAL	TIPO DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO (D.N.I., N.I.E., PASAPORTE)	NÚMERO DEL DOCUMENTO						
<input type="text"/>								
DOMICILIO	NOMBRE DE LA VÍA PÚBLICA							
TIPO DE VÍA PÚBLICA	NÚMERO	BIS ESCAL PISO PUERTA						
<input type="text"/>								
C. POSTAL	MUNICIPIO/ENTIDAD DE AMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO	PROVINCIA						
<input type="text"/>								
TELÉFONO								
<input type="text"/>								
DATOS DE IDENTIFICACION DEL TITULAR DE HOGAR FAMILIAR O CABEZA DE FAMILIA								
CÓDIGO DE CUENTA DE COTIZACIÓN								
<input type="text"/>								
NOMBRE	PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO						
<input type="text"/>								
NÚMERO DE SEGURIDAD SOCIAL	TIPO DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO (D.N.I., N.I.E., PASAPORTE)	NÚMERO DEL DOCUMENTO						
<input type="text"/>								
DOMICILIO	NOMBRE DE LA VÍA PÚBLICA							
TIPO DE VÍA PÚBLICA	NÚMERO	BIS ESCAL PISO PUERTA						
<input type="text"/>								
C. POSTAL	MUNICIPIO/ENTIDAD DE AMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO	PROVINCIA						
<input type="text"/>								
TELÉFONO								
<input type="text"/>								
DOMICILIO PARA NOTIFICACIONES AL CABEZA DE FAMILIA								
		<input type="checkbox"/> EL INDICADO EN LOS ANTERIORES DATOS DE IDENTIFICACION						
		<input type="checkbox"/> EL SEÑALADO A CONTINUACION						
DOMICILIO	NOMBRE DE LA VÍA PÚBLICA							
TIPO DE VÍA PÚBLICA	NÚMERO	BIS ESCAL PISO PUERTA						
<input type="text"/>								
C. POSTAL	MUNICIPIO/ENTIDAD DE AMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO	PROVINCIA						
<input type="text"/>								
TELÉFONO								
<input type="text"/>								
CAUSA DE LA BAJA/VARIACIÓN								
<input type="text"/>								
DECLARACION DEL TITULAR DEL HOGAR FAMILIAR O CABEZA DE FAMILIA								
<p>El titular de hogar familiar o cabeza de familia -que se identifica en el apartado DATOS DE IDENTIFICACION DEL TITULAR DE HOGAR FAMILIAR O CABEZA DE FAMILIA- declara, bajo su responsabilidad, que el empleado/a de hogar cuyo nombre figura en el apartado DATOS IDENTIFICATIVOS DEL TRABAJADOR/A trabaja a su servicio en su domicilio durante las horas de trabajo efectivo al mes que se indican, y asimismo, declara que no tiene parentesco con el empleado/a de hogar.</p> <p>HORAS DE TRABAJO MENSUALES PARENTESCO CON EL EMPLEADO DE HOGAR -En el supuesto de existencia de parentesco indicase el mismo-</p> <p> <input type="text"/> <input type="text"/> </p>								
DECLARACION DEL EMPLEADO/A DE HOGAR								
<p>El empleado/a de hogar declara bajo su responsabilidad que:</p> <p> <input type="checkbox"/> No tiene parentesco con el cabeza de familia o titular de hogar familiar. </p> <p> <input type="checkbox"/> Si tiene parentesco con el cabeza de familia o titular de hogar familiar -INDÍQUESE EL MISMO- </p>								
<p style="text-align: center; font-weight: bold; font-size: 0.8em;">FIRMA DEL CABEZA DE FAMILIA</p> <div style="border: 1px solid black; height: 60px; width: 100%;"></div>	<p style="text-align: center; font-weight: bold; font-size: 0.8em;">FIRMA DEL EMPLEADO DE HOGAR</p> <div style="border: 1px solid black; height: 60px; width: 100%;"></div>	<p style="text-align: center; font-weight: bold; font-size: 0.8em;">FECHA Y SELLO DE LA ADMINISTRACIÓN</p> <div style="border: 1px solid black; height: 60px; width: 100%;"></div>						
MEDI TA 1211								
<p>ESPCIO RESERVADO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL</p> <p>RESOLUCIÓN: Se acepta la solicitud formulada con los datos de alta/baja/variación, según corresponda, que constan más arriba. Contra la presente resolución podrá formularse reclamación previa a la vía jurisdiccional social, ante esta Dirección Provincial, dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995 de 7 de abril (B.O.E. de 11-4-95).</p> <p>Fecha de la Resolución: _____ EL DIRECTOR PROVINCIAL P.D.: _____</p>								
<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 33%;"> <p>DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN</p> <p>FECHA: RECIBÍ:</p> </td> <td style="width: 33%;"> <p>DILIGENCIA DE ENTREGA DE BOLETINES DE COTIZACIÓN</p> <p>FECHA: RECIBÍ:</p> </td> <td style="width: 33%;"> <p>D.N.I. Y FIRMA:</p> <p>PERIODOS DE LIQUIDACIÓN QUE COMPRENDEN LOS BOLETINES DE COTIZACIÓN</p> <p>DE A</p> </td> </tr> <tr> <td colspan="3">D.N.I. Y FIRMA:</td> </tr> </table>			<p>DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN</p> <p>FECHA: RECIBÍ:</p>	<p>DILIGENCIA DE ENTREGA DE BOLETINES DE COTIZACIÓN</p> <p>FECHA: RECIBÍ:</p>	<p>D.N.I. Y FIRMA:</p> <p>PERIODOS DE LIQUIDACIÓN QUE COMPRENDEN LOS BOLETINES DE COTIZACIÓN</p> <p>DE A</p>	D.N.I. Y FIRMA:		
<p>DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN</p> <p>FECHA: RECIBÍ:</p>	<p>DILIGENCIA DE ENTREGA DE BOLETINES DE COTIZACIÓN</p> <p>FECHA: RECIBÍ:</p>	<p>D.N.I. Y FIRMA:</p> <p>PERIODOS DE LIQUIDACIÓN QUE COMPRENDEN LOS BOLETINES DE COTIZACIÓN</p> <p>DE A</p>						
D.N.I. Y FIRMA:								
<p>ESPCIO RESERVADO PARA LA ADMINISTRACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL</p>								

Documento 3



MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES



TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TA.1211

Registro de presentación

Registro de entrada

SOLICITUD DE: ALTA / BAJA / VARIACIÓN DE DATOS EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR - TRABAJADORES FIJOS -

1. DATOS DEL EMPLEADO/A DE HOGAR

PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	NOMBRE	NÚMERO DE SEGURIDAD SOCIAL
FECHA DE NACIMIENTO Día ● Mes ● Año ●		1. TIPO DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO D.N.I. ● TARJETA DE EXTRANJERO ● PASAPORTE ●	
2. N° DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO		BLOQUE NÚM. BIS ESCAL. PISO PUERTA Cód. POSTAL	
TIPO DE VÍA NOMBRE DE LA VÍA PÚBLICA		MUNICIPIO / ENTIDAD DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO	
DOMICILIO		PROVINCIA	TELÉFONO

2. DATOS RELATIVOS A LA SOLICITUD (Márque con "X" la opción correcta)

ALTA BAJA VARIACIÓN DE DATOS

FECHA DE INICIO/DE VARIACIÓN DE DATOS
Día ● Mes ● Año ●

2.1 CAUSA DE LA BAJA/VARIACIÓN

A esta solicitud se acompañan los siguientes documentos:

--	--

3. DATOS DEL TITULAR DE HOGAR FAMILIAR O CABEZA DE FAMILIA SOLICITANTE

PRIMER APELLIDO	SEGUNDO APELLIDO	NOMBRE	NÚMERO DE SEGURIDAD SOCIAL
FECHA DE NACIMIENTO Día ● Mes ● Año ●		3.1 TIPO DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO D.N.I. ● TARJETA DE EXTRANJERO ● PASAPORTE ●	
3.2 N° DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO		3.3 CÓDIGO CUENTA COTIZACIÓN	
TIPO DE VÍA NOMBRE DE LA VÍA PÚBLICA		MUNICIPIO / ENTIDAD DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO	
DOMICILIO		PROVINCIA	TELÉFONO

4. DECLARACIÓN DEL TITULAR DE HOGAR FAMILIAR O CABEZA DE FAMILIA

El titular de hogar familiar o cabeza de familia que se identifica en el apartado 3. DATOS DEL TITULAR DE HOGAR FAMILIAR O CABEZA DE FAMILIA SOLICITANTE - declara, bajo su responsabilidad, que el empleado/a de hogar cuyo nombre figura en el apartado 1. DATOS DEL EMPLEADO/A DE HOGAR trabaja a su servicio en su domicilio durante las horas de trabajo efectivo al mes que se indican más adelante y asimismo, declara:

NO TIENE PARENTESCO CON EL EMPLEADO/A DE HOGAR

SÍ TIENE PARENTESCO CON EL EMPLEADO/A DE HOGAR

● -INDÍQUESE EL GRADO DE PARENTESCO

HORAS DE TRABAJO MENSUALES EFECTUADAS POR EL EMPLEADO/A DE HOGAR

FIRMA DEL TITULAR DE HOGAR FAMILIAR O CABEZA DE FAMILIA

5. DECLARACIÓN DEL EMPLEADO/A DE HOGAR

El empleado/a de hogar declara bajo su responsabilidad que:

NO TIENE PARENTESCO CON EL CABEZA DE FAMILIA O TITULAR DE HOGAR FAMILIAR

SÍ TIENE PARENTESCO CON EL CABEZA DE FAMILIA O TITULAR DE HOGAR FAMILIAR

● -INDÍQUESE EL GRADO DE PARENTESCO

FIRMA DEL EMPLEADO/A DE HOGAR

ADVERTENCIA: En las Comunidades Autónomas con lengua cooficial, existe a su disposición este impreso redactado en lengua vernácula.

TA.1211 (12-2001)

FIRMA DEL TRABAJADOR/A	FIRMA DEL CABEZA DE FAMILIA O TITULAR DE HOGAR FAMILIAR	DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN DE LA SUBSANACIÓN Y MEJORA DE LA SOLICITUD Fecha: D.N.I.: FIRMA:	DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN BOLETINES DE COTIZACIÓN RECIBIDOS DE A Fecha: D.N.I.: FIRMA:
------------------------	---	--	--

SUBSANACIÓN Y MEJORA REQUERIDA

Documento 4



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL



TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

TA.2/S - 0138

Registro de presentación

Registro de entrada

SOLICITUD DE ALTA, BAJA O VARIACIÓN DE DATOS DEL TRABAJADOR/A POR CUENTA AJENA EN EL RÉGIMEN GENERAL - SISTEMA ESPECIAL PARA EMPLEADOS DE HOGAR

1. DATOS DEL AFILIADO/A

PRIMER APELLIDO _____ SEGUNDO APELLIDO _____ NOMBRE _____ NÚMERO DE SEGURIDAD SOCIAL _____

FECHA DE NACIMIENTO _____ 1.1 GRADO DE DISCAPACIDAD _____ 1.2 TIPO DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO _____ 1.3 N° DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO _____

Día _____ Mes _____ Año _____ D.N.I.: _____ TARJETA DE EXTRANJERO: _____ PASAPORTE: _____

DOMICILIO _____

CORREO ELECTRÓNICO _____

ACEPTO EL ENVÍO DE SMS A TELÉFONO MÓVIL SI NO TELÉFONO MÓVIL PARA SMS _____

2. DATOS RELATIVOS A LA SOLICITUD (Marque con "X" la opción correcta)

ALTA BAJA VARIACIÓN DE DATOS FECHA DE ALTA/BAJA/VARIACIÓN DE DATOS _____

Día _____ Mes _____ Año _____

2.1 CAUSA DE LA BAJA/VARIACIÓN DE DATOS _____

A esta solicitud se acompañan los siguientes documentos: _____

3. DATOS DEL EMPLEADOR - TITULAR DEL HOGAR FAMILIAR SOLICITANTE

PRIMER APELLIDO _____ SEGUNDO APELLIDO _____ NOMBRE _____ NÚMERO DE SEGURIDAD SOCIAL _____

3.1 TIPO DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO _____ 3.2 N° DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO _____ 3.3 CÓDIGO CUENTA COTIZACIÓN _____

DNI: _____ TARJETA DE EXTRANJERO: _____ PASAPORTE: _____

TIPO DE VÍA _____ NOMBRE DE LA VÍA PÚBLICA _____ BLOQUE _____ NÚM. _____ BIS _____ ESCAL. _____ PISO _____ PUERTA _____ CÓD. POSTAL _____

DOMICILIO _____ MUNICIPIO / ENTIDAD DE ÁMBITO TERRITORIAL INFERIOR AL MUNICIPIO _____ PROVINCIA _____ TELÉFONO _____

TIPO DE FAMILIA NUMEROSA _____ APELLIDOS Y NOMBRE DEL CÓNYUGE DEL TITULAR DEL HOGAR FAMILIAR _____ N° DE DOCUMENTO IDENTIFICATIVO _____

GENERAL ESPECIAL

4. DATOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD LABORAL

4.1 GRADO DE PARENTESCO ENTRE AMBOS _____ 4.2 HORAS DE TRABAJO SEMANALES _____ 4.3 SALARIO MENSUAL _____

4.4 TIPO DE CONTRATO _____

4.5 N.S.S. TRABAJADOR/A SUSTITUIDO/A _____ 4.6 CAUSA DE LA SUSTITUCIÓN _____

5. DATOS COMPLEMENTARIOS AL CÁLCULO DE LA RETRIBUCIÓN

5.1 SALARIO POR HORA REALIZADA _____ 5.2 IMPORTE DEL SALARIO MENSUAL ACORDADO EN ESPECIE _____

5.3 EXISTE PACTO DE HORAS DE PRESENCIA SI NO IMPORTE POR HORA _____ 5.4 EXISTE PACTO DE HORAS DE PERNOCTA SI NO IMPORTE POR HORA _____

FIRMA DEL TRABAJADOR/A	FIRMA DEL EMPLEADOR	DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN DE LA SUBSANACIÓN Y MEJORA DE LA SOLICITUD Fecha: _____ D.N.I.: _____ FIRMA: _____	DILIGENCIA DE NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN Fecha: _____ D.N.I.: _____ FIRMA: _____
------------------------	---------------------	--	--

SUBSANACIÓN Y/O MEJORA REQUERIDA

ÓRGANO AL QUE SE DIRIGE LA SOLICITUD: DIRECCIÓN PROVINCIAL O ADMINISTRACIÓN DE LA T. G. S. S. : _____

ADVERTENCIA: En las Comunidades Autónomas con lengua cooficial, existe a su disposición este impreso redactado en lengua vernácula.

TA. 2/S-0138 (01-01-2012)

Documento 5

Limpiar

PARTE DE ACCIDENTE DE TRABAJO
 (Por favor, antes de cumplimentar lea las instrucciones)

Accidente 1 Recaída 2

1. DATOS DEL TRABAJADOR	Apellido 1º Apellido 2º Nombre Sexo: Varón <input type="checkbox"/> 1 Mujer <input type="checkbox"/> 2 N° Afiliación Seguridad Social (NAF)(1) Fecha ingreso en la empresa (día/mes/año) Fecha de nacimiento Nacionalidad(2) Española <input type="checkbox"/> Otra <input type="checkbox"/> Identificador Persona Física (IPF)(3) Ocupación del trabajador(4) CNO-94 Antigüedad puesto trabajo(5) meses días Tipo contrato(6) Situación profesional (marque con X la que corresponda): <input type="checkbox"/> Asalariado sector privado, <input type="checkbox"/> Asalariado sector público, <input type="checkbox"/> Autónomo sin asalariados, <input type="checkbox"/> Autónomo con asalariados Régimen Seguridad Social(7) Convenio aplicable Epígrafe de AT y EP Domicilio Teléfono Provincia Municipio C. postal			
2. EMPRESA EN LA QUE EL TRABAJADOR ESTÁ DADO DE ALTA EN LA S.S.	Nombre o Razón Social CIF o NIF(8) Código C. Cotización en la que está el trabajador(9) Domicilio que corresponde a esa Cuenta de Cotización (C.C.) Provincia Municipio C. postal Teléfono Actividad económica principal correspondiente a esa C.C.(10) CNAE-93 Plantilla correspondiente a esa C.C.(11) Marque si actuaba en el momento del accidente como: <input type="checkbox"/> Contrata o subcontrata <input type="checkbox"/> Empresa de Trabajo Temporal ¿Cuál o cuáles de las siguientes, son las modalidades de organización preventiva adoptadas por la empresa? <input type="checkbox"/> Asunción personal por el empresario de la actividad preventiva de la empresa <input type="checkbox"/> Servicio de prevención propio <input type="checkbox"/> Servicio de prevención ajeno <input type="checkbox"/> Trabajador/es designado/s <input type="checkbox"/> Servicio de prevención mancomunado <input type="checkbox"/> Ninguna			
3. LUGAR Y/O CENTRO DE TRABAJO DONDE HA OCURRIDO EL ACCIDENTE	Lugar del accidente: <input type="checkbox"/> En el centro o lugar de trabajo habitual <input type="checkbox"/> En otro centro o lugar de trabajo <input type="checkbox"/> En desplazamiento en su jornada laboral(*) <input type="checkbox"/> Al ir o al volver del trabajo "in itinere"(*) (* En estos casos, los datos del centro se cumplimentarán con los correspondientes al centro de trabajo habitual <input type="checkbox"/> Además, marque si ha sido accidente de tráfico Si el accidente se ha producido en un lugar ubicado fuera de un centro de trabajo, indicar su situación exacta (país, provincia, municipio, calle y número, vía pública, o punto kilométrico), otro lugar: País Provincia Municipio Calle y núm. Vía pública y punto kilométrico Otro lugar (especificar) Centro de trabajo <input type="checkbox"/> Marque si el centro de trabajo pertenece a la empresa en la que está dado de alta el trabajador (empresa del apartado 2) <input type="checkbox"/> Marque si el centro pertenece a otra empresa (en este caso indicar a continuación su relación con la empresa del apartado 2) <input type="checkbox"/> Contrata o subcontrata → CIF o NIF <input type="checkbox"/> Usuaría de ETT → CIF o NIF <input type="checkbox"/> Otra → CIF o NIF Datos del centro: (a cumplimentar cuando el accidente se haya producido en un centro o lugar de trabajo distinto al consignado en el apartado 2, o cuando el trabajador estuviese realizando trabajos para una empresa distinta a la consignada en dicho apartado 2) Nombre o Razón Social Domicilio Provincia Municipio C. postal Teléfono Plantilla actual del Centro(12) Código Cuenta Cotización Actividad económica principal del centro(13) CNAE-93			
4. ACCIDENTE	Fecha del accidente (día/mes/año) Fecha Baja médica Día de la semana del accidente Hora del día del accidente Hora de trabajo(14) Era su trabajo habitual (1 a 24) (1º, 2º, etc.) <input type="checkbox"/> SI <input type="checkbox"/> No <input type="checkbox"/> Marque si se ha realizado evaluación de riesgos sobre el puesto de trabajo en el que ha ocurrido el accidente Descripción del accidente(15) ¿En qué lugar se encontraba la persona accidentada cuando se produjo el accidente? (Lugar)(16) ¿En qué proceso de trabajo participaba cuando se produjo el accidente? (Tipo de trabajo)(17) ¿Qué estaba haciendo la persona accidentada cuando se produjo el accidente? (Actividad Fis. específica)(18) Agente material asociado a la ACTIVIDAD FÍSICA(19) ¿Qué hecho anormal que se apartase del proceso habitual de trabajo desencadenó el accidente? (Desviación)(20) Agente material asociado a la DESVIACIÓN(21) ¿Cómo se ha lesionado la persona accidentada? (Forma, Contacto-modalidad de la lesión)(22) Aparato o agente material CAUSANTE DE LA LESIÓN(23) <input type="checkbox"/> Marque si este accidente ha afectado a más de un trabajador <input type="checkbox"/> Marque si hubo testigos. En caso afirmativo indicar nombre/s, domicilio/s y teléfono/s(24)			
5. ASISTENCIALES	Descripción de la lesión(25) Grado de la lesión(26) Leve <input type="checkbox"/> 1 Grave <input type="checkbox"/> 2 Muy Grave <input type="checkbox"/> 3 Fallecimiento <input type="checkbox"/> 4 Parte del cuerpo lesionada(26) Médico que efectúa la asistencia inmediata (nombre, domicilio, teléfono) Marque el tipo de asistencia sanitaria (27) Hospitalaria <input type="checkbox"/> Ambulatoria <input type="checkbox"/> <input type="checkbox"/> Marque si ha sido hospitalizado. En caso afirmativo indicar nombre del establecimiento			
6. ECONÓMICOS	<table style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 33%; vertical-align: top;"> A) Base de cotización mensual - En el mes anterior(1) - Días cotizados(2) 1 - Base reguladora A(3) 0,00 </td> <td style="width: 33%; vertical-align: top;"> B) Base de cotización al año(4) B1.- por horas extras B2.- por otros conceptos Total B1+ B2 0,00 Promedio diario base B(5) 0,00 </td> <td style="width: 33%; vertical-align: top;"> C) Subsidio: Promedio diario - Base reguladora A 0,00 - Base reguladora B 0,00 Total B.R. diaria(6) 0,00 Cuantía del subsidio 75%(7) €0,00 </td> </tr> </table>	A) Base de cotización mensual - En el mes anterior(1) - Días cotizados(2) 1 - Base reguladora A(3) 0,00	B) Base de cotización al año(4) B1.- por horas extras B2.- por otros conceptos Total B1+ B2 0,00 Promedio diario base B(5) 0,00	C) Subsidio: Promedio diario - Base reguladora A 0,00 - Base reguladora B 0,00 Total B.R. diaria(6) 0,00 Cuantía del subsidio 75%(7) €0,00
A) Base de cotización mensual - En el mes anterior(1) - Días cotizados(2) 1 - Base reguladora A(3) 0,00	B) Base de cotización al año(4) B1.- por horas extras B2.- por otros conceptos Total B1+ B2 0,00 Promedio diario base B(5) 0,00	C) Subsidio: Promedio diario - Base reguladora A 0,00 - Base reguladora B 0,00 Total B.R. diaria(6) 0,00 Cuantía del subsidio 75%(7) €0,00		
7. FIRMA Y SELLO	D/Dª en calidad de de la empresa, expide el presente parte en a de de 20 (firma y sello)			
8. ENTIDAD GESTORA	Entidad gestora o colaboradora n.º N.º Expediente			
9. AUTORIDAD LABORAL	AUTORIDAD LABORAL (sellado y fechado)			

Ministerio de Trabajo e Inmigración u Organismo competente en la Comunidad Autónoma

Documento 6

EMPLEADOR/A		TRABAJADOR/A	
CIF		NIF	
DOMICILIO		Nº S. SOCIAL	
POBLACIÓN		CATEGORÍA	
CCC		ANTIGÜEDAD	

Periodo liquidación		Nº días/horas	
I. DEVENGOS			TOTALES
1. Percepciones salariales			
Salario base			
<u>Complementos salariales</u>			
Tiempo de presencia			
Otros			
Horas extraordinarias			
<u>Gratificaciones extraordinarias</u>			
Paga extra junio			
Paga extra diciembre			
<u>Salario en especie</u>			
Alojamiento			
Manutención			
2. Percepciones no salariales			
Indemnizaciones o o suplidos			
Prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social			
Prestaciones en especie (valoración económica)			
A. TOTAL DEVENGADO			- €
II. DEDUCCIONES			
1. Aportaciones del trabajador a las cotizaciones a la S.S.			
Total contingencias	0,00	Porcentaje 3,70%	- €
2. Anticipos			
3. Valor de los productos recibidos en especie			
4. Otras deducciones			
B. TOTAL A DEDUCIR			- €
LÍQUIDO TOTAL A PERCIBIR (A-B)			- €
Firma del empleador		Fecha	Recibí

DETERMINACIÓN DE LAS BASES DE COTIZACIÓN A LA SEGURIDAD SOCIAL	
1. Base de cotización Seguridad Social (todas las contingencias)	
Remuneración mensual según D.A. 39ª Ley 27/2011	

Documento 7

Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del servicio doméstico.

** NOTA: la denominación correcta, actualmente, es “Régimen Especial de los Empleados de Hogar”.*

(BOE núm. 247, de 15 de octubre de 1969)

Última actualización: 15 de marzo de 2011

La Ley de la Seguridad Social de 21 de abril de 1966 («BOE» del 22 y 23), en el apartado h) del número 2 del artículo 10, considera como Régimen Especial al de los Servidores Domésticos, formando parte integrante del sistema de la Seguridad Social.

** NOTA: artículo 10.2.e) de la actual LGSS.*

El presente Decreto viene a regular este Régimen Especial, aunando, de una parte, la valiosa experiencia recogida del anterior Montepío Nacional del Servicio Doméstico, y de otra, el evidente avance que supone la citada Ley de la Seguridad Social, y en particular el Régimen General, al que por imperativo de la propia Ley se ha de acomodar en lo posible tendiendo a la máxima homogeneidad con sus principios.

La Sección Femenina del Movimiento ha aportado, desde el nacimiento del Montepío Nacional del Servicio Doméstico, una destacada colaboración, que ha contribuido a dotarle de la vitalidad necesaria para llevar a cabo la gestión que tenía encomendada; reconociéndose así, se considera procedente mantener dicha colaboración, atribuyendo a aquélla la esencial función de orientar socialmente la acción de la Entidad gestora del Régimen Especial de la Seguridad Social, que por el presente Decreto se regula.

De acuerdo con el citado imperativo de homogeneidad que debe presidir la regulación de todos los Regímenes Especiales, se establece una acción protectora que supone una considerable equiparación respecto al tratamiento que de las distintas situaciones y contingencias se hace en el Régimen General, lográndose con ello un importante avance sobre el conjunto de prestaciones hasta ahora vigente, constituido por las reguladas en el Decreto 385/1959, de 17 de marzo («BOE» del 24).

En su virtud, a propuesta del Ministro de Trabajo y previa deliberación del Consejo de Ministros, en su reunión del día 12 de septiembre de 1969.

** NOTA: las referencias que aparecen en este Decreto al Ministerio de Trabajo hay que entenderlas realizadas, en la actualidad, al Ministerio de Trabajo e Inmigración de conformidad con el Real Decreto 432/2008, de 12 de abril, denominación que se ha mantenido en el Real Decreto 542/2009, de 7 de abril, y en el Real Decreto 1313/2010, de 20 de octubre ambos de reestructuración de los departamentos ministeriales.*

DISPONGO:

CAPÍTULO I

Disposición general

Artículo 1.- Normas reguladoras

1. El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, previsto en el apartado h) del número 2 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1966 («BOE del 22 y 23»), se regirá de conformidad con lo establecido en dicha Ley, por el Título I de la misma, por el presente Decreto y sus disposiciones de aplicación y desarrollo, así como por las restantes normas generales de obligada observancia en el sistema de la Seguridad Social.

** NOTA: título I de la actual LGSS, de 1994.*

2. Serán de aplicación supletoria las normas reguladoras del Régimen General, con las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado del hogar.

CAPÍTULO II

Campo de aplicación

Artículo 2.- Norma general

1. Quedarán incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, en calidad de empleados del hogar, todos los españoles mayores de catorce años, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que reúnan los requisitos siguientes:

** NOTA: el artículo 6.1 del Real Decreto-legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años. Esta prohibición se extiende también a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, regulada en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, de acuerdo con lo dispuesto en su disposición adicional.*

a) Que se dediquen en territorio nacional a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia.

b) Que estos servicios sean prestados en la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar.

c) Que perciba por este servicio un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea.

2. Igualmente quedan incluidos en el campo de aplicación de este Régimen Especial quienes, en calidad de empleados de hogar, prestan sus servicios a

un grupo de personas que si bien no constituyen familia viven todas ellas con tal carácter familiar en el mismo hogar, supuesta la concurrencia de todas las demás condiciones exigidas en el presente capítulo.

3. Con respecto a los empleados de hogar extranjeros, se estará a lo dispuesto en el número 4 del artículo 7 de la Ley de la Seguridad Social y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

4. Los empleados de hogar españoles residentes en el extranjero, al servicio de los representantes diplomáticos, consulares y funcionarios del Estado oficialmente destinados fuera de España, podrán solicitar su inclusión en este Régimen Especial, que les será otorgada siempre que reúnan los demás requisitos exigidos.

Artículo 3.- Exclusiones

1. Estarán excluidos del campo de aplicación de este Régimen Especial:

a) El cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del cabeza de familia, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado, inclusive.

b) Los prohijados o acogidos de hecho o de derecho.

c) Las personas que presten servicios amistosos, benévolos o de buena voluntad.

d) Los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de dicha ley, aunque, en uno y otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquella conviva.

** NOTA: este apartado d) ha sido añadido por el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo.*

2. La exclusión que se establece en el apartado a) del número anterior no afectará a los familiares del sexo femenino de Sacerdotes célibes que convivan con ellos y que reúnan las demás condiciones exigidas, siempre que no tengan ningún empleado de hogar a su servicio. No podrá quedar comprendido en este Régimen Especial más que un solo familiar por cada Sacerdote que se encuentre en la situación prevista, sea cualquiera el número de los que con él convivan.

Artículo 4.- Concepto de cabeza de familia

1. Se considera cabeza de familia, a los efectos de este Régimen Especial, a toda persona natural que tenga algún empleado de hogar a su servicio en su domicilio y sin ánimo de lucro.

2. En el supuesto previsto en el número 2 del artículo 2 asumirá la condición de cabeza de familia, a efectos de este Régimen Especial, la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación del grupo.

CAPÍTULO III

Afiliación, altas y bajas

Artículos 5 a 12

** NOTA: el Capítulo III (afiliación, altas y bajas), -artículos 5 a 12-, fue derogado por la disposición derogatoria única 1.1ª del Real Decreto 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. Por tanto, en esta materia, téngase en cuenta el citado Reglamento.*

CAPÍTULO IV

Cotización y Recaudación

Artículos 13 a 21

** NOTA: el Capítulo IV (cotización y recaudación), -artículos 13 a 21-, fue derogado por la disposición derogatoria única.1.1ª del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y recaudación de otros derechos de la Seguridad Social. Por tanto, en materia de cotización, téngase en cuenta el citado Reglamento y, en materia de recaudación, el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social y la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de dicho Reglamento*

CAPÍTULO V

Acción protectora

SECCIÓN 1ª. NORMAS GENERALES

Artículo 22.- Contingencias protegidas y prestaciones

1. El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar cubrirá las contingencias y concederá las prestaciones que se determinan en el presente Decreto.

2. El concepto de las contingencias protegidas por este Régimen Especial será el fijado por el Régimen General de la Seguridad Social para cada una de las que son comunes a ambos Regímenes.

3. Las prestaciones que este Régimen concede en caso de accidente serán las mismas que otorgue el Régimen General por accidente no laboral.

Artículo 23.- Condiciones para causar derecho a las prestaciones y efectos de las cuotas

1. Para causar derecho a las prestaciones de este Régimen Especial, además de los exigidos para cada una de ellas, es requisito indispensable estar en alta o situación asimilada al alta y al corriente en el pago de las cuotas.

** NOTA: las pensiones de incapacidad permanente (absoluta y gran invalidez), de jubilación y por muerte y supervivencia también podrán causarse desde una situación de no alta o asimilada a la de alta.*

En cuanto al requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas, se limita a los trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, a los que será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. (Disposición adicional trigésima novena de la LGSS).

2. Las cuotas abonadas correspondientes a períodos anteriores a la fecha de efectividad de la afiliación o alta no se computarán a efectos de cubrir los períodos de cotización exigidos para la concesión de las prestaciones.

3. De los ingresos realizados fuera de plazo por los empleados de hogar a que se refiere el párrafo b) del número 1 del artículo 6, correspondientes a períodos en los que el empleado de hogar haya figurado en alta en este Régimen Especial, sólo se computarán, a efectos de completar los períodos de cotización para aquellas prestaciones que los tengan establecidos y a los de determinar el porcentaje de la pensión de jubilación en función de los años de cotización, las cuotas que correspondan al período inmediatamente anterior a la fecha de pago y hasta un máximo de seis mensualidades.

** NOTA: el artículo 6.1.b) -derogado- se refería a los empleados de hogar que prestan servicios, con carácter parcial o discontinuo, a uno o más empleadores.*

Artículo 24.- Carácter de las prestaciones

** NOTA: véanse las modificaciones que afectan a este artículo, conforme a lo establecido en el artículo 40 de la LGSS.*

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley de Seguridad Social, las prestaciones otorgadas por este Régimen Especial no podrán ser objeto de cesión total o parcial, embargo, retención, compensación o descuento, salvo en los dos casos siguientes:

a) En orden al cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos.

b) Cuando se trate de obligaciones o responsabilidades contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social.

2. De conformidad con el citado precepto, las percepciones derivadas de la acción protectora de este Régimen Especial están exentas de toda contribución, impuesto, tasa o exacción parafiscal.

3. Tampoco podrá ser exigida ninguna tasa fiscal o parafiscal ni derecho de ninguna clase en cuantas informaciones o certificados hayan de facilitar la Entidad gestora y los organismos administrativos o judiciales, o de cualquier otra clase, en relación con dichas prestaciones.

Artículo 25.- Base de cotización a efectos del cálculo de prestaciones económicas

** NOTA: este artículo debe considerarse inaplicable.*

Se entenderá que la base de cotización de los empleados de hogar a efectos del cálculo de las prestaciones económicas de este Régimen Especial será, en todo caso, la tarifa mínima de cotización que para los trabajadores mayores de dieciocho años haya estado vigente en cada momento en el Régimen General de la Seguridad Social.

Artículo 26.- Cómputo de períodos de cotización a distintos Regímenes de la Seguridad Social

1. Cuando un empleado de hogar tenga acreditados, sucesiva o alternativamente, períodos en el Régimen General de la Seguridad Social o en los Regímenes Especiales Agrario o de Trabajadores Ferroviarios y en el que regula el presente Decreto, dichos períodos o los que sean asimilados a ellos que hubieren sido cumplidos en virtud de las normas que los regulen, serán totalizados, siempre que no se superpongan, para la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a la prestación.

** NOTA: el extinguido Régimen Especial de Ferroviarios está integrado en el Régimen General de la Seguridad Social.*

Además de los Regímenes Especiales citados, también deben considerarse comprendidos, a efectos del cómputo de períodos de cotización, el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos, el Régimen Especial de la Minería del Carbón y el Régimen Especial de los trabajadores del Mar.

2. En consecuencia, las pensiones de incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia a que los acogidos a alguno de dichos Regímenes puedan tener derecho en virtud de las normas que los regulan, serán reconocidas, según sus propias normas, por la Entidad gestora del Régimen donde el empleado de hogar o trabajador estuviese cotizando al tiempo de

solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos a que se refiere el número anterior y con las salvedades siguientes:

** NOTA: las Entidades gestoras de estructura mutualista quedaron extinguidas en virtud de la reforma de la Organización gestora de 1978 y se integraron en el INSS. (En este apartado, entiéndase hecha la referencia al INSS o, en su caso, al ISM).*

a) Para que el empleado de hogar o trabajador cause derecho a la pensión en el Régimen a que estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación será inexcusable que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho Régimen.

b) Cuando el empleado de hogar o trabajador no reuniese tales requisitos en el Régimen a que se refiere el apartado anterior, causará derecho a la pensión en el que hubiese cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos a que se refiere el apartado a). Igual norma se aplicará, en su caso, respecto de los restantes Regímenes.

c) Cuando el empleado de hogar o trabajador no hubiese reunido en ninguno de los Regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones.

3. Sobre la base de la cuantía resultante con arreglo a las normas anteriores, la Entidad gestora del Régimen que reconozca la pensión distribuirá su importe con la de los otros Regímenes de Seguridad Social, a prorrata con la duración de los períodos cotizados en cada uno de ellos. Si la cuantía de la pensión a la que el empleado de hogar o trabajador pueda tener derecho por los períodos computables en virtud de las normas de uno sólo de los Regímenes de Seguridad Social fuese superior al total de la que resultase a su favor, por aplicación de los números anteriores de este artículo, la Entidad gestora de dicho Régimen le concederá un complemento igual a la diferencia.

4. La totalización de períodos de cotización prevista en el número 1 del presente artículo se llevará a cabo para cubrir los períodos de carencia que se exijan para prestaciones distintas de las especificadas en el número 2 del mismo, otorgándose, en tal caso, dichas prestaciones por el Régimen en que se encuentre en alta el empleado de hogar en el momento de producirse el hecho causante y siempre que tuviera derecho a ellas, de acuerdo con las normas propias de dicho Régimen.

Artículo 27.- Incompatibilidades

1. Las pensiones que concede este Régimen a sus beneficiarios serán incompatibles entre sí, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente.

2. El empleado de hogar que pudiera tener derecho a dos o más pensiones de este Régimen optará por una de ellas.

SECCIÓN 2ª. PRESTACIONES EN PARTICULAR

Artículo 28.- Alcance de la acción protectora.

** NOTA: además de las prestaciones relacionadas en este artículo, dentro de la acción protectora de los empleados de hogar, se incluyen también las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia (Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo; capítulos IV bis, ter, quater y quinquies del título II y disposiciones adicionales octava.4, undécima bis y undécima ter de la LGSS y Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre).*

1. A los empleados de hogar comprendidos en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar 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.

** NOTA: entiéndanse también incluidos los casos de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.*

b) Prestaciones económicas por incapacidad temporal.

c) Prestaciones por incapacidad permanente.

d) Prestaciones económicas por jubilación.

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, incapacidad permanente, jubilación, 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.

** NOTA: véase nota al título de este artículo.*

Artículo 29.- Asistencia sanitaria

1. La asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad y accidentes será facilitada al empleado de hogar y a sus familiares beneficiarios, en su caso, por la Organización de los Servicios Sanitarios del Instituto Nacional de Previsión.

** NOTA: en virtud de la reforma de la organización gestora de 1978, el Instituto Nacional de Previsión se extingue y se integra en la nueva organización gestora.*

Téngase en cuenta el contenido de la nota al artículo 28.

2. La Mutualidad de Empleados de Hogar satisfará al Instituto Nacional de Previsión la cuota mensual que fije el Ministerio de Trabajo.

3. A los empleados de hogar españoles que, como consecuencia de lo dispuesto en el número 4 del artículo 2 del presente Decreto, estén en alta en este Régimen Especial, sólo les será facilitada la asistencia sanitaria por esta Mutualidad durante los períodos que residan dentro del territorio nacional.

Artículo 30.- Incapacidad temporal

** NOTA: las referencias a las situaciones de "incapacidad laboral transitoria e invalidez provisional" se entenderán realizadas a la situación de "incapacidad temporal". Asimismo, las referencias a la situación de "incapacidad laboral transitoria derivada de maternidad" se entenderán efectuadas a la situación de "maternidad".*

La prestación económica por incapacidad temporal 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.

**NOTA: véase nota al artículo 28*

Artículo 31.- Incapacidad permanente

** NOTA: según lo dispuesto en el artículo 8.Cinco de la Ley 24/1997, de 15 de julio, las referencias a la "invalidez permanente" se entenderán efectuadas a la "incapacidad permanente".*

Para el otorgamiento de las prestaciones por incapacidad permanente será preciso tener acreditado, en la fecha en que se inició el proceso de enfermedad o en que se produjo el accidente determinante de la incapacidad un período

mínimo de cotización computable de sesenta mensualidades durante los últimos diez años.

** NOTA: el período mínimo de cotización al que se refiere este artículo es de aplicación únicamente a la prestación de incapacidad permanente parcial. Para pensiones, véase el artículo 138 y disposición adicional octava 1 de la LGSS, el artículo 4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, y la disposición adicional undécima del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre.*

Artículo 32.- Jubilación

1. La prestación económica por causa de jubilación será única para cada pensionista y revestirá la forma de pensión vitalicia.

2. La cuantía de la pensión se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje procedente, de acuerdo con la escala establecida para el Régimen General de la Seguridad Social, en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario.

** NOTA: redactado por el artículo único del Real Decreto 1609/1987, de 23 de diciembre.*

Artículo 33.- Muerte y supervivencia

** NOTA: la disposición adicional undécima.2 del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, establece: "Las prestaciones de muerte y supervivencia serán reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General en lo relativo a períodos previos de cotización y cálculo de la base reguladora".*

1. En el caso de muerte, cualquiera que fuere la causa, se otorgarán, según los supuestos, alguna o algunas de las siguientes prestaciones:

- a) Auxilio por defunción.
- b) Pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal de viudedad.

** NOTA: sin efecto en lo relativo al subsidio.*

- c) Pensión de orfandad.
- d) Pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares.

2. El período de cotización exigido en el Régimen General para causar derecho a estas prestaciones será, en el Régimen Especial regulado en el presente Decreto, de sesenta mensualidades computables, dentro de los diez años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante.

** NOTA: este apartado 2 debe considerarse inaplicable.*

Artículo 34.- Base reguladora de pensiones

** NOTA: la determinación de la base reguladora establecida en este artículo sólo sería aplicable, cuando el hecho causante fuese anterior a 1-1-94, para las pensiones de incapacidad permanente, causadas por accidente, en alta o en situación asimilada a la de alta, y para las prestaciones de muerte y supervivencia, cuando el causante estuviera en activo. Para hechos causantes posteriores a dicha fecha, en relación con la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente, véanse el artículo 140 (en la redacción dada por la Ley 26/2009, de 23-12, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010) y la disposición adicional octava.1 de la LGSS (en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4-12, de medidas en materia de Seguridad Social); el artículo 7.1 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio; y el artículo 5 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre. Para las pensiones de jubilación, véanse el artículo 162 (con las modificaciones introducidas por la Ley 26/2009, de 23-12) y la disposición adicional octava.1 de la LGSS; y el artículo 4 del Real Decreto 1647/1997, de 31 de octubre. Y para las pensiones por muerte y supervivencia, véase el artículo 7.2 y 3 del Real Decreto 1646/1972, de 23 de junio.*

La base reguladora para determinar la cuantía de las pensiones causadas por los empleados de hogar, en alta o en situación asimilada al alta, será el cociente que resulte de dividir por 24 la suma de las bases a que se refiere el artículo 25, correspondientes a mensualidades cotizadas por el interesado durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses.

El período de veinticuatro meses al que se refiere el párrafo anterior será elegido por el interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión.

Artículo 35.

** NOTA: derogado por la disposición derogatoria del Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, que, a su vez, ha sido derogado por el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre*

Artículo 36.- Prestación económica por profesión religiosa

1. Los empleados de hogar que profesen en religión *católica* tendrán derecho, al hacer los votos y por una sola vez, a una prestación económica de treinta euros, siempre que reúnan las condiciones señaladas en el número 1 del artículo anterior.

** NOTA: en virtud del artículo 14 de la Constitución, el derecho a esta prestación debe entenderse referido a los empleados de hogar que profesen en religión, independientemente de cuál sea la religión a que pertenezcan.*

Aunque el artículo citado está derogado, debe entenderse que se mantiene la vigencia del período mínimo de 24 meses de cotización, computable dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, exigible para causar esta prestación.

2. La percepción de esta asignación es incompatible con la de análoga naturaleza prevista para la pensionista de viudedad que adquiera estado religioso.

Artículo 37.- Asistencia social

** NOTA: debe considerarse inaplicable en virtud de normas posteriores*

Este Régimen Especial de la Seguridad Social, con cargo a los fondos que se determinen al efecto, podrá dispensar a las personas incluidas en su campo de aplicación y a los familiares o asimilados que de ellas dependan, los servicios y auxilios económicos que en atención a estados o situaciones de necesidad se consideren precisos, de acuerdo con las normas que regulan esta materia en el Régimen General de la Seguridad Social. Asimismo, con cargo a este Fondo, se podrán conceder asignaciones de pago único por constancia en la prestación de servicios.

Artículo 38. Servicios sociales

** NOTA: Debe considerarse inaplicable en virtud de normas posteriores*

La prestación de los servicios sociales se llevará a cabo mediante la debida coordinación con los del Régimen General, colaborando, juntamente con la Sección Femenina del Movimiento, en la forma que se determine en la ejecución de los programas generales relativos a dichos servicios.

CAPÍTULO VI Gestión

** NOTA: debe considerarse inaplicable todo este capítulo. En virtud de la organización gestora de 1978, las Mutualidades Laborales y el Instituto Nacional de Previsión (INP) quedaron extinguidos y se integraron en la nueva estructura organizativa.*

Artículo 39.- Gestión

1. La gestión de este Régimen Especial de la Seguridad Social se efectuará bajo la dirección, vigilancia y tutela del Ministerio de Trabajo, por la Mutualidad Nacional de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar a que hace referencia el artículo siguiente.

2. La Mutualidad Nacional de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar estará adscrita orgánicamente al Instituto Nacional de Previsión, y en la gestión que le es propia utilizará los órganos, servicios y medios de aquél, en el ámbito nacional, provincial y local, con la colaboración de la Sección Femenina

del Movimiento, que tendrá a su cargo la orientación social de la misma, prestando a la Mutualidad la ayuda que requiera el mejor desenvolvimiento de sus actividades y cumplimiento de sus fines.

Artículo 40.- Mutualidad Nacional de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar

1. La Mutualidad Nacional de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar tendrá la naturaleza de corporación de interés público, con plena capacidad jurídica y patrimonial para el cumplimiento de sus fines, de acuerdo, respectivamente, con lo establecido en el número 2 del artículo 39 y en el número 2 del artículo 38 de la Ley de la Seguridad Social.

2. De conformidad con lo preceptuado en el número 1 del artículo 38 de la Ley de la Seguridad Social, dicha Mutualidad se considerará incluida en el apartado c) del artículo 5 de la Ley de 26 de diciembre de 1958.

3. De acuerdo con lo dispuesto en el número 2 del artículo 38 de la Ley de la Seguridad Social, la Mutualidad gozará del beneficio de pobreza a efectos jurisdiccionales y disfrutará en la misma medida que el Estado de exención tributaria absoluta, incluidas las tasas y exacciones parafiscales que puedan gravar en favor del Estado y Corporaciones locales y demás entes públicos, los actos que realice o los bienes que adquiera o posea afectos a sus fines, siempre que los tributos o exacciones de que se trate recaigan directamente sobre la Mutualidad en concepto legal de contribuyente y sin que sea posible legalmente la traslación de la carga tributaria a otras personas; gozará, finalmente, en la misma medida que el Estado, de franquicia postal y de especial tasa telegráfica.

4. Corresponderá al Ministerio de Trabajo, previo informe de la Sección Femenina del Movimiento, dictar las disposiciones relativas a la constitución, régimen orgánico y funcionamiento de la Mutualidad, a que se refiere el presente artículo.

Artículo 41.- Órganos de gobierno de la Mutualidad

1. Los órganos colegiados de gobierno en la Mutualidad serán los siguientes:

a) La Asamblea General, con las funciones propias que le correspondan como órgano supremo de la Entidad.

b) La Junta Rectora, con funciones de dirección y gobierno.

c) La Comisión Delegada de la Junta Rectora, para resolución de asuntos urgentes de la competencia de esta última.

d) Las Comisiones provinciales, para el cumplimiento de obligaciones, satisfacción de los derechos mutualistas, funciones informativas y resolutivas que se determinen.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de la Seguridad Social, los órganos de gobierno estarán formados por Vocales electivos, natos, de la Sección Femenina del Movimiento, y de libre designación, conforme a las normas y en la proporción que apruebe el Ministerio de Trabajo, previo informe de la Sección Femenina del Movimiento.

Artículo 42.- Competencia de la Mutualidad

1. La gestión de todas las contingencias y situaciones que constituyen la acción protectora de este Régimen Especial de la Seguridad Social será asumida por la Mutualidad Nacional de Empleados de Hogar, sin perjuicio de que pueda establecer los conciertos previstos por la Ley de la Seguridad Social.

2. El pago de prestaciones por el sistema de administración delegada no será aplicable para la efectividad de las que se otorgan por este Régimen Especial.

Artículo 43.- Régimen económico-administrativo

A los efectos del régimen económico-administrativo de este Régimen Especial será de aplicación lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de la Seguridad Social.

CAPÍTULO VII Régimen económico-financiero

** NOTA: debe considerarse inaplicable todo este capítulo. En virtud de la reforma de la organización gestora de 1978 se unifican todos los recursos financieros de las Mutualidades extinguidas en la Tesorería General de la Seguridad Social, a quien se atribuye la titularidad y administración del patrimonio único de la Seguridad Social.*

Artículo 44.- Recursos

Los recursos económicos de este Régimen Especial serán los siguientes:

- a) Las cotizaciones de los empleados de hogar y de los cabezas de familia.
- b) Las rentas e intereses y cualquier otro producto de sus bienes patrimoniales.
- c) Los bienes, derechos y acciones de que disponga el Montepío Nacional de los Empleados de Hogar al entrar en vigor este Régimen Especial de la Seguridad Social.
- d) Las donaciones, legados o cualesquiera otros ingresos que se otorguen a esta Mutualidad.

Artículo 45.- Sistema financiero

1. El sistema financiero de este Régimen Especial será el de reparto y su cuota se revisará periódicamente para mantener la necesaria adecuación entre los recursos y las obligaciones del mismo. El primer período de reparto será de cuatro años.

2. Se constituirá el correspondiente Fondo de nivelación mediante la acumulación financiera de las diferencias anuales entre la cuota media y la natural prevista.

3. Asimismo se constituirá un fondo de garantía para suplir los posibles déficit que puedan ocasionar la dispensación de prestaciones por cuantía superior a la prevista técnicamente o la disminución de las cotizaciones.

Artículo 46.- Inversiones

Los fondos de nivelación y de garantía de este Régimen Especial que no hayan de destinarse de modo inmediato al cumplimiento de obligaciones reglamentarias, serán invertidos en la misma forma y con análogas finalidades que se señalan para el Régimen General, previo acuerdo de los órganos centrales de gobierno de la Mutualidad. .

Artículo 47.- Gastos de administración

La cuantía de los gastos de administración de este Régimen Especial estará limitada a un porcentaje máximo de sus ingresos totales, que será aprobado por el Ministerio de Trabajo a propuesta del Instituto Nacional de Previsión.

**CAPÍTULO VIII
Faltas y sanciones****Artículo 48.- Norma general**

1. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de la Seguridad Social, serán infracciones las acciones u omisiones que supongan incumplimiento de las obligaciones que impone dicha Ley y de las reguladas en el presente Decreto, así como en sus disposiciones de aplicación y desarrollo; igualmente, las que dificulten u obstruyan la aplicación de este Régimen Especial y las que tiendan a defraudarlo.

2. Los tipos de infracción, sujetos responsables, clases y cuantía de las sanciones y el procedimiento especial para la imposición de las mismas, serán los que se determinen para el Régimen General.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.

1. Lo dispuesto en el presente Decreto tendrá exigencia desde el día 1 de enero de 1970, con excepción de lo preceptuado respecto de la prestación por incapacidad temporal, que entrará en vigor a partir del día 1 de enero del año 1971.

2. A efectos de lo dispuesto en el artículo 10 del presente Decreto, los empleados de hogar que causen baja en este Régimen Especial como consecuencia de alguna de las contingencias determinantes de incapacidad temporal durante el año 1970, podrán permanecer en situación asimilada a la de alta mediante el pago a su cargo de las cuotas, previsto en el número 2 del artículo 16 y de conformidad con lo dispuesto en el número 4 del artículo 14.

Segunda.

1. La cuantía de la cuota de cotización a este Régimen Especial será de 250 pesetas durante el primer período de reparto, sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 15 del presente Decreto.

2. No obstante lo dispuesto en el número anterior, la cuota a que el mismo se refiere será de 175 pesetas durante el año 1970 y 215 pesetas durante el año 1971.

Tercera.

De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley de la Seguridad Social se faculta al Ministerio de Trabajo para dictar las disposiciones necesarias para la ejecución y desarrollo del presente Decreto.

**NOTA: Artículo 5 de la actual LGSS*

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

** NOTA: se considera superado el período transitorio de las disposiciones segunda, tercera.2 y 3, cuarta y quinta.*

Primera.

1. Las prestaciones causadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico continuarán rigiéndose por la legislación anterior.

2. Se entenderá por prestación causada aquélla a la que tiene derecho el beneficiario, por haberse producido las contingencias o situaciones objeto de protección y hallarse en posesión de todos los requisitos que condicionan su derecho, aunque aún no lo hubiera ejercitado.

Tercera.

1. Las cotizaciones computables efectuadas por los empleados de hogar en el Montepío Nacional del Servicio Doméstico serán válidas para el reconocimiento del derecho a las prestaciones establecidas en el presente Decreto.

