

LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR: ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL*

MARÍA DE SANDE PÉREZ-BEDMAR**

Resumen: La prestación de servicios de los empleados de hogar se encuentra plenamente incluida dentro del ámbito del Derecho del Trabajo si bien cuenta con una regulación especial que contempla importantes especialidades en su régimen jurídico con respecto al resto de trabajadores ordinarios. La lección se extiende acerca de la exposición de este régimen, abarcando, tanto los aspectos laborales como los de seguridad social y señalando aquellos rasgos más importantes acompañándose de observaciones críticas acerca de los mismos. Se trata, además, de una cuestión de rigurosa actualidad una vez aprobada la reforma de su sistema de protección social y la revisión de la regulación de su prestación de servicios (RD 1620/2011).

Palabras clave: Relación laboral especial. Convenio OIT sobre el trabajo doméstico. Salario en especie. Desistimiento. Sistema especial de empleados de hogar.

Abstract: The provision of domestic servants is fully included within the scope of employment law but has a special regulation contains important legal specialties in relation to the rest of ordinary workers. The lesson extends about exposure of the scheme, covering both labor issues such as social security and pointing out those features most important accompaniment of critical comments about them. It is also a matter of current rigorous once approved the reform of its social protection system and the regulatory review of its provision of services.

Keywords: Special employment relationship. ILO convention on domestic work. Wages in kind. Discontinuance. Special system for domestic workers.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES; II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR; 1. Ámbito de aplicación, forma y prueba; 2. Capacidad para contratar de los trabajadores extranjeros; 3. Retribución; 4. Tiempo de trabajo y tiempos de presencia; 5. Extinción; 6. Consideraciones críticas sobre el régimen jurídico de los empleados de hogar; III. LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; 1. Antecedentes; 2. Acción protectora; A) Reglas especiales para el trabajo doméstico a tiempo parcial; B) Mejoras en la protección por incapacidad temporal; C) Protección por contingencias profesionales; D) La exclusión del desempleo; E) El procedimiento para la integración y sus dificultades.

* Fecha de recepción: 4 de diciembre de 2011.

Fecha de aceptación: 31 de enero de 2012.

** Profesora Contratada Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Entre los rasgos caracterizadores del Derecho del Trabajo se encuentra la fuerza atractiva que éste posee para impulsar la entrada en su ámbito regulador de relaciones productivas muy diversas entre sí pero con un denominador común, como es la dependencia y la conveniencia de proteger al sujeto que aporta su fuerza de trabajo, la cual constituye un elemento esencial en la relación. Puede decirse que la delimitación del ámbito subjetivo de esta rama del derecho se sitúa en el centro de una pugna permanente entre fuerzas incluyentes-excluyentes, y también es posible afirmar que hoy en día dichas tensiones son más evidentes aún entre sujetos que prestan servicios extramuros del derecho laboral a pesar de hacerlo bajo ciertas condiciones de dependencia con respecto al sujeto que recibe los mismos, y sujetos que se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación a pesar de presentar singularidades importantes en su actividad laboral.

Dentro de este último grupo se encuentran las denominadas relaciones laborales de carácter especial y, dentro de esta categoría se halla la relación laboral especial de los empleados de hogar. Las relaciones laborales de carácter especial presentan algunas características que las diferencian de una relación laboral común, ya sea por lo específico del lugar en el que se prestan los servicios, o porque el sistema de trabajo y de organización es diferente o, en general, porque dentro de sus componentes esenciales se pueden encontrar diferencias notables, especialidades, en suma, respecto a la habitual forma de prestación de servicios laboral ordinaria. En este sentido, de lo que se trata es de reconocer el carácter laboral de determinadas prestaciones de servicios que debido a esas especiales características podrían plantear problemas para ser consideradas como relaciones laborales sin más, pero al mismo tiempo se reserva la existencia, incluso el reconocimiento, de ciertas especialidades¹.

Observando con detenimiento el listado de todas las relaciones laborales especiales reconocidas como tales hasta el momento presente, no se puede establecer un criterio único en razón del cual se atribuya esta cualidad; es, más bien, un conjunto heterogéneo de razones el que está detrás de cada una de ellas a la hora de considerarlas como tales. Así, puede decirse que en algunos casos será debido sobre todo a la singularidad del empleador, en otros casos por razón del lugar donde se lleva a cabo la prestación de los servicios laborales o por la mayor o menor dependencia, pero todas ellas son relaciones laborales y es claro que existe una opción por mantener la laboralidad del vínculo, aún reconociendo su especialidad.

El art. 2.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) contiene la enumeración de las relaciones laborales especiales existentes: junto a la relación laboral del servicio del hogar familiar que ahora nos ocupa, se pueden encontrar enunciadas otras tantas y muy distintas de la anterior, como es la relación laboral de los altos directivos, la de los penados en instituciones penitenciarias, la de los deportistas profesionales, la de los artistas en

¹ ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo" en, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 28, 1986, p. 511.

espectáculos públicos y también la de los mediadores mercantiles dependientes, la de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en centros especiales de empleo y la de los estibadores portuarios en determinadas condiciones.

No se trata, además, de una previsión legal que contenga una lista cerrada, en la letra i) del citado precepto se contiene una cláusula de cierre según la cual podrán existir más relaciones laborales de carácter especial si expresamente se declaran como tales por una ley². Ello es coherente con ese rasgo característico del ordenamiento laboral señalado al principio y permite que ciertas prestaciones de servicios puedan seguir manteniendo su carácter laboral a pesar de las diferencias, importantes, que éstas presenten en su régimen jurídico³. La historia reciente evidencia lo que se acaba de afirmar con respecto a la inclusión en este listado de relaciones laborales especiales de tres prestaciones tan diferentes entre sí como lo son la relación laboral de residencia⁴, la relación laboral de los abogados que prestan servicios en despachos individuales o colectivos⁵ y la relación laboral de los profesores de religión⁶ en centros públicos.

La prestación de servicios en el hogar familiar es tan antigua, podríamos decir, como nuestras sociedades. Igualmente podría decirse que ha evolucionado al mismo tiempo que nuestra sociedad experimentando un proceso progresivo de visualización que ni mucho menos ha de darse por concluido. La voluntad de aproximar las condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos a las del resto de los trabajadores fue el origen de la regulación específica que se dio a esta relación, pero su régimen ha ido mostrando importantes insuficiencias⁷. Ha habido un proceso progresivo de toma de conciencia sobre la necesidad de revisar la regulación jurídica de esta relación laboral especial y, así, puede decirse que existe una voluntad de hacer emerger el trabajo doméstico más plenamente al mundo jurídico en un proceso de homologación que tiene aún bastante camino que recorrer. Sin embargo se han dado algunos pasos recientemente con la inclusión de su régimen de protección social

² Hay que tener en cuenta también que la técnica utilizada por el legislador es la deslegalización de la regulación del régimen jurídico de estas relaciones de carácter especial. Así, éstas se regirán por su normativa específica, reglamentaria, y, supletoriamente, por lo dispuesto en el ET.

³ El hecho del diferente régimen jurídico con respecto a la relación ordinaria no supone una vulneración del principio de igualdad, ni supone una discriminación, si ello se encuentra justificado en las especiales características de estas relaciones (STC 56/1988).

⁴ DA 1ª Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (BOE 22 de nov.) y RD 1146/2006 de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud.

⁵ D.A. 1ª Ley 22/2005 de 18 de noviembre, que establece la consideración de relación laboral especial para la prestación de servicios retribuidos por cuenta ajena, de abogados dentro del ámbito de organización y dirección del titular de un despacho de abogados individual o colectivo, y RD 1331/2006 de 17 de noviembre.

⁶ D.A. 3ª LO 2/2006 de 3 de mayo de Educación y RD 696/2007 de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los profesores de religión.

⁷ Acerca de la evolución histórica del tratamiento de la prestación de servicios para el hogar familiar, *vid.* el estudio que efectúa DE LA VILLA GIL, L.E., en “La relación laboral de carácter especial al servicio de hogar familiar” *Documentación Laboral*, n° monográfico 1985, pp. 190 y ss.

dentro del régimen general de la seguridad social y la renovación de la norma reglamentaria que regula esta relación laboral de carácter especial.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

1. **Ámbito de aplicación, forma y prueba**

La DA 1ª de la Ley 32/1984, de 2 de agosto estableció el carácter especial de la relación de servicio del hogar familiar y su regulación se llevó a cabo, primeramente, mediante el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto. En la actualidad, dicha norma ha sido sustituida por otra: el RD 1620/2011 de 14 de noviembre (BOE del 17), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. La aprobación de la misma trae consigo un cambio significativo en la regulación de ciertos aspectos importantes de la relación laboral, y en general, supone la confirmación del carácter especial de dicha relación a la vez que se adecúan las especialidades a las transformaciones sociales y de las costumbres que se han producido en los veinticinco años transcurridos desde la primera regulación reglamentaria.

Según el tenor de la norma se considera relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar, la que conciertan el titular del mismo como empleador y la persona que, dependientemente y por cuenta de aquel, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar.

El empleado de hogar es la persona física que en virtud de un contrato se compromete a prestar sus servicios, libremente, de forma dependiente y por cuenta del titular del hogar familiar. Dichos servicios han de estar dirigidos a satisfacer necesidades estrictamente domésticas a cambio de una remuneración⁸. A los efectos de la relación laboral especial, se considera 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 domésticos⁹.

El objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados en o para la casa en la que se realizan, pudiendo tratarse de cualquiera de las modalidades de tareas domésticas, así como de 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

⁸ QUESADA SEGURA, R.; *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, 1991, p. 108.

⁹ El art. 2.3 RD 1620/2011 especifica que cuando la prestación de servicios se realice para un grupo de personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan con tal carácter familiar 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 del grupo, que podrá recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes.

forman parte del ámbito doméstico o familiar y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos¹⁰ u otros análogos.

Se entiende, además, que el empleador es una persona física y sin ánimo de lucro. Por el contrario, se excluyen las relaciones que, aún teniendo el mismo objeto que los anteriormente señalados, se concierten por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aunque su objeto sea la prestación de servicios o tareas domésticas, quedando éstas sometidas a la normativa laboral común. 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 tales empresas¹¹. Expresamente, la norma declara no incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial, las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal.

Quedan también fuera del ámbito de esta relación laboral especial, las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, cuando la parte que presta el servicio no tenga la condición de asalariado en los términos del art. 1.3 e) ET. Tampoco se aplica esta regulación a los cuidadores no profesionales de las personas en situación de dependencia en su domicilio¹². Se trata de cuidados prestados por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, de acuerdo con la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. En cuanto a las relaciones de los cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o por entidades privadas de acuerdo con la Ley, también se contempla expresamente su exclusión del ámbito de la relación laboral especial en el art. 2.1 c). Y tampoco constituyen trabajo doméstico los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

Respecto de las relaciones concertadas por un titular del hogar familiar con una persona que, además de prestar servicios domésticos, deba realizar con cualquier periodicidad otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador, la norma presume la existencia de una única relación laboral de carácter común. No obstante, dicha presunción admite prueba en contrario que acredite que la realización de dichos servicios no domésticos reviste un carácter esporádico o marginal con respecto a ellos.

¹⁰ El art. 97.2 b) LGSS incluye sin embargo en el Régimen General de la Seguridad Social a los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares. Se manifiesta así, la falta de sintonía entre la regulación laboral y la relativa a la protección social de estos trabajadores.

¹¹ Tal como queda establecido en la Disposición Adicional decimoséptima (encuadramiento de la prestación de servicios domésticos a través de empresas) de la Ley 27/2011, de modo que así, se establece una concordancia entre la norma relativa a la seguridad social y la regulación laboral del régimen jurídico de estos servicios.

¹² Estos cuidadores no profesionales, previstos en el art. 2.5 de la Ley 39/2006, han quedado incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. *Vid.* AA.VV., *El estatuto jurídico del cuidador informal* (Dir. GONZÁLEZ ORTEGA, S.), Ramón Areces, Madrid, 2010.

Igualmente, la norma incluye una presunción, que admitirá prueba en contrario, y que supone entender que no concurren las notas de laboralidad 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 o enseñanza de idiomas a cambio de comida, alojamiento o compensación por gastos¹³.

El contrato de trabajo podrá celebrarse por escrito o de palabra siendo esta última la forma más empleada en la realidad social del trabajo doméstico en el que dado el ámbito en el que el trabajo se lleva a cabo, no prima en la mayoría de las ocasiones el formalismo a pesar de que daría mucha más seguridad jurídica. En todo caso, la nueva normativa refuerza la forma escrita. La previsión de la norma (art. 5) es que deben constar por escrito los contratos de duración determinada cuya duración sea igual o superior a cuatro semanas. En defecto de pacto escrito, el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa. La anterior regulación establecía que se presumiría celebrado por tiempo determinado de un año, prorrogable tácitamente por periodos igualmente anuales, pero con la nueva regulación desaparece el contrato temporal anual no causal y se produce una mayor sujeción a las reglas del ET en materia de contratación temporal. Como norma de cierre, se prevé que cualquiera de las partes pueda exigir que el contrato se formalice por escrito, no solo en el momento de su celebración sino incluso durante el transcurso de la relación laboral.

Si estas exigencias normativas se cumplen, en la práctica se habrá avanzado significativamente en la consecución de una posición jurídica más solvente para este sector de trabajadores. Nótese cómo no se trata solo de observar la forma escrita sino además, de cumplir con una segunda obligación que es la de informar a la persona trabajadora acerca de los elementos esenciales del contrato y de las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral en el caso de que dichos extremos no consten en el contrato escrito¹⁴.

Con la finalidad de reforzar esta garantía y en clara consideración hacia las especialidades que en determinados aspectos del régimen jurídico presenta esta relación laboral de servicio del hogar familiar, adicionalmente se deberá informar sobre las prestaciones en especie, si se ha convenido su existencia; sobre la duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, así como el sistema de retribución o compensación de los mismos y sobre el régimen de las pernoctas de la persona trabajadora en el domicilio familiar, en su caso.

Llama la atención el amplio lapso temporal que la Disposición Transitoria primera del RD concede a los empleadores para formalizar por escrito los contratos de trabajo vigentes

¹³ Acuerdo Europeo de 24 de noviembre de 1969, sobre trabajo “au pair”, ratificado por España en 1988. Por su parte, el art. 40.5 de la Ley de Extranjería se remite a dichas reglas cuando se trata de “la realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales”.

¹⁴ Y a estos efectos, la Disposición Final segunda del RD 1620/2011 modifica el RD 1659/1998 en materia de información al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo.

a la entrada en vigor de la nueva norma y que como consecuencia de la nueva regulación, deban celebrarse por escrito. Igual plazo tendrán para cumplir con la obligación de informar sobre los elementos esenciales del contrato. No se entiende bien la razón de ser de este plazo de un año que cabe entender que se computará a partir de la entrada en vigor del reglamento que se produce en enero de 2012. Dicho periodo temporal es excesivo y puede resultar contraproducente para la efectividad real en el cumplimiento de dichas obligaciones.

También se ha producido una ampliación del periodo de prueba junto a una regulación más segura del mismo (Art. 6). Así, anteriormente cabía entender que el periodo de prueba en defecto de pacto expreso, se presuponía celebrado o concertado por periodo de quince días, computándose solo aquellos en los que se dé la prestación efectiva de servicios. Ahora, en coherencia con la regulación general para todos los trabajadores en esta materia, el periodo de prueba podrá concertarse por escrito y por un periodo que no podrá superar los dos meses. Destaca en este particular, el hecho de que la norma reglamentaria contemple la existencia de un preaviso de siete días para efectuar el desistimiento durante el periodo de prueba.

2. Capacidad para contratar de los trabajadores extranjeros

La capacidad para la contratación de este tipo de relaciones por quienes no ostentan la nacionalidad española se halla condicionada por la entera y considerablemente compleja normativa sobre extranjería. Tal vez fuera por ello, en todo caso no es de extrañar que la anterior norma reglamentaria se remitiera a lo dispuesto en la legislación vigente en la materia relativa a los trabajadores extranjeros en España. La norma actual no hace mención al respecto y ello es algo lógico en tanto que va de suyo. Es preciso tener en cuenta que se trata de un sector de la economía en el que la presencia de trabajadores extranjeros es absolutamente mayoritaria, por no decir casi exclusiva. Se trata además de un ámbito en el que han incidido las sucesivas y numerosas regulaciones del trabajo de los extranjeros, algunas de ellas encaminadas principalmente a hacer aflorar el trabajo en este sector¹⁵.

En los países desarrollados, los trabajadores inmigrantes constituyen el porcentaje más elevado de trabajadores del hogar y sus ingresos representan a su vez un alto porcentaje dentro de los millones de dólares que en remesas se envían cada año con destino a los países en desarrollo. Sin embargo, los empleados de hogar inmigrantes corren un mayor riesgo de encontrarse en situaciones de trabajo abusivas debido a las restrictivas políticas sobre inmigración y protección de fronteras de los países de destino. La prestación de servicios como empleados de hogar de quienes no están en posesión de permiso de residencia y de

¹⁵ RD 2393/2004, de 30 de diciembre, Disposición Transitoria 3ª: Proceso de normalización.

trabajo es una realidad. Esta posición social “subalterna”¹⁶ se ha visto reforzada por el hecho de que el trabajo doméstico se ha convertido en este último periodo en una de las vías principales para la incorporación de la mujer extranjera¹⁷ al mercado de trabajo, lo que ha provocado la “etnización” de este tipo de actividades¹⁸.

En este sentido, y pese a las críticas vertidas como consecuencia del denominado “efecto llamada”, es preciso observar cómo la regulación llevada a cabo en 2005 contribuyó grandemente a hacer emerger una buena parte de esta actividad económica, situando a las trabajadoras domésticas en una posición de mayor estabilidad y visibilidad, también, por qué no reconocerlo, se logró un incremento de los sujetos cotizantes al régimen especial de la Seguridad Social, tanto dentro de la categoría de fijos y permanentes, como de fijos discontinuos¹⁹.

Por otra parte, es notable el esfuerzo que, tanto desde las regulaciones normativas que se han ido llevando a cabo, como desde la aplicación e interpretación que de las mismas efectúan los órganos jurisdiccionales, extienden la protección a los trabajadores extranjeros aún en situación irregular en determinados supuestos. Así, los Jueces de lo Social reconocen la existencia de una relación laboral si se reputa como probado que concurren las notas configuradoras de la misma, sin que a ello sea obstáculo el que se carezca de permiso de trabajo.

El art. 7 c) del ET prescribe que podrán contratar la prestación de su trabajo los extranjeros, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia. Actualmente la normativa en vigor está contenida en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Según prescribe el artículo 15.1 de la citada Ley Orgánica «los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio de Interior, el permiso de trabajo cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años». A su vez, el artículo 17 condiciona la concesión del per-

¹⁶ De “Trabajo invisible” ha hablado ESPÍN SÁEZ, M; “Mujer y autoempleo”, en el marco de actividades del Proyecto I+D CCG08-UAM/HUM-4442 financiado por la Universidad Autónoma de Madrid, y del Proyecto I+D 2006/068600, financiado por la Comunidad Autónoma de Madrid y la Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid.

¹⁷ Sobre esta cuestión se ha hecho referencia en multitud de ocasiones, por ejemplo, M^a Teresa Fernández (Abogada de ADEIA S.COOP.) en “La problemática de la mujer inmigrante”, en Jornadas *Mujeres en el mundo del trabajo, ¿nuevos retos?* (julio de 2009), Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

¹⁸ Vid. LÓPEZ GANDÍA, J, *Las relaciones laborales especiales*, Bomarzo, Albacete, 2008, p. 97.

¹⁹ Este hecho de la obtención de recursos económicos que ha traído consigo la regularización de los trabajadores extranjeros en el sector del trabajo doméstico, se puede comprobar igualmente en la regulación de tasas por tramitación de autorizaciones administrativas en materia de inmigración y extranjería establecida por la Orden PRE 3/2010 de 11 de enero de 2010 (BOE del 12), así, para los supuestos de autorización de residencia temporal y de trabajo por cuenta ajena que puede obtener el titular de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (arraigo, por ejemplo), contempla tasas para el empleador cabeza de familia en caso de servicio del hogar familiar de hasta 190,12 euros (modelo 990 a abonar por el empleador).

miso de trabajo, tratándose de trabajadores por cuenta ajena, “a que el solicitante presente contrato de trabajo por escrito o justifique documentalmente el compromiso formal de colocación por parte de la empresa que pretenda emplearlo”.

Por su parte, el citado Reglamento reitera la norma del artículo 15 de la Ley, sobre la necesidad legal de obtención del permiso de trabajo para “los extranjeros que deseen ejercer en España cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena” (artículo 33.1), expresando que “ningún empresario podrá utilizar el trabajo de un extranjero que no esté autorizado para trabajar en España, salvo que esté exceptuado de la obligación de proveerse del permiso de trabajo”. Tales prescripciones se mantienen en iguales términos en el artículo 71, apartados primero y segundo, del vigente Reglamento, aprobado por Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

Partiendo de las expresadas normas, los Tribunales de Justicia han estimado que un contrato de trabajo sin obtención de los permisos de residencia y de trabajo, es un contrato concertado contra la prohibición expresa de la ley, que merece la calificación de nulo por aplicación concordada de los artículos 6.3 y 1275 del Código Civil, en relación con el ya citado artículo 7 c) ET. Pero tal declaración de nulidad ha de entenderse sin perjuicio de lo prescrito por el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores. Como expuso el TS en Sentencia de 23-2-1983 (RJ 1983/8), todo lo expuesto lo es sin perjuicio del derecho del trabajador a reclamar de la empresa el pago de la remuneración correspondiente por los servicios prestados a la misma, como si se tratase de un contrato válido, supuesto expresamente contemplado en el ET²⁰.

3. Retribución

La marcada individualización en la negociación de las condiciones laborales que se produce en el contexto del trabajo en el hogar tiene su particular reflejo en materia retributiva. Se trata de un sector poco o nada organizado en el que no se cuenta con ninguna tradición de negociación colectiva y ello a pesar de que ya en la anterior norma reglamentaria se mencionaba la posibilidad de mejora a través de pacto colectivo. La actual normativa recoge expresamente en el art. 3 entre las fuentes de la relación laboral, la referencia a los convenios colectivos como instrumentos potencialmente reguladores de los derechos y deberes de esta relación pero hará falta la puesta en práctica de una negociación colectiva real y efectiva y para ello son muchos los obstáculos que hay que sortear. Sigue siendo pues la negociación individual una fuente preponderante de regulación salarial, si bien, a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa, se verá reforzada la garantía del salario mínimo.

²⁰ STSJ Navarra de 8 de junio de 2000, sobre trabajadora doméstica sin permiso de trabajo a quien se reconoce el derecho a cobrar los salarios adeudados y la indemnización de un mes por fallecimiento del empleador.

El salario mínimo interprofesional, fijado anualmente por el Gobierno, es aplicable en el ámbito de esta relación, de acuerdo con los términos y las condiciones establecidas en el ordenamiento laboral común y se entiende como tal el establecido a jornada completa, prorrateándose si se realizara una jornada inferior. Las normas sobre salario mínimo, cada año, vienen estableciendo una cantidad correspondiente al SMI diario (cifrada en 21,38 euros para el año 2012) y una cantidad mensual (cifrada en 641,40 euros para el año 2012); para trabajadores del hogar familiar que trabajen por horas se establece una regla especial. Todas estas cuantías mínimas habrán de abonarse en metálico y no pueden reducirse mediante el pago de salario en especie.

La cuestión relativa al salario en especie en este tipo de prestaciones de servicios ha presentado en el pasado recientes singularidades con respecto al régimen ordinario. La norma contenida en el art. 6.2 del Real Decreto de 1985, establecía que en los casos en los que se dieran prestaciones de servicios con derecho a prestaciones en especie como alojamiento y manutención, se podría descontar por tales conceptos el porcentaje que las partes acordasen sin que dicho descuento pudiera superar el porcentaje superior al 45% del salario total. Ello suponía un incremento con respecto al límite total para las remuneraciones en especie que recogía el art. 26 ET, que era un límite del 30%. En este sector es frecuente el salario en especie sobre todo en el trabajo de los empleados internos que reciben alojamiento y manutención, sin embargo, las dificultades para cuantificar dichas percepciones y las prácticas abusivas que dejaban el salario en metálico reducido a cantidades mínimas, aconsejaban una reforma de este aspecto.

Ya la Ley 35/2010 introdujo una modificación importante a este respecto que tuvo especial repercusión en el ámbito del trabajo doméstico al imponer un límite más rígido a la percepción de prestaciones salariales en especie pues, en ningún caso, incluidas las relaciones laborales especiales, 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.

Así pues, en todo caso, habrá que respetar como salario en metálico la cuantía del salario mínimo interprofesional. Esta es una medida que se ha reflejado expresamente en el nuevo reglamento (art. 8.2 RD 1620/2011) y debería tener en breve la relevancia que se pretende sobre las retribuciones en la relación laboral especial de empleados de hogar en la que este tipo de salario en especie se da con mucha frecuencia y en ocasiones, como se mencionaba, generando situaciones abusivas. Desde este punto de vista, también es importante que la nueva redacción del art. 26.1 ET resulte de aplicación, no solo a los contratos de trabajo que se celebren tras la aprobación de la ley, sino a los vigentes a partir de esa fecha; o que se contemple la obligación de cuantificar por escrito las prestaciones salariales en especie si se hubieran pactado²¹.

²¹ Para la retribución de las personas empleadas de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que se fije en la normativa correspondiente con carácter general para los trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar, que incluye todos los conceptos retributivos. Este

Según la anterior normativa, el empleado de hogar tenía derecho a un incremento en metálico de un 3% por cada tres años de vinculación, con un máximo de cinco trienios. Ahora, la regulación reglamentaria abandona la regla que unía incremento salarial a la antigüedad de la persona trabajadora y establece que los incrementos salariales deberán fijarse de común acuerdo entre las partes, si bien, en defecto de pacto, se establece un reenvío al incremento que conste en la estadística de los convenios colectivos del mes en que deba efectuarse la revisión.

Otro de los aspectos materiales sobre los que ha existido una importante diferenciación con respecto a los trabajadores ordinarios es el relativo a las gratificaciones extraordinarias. En la anterior normativa se establecía el derecho del trabajador doméstico a dos pagas extraordinarias al año que se percibirán al final de cada semestre en proporción al tiempo trabajado y que serían de una cuantía mínima de quince días de salario. En la práctica se ha consolidado el percibo de dos “medias pagas” al final de cada semestre y de este modo, a pesar de que la previsión normativa se acercaba en la materia a la regulación general establecida en el art. 31 ET, (que prevé dos pagas extraordinarias una con ocasión de las fiestas de Navidad y otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo y que suele coincidir con los meses de verano), sin embargo, en la cuantía de dichas pagas se ponía de manifiesto una más profunda divergencia con respecto al resto de trabajadores.

Con carácter general, si bien la Ley no marca la cuantía de las pagas extra sino que se está a lo fijado por convenio colectivo, esta suele cifrarse en torno a los treinta días de salario. Sin embargo, en el ámbito del servicio doméstico, la primera consideración que ha de hacerse al respecto es que la negociación colectiva no tiene incidencia reguladora en el mismo, al ser este, como señalábamos al principio, un ámbito poco organizado y muy individualizado en la regulación de las condiciones de trabajo. Y por el lado de la regulación que efectúa la norma reglamentaria, su contenido tampoco ayudaba a mejorar el régimen jurídico, antes bien, se recogían quince días de salario, como mínimo, que viene siendo lo que se aplica con carácter generalizado²². Ahora, el nuevo art. 8.2 del RD 1620/2011 regula la cuantía de las gratificaciones extraordinarias de un modo distinto: Su cuantía será la que acuerden las partes debiendo ser suficiente para garantizar, en todo caso, el pago en metálico, al menos, de la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual. Así, puede entenderse que se está garantizando un mínimo al trabajador, de tal manera que la suma de los salarios mensual y las pagas extraordinarias deben alcanzar al menos la cifra del salario mínimo en cómputo anual (8979,60, para 2012). Ello tendrá importancia en los supuestos en los que el salario mensual en metálico sea el salario mínimo, pues la cuantía

salario mínimo se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas (art. 8.7 RD 1620/2011).

²² De “diferenciación notoriamente injustificada” y de “desvalor social” del trabajo en el hogar familiar, habla GARRIDO PÉREZ, E., “El trabajo en el hogar: Un replanteamiento de su existencia desde el punto de vista normativo y jurisprudencial” en AA.VV.; *Mujer y Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2003, p. 246.

de las pagas extraordinarias deberá incrementarse hasta corresponderse con una paga entera a fin de garantizar el mínimo establecido.

Una última e importante novedad en materia retributiva se ha contemplado también en la reciente norma reglamentaria al determinarse la obligación de documentar el salario mediante la entrega a la persona trabajadora de un recibo individual y justificativo del pago del mismo al igual que se produce en la relación laboral ordinaria por mandato del art. 29.1 ET. La primera duda que se plantea a raíz de dicha obligación es la relativa a su puesta en marcha teniendo en cuenta el ámbito del hogar familiar en el que se desenvuelve la relación, así como la naturaleza privada del empleador titular del hogar familiar. En este sentido, la norma reglamentaria establece la previsión de que el Ministerio de Trabajo ponga a disposición de los empleadores modelos de recibos de salarios para el cumplimiento de lo establecido. Aún es pronto para comprobar el grado de cumplimiento.

4. Tiempo de trabajo y tiempos de presencia

Tradicionalmente, la clase de trabajo prestado y el lugar en el que se desarrolla la relación al servicio del hogar familiar han justificado las peculiaridades de la regulación del tiempo de trabajo en el RD 1424/1985 que presentaba una marcada flexibilidad a favor exclusivamente del empleador, todo hay que decirlo. Es por ello que, desde la primera aproximación que se hiciera a la materia se concluía que era, en cualquier caso, clara la conveniencia de establecer límites en la ordenación del tiempo de trabajo, tanto más cuando este sector carece de normas sectoriales provenientes de la negociación colectiva que pudieran jugar ese papel de norma mínima. Por esta consideración es importante la regulación nueva que a la materia ha dado el RD 1620/2011.

La jornada máxima semanal de carácter ordinario será de cuarenta horas de trabajo efectivo, pero ello es así, sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador que pudieran acordarse entre las partes, (sobre la regulación de este tiempo de presencia nos detendremos más adelante). La regulación del horario de trabajo ha experimentado un cambio importante al menos en la redacción; antes estaba establecido que fuera fijado libremente por el empleador; de hecho, el establecimiento de esta potestad a favor del cabeza de familia se produce en atención a sus necesidades organizativas y porque es quien ha de distribuir el modo de proceder a la cobertura de las necesidades domésticas²³, pero la nueva norma expresamente contempla que el horario sea fijado por acuerdo entre las partes. Es previsible que a la postre continúe siendo el titular del hogar familiar quien establezca unilateralmente el horario pero la nueva dicción, cuando menos está expresando una evolución en el sentir de la regulación que habrá de dejar cierto margen.

²³ DE NIEVES NIETO, N, *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2010, p. 124.

Igualmente se ha incrementado el descanso entre jornadas y ahora se prevé que entre una y otra jornada deberá mediar un descanso mínimo, no de diez, sino de doce horas, si el empleado no pernocta en el domicilio. En caso de que se trate de una persona empleada interna, el descanso entre jornadas podrá reducirse a diez horas pero deberá compensarse el resto hasta doce horas en periodos de hasta cuatro semanas. Otra cautela que puede funcionar a modo de limitación es la previsión de que el empleado interno²⁴ disponga de dos horas para las comidas principales, si bien ese tiempo no se computará como trabajo.

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. Esta es una previsión que encierra una relevancia especial por cuanto es en el ámbito del trabajo doméstico de los internos aquel en el que se pueden dar mayores complejidades en torno a la regulación del tiempo de trabajo y sus límites.

La regulación normativa del tiempo de presencia y su distinción con respecto al tiempo de trabajo efectivo, presentaba zonas poco claras y tras la regulación de la nueva norma reglamentaria puede decirse en una primera valoración que ha experimentado una mejora. Por una parte, durante el tiempo de presencia el empleado se encuentra en el lugar de trabajo a disposición del empleador pero sin prestar servicio alguno. Sin embargo, cabe plantearse qué retribución se abona por esas horas que no son tiempo de descanso sino de disponibilidad y si existe alguna limitación normativa sobre las mismas. Y ni una cosa ni la otra aparecían contempladas expresamente hasta ahora, por lo que, más allá de la aplicación general de las normas limitativas de la jornada del ET, no encontrábamos otra regulación que no fuera el pacto entre las partes²⁵.

Sin embargo, el actual art. 9.2 RD 1620/2011 permite que por acuerdo entre las partes se puedan compensar los tiempos de presencia por tiempo de descanso equivalente. Y, si no, los tiempos de presencia se retribuirán como mínimo con un salario de cuantía no inferior al correspondiente a las horas ordinarias. Luego, la primera conclusión que cabe extraerse de la normativa recién aprobada es que los tiempos de presencia son retribuidos o compensados siempre, con independencia de lo que se haga en ellos y en segundo lugar existe una limitación a esas horas de presencia, pues no podrán exceder de veinte horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes. De modo que a pesar de seguir existiendo una considerable flexibilidad en este aspecto, se puede decir que la nueva regulación representa una mejora en la ordenación del tiempo de trabajo y el establecimiento de límites a la jornada de los trabajadores domésticos²⁶. Dicho avance se apuntala igualmente con la

²⁴ Art. 7. 1 RD 1424/1985; se ha señalado la extensión de este descanso a los trabajadores externos en proporción al tiempo de trabajo.

²⁵ En igual sentido, GARRIDO PÉREZ, E. "El trabajo en el hogar...", op. cit., p. 242.

²⁶ Acerca de la determinación de los periodos de presencia o de su diferencia con el tiempo de trabajo efectivo cuando se realizan tareas de custodia o control o en general, tareas que exijan poco esfuerzo, tales como atender el teléfono o abrir la puerta, *vid.* DE NIEVES NIETO, N, *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2010, p. 126.

exigencia de que conste por escrito la duración y distribución de los tiempos de presencia en el art. 5.4 b).

Los empleados de hogar tienen derecho a un descanso semanal de treinta y seis horas consecutivas que comprenderán, por regla general, la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo. La antigua regulación establecía en este punto que de las treinta y seis horas de descanso, solo veinticuatro horas debían ser consecutivas y preferentemente coincidiendo con el domingo. Por acuerdo entre las partes se podría determinar el sistema de disfrute del resto de horas de descanso, de modo que en este aspecto también se percibe el calado de la nueva regulación. Con independencia de lo anterior podrán pactarse modalidades de disfrute del descanso, respetando la cuantía mínima del mismo, cualquiera que sea el periodo de cómputo que a estos efectos se utilice. Cuando el empleado de hogar no preste servicios en régimen de jornada completa, la retribución correspondiente al tiempo de descanso se reducirá en proporción a las horas efectivamente trabajadas. El disfrute de las fiestas laborales se ajustará a las especialidades previstas para el descanso semanal.

El periodo de vacaciones anuales será de treinta días naturales, de los cuales, al menos quince se disfrutarán de manera continuada, siendo el resto susceptible de fraccionamiento en la forma que se acuerde entre las partes, en defecto de pacto, quince días podrán fijarse por el empleador, de acuerdo con las necesidades familiares y el resto se elegirá libremente por la persona empleada. En este aspecto relativo a las vacaciones será de aplicación supletoria lo dispuesto en el art. 38.2 ET, sin embargo, también en este punto, la necesidad de flexibilidad en este tipo de relación laboral, determina una mayor grado de unilateralidad del empleador en el momento de establecer el periodo de disfrute de las mismas salvando, eso sí, las normas limitativas antes expuestas. Una puntualización importante para esta materia es la relativa a que durante el periodo de vacaciones, la persona empleada de hogar no estará obligada a residir en el domicilio familiar o en el lugar a donde se desplace la familia o alguno de sus miembros.

5. Extinción

Todas las consideraciones que puedan hacerse acerca de la regulación de la extinción del contrato de trabajo en el sentido de subrayar la intensidad de intereses contrapuestos y la necesidad de armonización de los mismos, se hacen evidentes de manera particularmente intensa en el momento de la extinción de la relación especial de los empleados de hogar. Los argumentos esgrimidos para justificar la existencia de una regulación especial de este tipo de trabajo, se manifiestan poderosamente en el momento de la extinción. El hogar familiar como ámbito de la prestación de servicios es el elemento decisivo que justifica las especialidades que con respecto a la legislación laboral ordinaria se establecen en la norma reglamentaria. La proyección de dicha consideración acerca del hogar familiar y la preeminencia de la mutua confianza sobre la regulación de la extinción del contrato de trabajo al

servicio del hogar familiar explican que el desistimiento del empleador sea específicamente previsto como causa de extinción.

En principio, es notable la similitud entre las causas de extinción de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar respecto de las previstas en el art. 49 ET para la relación laboral ordinaria. Antes éstas eran enumeradas en el art 9 del RD 1424/1985, ahora, la norma prevista en el art. 11 RD 1620/2011, simplifica y establece un régimen jurídico diferenciado remitiéndose, por un lado, a las causas de extinción del art. 49 ET pero exceptuando el despido colectivo, el objetivo y la fuerza mayor por no resultar compatibles con la naturaleza de este tipo de relación, y por otro lado, estableciendo salvedades en materia de despido disciplinario y en el desistimiento.

Así pues, se prevén como causas de extinción, el mutuo acuerdo, las causas consignadas válidamente en el contrato o el vencimiento del tiempo convenido. Para este último supuesto, la norma anterior obligaba a que el empleador, simultáneamente a la notificación de la extinción del contrato, pusiera a disposición del empleado una indemnización equivalente al salario en metálico de siete días de trabajo, multiplicado por el número de años naturales de duración, incluidas las prórrogas, con un tope de seis mensualidades. Ahora, desaparecida en la nueva norma dicha previsión, hay que remitirse por completo a lo previsto en el art. 49.1c) ET para esta causa de extinción²⁷.

Igualmente, serán posibles causas de extinción, la muerte, gran invalidez o invalidez permanente, total o absoluta del trabajador, así como su jubilación; la dimisión del trabajador deja de estar sujeta a un plazo de preaviso de, al menos, 7 días, y pasa a estar sometida a la regulación común que se remite al plazo de preaviso que señalen los convenios o la costumbre. También se contempla la muerte o incapacidad del empleador pero ya no, como decíamos, la fuerza mayor que imposibilite la prestación de servicios.

La voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empleador está prevista como causa de extinción de esta relación laboral especial si bien nada se prevé respecto al procedimiento y esa es la razón por la que cabe entender que resultará de aplicación supletoria en este supuesto lo establecido en el art. 50 ET²⁸ que regula la extinción por voluntad del trabajador en la relación laboral ordinaria.

²⁷ El trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio o la establecida en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. Aquí debe tenerse en cuenta lo dispuesto en la DT 13ª ET que fija una aplicación progresiva de dicha cuantía indemnizatoria hasta alcanzar los doce días de salario en el año 2015.

²⁸ Aunque no dejan de plantearse dificultades aplicativas en el ámbito del hogar familiar, tales como el hecho de que el empleado que plantee la acción de extinción por esta causa, deberá permanecer en su puesto de trabajo hasta que el juez declare la extinción del vínculo. Otra cuestión que se suscita es la relativa a la cuantía de la indemnización que en caso de declararse la extinción deberá abonar el empleador puesto que ésta es en la legislación laboral de 45 días y está equiparada por tanto al despido improcedente pero no se coordina bien con la indemnización menor para este mismo supuesto de despido improcedente prevé el RD en el caso de los empleados de hogar.

Pero es en materia de despido y desistimiento como causas de extinción donde la norma contiene una regulación diferenciada; antes también, pero ahora, el art. 11.3 RD 1620/2011 muestra una voluntad de clarificar y tratar de mejorar su régimen jurídico tomando en cuenta la jurisprudencia ya consolidada que existe sobre la materia.

Siendo el despido una causa común con el contrato de trabajo ordinario, recibe sin embargo una regulación diferenciada en aspectos importantes en el caso de que se trate del despido de los empleados de hogar. El despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el ET. En el caso de despido improcedente, las indemnizaciones serán equivalentes al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicado por el número de años naturales de duración del contrato incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades. El incumplimiento de los requisitos formales para proceder al despido por parte del empleador producirá los mismos efectos que los previstos para el despido improcedente.

Una de las cuestiones que destacan de esta somera regulación que respecto al despido lleva a cabo el real decreto es que no parece contemplarse la existencia del despido nulo y por lo tanto, la obligación que su calificación como tal conlleva, que es la de readmisión. Ello se podría justificar en que se trataría de una readmisión que debería llevarse a cabo en el seno del hogar familiar. A este respecto se ha señalado ya de modo reiterado que es tradicional afirmar que el despido solo existe si está basado en el incumplimiento contractual y así, cualquier otra decisión del empleador que tenga otra motivación debería encuadrarse dentro del ámbito del desistimiento.

Pero hay que afirmar rotundamente la posibilidad de entender que un despido pudiera ser nulo por discriminatorio o, en general, por vulnerar algún derecho fundamental del empleado de hogar sin perjuicio de que la obligación de readmisión podría no ser ajustada dado el particular ámbito en el que se debe llevar a cabo y tanto más cuando la doctrina judicial ha eliminado el derecho de opción entre readmisión e indemnización y condena a la indemnización al estar implicado el derecho a la intimidad personal y familiar²⁹.

Pero es el desistimiento, como causa de extinción normativamente prevista, la causa de extinción de la relación laboral de los empleados de hogar que presenta una mayor singularidad³⁰. El contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador, prevé el nº 3 del art. 11 de la norma reglamentaria. Si la prestación de servicios hubiera durado más de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración habrá de ser como mínimo de veinte días³¹, en los demás supuestos será de siete días. El empleador podrá sustituir el plazo de preaviso por una indemnización equivalente a

²⁹ Vid. MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R., *Extinción de las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2007, pp. 75-77.

³⁰ Vid. CUEVA PUENTE, M. C., *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, Lex Nova, Madrid, 2005, pp. 412 y ss.

³¹ Durante el periodo de preaviso el trabajador tendrá derecho, sin pérdida de retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo (Art 11.3 párrafo 4º).

los salarios de dicho periodo que se abonarán íntegramente en metálico³². Simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización que se abonará íntegramente en metálico, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio con un tope de seis mensualidades. Así, se ha visto incrementada la cuantía de esta cantidad indemnizatoria pasando de siete días a doce y al mismo tiempo tomando en consideración el íntegro salio mensual y no solo el salario en metálico, algo importante cuando existe retribución en especie³³.

Las mayores dificultades en torno a esta figura del desistimiento se han planteado siempre respecto a su diferenciación con el despido, dado que ambas figuras parten de la declaración de voluntad de la parte empleadora. Ciertamente, la anterior normativa, en la regulación del desistimiento contemplaba cuestiones relativas a la forma, y en función de la duración del contrato se establecía un preaviso mayor o menor, además de preverse la puesta a disposición de la indemnización, pero ello no impedía la confusión. A tenor de la regulación reglamentaria se llegó por la doctrina a la conclusión de que se trataba de un supuesto que se asemeja al despido objetivo. Supondría que la pérdida de confianza representa una causa objetiva que justifica la extinción. Pero sucedía, sin embargo, que la regulación no era pormenorizada ni seguía por lo demás un esquema similar al del despido objetivo. La cuestión más polémica es la relativa a la necesidad que el trabajador tiene de saber cuál es la razón de la extinción, si se trata de un despido o se está ante un desistimiento y para ello es preciso que se observen las mínimas formalidades que ha previsto la norma, algo que no siempre se hace³⁴. Ante los supuestos que han llegado a los tribunales parece claro que, hoy por hoy, la posición jurisprudencial considera que por defecto se trata de un despido³⁵.

Conscientes de ello, los redactores de la nueva norma reglamentaria han incluido expresamente la obligación de comunicar por escrito el cese por desistimiento; es más, dicha comunicación escrita deberá dejar constancia “de modo claro, terminante y preciso” de la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa. Dicha nueva obligación se ve reforzada con la presunción de que el empleador ha optado por el despido y no por el desistimiento cuando en la comunicación del cese incumpla la obligación de la forma escrita o no se ponga con carácter simultáneo a disposición de la persona trabajadora la indemnización señalada (apartado 4 del art.11 RD 1620/2011).

³² Nótese el cambio que se ha producido por el nuevo reglamento en la redacción de la norma: Antes, la cuantía era equivalente a los salarios *en metálico* de dicho periodo. Ahora, se refiere al salario de dicho periodo, que incluye la retribución en especie si la hubiera, abonado íntegramente en metálico.

³³ En los supuestos de despido y de desistimiento, el derecho a la residencia del personal interno no podrá quedar sin efecto entre las 17 horas y las 8 horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza.

³⁴ ATS de 17 de diciembre de 2009 (RJ 2010/49684).

³⁵ STS de 27 de junio de 2008 (RJ 2008/4340), STSJ Cataluña 1590/2003 de 7 de marzo y STSJ Madrid 456/2008 de 1 de julio, sobre extinción, despido improcedente o desistimiento.

6. Reflexiones críticas sobre el régimen jurídico de los empleados de hogar

La razón principal por la cual se justifica la existencia de una regulación especial para el servicio del hogar familiar es la que se desprende del hecho de que la prestación de los servicios se lleva a cabo en el círculo familiar, en la esfera personal e íntima del empleador, lo cual justifica una mayor exigencia de lealtad y de confianza. Estas consideraciones han justificado tradicionalmente la previsión del desistimiento como causa de extinción, por ejemplo, o la diferente regulación de la duración del contrato. Otras especialidades importantes relativas a la jornada sobre todo, presentan una mayor dificultad, si cabe, en su justificación por cuanto configuran un régimen de prestación de servicios que puede llegar a ser excesivo con el amparo de la norma.

Según la OIT, 100 millones de personas en el mundo trabajan en el servicio doméstico, tratándose de mujeres mayoritariamente. En España, las mujeres representan el 91 % de los que trabajan en el sector, y una gran parte de ellas son, además, extranjeras y jóvenes; en ocasiones, hasta menores de edad.

Aunque, como se afirmaba al principio, se trata de un trabajo antiguo, es claro que se trata de un trabajo poco valorado, que no se encuentra cubierto en muchos países por la legislación y que representa un buen porcentaje de la economía sumergida. El Convenio de la OIT adoptado por la Conferencia el 16 de junio de 2011 (Convenio 189 y Recomendación 201) es una medida de corte internacional destinada a mejorar las condiciones laborales de millones de trabajadores del sector. Supone un paso más en pos de la dignificación de las condiciones de trabajo de unos colectivos que arrojan unas cifras llamativas en cuestión de derechos laborales. Así, el 57 % de las trabajadoras no tienen marcado un límite sobre jornada laboral semanal, cerca del 45% tampoco tiene un día fijo o señalado para el descanso semanal, ni permisos por maternidad y la gran mayoría trabaja en un sector informal de la economía: Pero en la sociedad actual, el trabajo doméstico resulta esencial para el funcionamiento productivo de nuestra economía, la incorporación de la mujer al trabajo, el envejecimiento de la población, las dificultades para conciliar la vida familiar con la laboral hacen clara la explicación de por qué la demanda de este tipo de trabajo aumenta exponencialmente y desde luego, los niveles de bienestar actuales no se podrían alcanzar sin la contribución de los trabajadores del servicio doméstico.

El Convenio de la OIT sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, establece por vez primera normas globales para un número estimado de entre 50 y 100 millones de trabajadores del hogar en todo el mundo, siendo la mayoría de ellos mujeres y niñas³⁶. Como elementos clave del nuevo convenio se encuentran, por una parte, la exigencia de que los

³⁶ Según datos de *Human Rights Watch* (<http://www.hrw.org>), los niños representan casi el 30% de los trabajadores domésticos en el mundo. En el momento actual, (según estudios de la organización llevados a cabo en El Salvador, Guinea, Marruecos, Indonesia...) hay Estados cuyas leyes nacionales de trabajo infantil excluyen a los empleados domésticos y ello significa que los niños pueden trabajar largas horas desde edades

gobiernos proporcionen a los trabajadores del hogar la misma protección normativa que existe para el resto de trabajadores ordinarios en lo que concierne a limitación de jornadas laborales, salario mínimo, horas extraordinarias y descansos semanales. Por otro lado, la convención obliga a la extensión de derechos de protección social, entre ellos, la maternidad. El papel atribuido a los gobiernos es también el de garantizar el cumplimiento de estas normas. El nuevo convenio de la OIT establece los requisitos para que los gobiernos regulen las agencias privadas de empleo, y controlen la aplicación de las normas garantizando la cooperación internacional.

Ya en nuestro país, el apartado 5 de la DA trigésima novena mandaba al Gobierno para que procediera a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar con efectos 1 de enero de 2012, algo que, como es sabido, se ha hecho realidad con el RD 1620/2011 de 14 de noviembre. Ello va a suponer un cambio en el régimen jurídico de esta prestación de servicios que no implicará que deje de considerarse especial, pero sí contribuirá a lograr un mayor grado de acercamiento y equiparación en derechos de los trabajadores del hogar familiar a los trabajadores por cuenta ajena. Y aquí no están de más las reflexiones acerca de la conveniencia de efectuar un replanteamiento del régimen jurídico de esta relación de trabajo. Hay propuestas, ya con recorrido, no recientes, que abogan por su equiparación con el régimen ordinario de trabajo³⁷. Otras posiciones, entre las cuales se sitúa la nuestra, abogan por el mantenimiento del trabajo doméstico como una relación laboral especial pero bajo una “profunda revisión de su régimen jurídico”³⁸.

Entre las principales cuestiones que estaban pendientes y que acaban de ser explicitadas por la nueva regulación reglamentaria se encontrarían, como se ha señalado, la exigencia de un contrato por escrito, la garantía de un salario mínimo interprofesional o la regulación de las pagas extras por 30 días. También se encontraba pendiente una mejor regulación del supuesto de extinción por desistimiento, entre otras cosas para asegurar una indemnización mayor; además del reforzamiento de la tutela de la igualdad para evitar que detrás del mismo se puedan dar razones discriminatorias. Sin embargo, aún quedan muchos aspectos sin perfilar. La norma reglamentaria ha entrado en vigor a partir del día siguiente a su publicación en el BOE, y la fecha de efectos está fijada desde el 1 de enero de 2012, pero todo puede quedarse en papel mojado sin una clara voluntad de los empleadores-titulares del hogar familiar de adecuarse de buena fe a las nuevas directrices. De hecho, para que no haya dudas al respecto, en la DT 1^a se establece que lo dispuesto en la norma será de aplicación a los contratos vigentes a la fecha de su entrada en vigor³⁹. Pero no se debe olvidar que en este ámbito los empleadores son las personas físicas titulares del hogar familiar y en

muy tempranas, separados de sus familias y en dependencia casi absoluta de sus empleadores lo que los hace más dependientes, si cabe.

³⁷ Así, véase la propuesta de la Federación de Servicios de UGT ya en noviembre de 2005, en su informe: “Características, problemática y propuestas de reforma del sector del servicio doméstico en España”.

³⁸ LÓPEZ GANDÍA, J, *Las relaciones laborales especiales*, op. cit., pp. 99 y ss.

³⁹ Con algunas importantes salvedades en materia de indemnización por desistimiento, ya mencionadas y matizaciones considerable respecto a la exigencia de forma escrita.

cuanto tales, no tiene por qué presumírseles un conocimiento especial en materia laboral, ni exigírseles una diligencia mayor que la propia de un ciudadano más.

Por ello, al propio tiempo, y a efectos de su cumplimiento, es igual de importante, si no más, la labor de las Administraciones Públicas en dos aspectos. Por un lado, facilitando a los empleadores el cumplimiento de las obligaciones, para ello debe suministrarse toda la información necesaria para la aplicación del real decreto. Ello incluye la puesta a disposición de modelos, en formato electrónico o en papel, para el cumplimiento de las obligaciones formales y documentales. Por otro lado, el otro aspecto fundamental es el relativo a la comprobación de infracciones, atribuida, claro está, a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que la ejercerá con las facultades y límites contemplados en la Ley⁴⁰.

En este punto es clave contar con la existencia de una clara voluntad por hacer cumplir y vigilar el cumplimiento de estas normas nuevas que pueden parecer mínimas y superadas ampliamente hoy en día, pero que, lamentablemente, representarían un cambio sustancial en las condiciones de empleo de un amplio sector del trabajo doméstico. Eso sería lo deseable y lo que, al fin, ha tenido su reflejo en una norma. Ahora hace falta que no se quede en un cajón y su aplicación se ponga en marcha.

III. LA INTEGRACIÓN DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

1. Antecedentes

El art. 10.1 TRLGSS contiene la previsión del establecimiento de regímenes especiales en aquellas actividades profesionales que por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar de trabajo o por la índole de sus procesos productivos, se hiciese preciso para una más adecuada aplicación del sistema de protección de la Seguridad Social. Entre estos regímenes se encontraba el de empleados de hogar que tras la modificación introducida por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social ha quedado integrado en el Régimen General con efectos 1 de enero de 2012⁴¹

Ello trae causa en las recomendaciones contenidas en el Pacto de Toledo y más recientemente renovada en el Acuerdo de 2011⁴². Así, el Informe de Evaluación y Reforma del

⁴⁰ Acerca de las limitaciones y el procedimiento de actuación de la inspección en estos supuestos, *vid.* CUEVA PUENTE, M.C., *La relación laboral especial de los empleados de hogar*, op. cit., pp. 445 y ss.

⁴¹ Así, en coherencia con la medida, la Disposición Adicional cuadragésima, de la Ley 27/2011, adapta el texto de la LGSS excluyéndola del listado del art. 10.1 y demás artículos concordantes.

⁴² Así lo anticipó en 1985 DE LA VILLA GIL, L.E., en “La relación laboral de carácter especial [...]”, op. cit., p. 195.

Pacto de Toledo hecho público en diciembre de 2010, recomendó seguir avanzando en la definitiva integración del régimen especial de los trabajadores al servicio del hogar familiar, entre otros, mediante periodos graduales de integración, atendiendo a las especialidades de los sectores de población acogidos a ellos. Por su parte, el Acuerdo social y económico de febrero de 2011, firmado por el Gobierno y los agentes sociales, vuelve a plantear uno de los objetivos reiterados, que es la integración en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social de los empleados de hogar⁴³. La Recomendación 6ª del Pacto de Toledo acerca de la homogeneidad de regímenes parte de la consideración de que la diversidad de regímenes especiales es un obstáculo que dificulta la sostenibilidad del sistema. De ahí la conveniencia de avanzar en un proceso de gradual integración y simplificación hasta llegar progresivamente hacia dos, trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos.

La Ley 27/2011, en coherencia con este propósito, contempla modificaciones sobre el Régimen Especial Agrario, sobre el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos y sobre el Régimen Especial de los Empleados de Hogar. Acerca de este último, que es el que a estos efectos interesa, la intervención normativa sobre el mismo se contiene en la Disposición Adicional 17ª, la 39ª, la 40ª y la Disposición Transitoria única, para regular los diversos aspectos de la integración de este régimen especial en el régimen general de la seguridad social mediante la creación de un sistema especial.

Dentro del Régimen General, puede haber regulaciones particulares para determinados aspectos o cuestiones instrumentales y económico-financieras de la relación de Seguridad Social, ya se trate del encuadramiento, de la afiliación, de la cotización, etc., estas regulaciones particulares se denominan “sistemas especiales”. La tendencia a la homogeneización y a la simplificación de los regímenes públicos de Seguridad Social en el marco del proceso impulsado por el Pacto de Toledo hace necesaria la formación de sistemas especiales de adaptación dentro del Régimen General⁴⁴. Y eso es lo que está sucediendo con el Régimen Especial de Empleados de Hogar que se incluye dentro de un sistema especial.

Con efectos de 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y con el alcance que se establece en la Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE del 2).

Desde el punto de vista de su protección social, la relación laboral especial del empleado de hogar se encuadraba dentro de este mencionado régimen especial y de dicha protección se puede destacar un rasgo característico que es similar al rasgo característico de la regulación de su relación laboral: se dispensa normativamente una protección a medio camino entre la propia de un trabajador asalariado ordinario y una relación diferente en

⁴³ El otro colectivo cuya integración es también efectiva, es el de los trabajadores agrarios por cuenta ajena. Llevado a cabo por la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, BOE 23 de septiembre.

⁴⁴ Vid. VIDA SORIA, J, *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2011. p.104.

la que las notas de la confianza y el hecho de que se concierte en el seno de una economía doméstica son elementos determinantes⁴⁵. Así pues, si bien desde el punto de vista laboral, la relación concertada entre el trabajador y el titular del hogar familiar es una relación de trabajo por cuenta ajena, en el régimen especial de empleados de hogar se daba a los trabajadores domésticos no permanentes o discontinuos un tratamiento semejante al trabajo autónomo en lo referente a los actos de encuadramiento y a la cotización⁴⁶.

De este modo, si el empleado trabajaba como mínimo 72, pero menos de 80 horas mensuales para más de un hogar, sería el sujeto obligado a solicitar la afiliación y el alta en el régimen especial. En cuanto a la cotización, igualmente si el empleado de hogar prestaba sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más cabezas de familia, la obligación de cotizar era exclusivamente suya⁴⁷. Mientras que si el empleado de hogar prestaba sus servicios a un solo empleador y la duración de los mismos era superior a la mitad de la jornada habitual, se entendería que aquél los prestaba de manera exclusiva y permanente y estarán obligados a cotizar tanto el titular del hogar familiar como el empleado a sus servicio⁴⁸; correspondería al cabeza de familia efectuar la cotización, deduciendo del salario la parte correspondiente del trabajador. Como puede verse, sólo esta última posibilidad se asemejaba a las obligaciones propias del régimen general en materia de actos de encuadramiento y obligación de cotizar, que son compartidas por trabajadores y empleadores.

Pues bien, a partir de la entrada en vigor de la reforma, todos los empleados y empleadores cotizarán a la Seguridad Social desde la primera hora trabajada y con independencia de cuántas horas se trabajen. Para ello, deja de existir una base de cotización única y tarifada y en su lugar, en la norma se han establecido 15 tramos de cotización en función de las escalas salariales, con unas bases que van, desde los 90,20 euros mensuales para los que hayan percibido hasta 74,83 euros al mes, hasta los 748,20 para aquellos que perciben una retribución superior a los 700,11. Se trata de un proceso de equiparación que comporta un periodo transitorio hasta 2019 momento en cual se equiparan las cotizaciones de estos empleados a las del régimen general en el que la base de cotización se determina de acuerdo con la remuneración total que los trabajadores reciben como contraprestación a su trabajo.

Durante este periodo transitorio, la cotización a la Seguridad Social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar se articula mediante una serie de condiciones que la norma legal impone y que son relativas, primero, al cálculo de las bases de cotización, segundo, a

⁴⁵ De las mujeres como las principales perjudicadas por un régimen especial hablan SELMA PENALVA, A. y LUJÁN ALCARAZ, J., “La reforma del régimen especial de Seguridad Social”, *Foro de Seguridad Social*, 20, 2008, p. 113.

⁴⁶ “Trabajadores asalariados autónomos”, en la expresión utilizada por BARCELÓN COBEDO, S., para referirse a este tipo de trabajadores. *Vid.* “El proceso de integración y homogeneización de los regímenes especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011 de 2 de agosto”, en AA.VV., *La reforma de la Seguridad Social*, GARCÍA PERROTE y MERCADER UGUINA (dirs.), Lex Nova, Madrid, 2011. p. 357.

⁴⁷ Art. 46. RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

⁴⁸ Art. 46.1 RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

los tipos de cotización y en tercer lugar, a las bonificaciones de cuotas. Acerca de la primera de las cuestiones, ya estamos viendo cómo queda establecido un procedimiento gradual que comienza en el año 2012 con arreglo a la escala prevista legalmente y establecida en función de la retribución percibida por los empleados de hogar⁴⁹. Desde ahí, el proceso continúa en el 2013 cuando se establecerá un nuevo tramo (16º) en la escala legal, para retribuciones superiores a la base mínima del Régimen General en dicho ejercicio. La base de cotización será la correspondiente al tramo 15º incrementada en un 5% para prever las cotizaciones de aquellos supuestos en los que la retribución sea más elevada. Desde el año 2013 hasta el año 2018, las bases de cotización se actualizarán en idéntica proporción al incremento que experimente la base mínima de cotización del Régimen General en cada uno de esos años, a excepción de la correspondiente al tramo 16º, que se incrementará en un 5% anual. A partir del año 2019, las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales serán determinadas con arreglo a lo establecido en el art. 109 TRLGSS, sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se establezca legalmente.

Con respecto a los tipos de cotización aplicables, la norma diferencia entre la cotización por contingencias comunes y cotización por contingencias profesionales. Con respecto a la primera, para la cotización por contingencias comunes, sobre la base de cotización que corresponda en función del tramo establecido en función de la retribución percibida, se aplicarán los siguientes tipos de cotización: En el año 2012, el tipo de cotización será el 22% (siendo el 18,30 a cargo del empleador y el 3,70 a cargo del empleado). A partir de ahí, desde el año 2013 y hasta el 2018, el tipo de cotización se incrementará anualmente en 0,90 puntos porcentuales. Su cuantía y distribución entre empleado y empleador se fijará en la correspondiente LPGE. Ya a partir de 2019, el tipo de cotización y su distribución serán los que se establezcan con carácter general para el Régimen General de la Seguridad Social.

Para la cotización por contingencias profesionales, sobre la base de cotización que corresponda se aplicará el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas aprobada por la DA Cuarta de la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado, siendo la cuota resultante a cargo exclusivo del empleador.

La tercera condición establecida por la norma para la cotización en este sistema especial, se refiere a las bonificaciones de cuotas por la contratación de cuidadores en familias numerosas que, estando legalmente prevista y siendo aplicada en el régimen especial, será ahora de aplicación respecto al Sistema Especial para Empleados de Hogar del Régimen General de la Seguridad Social a tenor de lo dispuesto en la letra c) del apartado 2 de la DA 39ª.

⁴⁹ En cualquier caso, se prevé que las bases de cotización de la escala legal se incrementarán en proporción al aumento que en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2012 puedan establecerse para la base mínima del Régimen General.

2. Acción protectora

El otro aspecto importante en materia de protección social de los empleados del hogar es el relativo al alcance de la acción protectora. A este respecto, el apartado 3, establece que los empleados de hogar tendrán derecho a prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en el Régimen General, con algunas peculiaridades.

A) Reglas especiales para el trabajo doméstico a tiempo parcial

Por una parte, se ha previsto la existencia de un régimen transitorio desde el año 2012 hasta el año 2018, referente al trabajo a tiempo parcial, en el que a efectos del cómputo que establece la regla segunda a) del apartado 1 de la disposición adicional séptima del TRLGSS, aplicable al Sistema Especial para Empleados de Hogar⁵⁰, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización antes referidas⁵¹, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios. Se trata de una previsión legal establecida a los únicos efectos de aquellos empleados de hogar que trabajan a tiempo parcial y con el fin de equipar su tratamiento al resto de trabajadores contratados a tiempo parcial.

Para los trabajadores a tiempo parcial, en la Disposición Adicional Séptima LGSS, se dispone que para poder acreditar los periodos de carencia, el tiempo cotizado necesario para tener derecho a las prestaciones del sistema, se deben computar, exclusivamente, las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, para después calcular su equivalencia en días teóricos de cotización⁵². El sistema previsto por la ley a partir de enero de 2012 toma en cuenta la retribución mensual de los trabajadores y no las horas trabajadas, lo que hace difícil aplicar la regla anterior a estos trabajadores a tiempo parcial y de ahí que en la Disposición Adicional 39ª se haya previsto una fórmula que permite que a partir de los salarios percibidos y de la base de cotización que corresponda, se pueda obtener el número de horas de trabajo del trabajador doméstico computables⁵³.

⁵⁰ Normas aplicables a los trabajadores contratados a tiempo parcial. Periodos de cotización. Para acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientos veintiséis horas anuales.

⁵¹ y que están establecidas en el apartado 2.a) números 1º, 2º y 3º de la DA 39ª.

⁵² Lo que se computa no es el día de trabajo, sino las horas efectivamente trabajadas cuya suma se divide entre cinco para saber los días cotizados que deben computarse.

⁵³ Una clara explicación y contextualización de la nueva regulación en este aspecto puede verse en, BARCELÓN COBEDO, S., "El proceso de integración [...]”, op. cit., pp. 359 y ss.

B) Mejoras en la protección por Incapacidad temporal

En segundo lugar, en materia de acción protectora, la regulación introducida por la DA 39ª 3 b) de la Ley 27/2011, establece que, con efectos de 1 de enero de 2012, el subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive. Ello representa una considerable mejora con respecto a la situación anterior en esta materia de protección en caso de IT, dado que la prestación sólo se abonaba a partir del vigésimo noveno día de la baja, no existiendo para el empleador la obligación de abono a su cargo⁵⁴. Con respecto a las cotizaciones correspondientes a los días de baja por IT, hasta la presente reforma, en el próximamente extinto régimen especial, era el propio trabajador y no el empleador quien debía abonar la cotización correspondiente. En concreto, la cotización durante la situación de incapacidad temporal corresponde a empleador y trabajador el mes en que se produce la baja y el resto del periodo al empleado de hogar, incluido el mes correspondiente a la finalización de dicha situación⁵⁵. Nada se contempla ahora expresamente acerca de esta cuestión, lo que cabe interpretar en el sentido de entender que se mantendrán las obligaciones de cotización tanto del empleador, como del trabajador, respectivamente.

Sería aconsejable una mayor precisión de la norma, es posible que ello se produzca en un ulterior desarrollo reglamentario pues quedan planteadas algunas cuestiones dudosas a cerca del sujeto responsable de efectuar la cotizaciones durante estos periodos o la consideración de que se trata de una economía doméstica y de la organización del hogar familiar quedando éstos sometidos a responsabilidades, tanto de procedimiento como de carga económica, que puede resultar difícil sobrellevar en según qué circunstancias.

Sí se prevé expresamente que el pago del subsidio por IT de los trabajadores incluidos en el Sistema Especial de Empleados del Hogar, se efectuará directamente gestora, por lo tanto no se le impone al titular del hogar familiar la colaboración obligatoria que representa en estos supuestos el pago delegado.

La letra d) del número 3 del DA 39ª, contiene una regla para el cálculo de la base reguladora de las pensiones por incapacidad permanente por contingencias comunes y de jubilación causadas por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este Sistema Especial. A este respecto, sólo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 140.4 y 162.1.2 TRLGSS⁵⁶.

⁵⁴ Reflexiones críticas acerca de la regulación anterior pueden también verse en SELMA PENALVA, A. y LUJÁN ALCARAZ, J., “La reforma del régimen especial de Seguridad Social”, *Foro de Seguridad Social*, 20, 2008, p. 115.

⁵⁵ Art. 46.3 RD 2064/1995, de 22 de diciembre.

⁵⁶ Que establecen reglas para la integración de lagunas a efectos de establecer la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente y jubilación, respectivamente.

C) *Protección por contingencias profesionales*

En la Disposición Final Tercera, nº 9 de LPGE 2011, se añadió una nueva DA 53ª al TRLGSS para extender la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar. Así, con efectos 1 de enero de 2011 se amplió la acción protectora de este régimen incorporando la correspondiente a las contingencias por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En la Ley se dispone que por dichas contingencias se reconocerán las prestaciones previstas para los trabajadores incluidos en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente⁵⁷.

En cuanto a la cotización, se regula partiendo de la base de cotización que se encuentre vigente en cada momento para aplicar sobre ella el tipo de cotización previsto en la tarifa de primas vigente⁵⁸. Dado que la extensión de la protección por contingencias profesionales se produjo en un momento anterior a la integración del régimen especial de empleados de hogar en el régimen general, se establecía que la obligación de cotizar correría a cargo exclusivo del empleado en caso de servicios discontinuos, sin embargo, tras la integración, hay que entender que la cotización por contingencias profesionales correrá a cargo exclusivamente del empleador.

En todo caso, y en atención a la naturaleza que reviste el lugar de la prestación de los servicios que no es otro, como sabemos, que el hogar familiar y en consideración también a la figura del empleador como titular de ese hogar familiar, la norma ha establecido expresamente que con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 TRLGSS⁵⁹.

D) *La exclusión del desempleo*

Una última cuestión en materia de acción protectora es aquella referida a la exclusión del desempleo para los trabajadores de este sistema especial. En la letra f) del número 3

⁵⁷ RD 1596/2011, de 4 de noviembre (BOE 2 de diciembre), 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. *Vid.*, asimismo, TRILLO GARCÍA, A. R., en AA.VV., *La Reforma laboral y de Seguridad Social. Memento Experto*, Francis Lefbvre, 2011, p. 4605 y ss.

⁵⁸ Disposición Adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2007, modificada por la Disposición Final decimotercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales para 2009, en la redacción dada por la Disposición Final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2010.

⁵⁹ Según lo dispuesto en el apartado 3 de la DA 53ª.

de la DA 39ª expresamente se reconoce que la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo. Parece que en este sentido han pesado más los elementos que singularizan al trabajo doméstico que la voluntad de equipararlos con el resto de trabajadores del régimen general. Desde luego, puede decirse que ello tiene justificación desde el punto de vista de lo económico y lo organizativo, siendo el lugar de prestación de servicios el hogar familiar.

No obstante, queda expresamente abierta la posibilidad de que en el futuro se contemplen medidas de protección para estos trabajadores en caso de desempleo. Así, en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, en la Ley se sugiere la posibilidad de iniciativas de protección.

E) El procedimiento para la integración y sus dificultades

A partir del 1 de enero de 2012 y dentro de un plazo de seis meses contados desde esa fecha, 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, deberán comunicar a la TGSS el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el sistema especial de empleados de Hogar.

Al menos tres aspectos llaman la atención de la anterior previsión del apartado 4 DA 39ª de la Ley 27/2011. El primero es que impone, tanto a empleadores como a empleados, la obligación de comunicar a la TGSS el cumplimiento de las condiciones que determinan su inclusión en el nuevo sistema especial. Ello se explicaría porque la norma toma en consideración a los empleados del extinto régimen especial que prestan servicios con carácter parcial o discontinuo y que a partir de la integración, deberán comunicar las horas trabajadas y para qué empleador y con qué retribución prestan dichos servicios.

El segundo aspecto llamativo es la expresión literal utilizada por la norma que parece dar a entender que podría haber sujetos que no reunieran las condiciones para ser incluidos en el sistema especial, aunque ello es difícil de explicar si se atiende al apartado 1 DA 39ª según el cual, el régimen especial y por lo tanto los sujetos incluidos en él, quedará integrado en el régimen general a partir del 1 de enero de 2012; podría pensarse que tal vez quedarían fuera los empleados domésticos que trabajan un número de horas residual sin llegar a las 72, sin embargo, la nueva regulación afecta a todos los empleados, incluso a aquellos cuya remuneración no supere los 74,83 euros al mes.

La tercera cuestión es la referida al modo en que se deberá llevar a cabo la comunicación antedicha, pues la norma no especifica nada respecto al procedimiento que habrá que seguir y la documentación que habrá que aportar frente a la TGSS para cumplir con dicha obligación de comunicación. Por ejemplo, la retribución abonada al trabajador. A este respecto, es dudoso si en el caso de trabajadores permanentes que prestan sus servicios

en exclusiva para un solo empleador tienen ellos también que proceder a comunicar sus condiciones a la TGSS o si será solo el empleador el sujeto obligado⁶⁰.

Las normas reguladoras del sistema especial antes expuestas, serán de plena aplicación a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que se haya comunicado el cumplimiento de tales condiciones, hasta entonces, se seguirá aplicando el régimen jurídico correspondiente al Régimen Especial de Empleados de Hogar.

El otro aspecto destacado de este proceso de integración, es el relativo a las consecuencias que la norma prevé para los supuestos en los que hubiera transcurrido el plazo de seis meses señalado y no se hubiera comunicado el cumplimiento de las condiciones exigidas para la inclusión en el sistema especial para empleados de hogar. Respecto a los empleados de hogar que presten sus servicios de manera exclusiva y permanente para un único empleador, la norma establece que su cotización pasará a efectuarse con arreglo a base más elevada de todas las establecidas en los tramos de la escala de los números 1º, 2º y 3º del apartado 2 a) DA 39ª. Esto es, cotizarán sobre la base de cotización correspondiente al tramo superior que para el año 2012 es el 15º (748,20 euros al mes, que es la prevista para aquellos cuya retribución va desde 700,11 euros al mes y que coincide con la mínima establecida para el Régimen General), el efecto disuasorio es importante puesto que si la retribución es inferior y no se quiere abonar la cuantía que resultaría de aplicar los tipos a dicha base, habrá que cumplir con la obligación de comunicación ante la TGSS antes referida.

Más confusa se presenta la situación para los trabajadores que presten servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores. Si transcurre el plazo de seis meses sin que hayan cumplido con la obligación de comunicar a la TGSS, quedarán excluidos del Sistema Especial con la consiguiente baja en el Régimen General. Ello parece significar que quedarán fuera del sistema de Seguridad Social. Es necesario el desarrollo reglamentario de la norma pues son abundantes e importantes las cuestiones que quedan sin perfilar y que a buen seguro van a plantear muchas dudas. Sin embargo, a parte de la referencia a un supuesto desarrollo reglamentario en los casos de las contingencias profesionales, nada se dice en la norma sobre este extremo siendo como es de gran importancia para un adecuado cumplimiento de lo previsto en ella.

La voluntad que se percibe por parte del legislador es la de hacer “aflorar” ciertas prestaciones de servicios que en el momento actual permanecen en el ámbito de la denominada economía sumergida⁶¹; la Disposición Transitoria Única de la Ley 27/2011 que contempla la reducción de cotizaciones en las personas que prestan servicios en el hogar

⁶⁰ Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a partir de diciembre de 2012”, *Relaciones Laborales*, 22, 2011, p. 139.

⁶¹ Por otro lado, no está de más recordar lo afirmado por LÓPEZ CUMBRE, L., en “La relación laboral especial al servicio del hogar familiar”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100, 2000, p. 153: “La laboralización de esta prestación se produce a cambio de una menor protección en derechos considerados básicos. Su legalización incentiva la utilización no sumergida [...] siempre y cuando este proceso no lleve consigo un

familiar, apuntala en este mismo sentido antes expresado. Máxime teniendo en cuenta que dichas reducciones solo resultan aplicables si la cotización en el sistema especial se inicia a partir del momento en el que se produce la integración del mismo en el régimen general, esto es, a partir del 1 de enero de 2012, sin esperar al transcurso de los seis meses de plazo con los que se cuenta por disposición normativa.

No obstante, esta más o menos clara voluntad de sacar a la luz y obtener cotizaciones por parte de aquellos que hasta ahora no han estado cotizando en el régimen especial a pesar de haber debido hacerlo, se podría ver obstaculizada por el hecho de la falta de concreción⁶², de desarrollo reglamentario y por el encarecimiento de este tipo de actividad. El concurso de todos estos factores puede conducir al fracaso de la norma.

incremento de costes, pues, de lo contrario, el empleador se mostrará reacio a hacer aflorar prestaciones que, de forma sumergida, resultan eficientes.”

⁶² En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “Aspectos prácticos...”, op. cit.