

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Michele Tiraboschi (Italia)

Directores Científicos

Mark S. Anner (Estados Unidos), Pablo Arellano Ortiz (Chile), Lance Compa (Estados Unidos), Jesús Cruz Villalón (España), Luis Enrique De la Villa Gil (España), Jordi Garcia Viña (España), Adrián Goldin (Argentina), Julio Armando Grisolia (Argentina), Óscar Hernández (Venezuela), María Patricia Kurczyn Villalobos (México), Lourdes Mella Méndez (España), Antonio Ojeda Avilés (España), Barbara Palli (Francia), Juan Raso Delgue (Uruguay), Carlos Reynoso Castillo (México), Raúl G. Saco Barrios (Perú), Alfredo Sánchez-Castañeda (México), Malcolm Sargeant (Reino Unido), Michele Tiraboschi (Italia), Anil Verma (Canada), Marcin Wujczyk (Polonia)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (España), Fernando Ballester Laguna (España), Francisco J. Barba (España), Ricardo Barona Betancourt (Colombia), Esther Carrizosa Prieto (España), M^a José Cervilla Garzón (España), Juan Escribano Gutiérrez (España), Rodrigo Garcia Schwarz (Brasil), José Luis Gil y Gil (España), Sandra Goldflus (Uruguay), Djamil Tony Kahale Carrillo (España), Gabriela Mendizábal Bermúdez (México), David Montoya Medina (España), María Ascensión Morales (México), Juan Manuel Moreno Díaz (España), Pilar Núñez-Cortés Contreras (España), Eleonora G. Peliza (Argentina), Salvador Perán Quesada (España), María Salas Porras (España), José Sánchez Pérez (España), Alma Elena Rueda (México), Esperanza Macarena Sierra Benítez (España)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (Colombia), Maria Alejandra Chacon Ospina (Colombia), Silvia Fernández Martínez (España), Paulina Galicia (México), Noemi Monroy (México), Juan Pablo Mugnolo (Argentina), Lavinia Serrani (Italia), Carmen Solís Prieto (España), Marcela Vigna (Uruguay)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (México)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (ADAPT Technologies)

La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema especial: análisis actual y de futuro, por Concepción Sanz Sáez
Una reseña

A finales del año 2011 se aprueban dos reformas legislativas de calado que han afectado al empleo doméstico en España. Con la aprobación del RD 1620/2011 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar queda derogado el anterior RD 1424/1985 y se acerca el régimen jurídico de esta relación laboral especial al régimen previsto en el Estatuto de los Trabajadores para las relaciones laborales comunes.

En el plano de la protección social, la aprobación de la Ley 27/2011, en su Disposición Adicional 39ª procede a la integración del Régimen Especial de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a través del Sistema Especial de Empleados de Hogar.

Esta monografía de Concepción Sáez publicada por la Editorial Bomarzo en 2017 analiza con exhaustividad el alcance y efectos de esta integración. En este sentido, se examinan en profundidad las peculiaridades que presenta el Sistema Especial en cuanto a actos de encuadramiento, cotización y acción protectora.

Por otro lado, la autora analiza las particularidades del empleo doméstico que justifican un tratamiento diferenciado a través de un Sistema Especial, y nos hace reflexionar sobre la conveniencia de mantener ciertas especialidades o si por el contrario es necesario avanzar hacia una mayor equiparación con el marco típico. Asimismo, se exponen las carencias de

la reforma, como puede ser la ausencia de la protección por desempleo o FOGASA, y los retos futuros a los que se enfrenta el legislador.

En cuanto al formato, la obra se estructura en tres grandes capítulos: el primero sobre el fenómeno de la especialización de regímenes, el segundo sobre el campo de aplicación del nuevo sistema especial y el tercer y último capítulo sobre las prestaciones de la Seguridad Social y su nuevo régimen de coberturas.

1. El fenómeno de la especialización de regímenes

En el primer capítulo se repasa el origen y evolución de los regímenes especiales en nuestro ordenamiento jurídico, así como el proceso de homogeneización y simplificación de regímenes impulsado por el Pacto de Toledo y sus sucesivas revisiones.

La Recomendación 6ª del Pacto de Toledo constata que existen ciertas disfunciones en cada uno de los regímenes especiales que se apartan de los fines para los que fueron creados y desde la previsión legal existente de unificación de la estructura del sistema establece la conveniencia de avanzar en un proceso de gradual integración y simplificación hasta llegar progresivamente hacia dos grandes regímenes, el de trabajadores por cuenta ajena y trabajadores autónomos.

Este proceso racionalizador ha llevado, como comenta la autora, a una revalorización de la técnica instrumental denominada "sistema especial". Se analiza la aparición de nuevos sistemas especiales como línea de tendencia así como la justificación de la creación de estos sistemas en base al principio de unidad que debe presidir el Sistema de Seguridad Social. De esta manera se evita una mayor dispersión del Sistema, estableciéndose para aquellos colectivos que no presenten grandes diferencias una serie de normas concretas en materia de encuadramiento, afiliación, cotización o recaudación dentro del Régimen General o del Régimen Especial respectivo.

Es en este propósito de racionalización del Sistema de Seguridad Social donde debemos enmarcar la integración de los empleados de hogar en el Régimen General. Será finalmente a través de la Ley 27/2011, en su disposición adicional 39ª, que se integra el Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social a través de un Sistema Especial.

La autora critica la técnica legislativa utilizada, dado que la creación del Sistema Especial se contiene en una Disposición Adicional de una ley concebida para reformar las pensiones, así como el establecimiento de

unos plazos de integración que podrían generar ciertas incertidumbres, pues se establece un período de regularización de seis meses para aquellos empleadores y empleados que, procedentes del Régimen Especial, pasan a incorporarse al nuevo Sistema Especial.

2. Campo de aplicación del nuevo Sistema Especial

Este campo de aplicación no aparece definido en la DA 39ª LAAMS, que se limita a integrar en el Régimen General a quienes perteneciesen al REEH o a quienes en el futuro pudieran incorporarse al SEEH.

Se repasa la situación preexistente en la regulación derogada en la que existía una notable diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo completo y los trabajadores a tiempo parcial en materia de actos de encuadramiento y cotización. Anteriormente, los trabajadores que prestasen sus servicios durante un tiempo inferior a 80 horas de trabajo efectivo al mes, que era el criterio que establecía el RD 84/1996 para considerar trabajador a tiempo parcial a los empleados de hogar (no coincidente con la definición del ET), estaban obligados a cumplir con las obligaciones de encuadramiento y cotización. En los casos en los que se superasen las 80 horas de trabajo al mes era el titular del hogar familiar el responsable de estas obligaciones.

Se aborda también la cuestión de la integración del trabajo marginal antes y después de la reforma. Con la anterior normativa los empleados de hogar que prestasen servicios durante menos de 72 horas mensuales distribuidas en menos doce jornadas al mes quedaban excluidos con un criterio discutible del REEH. Tras la reforma no cabe defender la exclusión del SEEH del trabajo doméstico marginal estableciéndose la obligación de cotizar a la Seguridad Social desde la primera hora de prestación de servicios.

A continuación, se analiza la configuración de los actos de encuadramiento tras la integración del REEH en el Régimen General. Tras la reforma operada por la Ley 27/2011, se elimina la diferencia de trato existente entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en materia de actos de encuadramiento. De esta manera, pasa a ser el titular del hogar familiar, con independencia del número de horas que trabaje el empleado, el responsable exclusivo de presentar las solicitudes y comunicaciones de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los empleados de hogar.

Sin embargo, esta obligación generó ciertas dificultades en el caso de empleadas del hogar que prestaban sus servicios durante un escaso

número de horas debido a que muchas veces sus empleadores eran personas mayores a las que resultaba muy gravoso encargarse de estas gestiones. Es por ello que el RDL 29/2012, de 28 de diciembre, flexibiliza esta exigencia, estableciéndose que los trabajadores que presten servicios durante menos de sesenta horas al mes por empleador, serán los obligados a solicitar su afiliación, alta, baja y variación de datos en el sistema cuando así lo acuerden con el empleador.

La misma solución se aplica en cuanto a la obligación de ingresar las cotizaciones. Aquellos empleados de hogar que presten sus servicios durante menos de sesenta horas al mes por empleador y que hubieran acordado con este la asunción de las obligaciones en materia de encuadramiento, también serán responsables del ingreso de las cuotas, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales.

En estos casos el empleador debe entregar al momento de abonar su retribución la parte de la cuota que corresponde a la aportación empresarial. La responsabilidad por el incumplimiento de estas obligaciones recae en el trabajador, respondiendo el titular del hogar familiar de forma subsidiaria, salvo que acredite el abono al trabajador de las aportaciones empresariales para su ingreso a la Seguridad Social.

No obstante, en el caso de que se acuerde la asunción por parte del empleado de las obligaciones en materia de encuadramiento y cotización no operarían las bonificaciones previstas a la cotización. Esta previsión tiene como finalidad incentivar que continúe siendo el empleador quien asuma en exclusiva estas obligaciones.

En cuanto al sistema de cálculo de las cotizaciones, se pasa de una base de única de cotización a un sistema por tramos en la que se busca una cierta correspondencia entre los salarios reales y la base de cotización. En este formato, se hace coincidir la retribución mensual que recibe el trabajador (incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias) con una determinada base de cotización por tramos de salario. En un principio la escala era de quince tramos con unas bases de cotización muy reducidas. Mediante el RD 29/2012 esta escala se reduce a una nueva de ocho tramos, de cuantías superiores. Por otro lado, se estableció que estas bases de cotización se actualizarían en proporción al incremento del SMI en lugar de en proporción al incremento que experimente la base mínima de cotización del Régimen General.

Por otro lado, se establece un sistema provisional entre 2012 y 2018, que tiene como objetivo ir aproximando gradualmente las bases de cotización hasta la equiparación completa con el Régimen General prevista para el

año 2019. Lo mismo sucede con el tipo de cotización por contingencias comunes, que partiendo del 22% inicial previsto en 2012 se va incrementando en un 0,90% anualmente hasta equiparar el tipo de cotización al del Régimen General en 2019.

Cabe apuntar que en caso de que la remuneración que perciba mensualmente el trabajador varíe, esta situación habrá de ser comunicada en un plazo no superior a seis días naturales desde que esta situación se produzca. Esta obligación adquiere especial importancia cuando ese cambio en la remuneración conlleva un salto de tramo y, por tanto, de la base de cotización aplicable.

3. Las prestaciones de la Seguridad Social y su nuevo régimen de coberturas.

En este ámbito se produce una equiparación con la acción protectora prevista en el Régimen General que pasa a ser aplicable al SEEH, aunque con algunas particularidades.

Entre estas particularidades que presenta el SEEH podemos citar: las reglas sobre el trabajo a tiempo parcial, al subsidio de IT, así como a la forma de cálculo de la base reguladora de las pensiones por IP y jubilación.

Al análisis de estas cuestiones, junto con los grandes olvidados de la reforma como el desempleo o la cotización por el FOGASA, se dedica este capítulo final.

3.1. Trabajo a tiempo parcial

En el primer apartado del capítulo se analizan las reglas aplicables a la hora de calcular los períodos de carencia para el acceso a prestaciones de los trabajadores a tiempo parcial.

Se analiza el método de cálculo previsto en la DA 7ª TRLGSS y que exige la conversión de las horas efectivamente trabajadas en días teóricos de cotización. Para ello, las horas efectivamente trabajadas serán el resultado de dividir la base de cotización del tramo correspondiente del SEEH por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General. El resultado habrá de dividirse entre cinco para obtener los días teóricos de cotización o multiplicarse por 1,5 en el caso de las pensiones de IP y jubilación.

Sin embargo, este método de cálculo se ha tenido que modificar a raíz de la STJUE de 22-11-2012 (caso Elbal Moreno, asunto C-385/11) en la que

el tribunal europeo consideró que dicha fórmula de conversión de las horas trabajadas en días teóricos de cotización incurría en discriminación indirecta por razón de sexo.

El caso enjuiciado se trata de un ejemplo muy gráfico de la situación de los trabajadores a tiempo parcial (TTP). Se le deniega la pensión de jubilación por la Entidad Gestora a una limpiadora de una comunidad de propietarios durante 18 años, en jornada parcial de 4 horas a la semana. Así, en aplicación del artículo 161 y de la DA 7ª LGSS, para alcanzar los 15 años de carencia exigidos, con un contrato a tiempo parcial de 4 horas a la semana, la trabajadora debería de cotizar durante 100 años para acceder a una pensión de jubilación de 112,93 euros al mes.

La cuestión prejudicial del Juzgado n. 33 de Barcelona planteaba si esta fórmula de cálculo vulneraba el principio de igualdad en dos concretas vertientes: La primera vertiente desde el punto de vista del juicio de proporcionalidad estricta (artículo 14 CE) pues un TTP necesita trabajar durante más tiempo para poder acreditar los períodos de carencia necesarios para acceder a una pensión de jubilación y la segunda vertiente desde el punto de vista de la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, pues al limitar el acceso a las pensiones a los TTP se estaría discriminando en mayor medida a las mujeres, que representan un 75% del colectivo de TTP.

Finalmente, el TJUE apreció en su sentencia que existía una vulneración del principio de igualdad en su segunda vertiente. A continuación, la autora analiza el alcance de esta sentencia del TJUE, analizando el principio de igualdad desde la perspectiva comunitaria así como las consecuencias que puede tener el fallo en el orden interno en virtud del principio de primacía e interpretación conforme.

Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia n. 61/2013, de 14 de marzo, siguiendo la interpretación del TJUE, declaraba inconstitucional y nulo el sistema con el que se calculaban los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial, contenido en el apartado 1 de la DA 7ª de la LGSS.

Por ello, el legislador español aprobó el RDL 11/2013, de 2 de agosto, modificado por la Ley 1/2014, de 28 de febrero, para la protección de los TTP y otras medidas urgentes en el orden económico y social, que igualaba a los TTP y los trabajadores a tiempo completo a la hora de acreditar el periodo mínimo de cotización que permita acceder a una pensión de jubilación. El nuevo procedimiento de cálculo se basa en el “coeficiente de parcialidad” y “coeficiente global de parcialidad” para el acceso a las prestaciones de jubilación, incapacidad temporal, maternidad y paternidad.

3.2. *El subsidio por Incapacidad Temporal*

En cuanto al subsidio por incapacidad temporal se produce una notable mejora. Con la actual regulación, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, el subsidio por IT pasa a abonarse a partir del noveno día por parte de la entidad que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado. Entre los días cuarto al octavo de la baja, ambos inclusive, el abono de la prestación será a cargo del empleador. Este pago es equivalente al que corresponde al empleador ordinario entre los días cuarto al decimoquinto de la baja en el Régimen General.

Destacar que con anterioridad la prestación se abonaba solo a partir del vigésimo noveno día de la baja, sin que existiese obligación para el empleador de abono a su cargo. Este plazo ha sido declarado excesivo, desproporcionado e injustificado por la doctrina, llegando a ser calificado de discriminación indirecta por el Informe de la Comisión Europea de 11 de septiembre de 1995, sobre la aplicación de la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Se analizan las dificultades que había con la anterior regulación para el control de la IT en bajas inferiores a 28 días. En cuanto a la cotización durante la IT, de acuerdo con los artículos 13 y 14 del RD 2064/1995, se mantendrá la obligación de cotizar hasta que no se produzca el cese en el trabajo o la actividad.

3.3. *Las pensiones de Incapacidad Permanente y jubilación*

En este apartado la autora se centra principalmente en la cuestión de la integración de lagunas. De forma temporal entre el año 2012 hasta el 2018, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación, el cómputo de los períodos cotizados se hará únicamente en base a los períodos realmente cotizados, no resultando de aplicación los mecanismos de integración de lagunas previstos en el Régimen General.

A continuación, se analiza el interesante fallo de la STSJ de Cantabria de 23 de septiembre de 2015 (rec. 485/ 2015) en el que se resuelve un supuesto de integración de lagunas de cotización existentes en el período de determinación de la base reguladora, correspondiente a una situación de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, causada en el

Régimen General, si bien el período a integrar correspondía a un período posterior a una baja en el SEEH.

La posición del INSS hasta el momento ha sido la de que no procede aplicar el beneficio de la integración de lagunas cuando los períodos a integrar sean posteriores a un alta en el SEEH, independientemente de si la pensión se causa en el Régimen General o en dicho sistema especial.

Sin embargo el TSJ de Cantabria se aparta de esta interpretación, entendiendo que esta limitación únicamente opera cuando la baja se causa en dicho Sistema Especial pero no cuando se cause en el Régimen General. Para el tribunal lo determinante a la hora de aplicar el beneficio de la integración de lagunas es el Régimen en que se cause la pensión, aunque el período a integrar fuese subsiguiente a un período de cotización en un Régimen en el que no se aplica dicho beneficio.

3.4. La persistencia de carencias tras las últimas reformas

A pesar de los cambios operados por las últimas reformas, no se ha producido una completa equiparación de derechos de los empleados de hogar con el resto de trabajadores.

De esta manera, la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo. Apunta la autora que uno de los motivos que ha podido mover al legislador a esta exclusión podría ser el papel que juega la especial relación de confianza entre empleador y empleado en esta relación laboral especial que podría dar origen a situaciones de fraude.

La otra gran diferencia respecto del resto de trabajadores es la exclusión de la cotización y protección a cargo del Fondo de Garantía Salarial. Una exclusión que resultaría acorde con la Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario que en su Anexo permite excluir a las empleadas de hogar del campo de aplicación de la Directiva.

4. A modo de conclusión

Esta monografía constituye, sin duda, una importante aportación al estudio de las novedades que se han producido en el campo de la protección social del empleo doméstico en los últimos años. Se trata de un análisis sistemático y riguroso en el que se examina un tema complejo

como es el alcance de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General a través de la creación de un Sistema Especial.

Sorprende la claridad con la que se examina el recorrido histórico de los regímenes especiales en nuestro ordenamiento jurídico, así como la profundidad con la que se estudian las particularidades que presenta el nuevo Sistema Especial de Empleados de Hogar en aspectos tales como actos de encuadramiento, cotización o acción protectora.

Finalmente, la autora no se olvida de las persistentes carencias de la reforma como son la continuidad de la exclusión de este colectivo de la protección por desempleo, a pesar del compromiso contenido en la disposición adicional segunda del RD 1620/2011, que emplazaba al Ministerio de Trabajo a estudiar “La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera”.

Por todo lo expuesto, creo que se trata de una obra imprescindible y de referencia para todos aquellos académicos o profesionales que deseen profundizar en el estudio de la protección social de este colectivo. Un tema que sin duda va a continuar suscitando un interesante debate doctrinal en los próximos años, pues no son pocos los desafíos aún pendientes a los que se enfrenta el legislador.

Por último, mencionar que el período transitorio que se establecía hasta el año 2019 para la adaptación gradual de algunos aspectos con el Régimen General se ha pospuesto debido a una enmienda en los PGE. De esta manera, hasta el año 2024 no se cotizará por los “salarios reales” en lugar del sistema por tramos y también se pospone hasta esta fecha la aplicación de los mecanismos de integración de lagunas.

Víctor de Haro Cervera *

* Estudiante del Máster de Asesoramiento y Consultoría de Jurídico-Laboral de la UC3M.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo