



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE TRABAJO Y
ASUNTOS SOCIALES

SECRETARÍA DE ESTADO DE LA
SEGURIDAD SOCIAL

DIRECCIÓN GENERAL DE
ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD
SOCIAL

PROPUESTAS PARA UN CAMBIO DE REGIMEN JURÍDICO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

RESPONSABLE: JOSE IGNACIO GARCIA NINET
UNIVERSIDAD DE BARCELONA

Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS-)

La Seguridad Social no se identifica con el contenido y/o conclusiones de esta investigación, cuya total responsabilidad corresponde a sus autores.

PROPUESTAS PARA UN CAMBIO DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR.



Financiado por medio de la subvención dirigida a actividades de estudio e investigación en el ámbito de la protección social (FIPROS 2006). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Orden TAS/1587/2006, de 25 de mayo.

1. Concepto

El artículo 2.1 b), del Estatuto de los Trabajadores considera relación laboral de carácter especial la del servicio del hogar familiar, estableciéndose en la disposición adicional primera de la ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, como el Gobierno, en el plazo máximo de doce meses, contados a partir de la entrada en vigor de la referenciada ley, había de regular el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

El Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, dio cumplimiento a tal mandato, teniendo en cuenta la necesidad de conciliar la equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos al resto de los trabajadores y la consideración de las peculiaridades que se derivan de una actividad prestada en el ámbito del hogar familiar.

La propia Exposición de Motivos de esta norma reconoce que es precisamente el ámbito de la prestación de servicios, es decir el hogar familiar, el factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en esta norma, ya que ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, equilibrando el respeto a los derechos laborales básicos de los trabajadores con la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo, no cabiendo tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar.

Hay que tener en cuenta, aunque parezca una afirmación excesivamente simple, que la mayor parte de la problemática jurídica actual sobre esta materia se debe a su configuración como relación laboral de carácter especial y por tanto, a las diferencias existentes entre este tipo de prestación de servicios y la que se regula en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Conforme al art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores, 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.

La primera definición de esta relación jurídica puede encontrarse en el Proyecto de Código Civil de 1821 como aquel *“que presta servicios puramente mecánicos a favor de otras personas como objeto principal de su ocupación”*. Esta definición ha llevado a la doctrina a determinar un doble conclusión fundamental: en primer

lugar, y principal, que es probable que el origen de la relación laboral sea el servicio doméstico¹; en segundo lugar, y no por ello menos importante, el proceso de querer separarse por parte de los trabajadores por cuenta ajena del concepto de servicio doméstico no es reciente².

Habría que esperar hasta el Código Civil para la regulación concreta de esta figura jurídica. Especial importancia tuvo la facultad de desistimiento del art. 1584 del Código Civil. Concretamente, este precepto se refiere a la posibilidad de extinguir el contrato por parte del amo siempre que exista justa causa o sancionada legalmente y, en caso contrario, ha de abonar una indemnización de quince días de salario.

Además, en el párrafo segundo de este precepto se regulaba una presunción *iuris tantum* a favor del amo para ser creído, por su sola palabra, sobre los aspectos salariales.

Esta normativa, que tuvo una aplicación de larga duración, motivó que la doctrina estimara que ya en los inicios, la relación entre el empleado doméstico y el titular del hogar familiar “*estaba perfectamente delimitada en el plano jurídico*”³.

En un sentido puramente cronológico, hay que tener en cuenta que la Ley de 30 de enero de 1900, de Accidentes de Trabajo, no se aplicaba a los empleados domésticos. Esta norma no dice nada sobre esta cuestión, pero sí que determina esta exclusión la jurisprudencia cuando declara la incompetencia de la jurisdicción para conocer de una cocinera que se había accidentado limpiando pescado⁴.

De la misma manera, la Ley 3 de marzo de 1904 y 19 de abril de 1905, excluían la aplicación del descanso dominical a los empleados domésticos.

Asimismo, las Reales Ordenes de 15 de enero de 1920, una sobre jornada y otra sobre descansos, excluían la aplicación de la jornada de ocho horas a los empleados domésticos. Esta exclusión también se puede observar en el art. 2.2 de la Ley de Jornada Máxima, de 1 de julio de 1931.

La primera definición sobre el concepto de servicio doméstico puede hallarse en el art. 3 de la Real Orden de 31 de marzo de 1920, sobre la aplicación de las leyes sociales a cocineros, reposteros, mozos, pinches, camareros, recadistas y demás obreros que sirven en hoteles, fondas, restaurantes, cafés y demás establecimientos públicos del género de los citados:

¹ BORRAJO DACRUZ, “El concepto de socio beneficiario del Montepío Nacional del Servicio Doméstico”, Revista Iberoamericana de Seguridad Social, número 2, 1959, pág. 399.

² GONZALEZ ROTHVOSS, El servicio doméstico ante las leyes sociales españolas, Madrid, 1932, pág. 74.

³ DE LA VILLA GIL, “La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar”, Documentación Laboral, número monográfico, 1985, pág. 189.

⁴ STS 31 de enero de 1921.

“el que mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella, sea contratado, no por un patrono, sino por un amo que no persiga fin de lucro sino para que aquél trabaje en su casa o morada particular al servicio exclusivo del contratante, de su familia y de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él”.

Esta definición fue posteriormente utilizada para poder excluir del ámbito de aplicación de la norma a los empleados domésticos en el art. 5 del Real Decreto 29 de diciembre de 1922, por el que se aprobaba el Reglamento de Accidentes de Trabajo de 1922.

En el mismo sentido, el art. 147 del Código de Trabajo de 1926 excluía expresamente la aplicación a estos empleados domésticos de las cuestiones relativas a la responsabilidad patronal por accidentes de trabajo.

En cambio, la única excepción a esta lista de exclusiones del servicio doméstico como relación laboral cabe hallarla en el art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, en la que se incluyó dentro de este concepto a los servidores domésticos⁵.

Posteriormente, retomando la dinámica anterior, y con una definición casi idéntica a la establecida en la norma de 1920, la letra c) del art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 regulaba que uno de los supuestos excluidos de esta norma era:

“El servicio doméstico, entendiéndose por tal el que se preste mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella, y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro para trabajar en una casa o morada particular al servicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él”.

De hecho, quizás la única excepción normativa durante este período en relación a normas que de alguna manera le atribuyeran algún tipo de efectos laborales al servicio doméstico cabe hallarla en el Decreto 1119/1960, de 2 de junio, que prohibía el trabajo en el sector de los menores de catorce años, o de dieciséis sin certificado de estudios primario.

Durante este período la jurisprudencia y la doctrina empiezan a opinar acerca de su importante proximidad con el contrato laboral, por ejemplo, cuando en las sentencias del Tribunal Supremo se afirma que es una relación laboral ya

⁵ GALVARRIATO, “Notas para la historia del servicio doméstico”, Revista de Trabajo, número 2, 1946, págs. 25 ss.

⁶ PEREZ GONZALEZ, “Aspecto social del servicio doméstico”, Revista de Trabajo, número 2, 1944, págs. 121 ss.

que “reúne todos cuantos elementos se precisan para que de tal se calificara, a no ser por las excepciones que las citadas normativas establecen⁷” y se comienza a utilizar el concepto que después derivará en las relaciones laborales de carácter especial.

2. ¿Qué significa el concepto de hogar familiar?

Es evidente que la característica que permite identificar este tipo de relación de carácter especial es el concepto “hogar familiar”, desde un doble punto de vista:

- ✓ El empresario es el “titular” del hogar familiar
- ✓ Los servicios se prestan “en el ámbito del hogar familiar”

Hay que tener en cuenta que en la letra c) del art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se utilizaban otro tipo de conceptos, probablemente más acordes con su época, ya que se refería a “servicio doméstico”, “amo de casa” o “casa o morada particular”.

La propia exposición de motivos del Real Decreto determina la importancia de esta significación de la siguiente manera:

“(…) la consideración de las peculiaridades que se derivan de una actividad prestada en el ámbito del hogar familiar; es precisamente el ámbito de la prestación de servicios, es decir el hogar familiar, el factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en esta norma, ya que ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, equilibrando el respeto a los derechos laborales básicos de los trabajadores con la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo, no cabiendo tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar”.

Ahora bien, como se verá posteriormente, este concepto ha quedado superado, tanto desde el punto de vista físico, del espacio, como de los moradores del mismo, o sea, los familiares, de manera que son varias las sentencias que admiten la prestación de este tipo de servicios fuera del hogar familiar⁸; incluso cuando la persona fue contratada para trabajar en la atención y cuidado de los hijos menores del titular del hogar familiar, con horario permanente, trasladándoles al colegio, dándoles de comer y cuidándoles, en el domicilio de la empleada doméstica mientras sus padres trabajaban⁹.

Algunas dudas han surgido en la jurisprudencia cuando se trata de la prestación de servicios en centros en los que coexiste el domicilio particular y

⁷ STS 23 de enero de 1965 (RJ 1965, 313).

⁸ STSJ Castilla y León/Burgos 30 de abril de 2002 (AS 2002, 4222).

⁹ STSJ Cantabria 11 de mayo de 2000 (AS 2000, 2451).

un posible centro de trabajo. Ahora bien, este concepto ha sido restringido cuando no existe una idea clara de hogar familiar, aunque los posibles empresarios sean familiares.

Hay que tener en cuenta que en la letra c) del art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 se refería al empresario como *“un amo de casa que no persiga fin de lucro”*.

En cambio, en el art. 1.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, en la actualidad se contiene la siguiente regulación:

“Por titular del hogar familiar se entiende tanto el que lo sea efectivamente como el simple titular del domicilio, o lugar de residencia, en el que se presta el servicio doméstico”.

El concepto domicilio, aunque esencialmente es de naturaleza civil y se encuentra regulado en los artículos 40 y siguientes del Código Civil, también presenta diversas regulaciones en otras normas del Ordenamiento Jurídico, entre las que cabe destacar las leyes procesales, las mercantiles o las tributarias.

La regulación de este precepto permite aceptar un concepto amplio del lugar de trabajo del trabajador, en el que cabe incluir, normalmente, dos grandes categorías sin que la ubicación en uno u otro suponga, salvo excepciones, como se puede observar respecto al art. 8 del Real Decreto relativo a la conservación del contrato de trabajo doméstico, variación en el régimen jurídico de la prestación de servicios:

- ✓ Domicilio habitual o primera residencia
- ✓ Domicilio secundario o segunda residencia

En todo caso, hay que incluir cualquier tipo de espacio donde se desarrollen actividades de tipo doméstico, ya sean viviendas o habitaciones, por ejemplo, si se prestan los servicios en una habitación de hotel donde reside, habitual o temporalmente¹⁰, el empresario, fijas o móviles, como pueden ser embarcaciones.

Ahora bien, toda esta construcción dogmática quiebra en los supuestos expresamente excluidos por el propio Real Decreto, ya que, en estos casos, aunque se den todas las notas características para que la prestación pudiera ser incluida dentro de la relación laboral de carácter especial, han de ser considerados como prestaciones de servicios ordinarios.

¹⁰ Sobre los domicilios temporales véase, entre otras, STCT 19 de octubre de 1983 (RTCT 1983, 8608), STCT 26 de diciembre de 1983 (RTCT 1983, 11253), STCT 9 de marzo de 1984 (RTCT 1984, 2283) y STCT 10 de noviembre de 1984 (RTCT 1984, 8536).

Es evidente que el concepto de titularidad del hogar familiar, ya sea “efectivamente” o se trate del “simple titular del domicilio” ha de ser necesariamente ampliado ya que, a la hora de determinar el empresario, los conceptos civiles de propiedad o posesión son insuficientes, por ejemplo, en cesiones temporales de uso sin título jurídico expreso. Por esta razón, se ha acumular a esta situación otra que es mucho más relevante y que proviene del concepto laboral general de empresario; es decir, quien recibe los servicios del empleado del hogar familiar¹¹ o quien consta y actúa como titular¹².

Ahora bien, aunque esta regla sea la suficiente clara, se pueden dar situaciones en las que es necesario proceder a una búsqueda del empresario, por ejemplo, cuando no haya habido ningún tipo de declaración expresa en relación con el mismo.

Así, si se trata de una familia formada por dos cónyuges se ha de acudir al Código Civil para solventar las dudas. En primer lugar, a diferencia de la expresión en un sólo sentido contenida en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 cuando se refería al “*amo de casa*”, en la actualidad cualquier de los dos cónyuges pueden asumir la titularidad de empresario, conforme a la regulación contenida en el art. 1319 o art. 1323 del Código Civil.

De esta manera, de las posibles deudas que se puedan contraer en el ejercicio de la potestad doméstica, conforme al art. 1319.2 Cc, “*responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge*”. En este momento hay que realizar una distinción según cuál sea el régimen económico de los cónyuges.

En el régimen de gananciales cuando se trate de obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro que generen deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica se responde con los bienes gananciales, según los artículos 1365.1 o 1367 del Código Civil.

En cambio, en el régimen de separación de bienes, las obligaciones contraídas por cada uno de los cónyuges serán de su exclusiva responsabilidad, pero en cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada en los artículos 1319 y 1438 del Código Civil.

Sin embargo, cuando el vínculo conyugal se disuelve, hay que aplicar el art. 91 del Código Civil, conforme el cual, en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que

¹¹ SALA FRANCO, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 12.

¹² STSJ Cataluña 27 de septiembre de 2005 (AS 2006, 77).

hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Además, cuando se trata de varias personas que viven en un mismo domicilio, y no se haya definido claramente quién es el empresario, cualquier de los miembros puede asumir esta función ya que todos serán receptores de los servicios prestados por el empleado de hogar.

Aunque el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, no regula esta cuestión, se puede acudir al art. 4.2 del Decreto en el que se puede observar esta cierta opción por parte de todos los beneficiarios de la prestación de servicios al regular que será el empresario *“la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación del grupo”*.

De esta manera, queda claramente determinado que el empresario lo deberá ser uno de los integrantes del colectivo de residentes del domicilio, en último caso, aquella persona que asuma la representación; pero, bajo ningún concepto lo será el grupo, con independencia de la forma jurídica que asuma. Todo ello sin perjuicio de las relaciones internas que se puedan generar en el propio grupo y que podrán ser resueltas, salvo que se haya pactado unas reglas específicas, por las reguladas en el art. 393 del Código Civil.

Finalmente, se plantean, cada vez más, supuestos en los que se puede apreciar la coexistencia de varios empresarios, normalmente dos. El supuesto habitual es una persona que contrata a un empleado de hogar para que preste servicios a favor de un familiar suyo, titular de un domicilio, habitualmente un ascendiente, que es quien determina cuál va a ser la prestación a llevar a cabo por el trabajador

En este caso no queda claro quién es el empresario, si la persona que contrata, el familiar que recibe la prestación de los servicios o los dos de manera conjunta. La identificación adquirirá mucha importancia, por ejemplo, en supuestos de pago de salarios o extinción del contrato de trabajo por causas que afecten a la persona del empresario, como puede ser la muerte o incapacidad permanente del ascendiente.

3. Ausencia de ánimo de lucro

La letra c) del art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 regulaba que en esta relación *“no persiga fin de lucro”*.

En la actualidad el Real Decreto no presenta esta nota característica, que sí aparece en el art. 4.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen especial de la Seguridad Social del servicio doméstico, ya que al definir a la persona que considera cabeza de familia entiende que se trata de una persona natural *“que tenga algún empleado del hogar a su servicio en su domicilio y sin ánimo de lucro¹³”*.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han seguido utilizando este concepto para identificar al servicio doméstico. Entre los autores, cabe destacar la afirmación que el servicio doméstico es *“totalmente improductivo¹⁴”*. La jurisprudencia también ha seguido esta línea de interpretación. Tanto el Tribunal Supremo al declarar en sus sentencias que en esta relación no existe *“obtención de una finalidad lucrativa por coadyuvar en el proceso de gestión de bienes económicos de quien recibe tales servicios¹⁵”* o que falta de *“traslado efectivo del fruto del trabajo al empresario para su ulterior especulación de éste¹⁶”*; como el Tribunal Central de Trabajo al determinar que el servicio doméstico se caracteriza porque quien lo recibe no persigue *“fin de lucro industrial o mercantil, ni tampoco el efecto social de proporcionar a terceros bienes o servicios cuya titularidad haga suyos ab initio¹⁷”*.

Esta desconexión puede llegar a presentar contradicciones entre la normativa laboral y la de Seguridad Social. Así, por ejemplo, cuando una persona presta servicios dentro de esta relación laboral de carácter especial en un domicilio donde habitan varios huéspedes, es probable que no existan dudas sobre la calificación de esta relación como ordinaria, no sólo porque la prestación no es doméstica, sino también porque existe una actividad lucrativa entre el empresario y los demás habitantes de dicho domicilio. Sin embargo, mayores problemas pueden surgir si se piensa en un domicilio particular donde se alquila una habitación.

4. ¿Cuál es el objeto del contrato?

Conforme al número cuarto del artículo 1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que regula el ámbito de aplicación, el objeto de esta relación laboral especial son los servicios o actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, así como los trabajos de guardería, jardinería,

¹³ DE LA VILLA GIL, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, Documentación Laboral, 1985, pág. 210.

¹⁴ LOZANO MONTERO, “El servicio doméstico y el contrato de trabajo”, Revista de Trabajo, número 5, 1948, págs. 380-381.

¹⁵ STS 23 de diciembre de 1983 (RJ 1983, 10765).

¹⁶ STS 26 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 10125).

¹⁷ STCT 5 de junio de 1985 (RTCT 1985, 3751).

conducción de vehículos y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas.

En principio esto supone que el objeto del contrato de trabajo ha de ser la prestación de servicios que tenga por finalidad la satisfacción de necesidades personales del empresario como titular del hogar familiar y no la participación en actividades económicas.

Probablemente el concepto regulado en la Ley de Contrato de Trabajo era más esclarecedor ya que se refería a un tipo de prestación de servicios doméstico, traducible, conforme a la etimología de esta palabra, como aquel que se realiza en o para una casa. Asimismo, también es más clara la definición regulada en el art. 1 de la Ley número 339, de 2 de abril de 1958, *per a la tutela del rapporto di lavoro domestico* al definir que se trata del que es prestado “*a qualsiasi titolo la loro opera per il funzionamento della vita familiare, sia che si tratti di personale con qualifica specifica, sia che si tratti di personale adibito a mansioni generiche*”.

El art. 1.4 Real Decreto 1484/1985, de 1 de agosto, regula una serie de actividades que forman de la prestación del servicio por parte del trabajador. Como se puede observar la lista es totalmente abierta, de manera que puede ser ampliada, siempre que se trate de supuestos que guardan algún tipo de relación con las tareas domésticas. Es evidente que la elasticidad del listado quedará restringido por la opinión de los tribunales cuando se den conflictos jurídicos, en cuyo caso, habrán de actuar analizando el servicio que se pretende incluir de manera concreta.

En todo caso, y como criterio general, aunque probablemente no excesivamente útil a efectos prácticos, el Tribunal Supremo estableció como criterio general de distinción el carácter inespecífico, indeterminado y universal de los servicios o tareas propiamente domésticas, frente a la tipicidad y especialización de otros servicios no domésticos prestados en el hogar familiar¹⁸.

Además, la redacción de este precepto ha ocasionado una corriente, tanto jurisprudencial como doctrinal¹⁹, en la que permite observar dos tipos de actividades domésticas: las propiamente dichas y las que no son necesariamente tareas domésticas.

En principio la separación entre ambas categorías se lleva a cabo de la siguiente manera:

1) Propiamente dichas.

¹⁸ STS 1 de julio de 1987 (RJ 1987, 5052).

¹⁹ RAMIREZ MARTINEZ, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Volumen I, Madrid, (Edersa), 1987, pág. 4.

Se divide, a su vez, en dos bloques. En primer lugar, una definición general, como es *“cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas”*. En segundo lugar, aporta el siguiente listado: *“dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio”*.

En esta categoría se agrupan todas las tareas domésticas cuyo objeto son las personas que viven en la casa, siempre y cuando se traten de servicios intrínsecamente domésticos.

La jurisprudencia ha incluido en este grupo los supuestos de asistencia a ancianos, discapacitados, enfermos o similares, aunque en alguna sentencia se ha manifestado la posibilidad de cubrir esta necesidad, tanto por medio de esta relación laboral de carácter especial, como por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, por ejemplo, si los servicios hubieran consistido únicamente en actividades específicas de su profesión de ayudante técnico sanitario, sin sometimiento a horario y mediante remuneración por acto profesional²⁰ o una relación laboral ordinaria.

Así, no cabe duda cuando a estas tareas de colaboración con una persona impedida se añaden la realización de otros servicios domésticos²¹, si se prestan servicios que no parecen tener cualificación profesional especial²², cuando son genéricos²³, si son de carácter técnico, pero se realizan en el ámbito del hogar familiar²⁴, servicios no especializados prestados a una persona que no puede valerse por sí misma por persona titulada no en el ámbito del hogar familiar, sino en un hospital²⁵, servicios de asistencia personal y limpieza prestados a una anciana enferma, inicialmente en su domicilio y posteriormente en la clínica en la que está internada²⁶ o realizados por persona carente de título sanitario que cuida a una persona en el seno del hogar familiar²⁷.

En cambio, la jurisprudencia ha excluido de la calificación de servicio doméstico la relación existente entre una persona que presta determinados servicios equivalentes a una enfermera en su domicilio particular a un anciano, en razón al carácter no doméstico de los mismos²⁸, cuando se trata de tareas especializadas²⁹, si se trata de servicios de cuidado de un anciano en el ámbito de una residencia concertados por sus familiares³⁰ o concretamente, en el caso

²⁰ STCT 5 de febrero de 1985 (RTCT 1985, 766).

²¹ STCT 2 de noviembre de 1977 (RTCT 1977, 5287).

²² STCT 28 de enero de 1986 (RTCT 1986, 432).

²³ STSJ País Vasco 9 de mayo de 2000 (AS 2000, 3160).

²⁴ STCT 13 de octubre de 1988 (RTCT 1988, 6350).

²⁵ STCT 22 de abril de 1989 (RTCT 1989, 1449).

²⁶ STSJ Madrid 14 de junio de 1989 (AS 1989, 2345).

²⁷ STSJ Baleares 16 de junio de 1994 (AS 1994, 2618).

²⁸ STS 1 de julio de 1987 (RJ 1987, 5052).

²⁹ STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 17 de marzo de 2003 (Jur. 2003, 130036).

³⁰ STSJ País Vasco 1 de septiembre de 2004 (AS 2004, 3893).

de una secretaria particular y una empleadora, actriz, cuyas necesidades profesionales atendía en lugar distinto al domicilio³¹.

2) Las que no son necesariamente tareas domésticas o también denominadas tareas domésticas *“por extensión”*³².

En este bloque no existe una declaración general, sino que ofrece la siguiente lista, *“los trabajos de guardería, jardinería, conducción de vehículos”*, con dos notas que se separan de la primera categoría.

En primer lugar, una regulación que permite la inclusión de cualquier otra actividad siempre que guarde una cierta relación, por tener como finalidad asegurar el normal funcionamiento del hogar, al introducir la expresión *“y otros análogos”*.

En segundo lugar, y esta es quizás la redacción que ha ocasionado más problemas, la frase *“en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas”*, cuyo significado ha sido que tales servicios podrán ser objeto de la relación laboral de carácter especial *“siempre que constituyan tareas domésticas y, como tales, se desarrollen, como una/s más dentro del conjunto de las que es preciso realizar para el mantenimiento o funcionamiento del hogar”*³³.

Con independencia de la posible reiteración de servicios domésticos entre el primer bloque y el segundo, por ejemplo, cuando se habla de *“cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio”* y se compara con *“trabajos de guardería”*, la cuestión principal es descifrar el significado de la última frase del precepto.

En principio la jurisprudencia ha entendido que esta expresión significa que estas actividades que no son propiamente domésticas sólo quedarán incluidas en el ámbito de esta relación laboral de carácter especial cuando se desarrollen junto a las tareas domésticas que se configuran como objeto principal de este tipo de relación y, por supuesto, reúnan las notas características de este tipo de relación.

Los tribunales, en varias ocasiones, obvian este requisito. Así, por ejemplo, cuando se califica de servicio doméstico el trabajo de un jardinero al servicio de un particular de modo esporádico, sin sujeción a horario, aportando el trabajador los elementos de trabajo y cobrando por horas³⁴ o cuando se explota una finca y se cuida una casa, en la que se habita, que es propiedad del empleador que reside en un país extranjero³⁵.

³¹ STCT 18 de mayo de 1982 (RTCT 1982, 2917).

³² SALA FRANCO, *“La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”*, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 12.

³³ STSJ Andalucía/Granada 10 de enero de 1996 (AS 1996, 783).

³⁴ STCT 14 de febrero de 1973 (RTCT 1973, 683).

³⁵ STCT 30 de octubre de 1974 (RTCT 1974, 4409).

Así, la jurisprudencia, a la hora de considerar la existencia o no de una relación laboral de carácter especial, por ejemplo, en las actividades de jardinería y afines realizadas en fincas destinadas al recreo de sus propietarios, utiliza como elemento fundamental, en unos casos, la existencia o falta de hogar familiar en la finca en la que se prestan los servicios³⁶, mientras que en otros, por ejemplo, si se trata de servicios de cuidado de una huerta familiar³⁷ prestados en el círculo de las tareas domésticas, son plenamente incluibles en el régimen especial.

Concretamente, los supuestos más analizados por la jurisprudencia son los siguientes.

En relación a los conductores, en un primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Supremo rechazó la calificación de servicio doméstico de este tipo de relaciones. Sin embargo, en la década de los años cincuenta esta posición cambia y se incluyen en esta categoría³⁸. Posteriormente, se mantiene esta calificación fundamentándola en la no aplicación de la Reglamentación Nacional de Transportes, aprobada por Orden Ministerial de 2 de octubre de 1947³⁹.

Respecto a los servicios de jardinería, en un primer momento, el Tribunal Supremo rechazó la calificación de servicio doméstico a los servicios de jardinería ya que no se refería a las "*atenciones interiores de la vida familiar*"⁴⁰. Posteriormente, esta doctrina cambia y se incluyen dentro del concepto doméstico, fundamentándose, especialmente, en la falta de fin de lucro del contratante en relación a este tipo de actividad⁴¹.

Estos criterios son aplicados con más rigor por la jurisprudencia en supuestos en los que la finca en que el trabajador desarrollaba sus servicios no estaba constituido el hogar familiar del empleador o aunque así lo fuera los servicios desarrollados aisladamente considerados y al margen de otras tareas domésticas, no tenían el carácter de domésticos⁴²; pero, en cambio, aceptan la calificación de las tareas como domésticas si la empleadora es titular de una finca en la que el trabajador realiza el cuidado de una pequeña huerta familiar y trabajos de jardinería⁴³.

Además, también se ha considerado una relación laboral ordinaria cuando los servicios se prestan a un empresario que persigue afán de lucro, como sucede,

³⁶ STSJ Cataluña 4 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3039).

³⁷ STSJ Cataluña 10 de abril de 1992 (AS 1992, 2261).

³⁸ STS 15 de diciembre de 1950 (RJ 1950, 2409).

³⁹ STS 30 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6432).

⁴⁰ STS 9 de abril de 1951 (RJ 1951, 948).

⁴¹ STS 22 de septiembre de 1953 (RJ 1953, 2269) y STS 22 de enero de 1969 (RJ 1969, 298).

⁴² STSJ Asturias 24 de mayo de 1991 (AS 1991, 3316).

⁴³ STSJ Cataluña 10 de abril de 1992 (AS 1992, 2261).

por ejemplo, cuando promotores o propietarios de urbanizaciones contratan la prestación de servicios de jardinería⁴⁴, cuando los servicios que prestaba la trabajadora eran de limpiadora en la explotación de unos estudios-apartamentos⁴⁵ o si el trabajador es contratado por una empresa inmobiliaria para llevar a cabo una prestación de servicios consistente en cuidar y mantener los chalets destinados a la venta⁴⁶.

En relación a guardas al servicio de particulares, se incluye dentro del concepto de servicio doméstico aquella persona que realiza funciones de cuidado de una casa o morada particular sin la existencia de inquilinos para un ama de casa, fundamentándose, una vez más, en la falta del fin de lucro⁴⁷.

En cambio, se excluye de este concepto aquel servicio que no tiene como característica principal el servicio del hogar familiar, sino la conservación y custodia de una importante finca⁴⁸.

Respecto a los porteros de casas particulares, la jurisprudencia, en general, ha declarado la laboralidad de esta relación y por tanto, su no consideración como trabajo doméstico, con el fundamento de las distintas funciones realizadas, especialmente si se trata de una casa con varios vecinos y/o el dueño no vive en ella⁴⁹.

Finalmente, y situando estos servicios en los hogares rurales, la jurisprudencia ha considerado que pueden incluirse dentro de la relación laboral de carácter especial el cuidado de animales domésticos existentes en dependencias ajenas a la vivienda, siempre que sean destinados al consumo del empleador⁵⁰. Ahora bien, se excluyen cuando existe una explotación⁵¹.

En todo caso, esta interpretación jurisprudencial presenta tres interrogantes.

En primer lugar, la interpretación literal de esta doctrina permite afirmar que este segundo tipo de actividades sólo podrán ser consideradas como servicio doméstico si también se realizan las actividades del primer bloque; o sea, los trabajos de jardinería realizados en un hogar familiar, cumpliendo además el resto de requisitos generales, sólo se considerarán incluidos en esta relación laboral de carácter especial si además se llevan a cabo tareas de limpieza del hogar.

⁴⁴ STCT 29 de septiembre de 1984 (RTCT 1984, 7203).

⁴⁵ STSJ Baleares 4 de diciembre de 1998 (AS 1998, 6593).

⁴⁶ STCT 25 de febrero de 1986 (RTCT 1986, 4087).

⁴⁷ STSJ Extremadura 20 de abril de 1991 (AS 1991, 2494).

⁴⁸ STCT 25 de noviembre de 1986 (RTCT 1986, 12335).

⁴⁹ Entre las varias sentencias que tratan esta cuestión, véase STS 15 de enero de 1941 (RJ 1941, 39), STS 20 de enero de 1952 (RJ 1952, 39) y STS 2 de octubre de 1953 (RJ 1953, 2432).

⁵⁰ STCT 10 de diciembre de 1981 (RTCT 1981, 7272).

⁵¹ STCT 2 de junio de 1970 (RTCT 1970,).

Es evidente que esta situación, aunque posible, es ciertamente extraña, ya que normalmente en un hogar familiar siempre deberán realizarse las actividades denominadas domésticas. Dicho de otra manera, siempre habrá alguien que lleve a cabo las actividades de limpieza, como mínimo.

Además, en el caso que pudiera darse exclusivamente las actividades del segundo bloque, habría toda una serie de servicios que no tiene sentido que cambien de naturaleza jurídica por el hecho que se lleven a cabo solos o junto a otros. Quizás esta conversión podría darse en alguna actividad muy concreta que difícilmente de manera separada pudiera ser considerada como doméstica y que, por el contrario, junto con otras, pueda ser incluida, como por ejemplo, determinados servicios de mantenimiento en un domicilio.

En segundo lugar, hay que plantearse quién puede realizar estas actividades domésticas principales: el mismo empleado doméstico, otra persona, conviva o no en el domicilio o incluso el mismo titular del hogar familiar. En principio, la redacción del Real Decreto no dice nada al respecto, por lo que podría entenderse que son válidos cualquiera de los sujetos propuestos.

En tercer y último lugar, hay que tener cuidado porque la realización de estas actividades análogas no propiamente domésticas podría llegar a suponer la aplicación de la presunción de la existencia de una única relación laboral de carácter común, conforme a la letra d) del art. 2.1 Real Decreto 1484/1985, de 1 de agosto.

Sin embargo, esta idea no es suficiente en la actualidad.

Actualmente el concepto familiar que ha de ser utilizado en esta prestación de servicios ha de ser mucho más amplio que la definición tradicional de familia, no sólo por la estructura social se ha modificado, y es necesario dar cabida a todas estas nuevas realidades, sino también porque pueden haber determinadas situaciones, que no encajan totalmente en la definición del Real Decreto, pero que no existe ninguna razón para que no puedan ser incluidas.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que algunas de estas excepciones ya habían sido previstas; por ejemplo, cuando el art. 2.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, incluye dentro del campo de aplicación del Régimen especial, a quienes *“prestan sus servicios a un grupo de personas que si bien no constituyen familia viven todas ellas con tal carácter familiar en el mismo hogar”*.

Es probable que esta regulación estuviera pensando, por ejemplo, en los supuestos de servicios domésticos prestados en una vivienda habitada por sacerdotes, pero no en realidades actuales como familias monoparentales o

pluralidad de personas que conviven en un mismo domicilio⁵², como por ejemplo, pisos de estudiantes⁵³.

De hecho la regulación del Real Decreto, al referirse al objeto del contrato, es más amplia que la precedente en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, ya que no sólo se refiere a los servicios prestados en el hogar familiar o en la casa o morada, si se prefiere la definición anterior, sino que se amplía con la preposición “para”. Aunque, probablemente, en ambos supuestos se esté pensado en el mismo tipo de prestación como regla general.

Conforme al primer párrafo del art. 2.2 del Real Decreto, con carácter general quedan excluidas del ámbito de esta relación laboral especial las relaciones de trabajo en las que falta alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico-laboral, como la remunerabilidad, de dependencia y ajenidad.

El interrogante que se plantea es saber si excluida una prestación de servicios del ámbito de esta relación laboral de carácter especial, cuál es su naturaleza jurídica.

En alguna de las exclusiones expresas del art. 2.1 del Real Decreto la respuesta es sencilla: A) en las relaciones concertadas por personas jurídicas, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, se está ante una relación laboral ordinaria, B) en los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, la prestación se considera no laboral y C) en las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, también se considera no laboral, salvo que se pueda demostrar que la parte que presta el servicio tiene la condición de asalariado conforme a lo regulado en el Estatuto de los Trabajadores.

En el resto de supuestos, conforme a la disposición adicional única, se aplicará la regla regulada en el art. 8.1 del Estatuto de los Trabajadores en el sentido de presumir en los supuestos no expresamente resueltos por el Real Decreto la existencia de una relación laboral ordinaria.

Sin embargo, aunque de manera muy extraña también puede darse el caso contrario, de manera que por debajo de la apariencia formal representada por varios contratos temporales suscritos, existía una distinta voluntad negocial que se manifestó, aunque no se documentara así, en la creación de un vínculo jurídico laboral subsumible en la referida relación especial de servicio doméstico⁵⁴.

5. Relaciones concertadas con otros sujetos

⁵² STSJ Navarra 15 de junio de 2001 (AS 2001, 1881).

⁵³ Sobre este colectivo, entre otros, STCT 7 de diciembre de 1977 (RTCT 1977, 6281).

⁵⁴ STSJ Cataluña 19 de enero de 1995 (AS 1995, 274).

De acuerdo con la letra a) del art. 2.1 del Real Decreto, quedan fuera del ámbito de esta relación laboral de carácter especial las *“relaciones concertadas por personas jurídicas, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, quedando estas sometidas a la normativa laboral común”*.

Esta nota característica, también presente en la definición de empleados del hogar que ofrece el art. L 772-1 del *Code du Travail*, se fundamenta en nuestro país en una interpretación de origen jurisprudencial que las excluía, bien en razón de la falta de los requisitos esenciales, especialmente cuando se llevaban a cabo por sujetos plurales en los que existía ausencia de ánimo de lucro en la realización de sus actividades o de acuerdo con la interpretación del término patrono⁵⁵.

Son varias las actividades que pueden incluirse dentro del concepto de servicio doméstico, entre las que cabe destacar, quizás por ser las más habituales, las labores de limpieza y el cuidado de personas, que pueden realizarse dentro de un domicilio por una persona pero cuya relación laboral ha de ser calificada como ordinaria porque el empresario es una persona jurídica⁵⁶.

Estos supuestos cabe agruparlos en los siguientes tres bloques: empresas, organizaciones sin afán de lucro y congregaciones.

Son varios los supuestos de actividades que se excluyen porque el empresario es una persona jurídica, en algunas ocasiones de naturaleza pública⁵⁷, como por ejemplo, cuando el empresario es el servicio social de asistencia a pensionistas de la Seguridad Social⁵⁸ o lo es un ayuntamiento⁵⁹. En cambio, se ha considerado servicio doméstico cuando en estos mismos supuestos, es el anciano el que tiene la condición de empresario⁶⁰.

Diferentes son los problemas que plantea la contratación de servicios domésticos en embajadas españolas en el extranjero, que en general se califica como de relación común⁶¹, ya que en estos casos suele prestarse servicios tanto en la parte privada como pública, aunque también caben casos en los que se trata de una verdadera prestación de servicios de tipo doméstico.

Respecto a las organizaciones sin afán de lucro, la jurisprudencia, en general, ha considerado servicios domésticos en supuestos en los que se lleva a cabo contratación de educadores para cuidar a niños o jóvenes acogidos que

⁵⁵ STSJ Madrid 23 de marzo de 2004 (AS 2004, 238247).

⁵⁶ STSJ Andalucía/Málaga 15 de abril de 2002 (Jur. 2002, 231089).

⁵⁷ STS 27 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2362).

⁵⁸ STCT 15 de febrero de 1982 (RTCT 1982, 860).

⁵⁹ STSJ País Vasco 29 de junio de 1990 (AS 1990, 1556).

⁶⁰ STCT 11 de marzo de 1988 (RTCT 1988, 2001).

⁶¹ STSJ Madrid 15 de junio de 2004 (Jur. 2004, 235762).

conviven como si fueran una familia⁶², los servicios prestados en colegios⁶³, hospitales o centros de atención de personas, entre otros.

En relación a las congregaciones, institutos religiosos o entidades benéficas, hay que distinguir entre aquellas contrataciones en las que se realiza una prestación de servicios cuyos beneficiarios sólo son los miembros de dicha entidad o si se prestan servicios a terceros.

En el primer caso, la jurisprudencia suele considerar los servicios como domésticos, por ejemplo, entre una comunidad religiosa y una cocinera, que trabaja de manera exclusiva para ésta⁶⁴, mientras que en el segundo caso, se ha de llevar a cabo por medio de una relación laboral de tipo ordinaria⁶⁵, por ejemplo, si se trata de una prestación de servicios de limpieza de habitaciones en una residencia regentada por una orden religiosa⁶⁶.

En general en estos supuestos los servicios prestados no cabe incluirlos dentro del concepto "servicio doméstico", ya que no tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades de una organización familiar dentro de su propio hogar⁶⁷.

El concepto comunidad de bienes ha de ser entendido en un sentido amplio, ya que ha de incluir tanto el concepto jurídico de comunidad de bienes que se regula en el Código Civil y que utiliza el art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores a la hora de definir el empresario, como cualquier tipo de agrupación de personas.

Así, en principio, la prestación de servicios de una persona para una auténtica comunidad de bienes se considera una relación laboral común.

Esta afirmación se fundamenta en que, si el mero hecho de la convivencia es compatible con la existencia de un hogar familiar, que como actividad consuntiva no exige vínculos de parentesco entre sus miembros, la convivencia comunal no conlleva de por sí un hogar familiar, pues éste exige una indiferenciación entre lo común y lo particular que caracteriza la actividad de privacidad del hogar familiar. En los supuestos de existencia de un ámbito de coordinación diferenciado de las distintas privacidades normalmente no se identifica un hogar familiar, sino una empresa comunal y ésa es la razón de la exclusión cuando el empresario es una persona jurídica, pues ésta se caracteriza, como fenómeno organizativo, por la identificación de un interés común o coordinativo diferente de los privados de sus miembros. El hogar

⁶² STCT 9 de julio de 1986 (RTCT 1986, 8628).

⁶³ STS 5 de mayo de 1954 (RJ 1954, 1263).

⁶⁴ STCT 10 de marzo de 1988 (RTCT 1988, 2353).

⁶⁵ STS 13 de febrero de 1953 (RJ 1953, 228).

⁶⁶ STCT 23 de abril de 1980 (RTCT 1980, 2274).

⁶⁷ STSJ Galicia 5 de febrero de 1998 (AS 1998, 1234).

familiar supone una privacidad, en la que el fenómeno convivencial aparece orientado intensivamente, *ad intra* y no extensivamente *ad extra*⁶⁸.

En esta línea, entre los supuestos que han sido considerados como una relación laboral común cabe citar, la actividad de limpiadora al servicio de una comunidad de propietarios⁶⁹, si la empresa laboral consiste en una residencia donde se alojan permanentemente hermanos del instituto religioso y transitoriamente otros miembros de la misma congregación que se encuentren de paso en Madrid y a veces de otras congregaciones⁷⁰ o cuando se trata de varios familiares que contratan a una empleada doméstica para cuidar a un anciano en una residencia⁷¹.

En cambio cuando se trata de una agrupación de personas que de alguna manera pueden presentar una cierta consideración familiar, entonces la citada prestación puede ser considerada como relación laboral de carácter especial⁷².

En conclusión, el elemento diferenciador entre ambas categorías no estará tanto en la forma jurídica concreta del empresario, como en el hecho que la prestación de servicios se pueda incluir en el concepto de actividad doméstica⁷³.

Conforme a la letra b) del art. 2.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, quedan fuera del ámbito de esta relación laboral de carácter especial *“las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, cuando la parte que preste el servicio no tenga la condición de asalariado en los términos del artículo 1.3.e) del Estatuto de los Trabajadores”*.

En este precepto se utiliza la misma técnica que la regulada en el Estatuto de los Trabajadores, donde existe una exclusión clara en relación a determinados familiares, según el grado de parentesco, que puede ser destruida, ya que en determinadas situaciones estas mismas personas pueden llegar a ser trabajadores por cuenta ajena.

De esta conexión entre ambas normas cabe plantearse, principalmente, dos cuestiones.

En primer lugar, y esto parece no dar lugar a dudas, para poder excluir esta prestación del concepto de relación laboral de carácter especial por existir vínculos familiares se han de dar las notas características suplementarias reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, por ejemplo, la convivencia con el empresario, titular del hogar familiar.

⁶⁸ STSJ Madrid 4 de junio de 1996 (AS 1996, 2512).

⁶⁹ STCT 19 de abril de 1985 (RTCT 1985, 2589).

⁷⁰ STSJ Madrid 4 de junio de 1996 (AS 1996, 2512).

⁷¹ STSJ País Vasco 1 de septiembre de 2004 (AS 2004, 3893).

⁷² STSJ Navarra 15 de junio de 2001 (AS 2001, 1881).

⁷³ STSJ Madrid 25 de marzo de 2003 (AS 2003, 2728).

En segundo lugar, el Real Decreto se limita a excluir las prestaciones de servicios concertadas entre “familiares”, sin determinar qué tipo de familiares, mientras que en el Estatuto de los Trabajadores se refiere a cónyuge⁷⁴, descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive. De esta manera se plantea si el ámbito del Real Decreto, a efectos de la exclusión, es más amplio que el regulado en el Estatuto de los Trabajadores, aunque, por supuesto, sin incluir las situaciones de convivencia *more uxorio*⁷⁵.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que no existe relación laboral, ni común ni de carácter especial de empleados del hogar, entre la empleada doméstica y el fallecido, ya que falta la concreción y prueba de dichos servicios, así como la existencia de retribución que es el elemento causal del contrato de trabajo, por lo que se trata en caso de que efectivamente se hubiesen prestado, alternativamente, ante la exclusión de relación laboral por existencia de un vínculo familiar de hecho de primer grado entre ambos, al no haberse considerado la empleada durante más de 13 años en que hipotéticamente duró la relación como asalariada del difunto, o ante la prestación de servicios a título de amistad, benevolencia o buena voluntad⁷⁶.

A priori, la diferente regulación puede originar que puedan darse supuestos excluidos de esta relación laboral de carácter especial que necesariamente no estarían excluidos de una relación laboral ordinaria, por ejemplo, cuando se trata de familiares de tercer grado.

Además, para complicar un poco más esta cuestión, el art. 3.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regula que estarán excluidos del campo de aplicación del Régimen Especial del Servicio Doméstico, “*el cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del cabeza de familia por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado, inclusive*”.

En todo caso, en esta categoría también pueden incluirse los denominados contratos de vitalicio mediante los que una persona, normalmente pariente del beneficiario de dichos servicios, se compromete a prestarle los cuidados y asistencia que necesite a cambio de unos bienes, que suelen ser de tipo inmueble, normalmente con reserva del usufructo, así como, en ocasiones, de una cierta cantidad económica regular⁷⁷.

⁷⁴ STSJ Asturias 12 de enero de 2001 (Jur. 2001, 98223).

⁷⁵ GARCIA NINET”, La regulación del trabajo familiar y su incidencia en el ámbito de la Seguridad Social con especial referencia al Régimen Especial de Empleados del Hogar (en torno a la sentencia del T. Constitucional de 15 de abril de 1991)”, Tribuna Social, número 6, 1991, pág. 25.

⁷⁶ STJ Cataluña 20 de abril de 2006 (AS 2006, 2852).

⁷⁷ Sobre esta cuestión véase GARCIA SERRANO, “Notas sobre el contrato doméstico (a propósito de los artículos 1319.1 y 1438 del Código Civil)”, Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXVIII, 1985, pág. 617.

Aparentemente, esta norma presenta una regulación que plantea una doble duda en relación con su aplicación respecto al concepto laboral del servicio doméstico.

En primer lugar, se excluyen los familiares hasta el tercer grado, por lo que podría llegar a darse la paradoja de un familiar de tercer grado que sí puede prestar servicios dentro de la relación laboral de carácter especial, pero no puede ser dado de alta en el Régimen Especial.

En segundo lugar, una interpretación literal del precepto implica asumir la imposibilidad de probar la condición de asalariado del trabajador familiar. De esta manera, cualquier familiar, aunque pueda considerarse como asalariado porque cumple con los requisitos exigidos en la letra e) del art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, no podría ser dado de alta en el Régimen Especial.

Así por ejemplo se observa en un supuesto en el que no se considera servicio doméstico unos servicios prestados por una sobrina carnal y su marido a un tío con el que convivían, servicios por los que, entre otras contraprestaciones, recibía una cantidad de dinero mensual⁷⁸.

Sin embargo, esta regla general presenta una excepción regulada en el art. 3.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, de acuerdo con la siguiente regulación:

“La exclusión que se establece en el apartado a) del número anterior no afectará a los familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes que convivan con ellos y que reúnan las demás condiciones exigidas, siempre que no tengan ningún empleado de hogar a su servicio. No podrá quedar comprendido en este Régimen Especial más que un solo familiar por cada sacerdote que se encuentre en la situación prevista, sea cualquiera el número de los que con él convivan”.

Esta cuestión fue analizada por varias sentencias del Tribunal Constitucional, entre las que cabe citar la sentencia 109/1988, de 8 de junio, 79/1991, de 15 de abril, 92/1991, de 6 de mayo, 59/1992, de 23 de abril y 49/1994, de 16 de febrero.

Esta regulación plantea en la actualidad los siguientes dos interrogantes.

En primer lugar, y entendida eliminada la regulación relativa de manera exclusiva a “los familiares del sexo femenino” y por tanto, incluyendo a todo tipo de familiares, cabe preguntarse si no existe una diferencia injustificada respecto a esta inclusión. No tanto en relación al supuesto regulado, ya que probablemente resuelva una situación real, sino en relación con otras situaciones de necesidad. De esta manera cabe preguntarse por qué se acepta

⁷⁸ STCT 13 de diciembre de 1983 (RTCT 1983, 10749).

esta excepción respecto a los sacerdotes y no se aplica de la misma manera, por ejemplo, a las personas viudas o minusválidas.

En segundo lugar, si se realiza una interpretación literal del precepto del Decreto, pueda darse la situación que una determinada prestación llevada a cabo por un familiar de un sacerdote célibe no pueda ser considerada a efectos laborales como una relación laboral de carácter especial, pero sí de derecho a su inclusión dentro del campo de aplicación de este Régimen Especial.

Sin embargo, esta regulación difícilmente puede conectarse con la posibilidad de recibir una prestación económica para cuidados familiares cuando la persona dependiente está siendo atendida por su entorno familiar, conforme a la regulación contenida en el art. 18 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

De acuerdo con la letra c) del art. 2.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, quedan fuera del ámbito de esta relación laboral de carácter especial los trabajos realizados a título de amistad, benevolencia o buena vecindad.

En este caso, se produce una asimilación total a la exclusión regulada en la letra d) del art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores.

En esta cuestión, ya el Tribunal Central de Trabajo entendió que aunque es difusa la línea divisoria entre la relación contractual laboral y la colaboración a título amistoso, benévolo o de buena vecindad, para dirimir tal disyuntiva debe atenderse al conjunto de elementos de la misma para orientar la interpretación de la intención de las partes en el sentido de producir una situación jurídica ajena al ámbito laboral, y así no puede aplicarse la presunción de laboralidad dada la desvinculación de aquélla de la obligación de acudir al trabajo, y más aún de hacerlo con carácter cotidiano y la inexistencia de horario o jornada⁷⁹.

Con posterioridad, la jurisprudencia ha declarado que constituye la ratio de esta relación citada, el ámbito de la prestación de servicios, el hogar familiar y, en estrecha conexión, la índole de los mismos, eminentemente personales, con acentuación del principio de mutua confianza entre las partes.

Ahora bien, no debe confundirse esta mutua confianza como condición subyacente en esta relación especial con el hecho de que la prestación se produzca a título de mera benevolencia o amistad, en cuyo caso se estará frente a una actividad excluida de su ámbito de aplicación⁸⁰.

Así, no se considera prestación de servicios del hogar familiar si el empleado vive en una casa propiedad del empresario, sin pagar alquiler alguno, y en

⁷⁹ STCT 18 de junio de 1985 (RTCT 1985, 4066).

⁸⁰ STSJ Baleares 16 de junio de 1994 (AS 1994, 2618).

alguna ocasión prestó algún servicio esporádico a éste, ya que es claro que todos estos servicios que pudo desarrollar no configuran una relación laboral, sino una relación de amistad y confianza en base al agradecimiento por el uso gratuito de la casa habitación⁸¹ o cuando, aun entendiendo que los servicios se hubieran desarrollado para la asistencia y cuidado de Juan, existe una relación de amistad entre ambos, la trabajadora compartió su domicilio sin sujeción a jornada u horario y no percibió pago alguno asociable a tal eventual cometido⁸².

Conforme al segundo párrafo del art. 2.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, se presumirá, salvo prueba en contrario, que las notas de salario, dependencia o ajenidad no concurren en las relaciones de colaboración y convivencia familiar, como las denominadas a la par, mediante las que prestan algunos servicios como cuidados de niños, la enseñanza de idiomas u otros de los comprendidos en el art. 1.4 del propio Real Decreto, siempre y cuando estos últimos tengan carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos.

En el mismo sentido se expresa el art. 33.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, al definirlo como la *“realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales”*.

Este precepto se está refiriendo a un tipo de prestación de servicios que no se halla desarrollado en la normativa nacional propiamente dicho por lo que hay que acudir a la regulación europea sobre la cuestión.

Concretamente se trata del Acuerdo Europeo sobre colocación *Au pair*, aprobado en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969, ratificado por España por Instrumento de 24 de junio de 1988, así como, en menor medida, la Recomendación 85/64, de las Comunidades Europeas, de 20 de diciembre de 1984, sobre el Acuerdo Europeo del Consejo de Europa relativo a la colocación *Au pair*.

De acuerdo con este Acuerdo, que incluye a las personas nacionales de Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios de este Acuerdo Europeo (actualmente han ratificado el mismo Dinamarca, España, Francia, Italia y Noruega), la colocación *au pair* es la acogida temporal, en una familia y a cambio de determinados servicios, de jóvenes de países extranjeros que desean mejorar sus conocimientos lingüísticos y tal vez profesionales, así como su cultura general, adquiriendo un mejor conocimiento del país en el que son acogidos.

Esta colocación que inicialmente no ha de exceder de un período de un año, puede sin embargo prolongarse hasta un período máximo de dos años. Ahora

⁸¹ STCT 28 de marzo de 1984 (RTCT 1984, 2852).

⁸² STSJ Cataluña 29 de junio de 1998 (AS 1998, 6427).

bien, si se concertó por un período de tiempo indeterminado, cada una de las partes puede poner fin al mismo con un preaviso de dos semanas. Tanto si el acuerdo se ha concertado por un período determinado o no, puede ser denunciado con carácter inmediato por una de las partes en caso de que la otra parte ha incurrido en falta grave, o si otras circunstancias graves así lo requieren.

No ha de tener una edad inferior a los diecisiete años ni superior a los treinta años, aunque caben excepciones.

Ha de estar en posesión de un certificado médico, que se ha de expedir en fecha no anterior a los tres meses que precedan a su colocación, y en que conste el estado general de salud de dicha persona.

Los derechos y obligaciones de la persona colocada y de la familia de acogida han de ser objeto de un acuerdo escrito concertado entre las partes de que se trate, en forma de un documento único o de un intercambio de cartas, que se debe realizar preferentemente antes de que esta persona abandone el país en que tenía su residencia, y a lo sumo durante su primera semana de trabajo en la familia de acogida. Una copia de este acuerdo se ha de depositar en el país de acogida en poder de la autoridad competente, o de la organización designada por esta autoridad. Este acuerdo ha de especificar, entre otras cosas, la forma en que la persona colocada habrá de compartir la vida de la familia de acogida, disfrutando al propio tiempo de un cierto grado de independencia.

La persona colocada ha de recibir alojamiento y comida de la familia de acogida y ha de ocupar cuando sea posible una habitación independiente, debe disponer de tiempo suficiente para asistir a cursos de lengua y para perfeccionar su formación cultural y profesional; con este objeto se han de conceder toda clase de facilidades en lo relativo al horario de trabajo y debe disponer, como mínimo, de un día libre completo a la semana. Al menos uno de los días libres de cada mes debe ser un domingo, y se le ha de dar las mayores facilidades para participar en actos religiosos.

Por esta razón, la falta de estos elementos supone que la relación no puede ser calificada como de *au pair*, sino de mera relación de servicio doméstico.

Además, de recibir mensualmente una cantidad determinada en concepto de dinero de bolsillo, ha de prestar servicios a la familia de acogida, que consistirán en la participación en las tareas domésticas diarias. El tiempo dedicado de modo efectivo a tales servicios no ha de exceder en general de cinco horas diarias.

Cada una de las partes contratantes debe enumerar los beneficios a que en caso de enfermedad, maternidad o accidente, tiene derecho en su territorio la persona colocada. En la medida en que estas prestaciones no puedan ser

cubiertas por un régimen de Seguridad Social o por cualquier otro organismo oficial del país de acogida, el miembro competente de la familia de acogida ha de contratar un seguro privado cuya carga es totalmente de su incumbencia.

Sin embargo, en España, el régimen jurídico es diferente ya que existe una reserva introducida por medio del Instrumento de adhesión. De esta manera, las primas de seguro privado han de quedar cubiertas en la mitad por la familia de acogida y, además, esta circunstancia debe ser puesta en conocimiento de toda persona interesada en obtener una colocación antes de la celebración del contrato.

Como se puede apreciar las actividades descritas como las propias de la relación *au pair* son las mismas esencialmente que las reguladas en la relación laboral de carácter especial. De hecho, no se puede determinar claras diferencias entre ambas figuras jurídicas debido a que este precepto destaque especialmente algún supuesto, como el cuidado de niños o la enseñanza de idiomas.

La regulación contenida en el Real Decreto establece una presunción *iuris tantum* respecto a la inexistencia de las notas configuradoras de esta relación laboral de carácter especial (salario, dependencia y ajenidad), que a su vez, son las mismas características fundamentales que definen la relación laboral ordinaria.

Ahora bien, conforme a esta regla probatoria, la parte que, habiendo suscrito una relación de *au pair* quiera modificar dicha calificación entendiéndola que la relación que la une con el empresario es de carácter especial del servicio del hogar familiar o incluso una relación laboral ordinaria ha de alegar y probar la existencia de las notas tipificadoras.

A partir de esta doble posibilidad, se determina una estructura escalonada de manera que en aquellos supuestos en los que existiendo una relación de *au pair* y se pretende destruir esta calificación jurídica, la figura jurídica más cercana, en general y salvo excepciones, será la relación laboral de carácter especial y sólo cuando no se den las características definitorias de la misma, se podrá invocar una relación laboral ordinaria.

Aún no siendo el esquema que sigue este precepto, probablemente son tres las notas que caracterizan la relación *au pair* y que la distinguen radicalmente respecto a la relación laboral de carácter especial:

- ✓ El carácter marginal de los servicios prestados.
- ✓ La falta total o la poca relevancia de la contraprestación económica.

- ✓ El carácter extranjero de la persona colocada⁸³.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que la diferencia entre ambas categorías jurídicas es difícil de apreciar, ya que, con relación a la marginalidad, consiste en una nota que deriva en el más absoluto casuismo, mientras que en relación con la contraprestación económica, no es tan importante su ausencia, si no la obligación de su existencia, aunque en la realidad no se retribuyan los servicios⁸⁴.

Ahora bien, si bien es cierto que esta vía presenta una cierta complejidad, especialmente debido al citado casuismo, siempre se puede acudir a las notas tipificadoras de la relación *au pair* contenidas en el Acuerdo Europeo y que pueden ser resumidas en las dos siguientes:

- ✓ La edad máxima.
- ✓ La finalidad formativa.

Esta dualidad entre la figura del trabajador *aur pair* y aquel que presta unos servicios que pueden, más o menos, ser similares a estos, pero que no cumplen con el esquema del Acuerdo de Estrasburgo también pueden apreciarse en otros países.

Así, en Francia, las personas de nacionalidad francesa están sujetas a un contrato de trabajo y les son aplicables las reglas de Derecho común y el convenio colectivo nacional de trabajo de los empleados del hogar y entran en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social. En cambio, son los extranjeros los verdaderos trabajadores *au pair*, cuya relación se rige por el citado acuerdo europeo, así como en la Circular del Ministerio de Trabajo número 17, de 22 de noviembre de 1976.

En Italia sucede una situación parecida, ya que existen los *lavoratori studenti*, regulados en el art. 8 del convenio colectivo nacional de trabajo del trabajo doméstico (2001-2005) y los jóvenes extranjeros que son considerados trabajadores *au pair*, y que se rigen, además de por el acuerdo europeo, por la Circular del Ministerio de Trabajo número 12, de 2 de abril de 1974.

6. Concurrencia de los servicios domésticos con otro tipo de prestación

La letra d) del art. 2.1 del Real Decreto 1484/1985, de 1 de agosto, regula un supuesto que denomina de exclusión, pero que cabe mejor entender de cohabitación entre dos tipos de servicios. Se plantea qué sucede cuando una

⁸³ STSJ Castilla y León/Burgos 18 de febrero de 1999 (AS 1999, 628).

⁸⁴ Sobre esta diferencia véase STSJ 25 de octubre de 2005 (Jur. 2006, 206253).

persona contratada para prestar servicios en esta relación laboral de carácter especial lleva a cabo también otro tipo de actividades.

La jurisprudencia anterior a esta norma había sido variada, ya que se habían dado sentencias en la que se apreciaba la prevalencia en el conjunto de la prestación, dependiendo de la relevancia del mismo, estableciendo la naturaleza de servicio doméstico si se trataba de la actividad principal⁸⁵ o ordinaria, si era más bien accesorio⁸⁶; incluso en algún caso se apreciaba la existencia de dos relaciones⁸⁷.

En la actualidad, la regulación es la siguiente:

“Respecto de las relaciones concertadas por un titular del hogar familiar con la persona que además de prestar servicios domésticos en aquel deba realizar, con cualquier periodicidad, otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador, se presumirá la existencia de una única relación laboral de carácter común. Dicha presunción admite prueba en contrario mediante la que se acredite que la realización de estos servicios no domésticos tiene un carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico”.

Como se puede apreciar para que pueda aplicarse esta norma jurídica se han de dar las siguientes premisas:

- ✓ Existencia previa de una relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar
- ✓ La realización de otros servicios
- ✓ La prestación de estos otros servicios se lleva a cabo a favor de la misma persona que es su empresario en la relación laboral de carácter especial.

Con relación a la primera cuestión, hay que entender que se puede dar tanto si existiendo una relación laboral de carácter especial se pretende incluir dentro de la misma servicios que no son domésticos, como si estando en vigor un contrato de trabajo ordinario, la inclusión de servicios domésticos se pretende que origina una conversión de esta relación en una relación laboral de carácter especial.

En segundo lugar, es necesario precisar si sólo algún tipo de servicios origina la aplicación de esta presunción o si se refiere a cualquier tipo de servicios concurrentes. En principio, la interpretación literal del precepto, *“otros servicios ajenos al hogar familiar en actividades o empresas de cualquier carácter del empleador”*, lleva a considerar que cualquier tipo de actividad pone en marcha este mecanismo de exclusión.

⁸⁵ STCT 25 de febrero de 1986 (RTCT 1986, 1201).

⁸⁶ STCT 4 de octubre de 1984 (RTCT 1984, 7413).

⁸⁷ STCT 3 de junio de 1986 (RTCT 1986, 3988).

En tercer lugar, en relación con el sujeto receptor de las actividades concurrentes con los servicios incluidos en la relación laboral de carácter especial, hay que distinguir dos supuestos, según se trate de la misma persona física que es su empresario en la relación laboral de carácter especial o consiste en una persona jurídica, de la que, de la manera que sea, el empresario de la relación laboral de carácter especial forme parte.

Sin embargo, en los dos casos, la solución jurídica al supuesto es la misma. Tanto si se llevan a cabo servicios que no pueden ser considerados como domésticos para el empresario de la relación laboral de carácter especial, como si se prestan servicios que pueden ser considerados domésticos para una persona jurídica, la consecuencia jurídica es considerar esta situación como relación laboral ordinaria.

Por tanto, si se aplica un criterio general, y siempre que sea posible en la realidad, la solución debería ser considerar unos servicios como relación laboral de carácter especial y otros como relación ordinaria, con independencia de los posibles efectos que pudiera ocasionarse tanto en el ámbito laboral, por ejemplo, con relación al horario en cada caso, como respecto a la Seguridad Social, al originarse una situación de pluriempleo.

Sin embargo, la consecuencia jurídica de la cohabitación no es la separación de regímenes jurídicos de manera proporcional, sino la consideración única de relación laboral ordinaria⁸⁸.

En principio, esta excepción sólo puede entenderse si se considera como una sanción frente a determinadas situaciones que se entienden fraudulentas para el empresario que recibe las diversas prestaciones. No es éste el único supuesto en el que el Ordenamiento Jurídico sanciona con la conversión de una figura jurídica en otra cuando se aprecian supuestos de fraude de ley.

Otra explicación a esta norma puede encontrarse en la regulación existente en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en la que la prestación del servicio doméstico estaba excluida de la consideración de relación laboral. Si se tiene en cuenta esta exclusión, y sin olvidar el carácter protector de todas las normas laborales, podría tener sentido esta configuración conjunta. Sin embargo, no se puede olvidar que en el momento de entrada en vigor del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, la citada Ley de Contrato de Trabajo estaba derogada.

Dicha presunción, según el último inciso del párrafo, admite prueba en contrario mediante la que se acredite que la realización de estos servicios no domésticos tiene un carácter marginal o esporádico con respecto al servicio puramente doméstico.

⁸⁸ STSJ Andalucía/Granada 27 de enero de 2004 (Jur. 2004, 80941).

Es evidente que la cuestión fundamental en esta materia es determinar cuándo las actividades no-domésticas tienen “*carácter marginal o esporádico*”⁸⁹. En cuanto que el criterio utilizado por la norma es ambiguo en el sentido de no determinar un mecanismo de medida concreto, por ejemplo, un tanto por ciento del tiempo dedicado a cada actividad, deberán ser los tribunales los que, caso a caso, resuelvan la aplicación o no de la presunción.

Así, en algún supuesto los tribunales han utilizado, de manera principal, conceptos simples para entender el carácter marginal, como por ejemplo, el porcentaje de jornada que dedica a la prestación de este tipo de servicios o un criterio puramente cuantitativo. Sin embargo, en otros casos, la valoración del carácter marginal o esporádico es más compleja. *A sensu contrario*, también se pueden encontrar supuesto en los que el carácter marginal de los servicios domésticos no permite considerar la relación ordinaria como doméstica⁹⁰.

Además de estos interrogantes ya planteados, la aplicación de la norma deja otras zonas oscuras, entre las que van a ser seleccionadas las siguientes dos cuestiones:

- ✓ ¿Cómo se resuelven las situaciones en las que hay concurrencia de empresarios: por ejemplo, la prestación de carácter especial se lleva a cabo a favor de una persona física y la actividad extra-doméstica se realiza para un empresario persona jurídica, aunque la persona física sea socio de la misma, en el supuesto que se trate de una sociedad mercantil?
- ✓ ¿La consideración de la existencia de una única relación laboral de carácter común sólo es declarativa o, se supone, inicia la aplicación de todo tipo de efectos, tanto laborales como de seguridad social y a partir de qué momento estos efectos entran en vigor?

7. Capacidad para contratar

En materia de capacidad para contratar, el art. 3 del Real Decreto 1424/1985, no presenta ningún tipo de novedad, ya que no se refiere a la cuestión de la edad, y en materia de nacionalidad, que es sobre la única especialidad de la que trata, se limita a la siguiente redacción:

“En materia de nacionalidad se estará a lo que disponga en la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en España”.

De esta manera, en relación a esta cuestión, al no regular ningún tipo de especificidad, hay que acudir al régimen general contemplado en el Estatuto de

⁸⁹ SALA FRANCO, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 15.

⁹⁰ STSJ Aragón 17 de junio de 1998 (AS 1998, 2621).

los Trabajadores, especialmente en el art. 7, en el que aparecen los siguientes tres requisitos:

- ✓ Capacidad de obrar conforme a lo dispuesto en el Código Civil.
- ✓ Edad
- ✓ Nacionalidad

Excluido el asunto de la capacidad de obrar, ya que no presenta ningún tipo de especificidad en esta relación laboral de carácter especial, hay que referirse a la edad para contratar.

Como se ha visto, tampoco el Real Decreto presenta norma específica sobre esta cuestión, por lo que se debe acudir a la normativa general.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que normas anteriores a la regulación actual sí que presentaban especialidades, aunque no suponían una diferencia respecto a la regulación general, ya que también la letra b) del art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 preveía, como edad mínima para trabajar, cumpliendo determinados requisitos, los catorce años. Ahora bien, no se puede olvidar que esta Ley no es aplicable a este tipo de relación.

Previa a esta regulación, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo número 33, de 30 de abril de 1932, sobre edad mínima de trabajos no industriales, ratificado por España el 22 de junio de 1934, presentaba en su art. 2 la siguiente regulación:

“Los niños menores de catorce años o los que, habiendo cumplido esta edad, continúen sujetos a la enseñanza primaria obligatoria, exigida por la legislación nacional, no podrán ser empleados en ninguno de los trabajos a los que se aplique el presente Convenio, a reserva de las disposiciones de los artículos siguientes”.

Por tanto, los catorce años era la edad que debía entenderse mínima para la prestación de este tipo de servicios, ya que, aunque el número tercero del art. 1 de este convenio establecía que la autoridad competente de cada país estaba facultada para excluir de la aplicación del convenio, en su letra b) *“el servicio doméstico en una familia por los miembros de la misma”*, esta posibilidad no fue utilizada por España.

Posteriormente, el Decreto 1119/1960, de 2 de junio, sobre prohibición de actuar como servidores domésticos a los menores de catorce años o sometidos a la obligación escolar primaria, establecía en su artículo primero la siguiente regulación:

“Los menores de ambos sexos que no hayan cumplido catorce años no pueden ser contratados como servidores domésticos ni por tanto dedicados a fines de esta índole fuera de la propia morada donde habitan.

Tampoco pueden dedicarse a tales fines los menores de dieciséis años que carezcan del certificado de estudios primario”.

En este mismo sentido se regulaba en el art. 2.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre. Sin embargo su redacción fue modificada con motivo de la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores, de manera que, desde dicho momento, la edad mínima de este Decreto presenta la siguiente regulación:

“Quedan incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, en calidad de empleados de hogar, todos los españoles mayores de catorce años, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que reúnan los siguientes requisitos:”

En la actualidad, conforme al art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores, se observa la siguiente regulación:

“Se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años”.

Esta es la normativa a aplicar, sin que quepa ningún tipo de excepción. Además, en el supuesto que el empresario incumpliera este límite, dicha conducta, conforme el art. 8.4 TRLISOS, se considera una infracción muy grave, con lo que se le pueden imponer las sanciones pecuniarias reguladas en la letra a) del art. 40.1 de esta norma sancionadora.

8. Forma del contrato

El contrato de trabajo, de acuerdo con el art. 4.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, presenta una amplia libertad de forma, según se desprende de su regulación:

“podrá celebrarse, cualesquiera sea su modalidad o duración, por escrito o de palabra”.

Esta regulación, a diferencia de la establecida en el art. 8 del Estatuto de los Trabajadores, permite que este contrato, cualquiera que sea su modalidad desde el punto de vista de la duración, o sea, indefinido o temporal, pueda adoptar la forma escrita o verbal que elijan las partes.

Como se puede observar, en relación al contrato indefinido, la aplicación de ambos preceptos puede dar lugar a las mismas consecuencias.

Sin embargo, la divergencia surge respecto a los contratos de duración determinada, en la que por aplicación del art. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, casi todas las modalidades contractuales temporales han de formalizarse por escrito, ya que sólo se excluye los contratos por tiempo

determinado cuya duración sea inferior a cuatro semanas, salvo que se establezca lo contrario en convenio colectivo.

En cambio, en la relación laboral de carácter especial del hogar familiar se permite que si las partes deciden que la relación laboral tendrá una duración temporal y, por tanto, se acogen a cualquier modalidad, no es necesaria la forma escrita. Por tanto, y esta es una clara consecuencia de esta libertad de forma, no se aplica el mecanismo “sancionador” de la última frase de este precepto, de manera que, en defecto de forma escrita, no aparece la aplicación automática de la presunción “*por tiempo indefinido y a jornada completa*”.

En esta cuestión no se puede olvidar, por su pertenencia a la misma categoría jurídica, que en el resto de las relaciones laborales de carácter especial se exige la forma escrita del contrato, con la redacción similar a la que se fija en el Estatuto de los Trabajadores.

Además, en cuanto que la documentación de la relación laboral tiene como finalidad otorgar mayor seguridad jurídica⁹¹, ya que permite acreditar las condiciones de la prestación de servicios, la no regulación de esta obligación formal puede suponer una menor garantía de los derechos del empleado doméstico.

Ahora bien, a pesar de esta regulación, cabe entender aplicable la obligación regulada en el número 4 del Estatuto de los Trabajadores, según la cual, cualquiera de las partes podrá exigir que el contrato de formalice por escrito, incluso durante el transcurso de la relación laboral.

En relación al contenido mínimo del contrato, el art. 8.5 del Estatuto de los Trabajadores regula que cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito.

Este precepto fue desarrollado por medio del Real Decreto 1659/1998, de 24 de julio, cuyo art. 1.2 presenta la siguiente regulación:

“Lo previsto en el presente Real Decreto será de aplicación a las relaciones laborales reguladas por la Ley del Estatuto de los Trabajadores cuya duración sea superior a cuatro semanas, con exclusión de las relaciones laborales especiales del servicio del hogar familiar, y de los penados en las instituciones penitenciarias”.

La exclusión referida a los penados en instituciones penitenciarias es justificable ya que el contenido de la misma es limitado; sin embargo, cuando se plantea el

⁹¹ GARCIA FERNANDEZ, “La forma en el contrato de trabajo (En torno al art. 8 ET)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000, pág. 335.

porqué de la no aplicación de este reglamento a los empleados del hogar familiar se plantean mayores dudas. Esta norma no aporta solución a esta cuestión por lo que la doctrina ha tenido que realizar dicha explicación, bien por la *“inespecificidad de las tareas domésticas a realizar para el titular y miembros componentes del hogar familiar⁹²”* o por la necesaria flexibilidad en la determinación de las condiciones de trabajo, tal como consta en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto.

9. Duración del contrato

El art. 4.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, al referirse a la duración del contrato de trabajo en la prestación de servicios del hogar familiar presenta la siguiente regulación:

“En defecto de pacto escrito en el que se optase por alguna de las modalidades o duraciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo en este ámbito se presumirá concertado por tiempo determinado de un año, prorrogable tácitamente por periodos igualmente anuales, de no mediar denuncia con anterioridad a su vencimiento, que deberá notificarse al trabajador con una antelación de al menos siete días”.

Es evidente que esta regulación presenta poco interés respecto a la concertación de la prestación de servicios por tiempo indefinido, que es totalmente posible en esta relación laboral de carácter especial, y que se regirá, en su caso, por las normas generales. En todo caso queda claro, tal y como se ha analizado en el apartado referido a la forma de este contrato, que a diferencia del régimen regulado en el art. 8.2 del Estatuto de los Trabajadores, la falta de forma escrita no implica la aplicación de la presunción a favor de la indefinición del mismo.

Como se puede observar, esta regulación supone una apuesta clara por la contratación de duración determinada, lo que supone una clara excepción respecto a algunas del resto de las relaciones laborales de carácter especial, como por ejemplo, la alta dirección o los representantes de comercio; no así, por ejemplo, los artistas en espectáculos públicos, donde caben las dos opciones.

En cuanto a su comparación con la regulación contenida en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, se olvida de la doble posibilidad de este precepto: indefinido o temporal. Sin embargo, desde la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que equipara, no sin reservas, las dos opciones, ya no cabe hablar de una regulación totalmente contraria al esquema general de presunción de la indefinición del contrato de trabajo. Aunque el Real Decreto no lo regule de manera expresa, empresario y empleado del hogar pueden concertar una relación laboral de carácter indefinido, de acuerdo con la normativa general.

⁹² AYALA DEL PINO, Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, Murcia, (Laborum), 2005, pág. 92.

De esta manera, las posibles dudas respecto a la duración se refieren a la duración temporal del mismo. No tanto por la posible aplicación de la normativa general sobre contratos temporales a los empleados domésticos, como por la presencia de un tipo diferente de contrato temporal.

A priori, la regulación contenida en el art. 4.2 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, permite que las partes puedan optar por dos diferentes modalidades de contratos temporales:

- ✓ Las modalidades establecidas en el Estatuto de los Trabajadores.
- ✓ Contrato anual prorrogable, salvo que exista denuncia.

Sin embargo, la lectura literal del precepto y la constatación relativa a que la forma escrita es totalmente voluntaria puede inducir a pensar que esta norma apuesta claramente por este segundo tipo. Dicho de otra manera, la modalidad usual a utilizar será este contrato anual y sólo cuando las partes hayan llevado a cabo la redacción de este pacto escrito expreso, se entenderá que han optado por las formas reguladas en el Estatuto de los Trabajadores.

De hecho, en la práctica, la mayoría de las relaciones laborales del servicio doméstico eligen esta modalidad de contrato anual, siendo prorrogable o no según las circunstancias.

En principio, respecto a la posibilidad que tienen empresario y empleado doméstico de concertar su relación laboral por medio de las “*modalidades o duraciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores*”, existe una discusión entre la doctrina sobre el significado de la misma.

Una línea de opinión apuesta porque esta regulación otorga a las partes libertad para elegir la modalidad temporal que desean concertar en la prestación de servicios, ya que al no haber una remisión expresa a los supuestos regulados en el art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, no están sujetos a estos supuestos⁹³. En cambio otra entiende que la regulación no significa la introducción de una novedad en esta cuestión, sino simplemente la aplicación del régimen ordinario de temporalidad⁹⁴.

Siendo evidente que la regulación del art. 4.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, no contiene una remisión expresa al art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, sí que es cierto que sólo permite utilizar las duraciones y modalidades previstas en esta norma, bien sea contratos temporal formativos o causales, o incluso, coyunturales. Además, y éste es otro argumento a favor de

⁹³ LOURDES CUMBRE, “La relación especial del servicio del hogar familiar (En torno al artículo 2.1.b) ET)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000, págs. 161-162.

⁹⁴ CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, pág. 271.

esta opción, si las partes, por los motivos que sea, no desean utilizar estas modalidades, siempre pueden acudir a la segunda posibilidad, o sea, el contrato anual.

De acuerdo con esta argumentación, siempre y cuando se cumplan los requisitos específicos en cada uno de los supuestos, empresario y empleado del hogar pueden utilizar cualquiera de las modalidades reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, ya sea por obra o servicio determinado, eventual, en este caso por acumulación de tareas o de interinidad.

En cuanto a la posible utilización de las modalidades formativas, si bien parte de la doctrina se ha opuesto a esta posibilidad⁹⁵, no existe inconveniente en admitir esta opción, siempre y cuando se cumplan los siguientes dos requisitos:

- ✓ En el concepto de tareas domésticas no se excluyan los supuestos que pueden ser considerados como arrendamientos de servicios propios de una profesión liberal⁹⁶, ya que normalmente serán este tipo de servicios los que permitirán más claramente la utilización de estas figuras contractuales.
- ✓ Se cumplan los requisitos establecidos, para cada una de las dos modalidades, regulados en el art. 11 del Estatuto de los Trabajadores.

Hay que tener en cuenta que, por ejemplo, en Francia, no se puede utilizar para contratar a un servidor doméstico ni el contrato de cualificación, regulado en el número 1, ni el contrato de adaptación, regulado en el número 6, en ambos casos, del art. L 981 del *Code du Travail*.

Respecto a la segunda opción, el denominado contrato anual, el art. 4.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, determina que la duración será determinada, un año, por lo que no cabe alterar este plazo, siendo prorrogable tácitamente por periodos igualmente anuales, en principio de manera indefinida, de no mediar denuncia con anterioridad a su vencimiento, que deberá notificarse al trabajador con una antelación de al menos siete días.

10. Período de prueba

Conforme al art. 4.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, el régimen jurídico del período de prueba en la relación laboral de carácter especial de los empleados del hogar es la siguiente⁹⁷:

⁹⁵ RAMIREZ MARTINEZ, "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar", Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Volumen I, Madrid, (Edersa), 1987, pág. 61.

⁹⁶ DE LA VILLA GIL, "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", Documentación Laboral, 1985, pág. 210.

⁹⁷ STSJ Comunidad Valenciana 5 de julio de 2005 (Jur 2006, 4951).

“La relación se presumirá celebrada a prueba durante quince días, computándose a estos efectos aquellos días en que se da prestación de servicios efectiva”.

Como se puede comprobar, la cuestión relativa al período de prueba presenta tres cuestiones para analizar.

En primer lugar, este precepto, a diferencia del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores donde se exige para su validez la forma escrita y expresa, regula que dicho período se presume, en base a la confianza recíproca que caracteriza dicha relación. Esto significa que dicha presunción puede aplicarse en todas las prestaciones de servicios, salvo que se pueda probar lo contrario⁹⁸. Es cierto que sólo es una presunción *iuris tantum*, pero la dificultad de probar la inexistencia de este período resulta extremadamente difícil, salvo que expresamente se pacte en el contrato de trabajo, si tiene forma escrita.

Sin embargo, la presunción no sólo alcanza a la existencia de dicho período, sino también a la duración, ya que esta regulación permite pactar cualquier otra duración, así como respecto si los días son de trabajo efectivo o no⁹⁹.

En segundo lugar, respecto a la duración se determina una presunción de quince días, que presenta problemas de conexión con las duraciones reguladas en el Estatuto de los Trabajadores¹⁰⁰, o incluso respecto otras relaciones laborales de carácter especial similares, por ejemplo, la alta dirección, cuya duración puede alcanzar hasta los nueve meses.

A pesar de poder parecer limitada la duración, en cuanto que se pueden pactar otras duraciones por voluntad de las partes, se permite la extensión de dicho período. Ahora bien, como el art. 4.3 del Real Decreto no contempla una duración máxima, por aplicación supletoria del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, las duraciones máximas que se puedan pactar no podrán sobrepasar las contempladas en este precepto.

En tercer lugar, estos quince días sólo se computan cuando son de prestación efectiva de servicios¹⁰¹. Esta regulación significa que se pueden descontar los días no trabajados por la causa que sea, incluido todos los tipos de suspensiones, por ejemplo, la incapacidad temporal, prorrogándose, en este caso, el cómputo por el tiempo que duró la interrupción.

Hay que recordar que el régimen regulado en el Estatuto de los Trabajadores es el contrario, ya que el segundo párrafo del art. 14.3 contempla que

⁹⁸ STSJ Navarra 14 de febrero de 2000 (AS 2000, 5215).

⁹⁹ SALA FRANCO, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 300.

¹⁰⁰ FERNANDEZ DOMINGUEZ, “El contrato de trabajo”, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Navarra, (Aranzadi), 2002, pág. 580.

¹⁰¹ STSJ Comunidad Valenciana 5 de julio de 2006 (Jur. 2006, 4951).

determinados supuestos de suspensión sólo interrumpen el cómputo del mismo si existe acuerdo entre las partes.

Respecto al resto de cuestiones, al no determinar nada más el precepto reglamentario se ha de aplicar las normas contempladas en el Estatuto de los Trabajadores, de acuerdo con el siguiente régimen:

- ✓ El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.
- ✓ Será nulo el pacto que establezca un período de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad, bajo cualquier modalidad de contratación.
- ✓ Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso¹⁰².
- ✓ Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador.

11. Agencias privadas de colocación

El art. 5 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, al igual que sucede con los deportistas profesionales, regula que no será de aplicación en el ámbito de esta relación laboral especial lo dispuesto en el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la prohibición de agencias privadas de colocación¹⁰³.

El contenido de este precepto puede ocasionar ciertas dudas, ya que el precepto que en 1985 regulaba alguna cuestión en materia de las agencias privadas de colocación era el número segundo del art. 16. De esta manera, puede interpretarse que la finalidad de la norma reglamentaria era eliminar la obligación de los empresarios de tener que solicitar de las oficinas de empleo los trabajadores que en cada caso necesitaran, pero sin tener que utilizar, ya que estaban prohibidas, las agencias privadas de colocación.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la regulación de este art. 16.2 en el año 1985 era diferente a la actual, ya que en ese momento todo tipo de agencias privadas de colocación, *“de cualquier clase y ámbito funcional”* estaba prohibido.

¹⁰² STSJ Baleares 14 de mayo de 2002 (Jur. 2002, 188718).

¹⁰³ DE LA VILLA GIL, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, Documentación Laboral, 1985, pág. 215.

Por tanto, en aquel momento este precepto no aportaba ningún tipo de novedad, ya que coincidía totalmente con la redacción del Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, y fruto de la reforma posterior, el contenido del actual art. 16.2 del Estatuto de los Trabajadores, que es el que se refiere a este tipo de entidades, presenta la siguiente redacción:

“Se prohíbe la existencia de agencias de colocación con fines lucrativos. El Servicio Público de Empleo podrá autorizar, en las condiciones que se determinen en el correspondiente convenio de colaboración y previo informe del Consejo General del Instituto Nacional de Empleo, la existencia de agencias de colocación sin fines lucrativos, siempre que la remuneración que reciban del empresario o del trabajador se limite exclusivamente a los gastos ocasionados por los servicios prestados. Dichas agencias deberán garantizar, en su ámbito de actuación, el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social, lengua dentro del Estado y discapacidad, siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”.

Por tanto, presenta un serio interrogante sobre cómo se ha de interpretar la norma reglamentaria en relación al Estatuto de los Trabajadores, ya que en la actualidad en este texto, como puede observarse, sólo se prohíben las agencias de colocación con fines lucrativos.

En principio, cabe entender que la regulación tenía sentido en 1985 ya que coincidían ambas regulaciones; sin embargo, en la actualidad, no existe ningún tipo de justificación para prohibir el uso para la búsqueda de este tipo de trabajadores de las agencias privadas de colocación que son legales, siempre que cumplan con los requisitos regulados en el Real Decreto 735/1995, de 5 de mayo¹⁰⁴.

Todo ello sin perjuicio de tener claro que los métodos de búsqueda de este tipo de personal no suelen ser los regulados en las normas laborales, sino los denominados informales, teniendo especial relevancia, aún en la actualidad, las instituciones religiosas.

12. Retribución

El régimen jurídico del salario del empleado doméstico es el regulado en el Estatuto de los Trabajadores, más las normas generales que regulan esta

¹⁰⁴ CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, pág. 243.

materia, teniendo en cuenta las especialidades recogidas en el art. 6 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto.

Por tanto, se considerará salario, conforme al art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores:

“la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo”.

Es evidente que, al tratarse de una prestación de servicios en la que, por sus características, no existe ninguna presencia de la negociación colectiva, todas las cuestiones relativas al salario se regulan por medio del contrato de trabajo o, en su defecto, por decisión unilateral del empresario.

En esta línea, han sido las cuestiones analizadas por la jurisprudencia:

La obligatoriedad del empresario de acreditar el pago del salario.

El deber del empresario de pagar el interés por mora regulado en el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰⁵.

Sin embargo, a la hora de delimitar la cuantía del salario, y especialmente el mínimo de ésta, que es una de las cuestiones que más interesan al trabajador, es inevitable la intervención de la norma, ya que se trata de uno de los derechos mínimos de los trabajadores, concretamente acudiendo al art. 27 del Estatuto de los Trabajadores que regula el salario mínimo interprofesional.

En esta línea de argumentación se encuentra el art. 6.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, al presentar la siguiente regulación:

“El salario mínimo interprofesional, fijado anualmente por el Gobierno, es aplicable en el ámbito de esta relación laboral especial, de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común”.

A partir de esta regulación, cabe determinar dos colectivos.

En primer lugar, la mayor parte de los empleados domésticos tendrán como régimen jurídico de su salario mínimo, la regulación contenida en el primer párrafo *in fine* del art. 26.1 de esta norma reglamentaria que presenta la siguiente redacción:

¹⁰⁵ STSJ Cantabria 4 de septiembre de 1995 (AS 1995, 3222).

“dicho salario mínimo se entiende referido a la jornada de trabajo completa a la que se refiere el artículo 7.1 de este Real Decreto, percibiéndose a prorrata si se realizase una jornada inferior”.

Como es bien sabido para poder completar esta regulación es necesario acudir a las normas que de manera anual regulan el salario mínimo interprofesional. Concretamente el Real Decreto 1763/2007, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2008, regula, en su art. 1, el siguiente régimen jurídico:

“El salario mínimo para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios, sin distinción de sexo ni edad de los trabajadores, queda fijado en 20 euros/día o 600 euros/mes, según que el salario esté fijado por días o por meses.

En el salario mínimo se computan tanto la retribución en dinero como en especie. Este salario se entiende referido a la jornada legal de trabajo en cada actividad, sin incluir en el caso del salario diario la parte proporcional de los domingos y festivos. Si se realizase jornada inferior se percibirá a prorrata.

Para la aplicación en cómputo anual del salario mínimo se tendrán en cuenta las reglas sobre compensación que se establecen en los artículos siguientes”.

Por tanto, para los trabajadores que presten una jornada semanal de carácter ordinario de 40 horas de trabajo efectivo estas cuantías serán las que delimitarán su salario mínimo durante el año 2008.

Este salario, conforme el último inciso de la norma reglamentaria se deberá prorratear si el trabajador realiza una jornada inferior; por tanto, se está refiriendo a los supuestos en los que el trabajo se lleve a cabo por medio de un contrato a tiempo parcial.

Ahora bien, la lectura del primer párrafo del art. 12.1 del Estatuto de los Trabajadores en el que se regula la definición del contrato a tiempo parcial presenta una duda:

“El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable”.

Conforme a esta redacción, se entiende por contrato a tiempo parcial, los trabajadores que no realizando la denominada jornada de trabajo ordinario, un número de horas o de días en diferentes períodos de referencia (día, semana, mes o año).

Por tanto, si se realiza una interpretación literal del precepto, el régimen jurídico del salario mínimo interprofesional de todos los empleados domésticos que prestan servicios a tiempo parcial debería regirse por estos mínimos, incluso cuando se trabaje por horas.

Sin embargo, esta propuesta presenta un problema de aplicación respecto al segundo colectivo, cuyo régimen jurídico, regulado en el art. 6.5 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, es el siguiente:

“Para la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que es fije en la normativa correspondiente con carácter general para los trabajadores eventuales y temporeros, que incluye todos los conceptos retributivos; este salario mínimo se abonará en proporción a las horas efectivamente trabajadas”.

Cuya regulación concreta para el año 2007, conforme al art. 4.2 del Real Decreto 1632/2006, de 29 de diciembre, es la siguiente:

“De acuerdo con el artículo 6.5 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que toma como referencia para la determinación del salario mínimo de los empleados de hogar que trabajen por horas el fijado para los trabajadores eventuales y temporeros, el salario mínimo de dichos empleados de hogar será de 4,70 euros por hora efectivamente trabajada”.

Por tanto, se plantea cuál es el régimen a aplicar en relación a los empleados domésticos que prestan sus servicios por horas. En principio, en este segundo colectivo se incluyen, sin problemas, los supuestos en los que la duración de prestación de servicios es por unas horas determinadas, de manera que pasadas estas horas, el contrato finaliza.

Mayores dudas surgen en relación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial por horas¹⁰⁶.

En todo caso, conforme al segundo párrafo del art. 6.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, este salario mínimo *“podrá ser objeto de mejora a través de pacto individual o colectivo”*.

Conforme a lo observado, el art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores permite que el salario percibido por el trabajador pueda ser en especie, pero, conforme al segundo párrafo de este precepto, en ningún caso *“podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales del trabajador”*.

Sin embargo, este régimen jurídico es alterado respecte a esta relación laboral de carácter especial, conforme a la regulación contenida en el art. 6.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto:

¹⁰⁶ STSJ Extremadura 18 de marzo de 1999 (AS 1999, 1262).

“En los casos de prestación de servicios domésticos con derecho a prestaciones en especie, como alojamiento o manutención, se podrá descontar por tales conceptos el porcentaje que las partes acuerden, sin que la suma de los diversos conceptos pueda resultar un porcentaje de descuento superior al 45 % del salario total”.

Como se puede observar, existen relevantes diferencias con el régimen general, que pueden ser concretadas en las siguientes¹⁰⁷:

- ✓ Se deberá realizar por pacto, por lo que no existe posibilidad de imposición, en el momento que las partes acuerden.
- ✓ El descuento es potestativo, por lo que no existe obligación de realizarlo.
- ✓ Estas prestaciones en especie no se tienen en cuenta para calcular la indemnización por despido improcedente, conforme al art. 10.1 del Real Decreto.
- ✓ Se trata de un porcentaje más alto que el existente en países como Italia o Francia, que además es conjunto.
- ✓ La prueba de existencia de dicho pacto corresponde a la parte que invoca su existencia¹⁰⁸.

Ahora bien, persiste una duda en relación a si este régimen jurídico sólo se aplica a los dos supuestos enunciados expresamente en este precepto, alojamiento o manutención, o a todos los casos de retribución en especie. Es cierto que estos dos supuestos son los que presentan mayor relación con la propia prestación, ya que suele ser habitual que las personas que prestan los servicios coman y/o vivan en el hogar familiar¹⁰⁹. Sin embargo, no parece existir problema para incluir otras modalidades, también presentes en este tipo de trabajo, como por ejemplo, la utilización de vehículos.

De acuerdo con el art. 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, en el contrato de trabajo, además de fijar el salario base, que deberá respetar los mínimos anteriormente citados, se podrán pactar el percibo de incluir de *“complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten”*.

Esta regulación, a diferencia de lo que sucede respecto al salario base, otorga libertad a las partes para pactar o no cualquier tipo de complemento.

¹⁰⁷ MARTIN JIMENEZ, El salario en especie, Pamplona, (Aranzadi), 2002, págs. 44 ss.

¹⁰⁸ STCT 22 de enero de 1987 (RTCT 1987, 1212).

¹⁰⁹ AYALA DEL PINO, Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, Murcia, (Laborum), 2005, pág. 152.

Sin embargo, en esta relación laboral de carácter especial, existe el derecho por parte del empleado doméstico de percibir un complemento que podría denominarse de antigüedad¹¹⁰, conforme a la siguiente redacción del art. 6.3 del Real Decreto:

“El empleado del hogar tiene derecho a un incremento del salario en metálico de un 3 % del mismo por cada tres años naturales de vinculación con un empleador, con un máximo de cinco trienios”.

Como se puede observar, se trata de un complemento, a los efectos de su cálculo, que sólo tiene en cuenta la cuantía de salario en metálico que percibe el trabajador, y por tanto, se excluye el salario en especie, que sólo puede ser aumentado en cinco ocasiones y, que en todo caso, puede ser mejorado, bien por medio del contrato o por decisión unilateral del empresario.

Este complemento, que podía ocasionar problemas de comparación con la regulación anterior a la Ley 11/1994, de 19 de mayo, del Estatuto de los Trabajadores, ya que en su cómputo global alcanzaba cuantías menores, es en la actualidad una norma mínima de aplicación a los empleados domésticos que no dependen, como el resto de trabajadores, de su pacto en convenio colectivo.

Finalmente, hay que tener en cuenta, a pesar del tiempo transcurrido, que el primer párrafo de la Disposición Final del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto establece que para el *“cómputo del devengo de los efectos económicos”* derivados de esta norma sólo se tendrán los períodos trabajados a partir de 1 de enero de 1986¹¹¹.

El primer párrafo del art. 31 del Estatuto de los Trabajadores establece que todos los trabajadores tienen derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Además, establece que, de la misma manera, se fijará por convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones.

Esta regulación es adaptada para esta relación laboral de carácter especial en el art. 6.4 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, en el siguiente sentido:

“El empleado del hogar tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año que se percibirán, salvo pacto en contrario, al finalizar cada uno de los semestres

¹¹⁰ SALA FRANCO asegura que se trata de una regulación de derecho necesario absoluto, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 25. En contra, RAMIREZ MARTINEZ opina que este colectivo se le ha de aplicar el art. 6.5 del Real Decreto, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Volumen I, Madrid, (Edersa), 1987, pág. 69.

¹¹¹ QUESADA SEGURA, El contrato de servicio doméstico, Madrid, (La Ley), 1991, pág. 168.

del año y en proporción al tiempo trabajado durante el mismo. Su cuantía será, como mínimo, igual al salario en metálico correspondiente a quince días naturales”.

Como se puede observar, son varias las cuestiones que regula este apartado.

- ✓ Determina el derecho del trabajador a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año.
- ✓ Se han de percibir al finalizar cada uno de los semestres del año, salvo que expresamente se pacte lo contrario.
- ✓ El cobro se llevará a cabo en proporción al tiempo trabajado durante el mismo.
- ✓ Se trata de una cuantía mejorable por convenio colectivo o, especialmente, pacto individual¹¹².

En cuanto a su cuantía existe una cierta discusión. Si bien la interpretación literal del precepto establece claramente que es como mínimo, igual al salario en metálico correspondiente a quince días naturales¹¹³, en cambio, la doctrina, aplicando la regulación contenida en los diferentes decretos que fijan el salario mínimo interprofesional, entienden que la cuantía ha de ser treinta días¹¹⁴.

El art. 33 del Estatuto de los Trabajadores regula la figura del Fondo de Garantía Salarial como institución que protege determinados créditos salariales e indemnizatorios derivados de la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores.

En principio este concepto supone incluir todos los trabajadores por cuenta ajena y requiere un análisis pormenorizado de las diferentes relaciones de carácter especial.

Respecto a la relación laboral de carácter especial del servicio doméstico, el último inciso de la Disposición adicional del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, clarifica que esta cuestión, al presentar la siguiente redacción:

“En lo no previsto en la presente norma será de aplicación la normativa laboral común, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación; expresamente no será de aplicación el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores”.

¹¹² STSJ Cataluña 14 de enero de 2003 (AS 2003, 343).

¹¹³ STSJ País Vasco 11 de julio de 1995 (AS 1995, 3139).

¹¹⁴ LOURDES CUMBRE, “La relación especial del servicio del hogar familiar (En torno al artículo 2.1.b) ET)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000, pág. 164.

Esta regulación tiene su origen en la Directiva 80/987/CEE del Consejo 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 permitió que España, en el momento de formalizar su incorporación a la Comunidad Europea, formulara una reserva en cuanto a la aplicación de esta Directiva respecto a los empleados domésticos al servicio de una persona física.

Hay que tener en cuenta que en la actualidad, el art. 1.3 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, regula que si ya se aplica en su legislación nacional respectiva una disposición en tal sentido, los Estados miembros podrán seguir excluyendo del ámbito de aplicación de esta Directiva “*al personal doméstico al servicio de una persona física*”.

Esta exclusión¹¹⁵, aparentemente total, no impide que el empleado doméstico pueda realizar cualquier otro tipo de prestación laboral que sí permita considerarlo como beneficiario del Fondo de Garantía Salarial¹¹⁶.

13. Tiempo de trabajo

El art. 7 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, de título “*tiempo trabajado*”, regula todos los aspectos relacionados con el tiempo de trabajo que se aplican al servicio doméstico. Como se puede observar, se trata de un precepto en el que se tratan aspectos diversos, tales como, entre otros, la jornada máxima, el descanso entre jornadas, las horas extraordinarias, los días festivos, los permisos retribuidos o las vacaciones.

Este precepto contiene, en general, la regulación establecida sobre esta materia del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no aparecen relevantes modificaciones. Ahora bien, en algunos aspectos, sí que presenta cambios en relación al régimen general, normalmente en el sentido de flexibilizar la jornada de trabajo, o si se prefiere, de conectar las necesidades del hogar familiar con la jornada laboral; sin perjuicio de aquellos especialidades que tienen sentido dado el lugar concreto donde se prestan los servicios, donde es más fácil pasar del tiempo de trabajo al tiempo de descanso.

Por estas razones y porque expresamente no lo recoge este precepto, a esta relación laboral de carácter especial no se aplica el régimen jurídico regulado en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo¹¹⁷.

¹¹⁵ STSJ Madrid 5 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3231).

¹¹⁶ STSJ Comunidad Valenciana 28 de septiembre de 1991 (AS 1991, 5184).

¹¹⁷ STSJ Castilla-La Mancha 12 de mayo de 2005 (AS 2005, 1207).

En cuanto a la duración de la jornada, y en aplicación del art. 34.1 del Estatuto de los Trabajadores, será la pactada en el contrato de trabajo, ya que la opción de los convenios colectivos es inexistente y, conforme al art. 7.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, como “*jornada máxima semanal de carácter ordinario*” se contemplan “*40 horas de trabajo efectivo*”.

Esta regulación no impide, y de hecho es una realidad muy frecuente, que esta prestación se pueda llevar a cabo por menos horas que esta jornada máxima, o dicho de otra manera, es posible la figura del empleado doméstico a tiempo parcial, en sus múltiples opciones.

Es cierto que el art. 7 del Real Decreto sobre jornada no se refiere a este aspecto, ni tampoco el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores lo menciona, pero esta ausencia no puede interpretarse en el sentido desestimatorio, especialmente cuando hay disposiciones del propio reglamento y del Decreto que regula las cuestiones sobre Seguridad Social que no sólo contemplan esta opción, sino que aportan una cierta regulación sobre la misma.

El art. 7.1 del Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, al regular la jornada máxima semanal de carácter ordinario establece que será de 40 horas de “*trabajo efectivo*”, sin perjuicio de los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes.

El trabajo efectivo es, como su nombre indica, los momentos en los que el trabajador está prestando los servicios que han sido considerados como integrados dentro de esta categoría, y por tanto, se diferencia del tiempo de presencia y del tiempo de descanso.

Es cierto que esta diferencia a efectos de trabajo efectivo y de presencia es de difícil configuración dado el carácter “*discontinuo o intermitente*” característica de esta actividad doméstica¹¹⁸.

Cuando existe una actividad laboral dentro del servicio del hogar, en el que se incluye la manutención y el alojamiento, la determinación de cuál es la jornada efectiva que se viene desarrollando se muestra difuminada, por cuanto que se confunden los tiempos de estancia con los de prestación laboral. Pese a ello, no puede quedar el trabajador indefenso, y sin determinarse cuáles son las actividades que ciertamente se llevan a cabo, pues ello supondría tanto como dejarle al arbitrio del empresario, sin determinar cuáles son sus funciones que se reciben de éste, y que deben ser retribuidas.

Ahora bien, ello tampoco descarga al empleado doméstico de la prueba específica de sus trabajos, y no puede confundirse el tiempo de estancia en el hogar familiar con una prestación o actividad laboral concreta, como se puede observar en un supuesto en el que el desarrollo de las actividades se centra en el

¹¹⁸ STSJ Baleares 16 de junio de 1994 (AS 1994, 2618).

mantenimiento del automóvil, servir el desayuno, la comida y la cena, con un pequeño paseo, algunos días, y un viaje a Madrid o Bayona¹¹⁹.

El art. 7.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regula que para el cómputo de la jornada máxima no se tendrán en cuenta “*los tiempos de presencia, a disposición del empleador, que pudieran acordarse entre las partes*”.

A diferencia del tiempo de trabajo efectivo, el tiempo de presencia, aunque el Real Decreto no lo defina, es aquel que el trabajador no presta servicios, pero se encuentra “*a disposición del empleador*”, por lo que el empleado doméstico no puede disponer del mismo de manera libre.

El problema principal surge a la hora de determinar qué tipo de actividades puede desarrollar el empleado doméstico durante este tiempo de presencia, sin que se convierta en tiempo efectivo de trabajo. Sólo se admite en esta categoría la mera presencia del trabajador, de manera que si lleva a cabo cualquier otra actividad, por simple y esporádica que sea, se convierte en tiempo de trabajo o puede realizar algunas operaciones.

Una interpretación literal de la disposición supondría la conversión *quasi*-automática de esta categoría cuando se lleve a cabo alguna actividad. Sin embargo, es difícil de determinar qué tipo de actos estarían permitidos según este criterio, ya que no se trata de período de descanso, sino de tiempo a disposición. Por tanto, es necesario aceptar una cierta flexibilidad del concepto, sin que llegue a convertirse en una medida para ampliar la jornada de trabajo fuera de los límites legalmente establecidos.

Como se puede observar, la regulación contenida en el Real Decreto no determina un régimen jurídico propio, sino que se limita a constatar su existencia y deja a disposición de las partes la máxima disponibilidad en cuanto a su pacto; ahora bien, no permite el establecimiento unilateral por parte del empresario¹²⁰, como se puede comprobar, por ejemplo, en un supuesto en el que de mutuo acuerdo pactaron que la trabajadora realizaría las tareas descritas y dispondría del resto del tiempo libre; el hecho de que todo o la mayor parte de ese tiempo lo pasase en el hogar familiar no significa que realizase trabajo efectivo, pues se declara que lo utilizaba para conectarse a internet y si no salía a la calle se debía a que no conocía a nadie por ser extranjera¹²¹.

Además, en esta materia, hay que tener en cuenta que estas horas no se computan como tiempo de trabajo efectivo a los efectos, entre otros, de la jornada máxima y que las horas de descanso no pueden ser calificadas como tiempo de presencia¹²².

¹¹⁹ STSJ País Vasco 24 de abril de 2001 (Jur. 2001, 301697).

¹²⁰ STSJ País Vasco 28 de noviembre de 2006 (AS 2007, 1140).

¹²¹ STSJ Castilla-La Mancha 12 de mayo de 2005 (AS 2005, 1207).

¹²² STCT 25 de febrero de 1981 (RTCT 1981, 1286).

El horario de trabajo, conforme al art. 7.1 del Real Decreto, “*será fijado libremente por el titular del hogar familiar*”, pero se han de tener en cuenta que, además de los límites regulados en el Estatuto de los Trabajadores, la propia normativa reglamentaria, además de las especialidades presentes en otros apartados de este precepto, contiene las siguientes limitaciones al poder de dirección del empresario:

- ✓ Ha de respetar el número máximo de horas de trabajo efectivo.
- ✓ El empleado interno ha de disponer de al menos dos horas para las comidas principales, y este tiempo no se computará como trabajo.

En cuanto a la necesidad, regulada en el art. 34.6 del Estatuto de los Trabajadores, de elaborar el calendario laboral y exponer un ejemplar del mismo en un lugar visible de cada centro de trabajo, aunque el Real Decreto no disponga ningún tipo de cuestión sobre la materia, dada las peculiaridades de esta relación laboral de carácter especial, no existe esta obligación para el empresario¹²³.

A diferencia de la regulación contenida en el art. 34.3 del Estatuto de los Trabajadores según el cual entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente mediarán, como mínimo, doce horas, en el art. 7.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, se contempla la siguiente regulación:

“Entre una y otra jornada deberá mediar un mínimo de diez horas, si el empleado de hogar no pernocta en el domicilio, y de ocho horas, en caso contrario”.

Esta regulación permite ampliar el período en el que el trabajador está a disposición del empresario, especialmente cuando los tiempos de presencia no computan como jornada efectiva. Ahora bien, este descanso mínimo entre jornadas es un límite absoluto, por lo que se convierte en un freno en la distribución del horario de trabajo y/o de presencia. Así, por ejemplo, sería posible la contratación de un trabajador para cuidar a una persona durante el fin de semana en la que se trabajaran 16 horas cada día, siempre y cuando tuviera alojamiento en el domicilio del empresario.

Además de la diferencia en cuanto al número de horas, el Real Decreto distingue entre un descanso mínimo de 8 horas si el trabajador duerme en el domicilio del empresario o de 10 horas cuando no pernocta. En este segundo caso, según el segundo párrafo de este art. 7.1 del Real Decreto, una vez concluida la jornada de trabajo diaria, y, en su caso, el tiempo de presencia pactado, el empleado no está obligado a permanecer en el hogar familiar.

¹²³ CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, pág. 298.

La cuestión relativa a las horas extraordinarias se encuentra regulada en el art. 7.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, con el siguiente contenido:

“El régimen de las horas extraordinarias será el establecido en el Estatuto de los Trabajadores”.

Esta regulación supone aplicar el mismo régimen jurídico que al resto de trabajadores por cuenta ajena; sin embargo, sí que aparecen algunas especialidades dignas de mención.

En primer lugar, aunque el establecimiento de una jornada máxima semanal de 40 horas pudiera suponer que éste sería el cómputo a partir del cual empezar a considerar el resto de las horas como extraordinarias, aparece un segundo límite, el de las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo al día, que se convierte en el verdadero referente.

Por tanto, serán consideradas horas extraordinarias, cuyo número no podrá ser superior al año:

- ✓ Las que superen las nueve horas de trabajo efectivo al día, o
- ✓ Las que superen las cuarenta horas de trabajo efectivo a la semana

En segundo lugar, los tiempos de presencia a disposición del empresario no se computan para el número de ochenta horas al año como número máximo de horas extraordinarias a realizar, conforme al art. 35.2 del Estatuto de los Trabajadores¹²⁴.

En tercer lugar, cuando el art. 35.3 del Estatuto se refiere a las horas extraordinarias por fuerza mayor y las define como aquellas *“trabajadas para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes”*, es necesario adaptar esta redacción a los supuestos que pueden surgir en esta relación laboral de carácter especial¹²⁵.

En cuarto lugar, en relación a su retribución, hay que realizar una doble observación.

- ✓ Salvo que se pacte lo contrario, la retribución de estas horas extraordinarias no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria¹²⁶.

¹²⁴ RAMIREZ MARTINEZ, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Volumen I, Madrid, (Edersa), 1987, pág. 72.

¹²⁵ AYALA DEL PINO entiende que la enfermedad de uno de los miembros de la familia puede incluirse en esta categoría, Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, Murcia, (Laborum), 2005, pág. 190.

¹²⁶ STSJ Andalucía/Sevilla 13 de octubre de 1998 (AS 1998, 7731).

- ✓ Respecto a si el salario en especie ha de formar parte de la base de cálculo para determinar el valor de la hora ordinaria a partir del cual se fija el valor de la hora extraordinaria, y en la medida que no existe una exclusión expresa como sucede respecto al complemento personal por antigüedad y en las pagas extraordinarias, no queda más remedio que aceptar su inclusión.

El régimen jurídico del descanso semanal se regula en el art. 7.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, según el cual, el empleado de hogar tiene derecho *“a un descanso semanal de treinta y seis horas”* de las que, al menos, *“veinticuatro horas serán consecutivas y preferentemente coincidiendo con el día del domingo”*.

Como se puede comprobar, este régimen jurídico que se asemeja al art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, ya que también otorga el derecho a un descanso mínimo semanal de *“día y medio ininterrumpido”* que comprenderá como regla general, la tarde del sábado o la mañana del lunes *“y el día completo del domingo”*. Sin embargo, mientras en el Estatuto de los Trabajadores las treinta y seis horas han de ser continuadas, en la relación laboral de carácter especial, sólo han de ser consecutivas veinticuatro.

Además, y también por señalar otra similitud, cuando el empleado de hogar no preste servicios en régimen de jornada completa, la retribución correspondiente al período de descanso semanal *“se reducirá en proporción a las horas efectivamente trabajadas”*.

Quizás donde surgen las mayores diferencias es en relación a las materias que el Real Decreto no establece un régimen jurídico claro, aunque sí determina que se respeten los mínimos, y que obliga a que su regulación se lleve a cabo mediante acuerdo entre el empresario y el empleado del hogar.

Concretamente son las dos siguientes:

- ✓ El sistema de disfrute de las doce horas restantes de descanso, que deberán ser distribuidas durante la semana de referencia.
- ✓ Las modalidades de disfrute de todo el descanso semanal, respetando en todo caso los mínimos, o sea, que en total exista una media de treinta y seis horas de descanso semanal y que siempre veinticuatro sean consecutivas, cualquiera que sea el periodo de cómputo que a estos efectos utilice.

Esto plantea la posibilidad de acumular los períodos de descanso, pero al no haber una regulación concreta como sucede en el Estatuto de los Trabajadores,

donde se permite acumular “por períodos de hasta catorce días”, el tiempo de referencia puede ser ilimitado.

A pesar de esta regulación, y en aplicación del inciso final del primer párrafo del art. 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, la duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos.

Las festividades laborales se encuentran reguladas en el art. 7.4 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, con el siguiente contenido:

“El disfrute de las fiestas laborales previstas en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores se ajustará a las especialidades previstas en el número anterior para el descanso semanal”.

El régimen jurídico de las fiestas laborales, como se puede observar, no presenta especialidades diferencias en relación a los trabajadores por cuenta ajena. De hecho, la referencia a las especialidades previstas para el descanso semanal supone que si el empleado del hogar no presta sus servicios en régimen de jornada completa, la retribución correspondiente al período de descanso por fiesta laboral será proporcional a las horas efectivamente trabajadas.

La materia relativa a los permisos retribuidos se regula en el art. 7.5 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, con el siguiente contenido:

“El empleado de hogar tendrá derecho al disfrute de los permisos previstos en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores”.

Como se puede observar esta cuestión no presentan especialidades respecto al régimen general, por lo que cabrá aplicarla de la misma manera que a los trabajadores por cuenta ajena, con la única duda de los permisos directamente relacionados con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

El régimen de vacaciones en esta prestación de servicios se regula en el art. 7.6 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, con el siguiente contenido:

“El período de vacaciones anuales será de treinta días naturales; de ellos, al menos quince días se disfrutarán de forma continuada, siendo el resto susceptible de fraccionamiento en la forma que se acuerde entre las partes”.

En esta cuestión hay que tener en cuenta que los trabajadores del hogar familiar fueron excluidos el campo de aplicación del primer convenio de la Organización Internacional del Trabajo que hubo en relación a las vacaciones pagadas de los trabajadores, concretamente, el número 52 de 1936. Sin embargo, posteriormente se les incluyó en el ámbito de aplicación de este convenio por medio de las modificaciones que sufrió esta norma mediante el convenio 132, de 1970.

Son dos las cuestiones que no quedan claras en esta regulación y que son vital importancia en relación a las vacaciones.

En primer lugar, quién es el sujeto que determina el momento concreto de disfrute de las vacaciones. En principio, si se aplica el art. 38 del Estatuto de los Trabajadores, y a falta de regulación convencional, este período y su período de disfrute será el pactado en contrato individual, de manera que en caso de desacuerdo entre las partes, los jueces de lo social fijarán la fecha de disfrute¹²⁷.

Ahora bien, dadas las características de flexibilidad y de dedicación al hogar familiar de este tipo de trabajadores y que expresamente se regula que uno de los aspectos fundamentales de la jornada como es el horario “será fijado libremente por el titular del hogar familiar”, no presenta problemas afirmar que será el empresario quién decidirá el momento concreto para el disfrute del período de quince días, ya que del resto, deberá establecerse por acuerdo, su fraccionamiento o no, así como los días concretos de disfrute¹²⁸.

Queda la duda si en relación a este segundo grupo de días de disfrute de vacaciones puede imponerse la posición del empresario si se dieran circunstancias de especial perjuicio para la organización familiar¹²⁹.

En segundo lugar, en cuanto a la retribución del período de vacaciones, se debe determinar si han que tener en cuenta la totalidad del salario recibido por el empleado doméstico o si sólo se incluye la parte del salario en metálico.

En esta cuestión, si se admite que durante las vacaciones el trabajador no va a poder disfrutar de las prestaciones en especie, si no percibiera el equivalente a estas cantidades en efectivo podría tener un doble perjuicio: no sólo no utilizar estos servicios, sino que además ha de destinar parte de su salario a satisfacer estas necesidades, con lo que la retribución final del período de vacaciones podría llegar a ser realmente inferior al resto del año. El efecto que podría tener esta minoración podría llegar a ser el contrario del deseado del período vacacional: el trabajador preferiría seguir en su trabajo, ya que así conservaría su capacidad de ganancia.

Por tanto, se puede afirmar que en la retribución de las vacaciones se ha de convertir el porcentaje que representan las prestaciones en especie en dinero en efectivo, salvo que el trabajador pueda seguir disfrutando de los servicios que son considerados como prestación en especie.

¹²⁷ STSJ Madrid 21 de enero de 2003 (Jur. 2003, 111479).

¹²⁸ AYALA DEL PINO, Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, Murcia, (Laborum), 2005, pág.185.

¹²⁹ Salvo que exista “*actuación abusiva*”, RAMIREZ MARTINEZ, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Volumen I, Madrid, (Edersa), 1987, pág. 73.

Esta interpretación se confirma con la lectura del art. 7.1 del convenio 132, de 1970, que presenta la siguiente redacción:

“Toda persona que tome vacaciones de conformidad con las disposiciones del presente Convenio percibirá, por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal o media (incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie, salvo si se trata de prestaciones permanentes de que disfruta el interesado independientemente de las vacaciones pagadas), calculada en la forma que determine en cada país la autoridad competente o el organismo apropiado”.

14. Subrogación contractual

El art. 8.1 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regula un tipo de sucesión de empresa por cambio de empresario muy ligada a las características de esta relación laboral de carácter especial y que se concreta, específicamente, en la necesidad de la existencia de acuerdo entre las partes.

Concretamente presenta la siguiente regulación:

“La subrogación contractual por cambio de la persona del empleador solo procederá previo acuerdo de las partes, presumiéndose este cuando el empleado de hogar siga prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad de este o la del hogar familiar”.

La lectura de este precepto permite observar que puede haber dos tipos de acuerdo entre el empleado doméstico y el nuevo titular, ya que no es necesaria la voluntad concurrente del anterior empresario¹³⁰.

En primer lugar, el expreso, determinado de la manera que las partes estimen oportuno y sin más régimen jurídico que las notas generales para este tipo de acuerdos.

En segundo lugar, el tácito, ya que la segunda parte de esta regulación permite observar que, en defecto de acuerdo expreso, si se persiste en la prestación de servicios durante un determinado período se entenderá aceptado dicho cambio. En este segundo apartado, más que un acuerdo, lo que existe es la aceptación de una medida tomada por el empresario, de una manera implícita.

Concretamente se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

- ✓ Variación de la titularidad del hogar familiar, como lugar de prestación de servicios.

¹³⁰ RAMIREZ MARTINEZ, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar”, Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Volumen I, Madrid, (Edersa), 1987, pág. 73.

- ✓ El empleado ha de seguir prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad de este o la del hogar familiar.

Es evidente que la regulación contiene una presunción del tipo *iuris tantum*, de manera que admite prueba en contrario, aunque existen dificultades para imaginar qué supuestos permitirían utilizar dicha presunción ya que, quizás la más razonable que sería la ignorancia de la nueva situación ocasionada por la subrogación es de difícil aplicación por la cercanía entre el empresario y el empleado doméstico; aunque no es descartable¹³¹.

Como se puede comprobar se regula en este precepto un mecanismo diferente al establecido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que allí existe un cierto automatismo en la producción de efectos, sin que la voluntad de los trabajadores pueda intervenir.

Ahora bien, se supone que el resto de cuestiones sí son aplicables a la relación laboral de carácter especial, como por ejemplo, el mantenimiento de las condiciones laborales a favor del trabajador.

Finalmente, la no subrogación contractual supondría una extinción de esta relación laboral de carácter especial por desistimiento del empresario, conforme a la regulación contenida en el art. 10.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, con la consiguiente generación de la indemnización regulada. Hay que tener en cuenta en esta cuestión que la responsabilidad derivada de esta extinción sólo será exigible al primer empresario, ya que el nuevo titular del hogar familiar no tiene ningún tipo de obligación en relación al mantenimiento del contrato, por lo que no cabe hablar de responsabilidad solidaria¹³².

15. Traslado del hogar familiar

El número 2 del art. 8 regula un supuesto de traslado del hogar familiar de acuerdo con el siguiente régimen:

“En los supuestos de cambio del hogar familiar por traslado de este a localidad distinta se aplicara respecto a la conservación del contrato el mismo régimen establecido para los supuestos de cambio de la persona del empleador en el número 1 de este artículo, presumiéndose por tanto la conservación del contrato de trabajo cuando se continuase prestando servicios durante siete días en el nuevo domicilio. Cuando el traslado sea de carácter temporal podrá acordarse la suspensión del contrato”.

¹³¹ SALA FRANCO, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 31.

¹³² STCT 17 de diciembre de 1986 (RTCT 1986, 14107).

La lectura de este precepto presenta varios interrogantes.

En primer lugar, esta regulación no distingue entre las dos categorías jurídicas que se presentan en el art. 40 del Estatuto de los Trabajadores: el traslado y el desplazamiento. De esta manera, la especificidad del precepto del Real Decreto sólo se derivará del traslado, por lo que habrá que acudir al Estatuto de los Trabajadores para definir este concepto.

En segundo lugar, una vez constatado que la norma reglamentaria sólo se refiere al traslado, hay que plantearse si determinadas cuestiones reguladas en el Estatuto de los Trabajadores son aplicables, aunque sea de manera subsidiaria. Algunas de las exigencias no pueden exigirse por cuestiones obvias, como por ejemplo, la necesidad de acreditar la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la responsabilidad del pago de los gastos originados al empleado doméstico o determinados derechos regulados específicamente en la norma estatutaria para el desplazamiento. Sin embargo, hay otras que plantean mayores dudas.

Concretamente hay que referirse al mismo concepto de traslado, ya que se debe recordar que en el art. 40 se define este concepto a partir, entre otros, de la exigencia de cambio de residencia. Dicho de otra manera, si el cambio de puesto de trabajo no requiere cambio de residencia al trabajador no se puede hablar de traslado, sino de *ius variandi* del empresario.

Si utiliza esta interpretación en relación al empleado doméstico se debe entender que el régimen jurídico regulado en el número 2 del art. 8 del Real Decreto sólo se debería aplicar cuando el cambio de puesto de trabajo requiriera cambio de residencia al trabajador. Es cierto que la lectura de la norma reglamentaria no parece deducir esta postura, sino que puede afirmarse que el legislador, al regular esta materia, no estaba pensando en afilar en esta distinción, o sea, estaba en su mente afectar a todos los traslados.

Sin embargo, esta regulación no tiene especial sentido cuando no existe cambio de residencia, ya que no supondrá ningún tipo de efecto en relación al trabajador y puede producir determinados perjuicios al empresario, derivados de la obligación de llegar a un acuerdo con el trabajador, por ejemplo, cuando el cambio de domicilio se produce en municipios limítrofes.

En tercer lugar, de manera semejante al supuesto de subrogación regulado en el número 1 del art. 8 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, se establece que el traslado sólo será posible si existe previo acuerdo de las partes, presumiéndose este cuando el empleado de hogar siga prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio.

En el mismo sentido, se observa la presencia de dos tipos de acuerdo entre las partes: el expreso y el tácito, en defecto de acuerdo expreso, de manea que si se

persiste en la prestación de servicios durante un determinado período se entenderá aceptado dicho cambio.

En cuarto lugar, se deben analizar los efectos de la no aceptación por cualquiera de las dos partes del cambio del hogar familiar. Si se niega el empleado doméstico a trasladarse, como no tiene derecho al preaviso, no se le genera a su favor ningún tipo de indemnización¹³³. En el supuesto que sea el empresario quien decida resolver el contrato se aplicarán las reglas generales del desistimiento del empresario, regulado en el art. 10.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto¹³⁴.

En cuarto y último lugar, este precepto regula que cuando el traslado sea de carácter temporal podrá acordarse la suspensión del contrato.

Esta expresión, aparentemente innecesaria, ya que existe la posibilidad de la suspensión del contrato de trabajo por acuerdo de las partes, regulado en la letra a) del art. 45.1 del Estatuto de los Trabajadores¹³⁵, salvo que su propósito sea atribuir al trabajador el derecho a la reserva de puesto de trabajo como excepción al régimen general de la suspensión pactada¹³⁶, presenta dos dudas.

La primera se refiere a la manera de distinguir entre un traslado de carácter temporal y uno definitivo. En principio, la mayoría de los cambios de domicilio son definitivos en relación al anterior domicilio, por lo que difícilmente se podría aplicar esta medida, salvo en supuestos muy concretos, como por ejemplo, traslados laborales temporales que exigieran el cambio de domicilio también temporal y que fuera seguro el regreso al domicilio inicial.

La segunda se refiere a los efectos de la suspensión. Es evidente que en caso de no haber acuerdo, no es posible el traslado, sea temporal o definitivo. Por tanto, se supone que el supuesto de hecho está pensado para aquellos casos en los que, empresario y empleado doméstico llegan a un acuerdo para que, durante el tiempo en que el empresario traslada su hogar familiar a otra localidad, el contrato se suspende, de manera que, cuando el empresario regrese a su antiguo domicilio, el contrato se podrá volver a activar, si las dos partes quieren, salvo que se haya pactado algún tipo de derecho de reingreso.

16. Suspensión del contrato de trabajo

¹³³ STCT 2 de diciembre de 1987 (RTCT 1987, 27015).

¹³⁴ QUESADA SEGURA, El contrato de servicio doméstico, Madrid, (La Ley), 1991, págs. 189-190.

¹³⁵ DE LA VILLA GIL, "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", Documentación Laboral, 1985, pág. 228.

¹³⁶ QUESADA SEGURA, El contrato de servicio doméstico, Madrid, (La Ley), 1991, pág. 190.

La suspensión del contrato de trabajo en esta relación de carácter especial se rige por el régimen jurídico regulado en el Estatuto de los Trabajadores, más las dos siguientes especialidades.

En primer lugar, y conforme a la última frase del art. 8.2 del Real Decreto, se prevé una suspensión del contrato que inexcusablemente ha de ser por acuerdo entre las partes cuando se produzca un traslado de tipo temporal.

En segundo lugar, el art. 8.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regula la siguiente especialidad cuando el trabajador está en situación de incapacidad temporal:

“En el supuesto de suspensión del contrato de trabajo doméstico por incapacidad temporal del empleado de hogar, debido a enfermedad o accidente, si aquel fuera interno tendrá derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que por prescripción facultativa se recomiende su hospitalización”.

Este precepto, que refleja claramente la obligación del empresario de proteger la persona del empleado doméstico, ya que se regula un auténtico deber de asistencia, cuando coinciden en el mismo espacio el lugar de trabajo y el lugar donde vive el trabajador¹³⁷.

Se trata de un supuesto derivado de cualquier tipo de contingencia que de derecho al trabajador doméstico a disfrutar de la prestación de Seguridad Social de incapacidad temporal cuando el trabajador sea “interno”. Este es un concepto que se utiliza en pocas ocasiones en el Real Decreto, concretamente en relación al tiempo de las comidas y al despido disciplinario, además de este precepto, y que pretende reflejar al trabajador que vive en el hogar familiar donde presta sus servicios.

Este derecho supone que salvo por prescripción facultativa se recomiende la hospitalización de este trabajador, en cuyo caso decae la obligación del empresario, tendrá derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días; plazo similar, aunque no tiene porqué estar relacionado, con los 29 días a partir del hecho causante durante los cuales el trabajador no percibe prestación económica por incapacidad temporal, regulado en el art. 30 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre¹³⁸.

De esta manera, durante estos primeros treinta días, que al no determinar si son una vez al año o tantas veces como casos se produzcan, el trabajador no percibirá la prestación pública de Seguridad Social, ni el salario, sino que sólo

¹³⁷ QUESADA SEGURA, El contrato de servicio doméstico, Madrid, (La Ley), 1991, pág. 157.

¹³⁸ FARGAS FERNANDEZ, “La prestación por incapacidad temporal de los empleados de hogar: ni legal ni constitucional”, Relaciones Laborales, número 22, 1998, págs. 108 ss.

tendrá derecho al alojamiento, con independencia que éste se considere salario en especie o no.

Finalizado este período sin que el trabajador se haya curado, decae su derecho a permanecer alojado en el domicilio. Esta situación, con independencia de la valoración que se quiera realizar, no significará la extinción automática del contrato de trabajo, ya que, en aplicación del régimen general, éste se mantendrá en suspenso mientras dure la situación de incapacidad temporal¹³⁹.

Finalmente, no se puede olvidar que el empresario, si se dan las circunstancias reguladas en el art. 10 del Real Decreto, podrá despedir o proceder al libre desistimiento, incluso cuando el trabajador se encuentra en esta situación de suspensión del contrato de trabajo por incapacidad temporal¹⁴⁰.

17. Extinción del contrato

El art. 9 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regula la extinción del contrato de trabajo del empleado doméstico. Esta regulación presenta diferencias de gran importancia y que en alguna ocasión llegan a plantear problemas de legalidad, especialmente en dos cuestiones: rebaja de la indemnización y no regulación de la calificación del despido como nulo.

Este distinto régimen jurídico se fundamenta, probablemente, en dos cuestiones:

- ✓ La mutua confianza como base de la relación.
- ✓ La naturaleza temporal prorrogable sin limitación y sin necesidad de acreditar ningún tipo de causa.

Además, se pueden encontrar otras diferencias que no presentan problemas de encaje en el marco jurídico y que se fundamentan en la propia idiosincrasia de esta relación laboral de carácter especial:

En primer lugar, no se regula la posibilidad de extinción del contrato de trabajo por medio de la jubilación del empresario, ya que ninguna persona se puede jubilar como titular del hogar familiar, ya que no se trata de una actividad profesional que requiera su inclusión en algún régimen de Seguridad Social, por despido colectivo y por extinción del contrato de trabajo por causas objetivas¹⁴¹.

¹³⁹ CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, pág. 344.

¹⁴⁰ GARCIA ORTEGA, "Extinción del contrato de trabajo doméstico por desistimiento del empleador encontrándose el empleado de hogar en situación de incapacidad laboral transitoria", Tribuna Social, número 14, 1992, págs. 14 ss.

¹⁴¹ STCT 24 de febrero de 1987 (RTCT 1987, 3923).

En segundo lugar, se regula la figura del desistimiento del empresario.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 1 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“mutuo acuerdo de las partes¹⁴²”*.

Se rige, por tanto, por el mismo régimen jurídico que la relación laboral ordinaria.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 2 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho de manifiesto por parte del empleador”*.

Se rige, por tanto, por el mismo régimen jurídico que la relación laboral ordinaria.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 5 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“muerte, gran invalidez o invalidez permanente, total o absoluta del trabajador”*.

Se rige, por tanto, por el mismo régimen jurídico que la relación laboral ordinaria, con las especialidades derivadas del Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados del Hogar.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 6 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“jubilación del trabajador”*.

Se rige, por tanto, por el mismo régimen jurídico que la relación laboral ordinaria, con las especialidades derivadas del Régimen Especial de Seguridad Social de Empleados del Hogar.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 7 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“muerte o incapacidad del empleador”*, salvo que pueda haber subrogación contractual, regulada en el art. 8.1 del Real Decreto, bien por acuerdo de las partes o por aplicación de la presunción de continuidad por seguir prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio.

Dado el carácter especial de esta relación, la apreciación de una subrogación en el caso de fallecimiento o incapacidad exige que el cumplimiento de los requisitos para que la misma opere aparezcan de manera clara, ya que no cabe

¹⁴² STSJ Madrid 12 de noviembre de 1992 (AS 1992, 5693).

imponer una sucesión en la relación en base a las normas de derecho hereditario, obligando a los herederos la continuación en el contrato.

Por tanto, son tres las cuestiones que han de tenerse en cuenta.

En primer lugar, la circunstancia personal que concurre en el empresario; o sea, la muerte o incapacidad.

En segundo lugar, el concepto de presunción de continuidad que debe alegado y probado por el empleado doméstico y que puede consistir, sencillamente, en una actitud pasiva del heredero.

En tercer y último lugar, el período de los siete días ha de ser interpretado en sentido literal.

Sin embargo, puede haber supuestos complejos en los que la extinción, más que debido a la muerte del empresario, debería incluirse en los supuestos de causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo, ya que no contempla la posibilidad de subrogación.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 8 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo”*.

En esta materia hay que tener en cuenta que la aplicación subsidiaria de las reglas contenidas en el Estatuto de los Trabajadores y en el Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, presenta serias dificultades.

Así puede destacarse la hipotética contradicción entre la atribución de la competencia para resolver conflictos en esta relación que el art. 12 del Real Decreto atribuye a los jueces de lo social frente a la necesaria actuación de la Autoridad Laboral en las relaciones laborales ordinarias a los efectos de la autorización o la coincidencia de la cuantía de la indemnización en este supuesto con la indemnización a que tiene derecho el empleado doméstico que ha sido despedido de manera improcedente, conforme al art. 10.1 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, cuando además parte de esta indemnización no puede ser trasladada al Fondo de Garantía Salarial.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 3 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“expiración del tiempo convenido, en los términos previstos en el artículo 4.1 de este Real Decreto. En el supuesto previsto en este número, simultáneamente a la notificación de la extinción el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización cuya cuantía será equivalente al salario en metálico correspondiente a siete días naturales multiplicado por el número de años de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de seis mensualidades”*.

De acuerdo con este precepto, cualquiera de las dos partes puede resolver el contrato de trabajo cuando haya expirado el tiempo que convinieron, de acuerdo con el régimen jurídico de la duración de este tipo de relaciones regulado en el art. 4.2 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, mediante denuncia (aunque la norma expresamente se refiera al número primero de este precepto).

La lectura conectada de ambos preceptos permite extraer las siguientes conclusiones.

En primer lugar, si se realiza una interpretación literal del precepto, esta causa de extinción sólo es posible en caso de contratación temporal por un año, prorrogable tácitamente por períodos igualmente anuales que se presume en el supuesto de falta de pacto expreso por escrito¹⁴³.

En segundo lugar, cuando se produzca este tipo de extinción “*por no mediar denuncia con anterioridad a su vencimiento*”, el empresario ha de preavisar de su voluntad de extinción al empleado “*con una antelación de al menos siete días*¹⁴⁴”. Hay que destacar que el Real Decreto no regula cuáles son las consecuencias jurídicas en caso de inobservancia del plazo de preaviso. Una solución sería entender que, como el art. 4.2 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, regula la prórroga tácita anual “*de no mediar denuncia*”, cualquier extinción llevada a cabo sin preaviso se convierte en desistimiento, salvo que pueda incluirse de manera expresa en cualquiera de las otras causas de extinción de esta relación laboral de carácter especial. Aunque quizás sea más operativo considerar que la omisión de la denuncia supone la prórroga del contrato y la falta de preaviso, la obligación de pagar los salarios correspondientes a estos días¹⁴⁵.

En tercer lugar, la norma reglamentaria no establece ningún tipo de requisito formal que haya de observar la denuncia.

En cuarto lugar, queda claro que el empresario ha de llevar a cabo en unidad de acto la notificación de la extinción y la puesta a disposición de la indemnización.

En quinto lugar, el empresario está obligado a pagar una indemnización en la que deben destacarse dos cuestiones.

Para su cálculo, se han de tener en cuenta los siguientes tres parámetros:

¹⁴³ QUESADA SEGURA entiende que el preaviso puede darse también en cualquiera de las prórrogas, El contrato de servicio doméstico, Madrid, (La Ley), 1991, pág. 200.

¹⁴⁴ SALA FRANCO entiende que este plazo es un mínimo de derecho necesario relativo, ya que puede verse aumentado, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 34.

¹⁴⁵ SALA FRANCO, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 34.

- ✓ El salario en metálico correspondiente a siete días naturales. Esta cuestión ha de ser matizada en un doble sentido: sólo se computa la cantidad percibida como salario en metálico¹⁴⁶, por lo que se excluye el salario en especie y además, la manera de computar puede acarrear problemas si el contrato es a tiempo parcial por un número determinado de días a la semana, al mes o al año.
- ✓ La cuantía del salario en metálico correspondiente a estos siete días naturales ha de ser multiplicada por la duración total del contrato de trabajo. Nada se dice en relación a los períodos fraccionarios.
- ✓ La indemnización así calculada tendrá como límite máximo seis mensualidades. Si se procede al cálculo del número de años que ha de tener el empleado doméstico para poder percibir la cuantía máxima de la indemnización, el resultado supera los 25 años y es fraccionario, por lo que quizás deba admitirse la prorrata por meses de los períodos de tiempo inferiores a un año.

El incumplimiento de esta obligación no supone la invalidez o nulidad de esta extinción, sino que, por falta de regulación, la única consecuencia posible es el mantenimiento de obligación del pago por parte del empresario¹⁴⁷.

Sin embargo, no es necesario que le reconozca al empleado doméstico la licencia de seis horas semanales para buscar nuevo empleo prevista para los supuestos de desistimiento¹⁴⁸.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 4 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“dimisión del trabajador, debiendo mediar un preaviso de al menos siete días”*.

Se trata de una causa de extinción a instancias del trabajador, caracterizada por la ausencia de exigencia de causa¹⁴⁹ y, en cambio, por el cumplimiento de un requisito formal consistente en la expresión de la voluntad de extinguir el contrato de trabajo, bien sea de manera expresa o tácita, pero, en todo caso, clara y determinante¹⁵⁰, con un determinado preaviso.

En esta cuestión, la jurisprudencia claramente ha determinado que si no consta una manifestación expresa de la demandante de extinguir el contrato de trabajo,

¹⁴⁶ Crítica esta regulación CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, pág. 402.

¹⁴⁷ STSJ País Vasco 29 de febrero de 2000 (AS 2000, 586).

¹⁴⁸ LOURDES CUMBRE, “La relación especial del servicio del hogar familiar (En torno al artículo 2.1.b) ET)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000, pág. 166.

¹⁴⁹ STCT 26 de mayo de 1987 (RTCT 1987, 11179).

¹⁵⁰ STSJ Cantabria 28 de junio de 1995 (AS 1995, 2284).

para que pueda entenderse la extinción por dimisión tácita es preciso que la voluntad de la trabajadora resulte inequívoca e indiscutible mediante la realización de actos que no dejen dudas sobre cuál es su real y efectivo significado, por lo que las ausencias al trabajo únicamente pueden ser valoradas como dimisión cuando hayan tenido como finalidad el propósito de la trabajadora de extinguir el vínculo con la empleadora abandonando definitivamente el puesto desempeñado¹⁵¹.

Los principales conflictos se han originado a la hora de determinar si supuestos de incapacidad temporal del trabajador pueden dar lugar a esta dimisión. En general, los tribunales han entendido que en estos casos no se está ante una dimisión¹⁵².

En cambio, sí se entiende que existe dimisión cuando, aún pudiendo estar el trabajador en situación de incapacidad temporal, no comunica dicha circunstancia al empresario.

En cuanto a la manera con la que ha de quedar constancia de la voluntad del trabajador de dimitir, los tribunales han considerado que queda clara existe un comportamiento taxativo en este sentido.

El Real Decreto no determina un período concreto para que el trabajador pueda hacer uso de esta opción; por lo que esta dimisión preavisada podrá llevarse a cabo en cualquier momento de la relación, con independencia de la duración indefinida o temporal de la misma y sin que, por supuesto, se considere un incumplimiento en los contratos temporales¹⁵³.

En todo caso, y aunque el Real Decreto no lo regule expresamente, la falta de preaviso, se supone que total o parcial, convierte esta dimisión en un abandono¹⁵⁴, como sucede en un supuesto en el que la empleada doméstica, alegando motivos personales, se marchó del domicilio de la empleadora, y requerida días mas tarde por teléfono, manifestó, que no iba a volver a ir a trabajar¹⁵⁵.

En este caso, podría aplicarse la jurisprudencia dictada al amparo del párrafo final del art. 81 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, con la correspondiente posibilidad por parte del empresario de exigir una indemnización al empleado doméstico que incumple el plazo de preaviso cuya cuantía se calcula en función de los días de preaviso no dados, pero sólo en relación a la cantidad percibida como salario en metálico¹⁵⁶. Esta misma

¹⁵¹ STS de 20 de noviembre de 1982 (RJ 1982, 6849).

¹⁵² STSJ Madrid 13 de febrero de 2001 (Jur. 2001, 147652).

¹⁵³ STSJ Madrid 10 de septiembre de 1998 (AS 1998, 6011).

¹⁵⁴ STCT 12 de abril de 1988 (RTCT 1988, 2949).

¹⁵⁵ STSJ Madrid 28 de diciembre de 2004 (Jur. 2005, 42947).

¹⁵⁶ STCT 28 de abril de 1987 (RTCT 1987, 8667).

solución se aplica en aquellos supuestos en los que ofrecido por el empresario el traslado al empleado doméstico éste no lo acepta¹⁵⁷.

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 9 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por *“voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empleador”*.

Este es uno de los supuestos que, por falta de regulación específica, es necesario acudir al precepto correspondiente del Estatuto de los Trabajadores, concretamente al art. 50, al menos en cuanto a la mayoría de las cuestiones a regular.

Se trata, por tanto, de una resolución llevada a cabo por el juez de lo social que deriva de la iniciativa del empleado doméstico, que se fundamenta en incumplimientos suficientemente graves y culpables del empresario y que impide, o al menos así lo considera el trabajador, la continuidad de la relación laboral¹⁵⁸.

Sin embargo, hay tres especialidades aplicables a esta causa de resolución que se regulan en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto.

En primer lugar, existen algunas especialidades respecto a las causas que permiten al empleado doméstico solicitar la extinción del contrato de trabajo. Así, conductas que claramente posibilitarían esta solicitud en virtud de la aplicación del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores no se incluyen en esta relación laboral de carácter especial, como por ejemplo, la libertad para fijar el horario por parte del empresario regulada en el art. 7.1 del Real Decreto.

En segundo lugar, el art. 13 de esta norma regula una causa específica cuando establece que la deficiencia grave de las obligaciones del titular del hogar familiar de cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene *“será justa causa de dimisión del empleado”*. Como se puede comprobar este precepto utiliza la expresión *“dimisión”*, más equiparable a la causa regulada en el número 4 del art. 9 del Real Decreto, que en el número 9. Sin embargo, una lectura sistemática y finalista conduce a la asimilación de este supuesto de incumplimiento de las obligaciones del empresario en materia de seguridad e higiene al apartado noveno.

En tercer lugar, en cuanto al derecho del empleado doméstico a percibir una indemnización si el juez considera el incumplimiento del empresario, se aplica la metodología del art. 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, al regular que *“tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente”*, pero

¹⁵⁷ STCT 2 de diciembre de 1987 (RCTC 1987, 27015).

¹⁵⁸ STCT 12 de marzo de 1987 (RTCT 1987, 5606).

con las cuantías reguladas en el art. 10.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto.

De esta manera, la declaración de resolución de esta relación laboral dará derecho al trabajador al percibo de una indemnización equivalente al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato de trabajo, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades.

18. Despido disciplinario

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 10 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por “*despido del trabajador*”. Este supuesto, junto al desistimiento del empresario, es una de las causas que su régimen jurídico está desarrollado en el art. 10.1 de la propia norma reglamentaria, además de la especialidad compartida del número tercero, con el siguiente contenido:

“El despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, y para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones serán equivalentes al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados, por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades. Los supuestos de incumplimiento por el empleador de los requisitos previstos para formalizar el despido producirán los mismos efectos descritos en el párrafo anterior para los casos de despido improcedente”.

De acuerdo con esta regulación, cabe analizar las siguientes cuestiones:

En primer lugar, se trata de una extinción de la relación laboral de carácter especial que se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al trabajador por haber llevado a cabo alguna de las conductas previstas en el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores¹⁵⁹, aunque en la mayoría de casos analizados por la jurisprudencia el motivo suele ser la ausencia del puesto de trabajo sin justificación¹⁶⁰.

En segundo lugar, el empresario que haya decidido despedir al empleado doméstico deberá comunicar dicha decisión por medio de “*notificación escrita*”.

Son tres las cuestiones a tener en cuenta: 1) En principio, la entrega de la notificación tendrá como efectos la resolución del contrato, o sea, el despido¹⁶¹.

¹⁵⁹ Sobre estas causas véase, entre otras, STC 115/2000, de 5 de mayo. Igualmente, STS 28 de junio de 1985 (RJ 1985, 3490). Asimismo, STSJ Madrid 22 de mayo de 2001 (Jur. 2001, 200281).

¹⁶⁰ STSJ Madrid 2 de noviembre de 2001 (Jur. 2001, 46718).

¹⁶¹ STCT 17 de noviembre de 1987 (RTCT 1987, 25272).

2) En cuanto al contenido de este escrito, al no existir una normativa propia en el Real Decreto, se debe acudir a las normas generales reguladas en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, el cual exige que conste “*los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos*”¹⁶². 3) En el despido no se prevé plazo de preaviso, por lo que no cabe exigir por parte del empleado doméstico compensación por su inexistencia¹⁶³.

En tercer lugar, en cuanto a los efectos del despido, hay que realizar las siguientes dos precisiones.

Respecto al despido improcedente, hay que referirse tanto a las causas como a los efectos.

Las causas por las que el juez de lo social podrá declarar la improcedencia del despido son las mismas que rigen en el art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores. Hay que tener en cuenta que respecto a las consecuencias jurídicas cuando existe falta de forma, la última frase del número primero del art. 10 del Real Decreto dispone que los supuestos de incumplimiento por el empleador de los requisitos previstos para formalizar el despido producirá los mismos efectos que para los casos de despido improcedente¹⁶⁴. Esta situación, no se puede olvidar, fue radicalmente diferente hasta la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, ya que antes de la misma la consecuencia jurídica de la falta de forma en el régimen del Estatuto de los Trabajadores anterior a la misma era la nulidad.

A priori, nada se opone a que en caso de falta de forma se puedan aplicar la posibilidad de nuevo despido, tanto conforme al art. 55.2 del Estatuto de los Trabajadores como al art. 110.4 de la Ley de Procedimiento Laboral.

En relación a los efectos, hay que hacer mención de dos especialidades.

- ✓ En caso de declaración por parte del juez del despido como improcedente, el empleado doméstico tendrá derecho a una indemnización equivalente al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados, por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades¹⁶⁵.
- ✓ En esta relación laboral de carácter especial no se prevé la opción a favor del empresario, en caso de despido improcedente, entre el pago de esta indemnización o la readmisión del trabajador. De hecho, la propia

¹⁶² STSJ Galicia 7 de junio de 2001 (AS 2001, 1785).

¹⁶³ STSJ Cataluña 19 de enero de 1995 (AS 1995, 283).

¹⁶⁴ STSJ Cataluña 7 de marzo de 2003 (Jur. 2003, 129499).

¹⁶⁵ STSJ Cataluña 7 de marzo de 2003 (Jur. 2003, 129449).

regulación expresamente regula que cuando “la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones serán (...)”.

Es evidente que la eliminación de la posibilidad de la readmisión tiene sentido en las especialidades peculiaridades de esta relación laboral de carácter especial, sobre todo si se fundamenta en la mutua confianza e intimidad personal¹⁶⁶ o en la autosuficiencia de la propia previsión normativa¹⁶⁷. Sin embargo, si esta justificación es evidente en el supuesto que la opción de readmisión la tuviera el empleado doméstico, teniendo en cuenta, principalmente, el lugar de trabajo, nada se opone a la posibilidad de readmisión a favor del titular del hogar familiar¹⁶⁸.

Es más, una vez que la relación laboral se ha extinguido por decisión unilateral del empleador dicha relación no puede restablecerse por la sola voluntad de éste. Una vez que el despido ha sido ya comunicado y hecho efectivo la reconsideración del despido por parte del empleador no retrotrae la relación laboral extinguida al momento anterior a producirse de forma¹⁶⁹.

Además, entiende el Tribunal Supremo, no constituye una dimisión la negativa del trabajador a reincorporarse al trabajo tras el reconocimiento de la improcedencia del despido en el acto de conciliación y la oferta de reincorporación, con abono de los salarios dejados de percibir¹⁷⁰.

Respecto al despido nulo se debe reconocer que el art. 10.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, no contempla la posibilidad de calificar el despido como nulo, y, como consecuencia de esta declaración, la obligación de readmitir en estos supuestos.

En esta línea, la jurisprudencia ha entendido que el legislador, en esta relación laboral de carácter especial, por su carácter *quasi-familiar*, no ha querido obligar a la readmisión, que podría suponer “una situación de tirantez, muchas veces *extremada*”. Por esta razón, concluyen varias sentencias, no existe la figura del despido nulo, incluso en casos de despido de una trabajadora embarazada¹⁷¹, ni tampoco se da la opción legal de la readmisión¹⁷².

Sin embargo, mayores dudas ha generado esta cuestión entre la doctrina. Mientras algunos autores admiten que podría existir la figura del despido nulo, pero opinan que caben ciertas dudas su aplicación ya que “*pueden resultar*

¹⁶⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 25 de febrero de 1991 (AS 1991, 1335).

¹⁶⁷ STSJ Galicia 10 de octubre de 2005 (Jur. 2006, 21487).

¹⁶⁸ STSJ País Vasco 29 de febrero de 2000 (AS 2000, 586).

¹⁶⁹ STSJ Cataluña 27 de septiembre de 2005 (AS 2006, 77).

¹⁷⁰ STS 3 de julio de 2001 (RJ 2001, 7797) y STS 15 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 507).

¹⁷¹ STSJ País Vasco 14 de enero de 2003 (AS 2003, 1550).

¹⁷² STSJ Madrid 27 de enero de 1998 (AS 1998, 260).

*incompatibles con las peculiaridades de esta relación laboral especial*¹⁷³” o cuando se afirma que debido a la peculiaridad de esta relación “*no parece factible la readmisión efectiva del trabajador*¹⁷⁴” en otros casos directamente al calificar el despido como nulo, se afirma que el efecto inmediato es la readmisión del trabajador¹⁷⁵.

En todo caso, la cuestión relativa al despido de una empleada doméstica por razón de embarazo o maternidad, si bien es cierto que el Real Decreto nada regula, ha de tener en cuenta el mecanismo protector regulado en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de hombres y mujeres.

Por tanto, y el despido de una trabajadora en estas circunstancias puede serlo, según el art. 8, constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionadas con el embarazo o la maternidad. Quizás el interrogante es saber cuál es efecto. El art. 10 de Ley Orgánica claramente determina que los actos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido. Por tanto, en aplicación de esta norma, puede haber tribunales que consideren que este despido puede ser nulo, dejen sin efecto la decisión empresarial y condenen al pago de unas determinadas indemnizaciones.

En cuarto lugar, respecto a la cuestión relativa a si el empleado doméstico, en caso de despido, tiene derecho a percibir los salarios de tramitación, salvo alguna sentencia del Tribunal Central de Trabajo¹⁷⁶ o algunas voces doctrinales¹⁷⁷ que se han manifestado a favor de su pago, en general, la jurisprudencia ha optado por negar este derecho.

Esta línea jurisprudencia se ha fundamentado en la inaplicación de la normativa laboral común ya que, al tratar expresamente el art. 10 del Real Decreto el despido disciplinario, bajo ningún concepto se puede aplicar la letra b) del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores¹⁷⁸. Ahora bien, otras sentencias han desarrollado esta misma conclusión argumentado este diferente trato legal en “*no tratarse de una verdadera actividad lucrativa para el amo de casa, a diferencia de lo que sucede en la regulación laboral común del Estatuto, en la que el trabajador genera*

¹⁷³ DE LA VILLA GIL, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, Documentación Laboral, 1985, pág. 220.

¹⁷⁴ AYALA DEL PINO, Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, Murcia, (Laborum), 2005, págs. 254-255.

¹⁷⁵ CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, págs. 436 ss.

¹⁷⁶ STCT 22 de enero de 1987 (RTCT 1987, 1214) y STCT 5 de febrero de 1987 (RTCT 1987, 2448).

¹⁷⁷ MEDIAVILLA CRUZ, “Salarios de tramitación y relaciones laborales especiales”, Tribuna Social, número 70, 1996, pág. 93 y CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, págs. 433.

¹⁷⁸ STS 5 de junio de 2002 (RJ 2002, 8133).

una productividad que se traduce para la empresa en unos frutos incorporados al mercado para su venta y aprovechamiento¹⁷⁹".

En quinto lugar, se regula una obligación en el número tercero del art. 10 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, también aplicable a la figura del desistimiento, pero que, por su especial configuración, se entiende puede referirse con mayor rigor al despido, ya que en el desistimiento no es necesaria la alegación de causa que justifique la extinción, con el siguiente contenido:

"En los supuestos previstos en este artículo el derecho a la residencia del personal interno no podrá quedar sin efecto entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato este motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza".

En este precepto se regula la obligación del titular del hogar familiar de no expulsar del domicilio, a su vez lugar de prestación de los servicios, a los trabajadores cuando se cumplan los siguientes dos requisitos:

- ✓ Se trate de personal interno.
- ✓ El despido se quiera llevar a cabo entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente.

Por tanto, cuando no se den estas dos circunstancias, el despido podrá significar de manera automática la expulsión del hogar familiar.

Ahora bien, incluso existiendo estas dos condiciones, el propio Real Decreto regula una excepción a este límite del empresario cuando la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza. Esto supone, en principio, que el empresario sólo podrá utilizar esta medida extraordinaria cuando haya procedido al despido del empleado doméstico y en la carta de despido haya expresado como causa del mismo la transgresión de la buena fe contractual y/o el abuso de confianza. Como se puede comprobar se trata de una medida que es poco efectiva, ya que es de difícil o imposible control, ya que se lleva a cabo antes de "judicializar" el conflicto y, además, no se regula ningún tipo de consecuencia jurídica en caso de incumplimiento.

En sexto lugar, admitido que el empresario puede despedir al empleado del hogar incluso cuando se encuentra en situación de incapacidad temporal, hay que plantearse si se aplica la regla regulada en el art. 8.3 del Real Decreto, según la cual, si el empleado doméstico es interno y está en situación de incapacidad temporal, salvo que se le haya prescrito la hospitalización, tendrá derecho a permanecer en el domicilio un mínimo de treinta días.

A priori, son dos las razones que justifican la no aplicación de este precepto, una vez el empresario ha despedido al trabajador: 1) Técnicamente, este derecho del

¹⁷⁹ STCT 7 de abril de 1987 (RTCT 1987, 7562) y STCT 28 de abril de 1987 (RTCT 1987, 8667).

empleado doméstico sólo existe en cuanto que el contrato de trabajo está suspendido y, por tanto, no cuando se ha extinguido. 2) Operativamente, podría llegar a ocasionar serios problemas de organización la cohabitación en el mismo domicilio del anterior empleado doméstico en incapacidad temporal y de un nuevo trabajador.

19. Desistimiento

La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá, conforme el número 11 del art. 9 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por “*desistimiento del empleador*”.

Esta causa, que es totalmente ajena a la relación laboral ordinaria, ya que no se encuentra regulada en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, sólo está presente en las relaciones laborales de carácter especial de alta dirección y del servicio del hogar familiar. En ambos, casos, pero especialmente en el servicio doméstico, esta posibilidad de resolución unilateral por parte del empresario encuentra su fundamento en el necesario mantenimiento de la confianza y en el mutuo entendimiento que requiere esta relación¹⁸⁰.

Se fundamenta en la simple insatisfacción de la familia empleadora, que, en virtud de ella y sin formular imputaciones concretas susceptibles de subsunción en alguno de los tipos de indisciplina legalmente aptos para justificar el despido, decide prescindir de los servicios del empleado doméstico¹⁸¹. Por esta razón se ha considerado como una “*ventaja empresarial considerable*”¹⁸².

Concretamente, la jurisprudencia ha determinado que “*en ningún caso puede imponerse una convivencia que no sea mutuamente deseada*”¹⁸³ en virtud de que la peculiaridad de esta relación reside en la íntima y continuada convivencia entre el empleado y la familia en el limitado espacio del hogar familiar, de tal forma que la prestación del servicio doméstico tiene un comportamiento especial y subjetivo de mayor importancia para ambas partes que el del resultado del trabajo o que la cuantía de la retribución¹⁸⁴.

Ahora bien, la ausencia de causa no significa la legalidad de la utilización de esta medida extintiva cuando se den los límites generales, como por ejemplo, fraude de ley, abuso de derecho, violación de derechos fundamentales y libertades públicas del empleado doméstico¹⁸⁵ o el resto de supuestos

¹⁸⁰ STSJ La Rioja 22 de diciembre de 1989 (AS 1989, 1405 O) y STSJ Madrid 22 de diciembre de 2002 (Jur. 2003, 124834).

¹⁸¹ STSJ Asturias 12 de mayo de 2006 (Jur. 2007, 28234).

¹⁸² MENENDEZ SEBASTIAN, “Despido disciplinario o desistimiento empresarial en el trabajo al servicio del hogar familiar”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 119, 2003, pág. 708.

¹⁸³ STSJ Asturias 1 de marzo de 2002 (AS 2002, 711).

¹⁸⁴ STCT 4 de junio de 1987 (RTCT 1987, 12239).

¹⁸⁵ QUESADA SEGURA, *El contrato de servicio doméstico*, Madrid, (La Ley), 1991, pág. 208.

expresamente regulados en las letras a) y b) del art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores¹⁸⁶.

Esta causa de extinción está desarrollada en el número segundo del art. 10 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, con el siguiente contenido:

“2. El contrato podrá extinguirse con anterioridad a la extinción del tiempo convenido por desistimiento del empleador. En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de veinte días. En los demás supuestos el preaviso será de siete días.

Simultáneamente a la comunicación de extinción el empleador deberá poner a disposición del trabajador la indemnización prevista en el artículo 9.3 de este Real Decreto.

Durante el período de preaviso el trabajador tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

El empleador podrá sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los salarios en metálico de dicho periodo”.

De acuerdo con este régimen jurídico, son varias las cuestiones a analizar.

En primer lugar, respecto a la forma que se exige al empresario para llevar a cabo el desistimiento, el Real Decreto sólo se refiere, de manera indirecta, a la comunicación de la extinción. Por este motivo, esta expresión de su voluntad puede hacerse de manera oral o por medio de escrito, a voluntad del titular del hogar familiar¹⁸⁷, pero siempre mediante hechos concluyentes¹⁸⁸ y con carácter recepticio.

Esta posibilidad permite deducir dos consecuencias jurídicas:

- ✓ Los efectos extintivos derivan de la mera manifestación de la voluntad¹⁸⁹.
- ✓ La comunicación verbal de la voluntad empresarial, en general, y salvo excepciones, convierte esta extinción en un despido¹⁹⁰.

¹⁸⁶ CUEVA PUENTE, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005, págs. 420 ss.

¹⁸⁷ STSJ Madrid 20 de marzo de 2002 (AS 2002, 1506).

¹⁸⁸ STS 5 de junio de 2002 (RJ 2002, 8133).

¹⁸⁹ STSJ Castilla-La Mancha 19 de octubre de 2001 (AS 2001, 4492).

¹⁹⁰ STSJ Comunidad Valenciana 10 de enero de 2002 (Jur. 2002, 268053).

En segundo lugar, el desistimiento, conforme al régimen jurídico regulado en el Real Decreto, consiste en una mera manifestación del empresario, sin necesidad de alegar ningún tipo de causa que justifique su decisión, por lo que basta la mera manifestación de la voluntad resolutoria, en cuanto expresión de la pérdida de confianza, para que opera el efecto extintivo querido¹⁹¹.

En tercer lugar, en relación al momento en que el empresario puede proceder al desistimiento, es evidente que puede ejercitar dicha facultad en cualquier momento que lo considere oportuno¹⁹².

En esta materia hay dos cuestiones que plantean serios interrogantes.

- ✓ La jurisprudencia ha admitido que el empresario puede ejercitar el desistimiento, incluso cuando el empleado del hogar se encuentra en situación de incapacidad temporal¹⁹³. Sin embargo, nada se dice en relación a este supuesto y la regla regulada en el art. 8.3 del Real Decreto, según la cual, si el empleado doméstico es interno y está en situación de incapacidad temporal, salvo que se le haya prescrito la hospitalización, tendrá derecho a permanecer en el domicilio un mínimo de treinta días.

A priori, son dos las razones que justifican la no aplicación de este precepto, una vez el empresario ha desistido de la relación¹⁹⁴: 1) Técnicamente, este derecho del empleado doméstico sólo existe en cuanto que el contrato de trabajo está suspendido y, por tanto, no cuando se ha extinguido. 2) Operativamente, podría llegar a ocasionar serios problemas de organización la cohabitación en el mismo domicilio del anterior empleado doméstico en incapacidad temporal y de un nuevo trabajador.

- ✓ Se plantea si el régimen jurídico del art. 10.3 del Real Decreto es de aplicación al desistimiento. La dicción de la norma reglamentaria así lo indica ya que claramente establece que “*en los supuestos previstos ...*”. Sin embargo, la propia regulación induce a equívocos, ya que se mantiene el derecho temporal a la residencia, “*salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza*”. Es evidente que en relación al despido es, más o menos, clara su aplicación. La duda surge cuando se constata que en el desistimiento no se requiere la alegación de causa. Esto significa que, salvo que se entienda que en el desistimiento por este motivo no se aplica esta salvedad, hay dos posibilidades: 1) Al no requerirse causa, este derecho del empleado doméstico está siempre presente. 2) Si se quiere aplicar esta posibilidad,

¹⁹¹ STSJ Canarias/Las Palmas 27 de noviembre de 2001 (Jur. 2002, 122592).

¹⁹² STSJ Baleares 19 de junio de 1994 (AS 1994, 2618).

¹⁹³ STSJ Comunidad Valenciana 10 de mayo de 2001 (AS 2001, 2049).

¹⁹⁴ AYALA DEL PINO, Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, Murcia, (Laborum), 2005, pág. 235.

el empresario deberá desistir alegando esta causa, pero, en este caso, es difícil separar técnicamente este desistimiento de la figura del despido.

En cuarto lugar, el desistimiento exige del titular del hogar familiar la concesión de un doble plazo de preaviso mínimo, según la duración que haya tenido la prestación de servicios:

- ✓ Veinte días: si la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año¹⁹⁵.
- ✓ Siete días: si la prestación de servicios no hubiera superado la duración de un año¹⁹⁶.

Este plazo de preaviso se computará desde el momento que se comuniquen al trabajador la decisión de extinción.

Además, el titular de hogar familiar podrá sustituir este preaviso por una indemnización equivalente a los salarios en metálico de dicho periodo¹⁹⁷.

Esta indemnización, según la jurisprudencia, que cumple el mismo objetivo que el preaviso¹⁹⁸, tiene una clara naturaleza reparadora o indemnizatoria¹⁹⁹, ya que trata de compensar la imposibilidad del trabajador de efectuar una serie de gestiones para conseguir un nuevo trabajo. Ahora bien, se ha considerado que si se demuestra que el trabajador conocía la necesidad del empresario de extinguir la relación y dispuso de un plazo razonable para la búsqueda de un nuevo empleo no cabe esta indemnización²⁰⁰.

En quinto lugar, el Real Decreto regula que durante el período de preaviso el trabajador tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo²⁰¹.

Dos son las cuestiones a observar:

- ✓ El período completo de licencia se considera en el seno de una jornada a tiempo completo, por lo que, en aquellos casos en que la prestación de servicios se lleve a cabo a tiempo parcial, este período deberá verse reducido proporcionalmente a la jornada trabajada.
- ✓ Esta licencia se ha de disfrutar durante el plazo de preaviso, por lo que, si éste se sustituye por la indemnización, el derecho a la licencia se pierde sin que se genere ningún otro tipo de derecho²⁰².

¹⁹⁵ STSJ Madrid 14 de junio de 1989 (AS 1989, 478).

¹⁹⁶ STCT 22 de enero de 1987 (RTCT 1987, 1212).

¹⁹⁷ STSJ Cantabria 17 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4260).

¹⁹⁸ STS 26 de abril de 1991 (RJ 1991, 3390).

¹⁹⁹ STSJ País Vasco 14 de enero de 2003 (AS 2003, 1550).

²⁰⁰ STSJ Cataluña 19 de enero de 1995 (AS 1995, 277).

²⁰¹ STSJ Comunidad Valenciana 10 de mayo de 2001 (AS 2001, 2049).

En sexto lugar, simultáneamente a la comunicación de extinción el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización equivalente al salario en metálico correspondiente a siete días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de seis mensualidades²⁰³.

Como se puede observar se trata de la misma indemnización, ya que el propio precepto se limita a hacer una remisión, en los supuestos de desistimiento del titular del hogar familiar y de expiración del tiempo convenido.

Tres cuestiones han de tenerse en cuenta:

- ✓ La no puesta a disposición de la indemnización o el error en su cuantía²⁰⁴ no supone la invalidación del desistimiento y su conversión en despido²⁰⁵, aunque alguna sentencia opina lo contrario²⁰⁶ o, entre otro caso, obliga al abono de la indemnización superior del despido, pero sin que estima el cambio de naturaleza jurídica de la decisión empresarial²⁰⁷.
- ✓ La indemnización, conforme a la propia redacción del precepto, sólo comprende el salario metálico, excluyéndose, por tanto, las percepciones en especie²⁰⁸.
- ✓ A pesar de la escasa claridad del precepto, hay que entender que deben aplicarse las reglas generales sobre esta materia, de manera que la cuantía de los siete días de salario se multiplicará por cada año de servicio y se prorratearán por meses los períodos de tiempo inferiores a un año²⁰⁹.

20. Relación entre el despido y el desistimiento

Las conexiones entre el desistimiento y el despido son claras, ya que el primero, como resolución unilateral del empresario sin necesidad de causa alguna que lo justifique, pero con la obligación de pagar una determinada indemnización establecida se acerca, con algunas diferencias, a la figura jurídica del despido,

²⁰² STSJ Cataluña 19 de enero de 1995 (AS 1995, 277).

²⁰³ STSJ Cataluña 19 de junio de 2001 (AS 2001, 3506).

²⁰⁴ STSJ Cataluña 13 de septiembre de 2007 (AS 2007, 3067).

²⁰⁵ STSJ País Vasco 18 de abril de 2000 (AS 2000, 1598).

²⁰⁶ STSJ Cataluña 2 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3614).

²⁰⁷ STSJ Madrid 7 de enero de 1997 (AS 1997, 69).

²⁰⁸ STCT 22 de enero de 1987 (RTCT 1987, 1212).

²⁰⁹ STSJ Andalucía/Málaga 14 de julio de 2000 (AS 2000, 3504).

especialmente cuando el juez determina que ha de ser calificado como improcedente²¹⁰.

De hecho el despido improcedente es aquella situación en la que el empresario, habiendo extinguido el contrato de trabajo de manera unilateral, el juez entiende que no existe causa, que la misma no es suficientemente grave y/o culpable o que existe un defecto de forma y condena al empresario, excepto en el caso de los representantes de los trabajadores o que así se determine en convenio colectivo, a optar por la readmisión o por una indemnización legalmente tasada.

A esta comparación, hay que añadir que la categoría del desistimiento no está regulada en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que no cabe su comparación con el régimen general y, probablemente sea la cuestión fundamental, existe una diferencia importante entre la indemnización que ha de pagar el titular del hogar familiar en caso de desistimiento (7 días) y en el supuesto de despido improcedencia (20 días).

A raíz de estos argumentos cabe plantearse si tiene sentido la regulación de ambas figuras jurídicas. Es evidente que el desistimiento presenta una regulación más ventajosa a favor del empresario, ya que no le exige la alegación de ningún tipo de causa y la indemnización a pagar es reducida. De esta manera, en la práctica, cabe observar una cierta fungibilidad entre ambas categorías, dependiendo de la elección del empresario.

Por tanto, en la práctica, la utilización de la figura del despido disciplinario sólo tendrá sentido en los supuestos en los que el empresario esté absolutamente convencido de la declaración judicial de despido procedente, en cuyo caso no estará obligado a pagar ningún tipo de indemnización. Es probable que en caso de existencia de algún tipo de duda, el empresario directamente opte por el ejercicio del desistimiento²¹¹.

Vista esta cuestión cabe plantearse si como consecuencia del incumplimiento de alguna de las obligaciones por parte del empresario cuando resuelve el contrato por desistimiento, el juez puede considerar que se trata de un despido y declarar la improcedencia del mismo.

Son tres las obligaciones a analizar.

En primer lugar, respecto al hecho que el titular del hogar familiar no alegue ningún tipo de causa para llevar a cabo la resolución unilateral, los Tribunales se habían pronunciado de manera contradictoria, ya que mientras unos

²¹⁰ Critica esta "dualidad", entre otros, GARCIA LOPEZ, "Extinción del contrato de empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor", Actualidad Laboral, número 30, 1987, pág. 1628.

²¹¹ STSJ Madrid 21 de septiembre de 1998 (AS 1998, 3322).

aseguraban que dicha ausencia permitía seguir considerando esta extinción como un desistimiento²¹²; en cambio otros apostaban por su transformación en despido disciplinario²¹³.

Esta aparente contradicción ha sido resuelta por el Tribunal Supremo al entender que una de las peculiaridades fundamentales de este régimen especial radica en que su extinción, desde el punto de vista del dueño de casa, puede tener lugar: por despido del trabajador, o por desistimiento del empleador; peculiaridad que se explica dado que la tarea desempeñada lleva de suyo, y por regla, una profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia.

Pero esa alternativa que al empresario se ofrece, y que paralelamente sufre el trabajador, se sujeta a una exigencia igualmente sustancial: la claridad. El dueño de la casa puede, desde luego, o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra; y ello por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de veinte días, y le otorga, caso de ser declarado improcedente, una indemnización de 20 días por año de servicio, o está ante un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso (de 7 días como mínimo, que pasan a 20 cuando los servicios superaron el año) y una indemnización reducida (7 días de salario por año de servicios), cuya eventual reclamación se permite durante plazos más dilatados, que además son de prescripción.

Por tanto, concluye, el desistimiento lleva consigo un preaviso y una simultánea puesta a disposición de la indemnización reducida; tales exigencias no aparecen, en la letra de la ley, como un requisito de sustancia; pero, o bien el derecho a estos últimos beneficios aparece explícito en las declaraciones del empleador, o bien se deduce con facilidad y certeza de un comportamiento tácito concluyente. Lo que desde luego debe rechazarse es que el empleador se limite a decir a la empleada que se marche, y que sea ésta la que tenga que adivinar qué hay tras esas palabras: un despido o un desistimiento y además, si piensa que es un despido, probarlo suficientemente²¹⁴.

Esta opinión clara a favor de la consideración de un desistimiento sin causa se convierte en despido, se puede observar en supuestos generales de despido verbal²¹⁵ o en casos concretos, como por ejemplo, si le comunicó a la trabajadora verbalmente que ya no volviera a trabajar porque no la necesitaban ²¹⁶ o si se le negó la entrada tras un proceso de incapacidad temporal²¹⁷.

²¹² STSJ Andalucía/Málaga 15 de marzo de 1999 (AS 1999, 1590).

²¹³ STSJ Cataluña 2 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3614).

²¹⁴ STS 5 de junio de 2002 (RJ 2002, 8133).

²¹⁵ STSJ Cataluña 7 de marzo de 2003 (Jur. 2003, 129499).

²¹⁶ STSJ Cataluña 6 de junio de 2003 (Jur. 2003, 183434).

²¹⁷ STSJ Cataluña 21 de marzo de 2003 (Jur. 2003, 130279).

En segundo lugar, en relación a la falta de preaviso o de la licencia para buscar nuevo empleo, existe una cierta contradicción entre las diversas de los Tribunales Superiores de Justicia, ya que, mientras algunas sentencias entienden que es despido²¹⁸, en cambio otras aplican las normas generales, de manera que el incumplimiento de estas obligaciones puede ser sustituido por una indemnización, ya que el Real Decreto no considera estos dos requisitos como constitutivos²¹⁹.

En tercer lugar, mayores problemas se suscitan cuando se analiza las consecuencias de la falta de puesta a disposición de la indemnización en el momento de proceder al desistimiento.

La jurisprudencia, en esta cuestión, presenta tres opiniones, en cierto modo contradictorias.

Diversas sentencias de salas de lo social de varios Tribunales Superiores de Justicia entienden que el incumplimiento por parte del empresario de los requisitos de puesta a disposición de la indemnización y del preaviso previstos cuando el titular del hogar familiar fundamenta su voluntad extintiva en el desistimiento, *“tiene trascendencia jurídica al transformarlo en un despido”*, ya que no cabe pensar que establecida una obligación por el Real Decreto, su no cumplimiento beneficie a quien lo incumple, y por este motivo, su omisión ha de llevar aparejado que la menor cuantía indemnizatoria que para el supuesto se regula en el reglamento sólo tenga virtualidad cuando se respeta su contenido, pues de lo contrario se podría llegar a la conclusión de que se haría de peor condición al empleador que expresa la causa que aquél que no lo hace basándose en su facultad de desistir²²⁰.

Incluso en algún caso ante esta ausencia mantiene la calificación de desistimiento, pero entiende que el incumplimiento de esta obligación conlleva que la indemnización a la que tiene derecho el empleado doméstico sea la que le correspondería en caso de despido²²¹.

Un segundo grupo de sentencias de salas de lo social de Tribunales Superiores de Justicia, bastante más numeroso, de manera contraria a esta primera línea de opinión, aseguran que aunque el Real Decreto exige la simultaneidad de la comunicación del desistimiento y la puesta a disposición de la indemnización, como el legislador no ha sancionado, ni expresa ni tácitamente, la falta de cumplimiento de este último requisito, y ello es lógico ya que más que una exigencia se trata de una consecuencia, *“la interpretación lógica del precepto lleva a la conclusión de que cuando la entrega de la indemnización no se ha efectuado, el efecto*

²¹⁸ STSJ Cantabria 10 de agosto de 2006 (AS 2006, 3529).

²¹⁹ STSJ Andalucía/Málaga 8 de enero de 2004 (AS 2004, 948).

²²⁰ STSJ Cantabria 25 de junio de 2002 (Jur. 2002, 195297).

²²¹ STSJ Madrid 7 de enero de 1997 (AS 1997, 69).

no podrá ser otro que la condena al pago de la misma a quien resulta deudor de ella y sin que por tal circunstancia se convierta el desistimiento en despido²²²”.

El tercer grupo de sentencias, entre las que se encuentra una sentencia del Tribunal Supremo, presenta una postura intermedia ya que aseguran que la falta de preaviso y de indemnización no supone *a priori* la conversión del desistimiento en despido disciplinario; pero para que se mantenga la opción del desistimiento es necesario que *“el derecho a estos últimos beneficios aparece explícito en las declaraciones del empleador, o bien se deduce con facilidad y certeza de un comportamiento tácito concluyente²²³”*.

21. Control del cumplimiento de la legislación laboral

El art. 11 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, de título *“Comprobación de infracciones”*, presenta la siguiente redacción:

“La acción de control de cumplimiento de la legislación laboral relativa al contrato de trabajo doméstico, a cargo de la inspección de trabajo y seguridad social, solo podrá realizarse salvaguardándose los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al debido respeto a la intimidad personal y familiar”.

Dos son las cuestiones que han de plantearse en esta materia.

En primer lugar, cómo se lleva a cabo la salvaguarda de los derechos a la inviolabilidad del domicilio y del respeto a la intimidad personal y familiar. En este caso, el reglamento apuesta claramente por una protección especial de estos derechos fundamentales del titular del hogar familiar, dado el lugar donde se prestan los servicios, limitando, por tanto, la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social²²⁴.

En segundo lugar, nada impide la aplicación de la normativa general sobre infracciones y sanciones a los titulares del hogar familiar, y más concretamente, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Sin embargo, dicha aplicación deberá tener en cuenta las especialidades de esta

²²² STSJ Madrid 20 de marzo de 2002 (AS 2002, 1506). En el mismo sentido, OTXOA, “El incumplimiento de los requisitos del desistimiento en el contrato de servicio doméstico [Comentario a la STSJ de Cataluña, de 2 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3614)], Aranzadi Social, Volumen III, 1999, pág. 3003.

²²³ A favor de esta posición, STS 5 de junio de 1992 (RJ 2002, 8133).

²²⁴ Sobre esta cuestión véase DE LA VILLA GIL, “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”, Documentación Laboral, 1985, pág. 221, SALA FRANCO, “La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 314 y LOURDES CUMBRE, “La relación especial del servicio del hogar familiar (En torno al artículo 2.1.b) ET)”, Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000, pág. 170.

relación laboral de carácter especial, de manera que, en varios aspectos, las medidas no podrán llevarse a cabo o deberán ser matizadas.

22. Jurisdicción competente

Conforme al art. 12 del Real Decreto, los *“conflictos que surjan como consecuencia de la aplicación de la normativa reguladora de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar corresponderán a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social”*.

Es evidente que esta regulación supuso un cambio importante en su momento, dadas las ventajas que presenta el orden jurisdiccional social frente al civil²²⁵, pero también es cierto en la actualidad este precepto es totalmente innecesario²²⁶, ya que el mismo se efecto se consigue con la aplicación de la letra a) del art. 2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Además, se ha de incluir la posibilidad de los empleados domésticos de acudir al concurso, y por tanto, a la aplicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, si se aceptan este tipo de medidas respecto a las deudas de los titulares del hogar familiar.

23. Régimen Especial de Seguridad Social

Conforme al art. 10.1 de la Ley General de Seguridad Social, se establecerán regímenes especiales en *“aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de los procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social”*. En esta línea, el número 2 de este precepto regula que se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes, y concretamente en la letra e) de este apartado se encuentran los *“Empleados de hogar”*.

Además, conforme el art. 10.4, la norma reglamentaria que regula este régimen especial ha de determinar *“su campo de aplicación”* y ha de regular *“las distintas materias relativas”* al mismo, *“con sujeción a las disposiciones”* del Título I de la Ley General de la Seguridad Social y *“tendiendo a la máxima homogeneidad con el Régimen General”*, en función de las disponibilidades financieras del sistema y de las características del grupo afectado. Conforme a esta tendencia a la unidad de protección, según el art. 10.5, el Gobierno, a propuesta el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, podrá disponer la integración en el Régimen General de cualquiera de los Regímenes Especiales, a excepción de los que han

²²⁵ , SALA FRANCO, *“La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico”*, Relaciones Laborales, Tomo I, 1986, pág. 314 y QUESADA SEGURA, *El contrato de servicio doméstico*, Madrid, (La Ley), 1991, pág. 100.

²²⁶ DE LA VILLA GIL, *“La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”*, Documentación Laboral, 1985, pág. 221.

de regirse por Leyes específicas, que no es el caso del régimen especial de empleados del hogar, *“siempre que ello sea posible teniendo en cuenta las peculiaridades características de los grupos afectados y el grado de homogeneidad con el Régimen General alcanzado en la regulación del Régimen Especial de que se trate”*.

Sin embargo, como se puede observar, y pese a esta tendencia a la unidad, ya ha transcurrido más de treinta y seis años desde el establecimiento de la regulación diferenciada respecto del Régimen General, que si bien en algunos aspectos puede estar justificada, en otros desde luego no lo está, al menos en grado suficiente. Es cierto, en la actualidad, la aproximación que se ha producido entre ambos regímenes en materias relativas, por ejemplo, a afiliación, altas y bajas y cotización, especialmente con los reglamentos generales adoptados en desarrollo de la Ley General de Seguridad Social.

Ahora bien, aún se mantienen algunas particularidades por razón de la especialidad de los servicios domésticos que no encuentran excesiva justificación, especialmente en relación a la ausencia de determinadas e importantes prestaciones, como son la de desempleo o la protección específica por contingencias profesionales.

Es cierto que estas diferencias han ido acortándose con el tiempo, pero probablemente necesitan ser eliminadas, para que de esta manera el trabajador doméstico pueda tener la máxima equiparación el trabajador por cuenta ajena, ya que las escasas diferencias reales entre ambos colectivos no justifican regímenes jurídicos distintos.

En relación a las normas reguladoras, el art. 1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, presenta la siguiente regulación:

“El Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, previsto en el apartado b) del número 2 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1966, se regirá, de conformidad con lo establecido en dicha Ley, por el Título I de la misma, por el presente Decreto y sus disposiciones de aplicación y desarrollo, así como por las restantes normas generales de obligada observancia en el Sistema de la Seguridad Social”.

Conforme a esta regulación, este régimen especial se rige por las siguientes normas:

En primer lugar, por el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aunque hay que tener en cuenta que la regulación del Decreto aún hace referencia al *“apartado h) del número 2 del artículo 10 de la Ley de la Seguridad Social, de 21 de abril de 1966”*, así como *“por el título 1 de la misma”*, cuando la referencia se ha de entender realizada al art. 10.2.e) de esta norma. Además, también cumplen con esta función reguladora las normas *“de obligada observancia en el sistema”*.

En segundo lugar, por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, y sus disposiciones de aplicación y desarrollo.

En tercer lugar, por las restantes normas generales de obligada observancia en el sistema de la Seguridad Social.

En todo caso, además, hay que tener en cuenta las siguientes dos cuestiones.

En desarrollo de la Ley General de la Seguridad Social existen varios reglamentos que regulan cuestiones generales y de importancia y que son de directa aplicación porque han derogado expresamente los preceptos que regulaban estas cuestiones en el Decreto. Entre ellos cabe destacar los tres siguientes:

- ✓ Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social.
- ✓ Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.
- ✓ Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de recaudación de la Seguridad Social.

Conforme al art. 1.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, las normas reguladoras del Régimen General de la Seguridad Social serán *“de aplicación supletoria”* teniendo en cuenta, específicamente, *“las adecuadas adaptaciones a los conceptos de cabeza de familia y empleado de hogar”*.

24. Campo de aplicación

De acuerdo con el art. 2.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, como norma general, el campo de aplicación del Régimen Especial de Empleados del Hogar queda configurado según la siguiente regulación:

“Quedarán incluidos en este Régimen Especial de la Seguridad Social, en calidad de empleados del hogar, todos los españoles mayores de 14 años, cualquiera que sea su sexo y estado civil, que reúnan los requisitos siguientes:

- a) Que se dediquen en territorio nacional a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia.*
- b) Que estos servicios sean prestados en la casa que habite el cabeza de familia y demás personas que componen el hogar.*
- c) Que perciban por este servicio un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea”*.

Esta regulación permite distinguir cuatro requisitos a los efectos de la inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial:

- ✓ Reúna los requisitos de capacidad para contratar.
- ✓ Que sea de carácter exclusivamente doméstico.
- ✓ Se preste en la casa que habite el cabeza de familia contratante y las demás personas que componen su hogar.
- ✓ Sea a cambio de una retribución o sueldo.

Pueden prestar sus servicios por cuenta ajena como empleados domésticos quienes en el territorio nacional se dediquen a prestar servicios de esta naturaleza para uno o varios empleadores. De este modo los requisitos que el trabajador debe cumplir para vincularse mediante la relación laboral de carácter especial que ocasiona la inclusión en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, son los generales de capacidad para trabajar, mayoría de edad laboral y nacionalidad española o, siendo extranjero, estar debidamente autorizado de conformidad con la legislación específica.

En relación a la edad hay que tener en cuenta que el art. 2.1 del Decreto se refiere a los españoles mayores de 14 años, edad mínima de admisión al trabajo regulada en el art. 11 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 aplicable en el momento de la promulgación de este Decreto. Sin embargo, en la actualidad, esta edad habrá que considerarla sustituida por la de 16 años fijada con carácter general por el art. 6.1 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuanto a los extranjeros, para la inclusión en este régimen, hay que cumplir con el requisito establecido en el art. 7.1 de la Ley General de Seguridad Social, según el cual, han de residir o encontrarse legalmente en España, por lo que se refiere a toda la normativa sobre extranjería que afecta a la propia condición de trabajador.

El art. 2.3 del Decreto dispone que en esta materia *“se estará a lo dispuesto en el número 4 del artículo 7 de la Ley de la Seguridad Social y en sus disposiciones de aplicación y desarrollo”*. Conforme a este precepto de la ya derogada Ley de Seguridad Social, los hispanoamericanos, andorranos, filipinos, portugueses y brasileños con residencia en España se equiparaban a todos los efectos a los españoles. Respecto a los nacionales de otros países, había que estar a lo que se dispusiera en los convenios o tratados internacionales y al principio de reciprocidad. Sin embargo, esta regulación, en la actualidad, hay que entenderla derogada²²⁷.

La prestación de servicios se identifica con las tareas o labores propias del hogar, de modo que tanto pueden consistir en atender todas las que en éste puedan ser precisas, como también sólo algunas de ellas. En cualquier caso

²²⁷ LUJAN ALCARAZ, El régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar, Pamplona, (Aranzadi), 2000, pág. 36.

tareas domésticas serán las que consistan tanto en atender al cuidado del hogar como al de los miembros de la familia que lo habita, y por ello serán de esta índole las que consistan, entre otras, en labores de cocina, limpieza y aseo, cuidado de personas, menores o ancianos, conducción de vehículos familiares, trabajos de jardinería en la vivienda familiar, en cuanto formen parte de las labores domésticas.

Así, la jurisprudencia ha entendido incluidos en este régimen especial supuestos en los que además de atender al cuidado de ancianos se ocupan de realizar las tareas domésticas²²⁸ o cuando exclusivamente se prestan servicios de cuidado a personas enfermas o mayores si ellos concurren los caracteres de “inespecificidad, indeterminación y universalidad²²⁹”.

Estas labores, en todo caso, deben realizarse de forma exclusiva²³⁰, de manera que, cuando se comparten con la realización de otras no identificables con las domésticas no existe ningún tipo de atracción hacia el campo de aplicación de este régimen especial, para remitirlo al que en su caso corresponda, según la naturaleza de éstos, aunque normalmente el Régimen General²³¹.

Ahora bien, esto no significa que cuando se lleven a cabo dos tipos de actividades, una de ellas consistente en labores domésticas, no se pueda estar incluido, además del régimen general, en el régimen especial, siempre y cuando la realización de otras tareas tenga lugar de modo aislado, esporádico u ocasional.

Los servicios que originan la inclusión en este régimen especial serán los trabajos prestados en el hogar del empresario. En este caso, el concepto de domicilio será el mismo que el utilizado por el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por lo que también es válida la jurisprudencia que interpreta dicho precepto.

De esta manera, los tribunales han entendido que el trabajador debe ser encuadrado en este régimen especial cuando realiza labores de vigilancia y jardinería en la vivienda del cabeza de familia, aunque la casa o chalet solamente sea habitada en temporadas o periodos de descanso²³².

Esta actividad ha de realizarla el empresario titular del hogar donde se prestan los servicios correspondientes, aunque es posible que también pueda ser contratado y retribuido para llevar a cabo servicios de esta naturaleza en otros domicilios particulares; por ejemplo, cuando se contrata un empleado doméstico y se afilia a este régimen especial a un conductor que presta sus

²²⁸ STCT 21 de septiembre de 1988 (RTCT 1988, 3567).

²²⁹ STSJ Cantabria 29 de julio de 1991 (AS 1991, 4489).

²³⁰ SENDIN BLAZQUEZ, “En torno a la exclusividad de la inclusión en el Régimen Especial de Empleados de Hogar”, Tribuna Social, número 6, 1991, págs. 12-14.

²³¹ STS (CA) 27 de octubre de 1989 y STS (CA) de 30 de junio de 1992.

²³² STSJ Castilla y León/Burgos 2 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4475).

servicios para el empresario titular del domicilio pero también está al servicio de los miembros de la familia, en determinadas circunstancias²³³.

El carácter retribuido de los servicios lo distingue de los prestados con ánimo de liberalidad y también determina la forma de la contratación, por lo que no cabe afiliación y por supuesto cotización, cuando no se acredita que lo percibido por la trabajadora constituyera retribución de sus servicios²³⁴.

En todo caso, el régimen jurídico de la retribución se rige por las normas del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto.

Además del colectivo de personas que deberá ser afiliado a este régimen general por cumplir los requisitos generales, el propio Decreto regula dos supuestos en los que el empresario también debe proceder a su inclusión en el régimen especial del servicio doméstico.

En primer lugar, conforme al art. 2.2 del Decreto también se incluyen en este régimen especial aquellas personas que presten sus servicios *“a un grupo de personas que si bien no constituyen familia viven todas ellas con tal carácter familiar en el mismo hogar”*, siempre y cuando, por supuesto, se cumplan el resto de condiciones generales para su pertenencia a este colectivo.

En este caso la índole de los servicios prestados, en cuanto tenga carácter doméstico, no queda desvirtuada porque la figura del empresario no se identifique con un cabeza de familia, ya que esta categoría puede no existir. Por esta razón, la propia norma se encarga de identificar quien asumirá esta figura.

En segundo lugar, según el art. 2.4 del Decreto, los empleados del hogar españoles residentes en el extranjero que presten sus servicios domésticos para los representantes diplomáticos, consulares y funcionarios del Estado oficialmente destinados fuera de España, *“pueden solicitar su inclusión en este Régimen Especial, la que procederá siempre que reúnan los demás requisitos exigidos”*.

Conforme a la estructura general aplicable a las personas que prestan servicios en el ámbito del hogar familiar, cuyo régimen jurídico puede verse en el art. 2.2 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, no pueden formar parte de esta relación laboral de carácter especial las relaciones de trabajo en las que falte alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico-laboral, como la remuneración, dependencia y ajeneidad, estableciéndose que se presume que dichas notas no concurren en las relaciones de colaboración y convivencia familiar.

En aplicación de esta norma general, los tribunales han excluido del campo de aplicación de este régimen especial a una persona que presta servicios en una

²³³ STSJ Madrid 6 de noviembre de 1997 (AS 1997, 3833).

²³⁴ STSJ Cataluña de 10 de febrero de 2003 (Jur. 2003, 116008).

finca de recreo²³⁵, si se lleva a cabo una actividad de cuidado y vigilancia de una finca rústica de 19,9 hectáreas dedicada al recreo de su titular²³⁶ o quien ejerce las tareas de jardinero y cuidador de una manada de perros²³⁷. En cambio, sí han considerado que cabe encuadrar en este régimen quienes realicen tareas de jardinería en el marco de las tareas domésticas, como pueden ser las del cuidado de una pequeña huerta familiar o labores de jardinería sin finalidad lucrativa²³⁸ o las que consisten en atender las viviendas de la finca donde la familia pasa sus fines de semana y vacaciones y las demás instalaciones para el esparcimiento que en ella existen, como piscina, además de cuidar de animales, como gallinas, unos caballos y unos perros²³⁹.

Además, como ya se ha analizado, dentro del segundo párrafo de este precepto se cita, a título de ejemplo, como excluidas de naturaleza laboral las prestaciones "*a la par*", que son definidas como aquellas en las que se prestan algunos servicios como el cuidado de niños o la enseñanza de idiomas u otros servicios típicamente domésticos, siempre y cuando tengan éstos carácter marginal y se presten a cambio de comidas, alojamientos o simples compensaciones de gastos.

En otro sentido, pero con el mismo resultado, no se puede olvidar que la letra b) del art. 97.2 de la Ley General de Seguridad Social declara expresamente comprendidos en el Régimen General, por tanto sin posibilidad de incluirlos dentro de este régimen especial, por lo que se les ha otorgado el calificativo de "*régimen jurídico híbrido*²⁴⁰" a "*los conductores de vehículos de turismo al servicio de particulares*²⁴¹".

Además de las exclusiones cuyo razón de ser se encuentra en no cumplir con los requisitos establecidos a la hora de definir la relación laboral de carácter especial, con excepción de los conductores de vehículos, el art. 3.1 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, establece expresamente que están excluidos del campo de aplicación de este régimen especial los siguientes cuatro colectivos.

En primer lugar, el cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del cabeza de familia, por consanguinidad²⁴² o afinidad²⁴³, hasta el tercer grado inclusive²⁴⁴.

²³⁵ STSJ Madrid 29 de enero de 1998 (AS 1998, 5019).

²³⁶ STSJ Cataluña 15 de marzo de 1993 (AS 1993, 1530).

²³⁷ STSJ Asturias 24 de mayo de 1991 (AS 1991, 3316).

²³⁸ STSJ Cataluña 10 de abril de 1992 (AS 1992, 2261).

²³⁹ STSJ Castilla y León/Burgos 2 de noviembre de 1998 (AS 1998, 4475).

²⁴⁰ DE LA VILLA GIL, "La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar", Documentación Laboral, 1985, pág. 211.

²⁴¹ NÚÑEZ SAMPER, "El servicio doméstico y los conductores de automóviles de turismo al servicio de particulares", Cuadernos de Política Social, número 13, 1952, págs. 70 ss y ALVAREZ DE MIRANDA, "Conductores al servicios de particulares", Revista Iberoamericana de Seguridad Social, número 3, 1965, págs. 451 ss.

²⁴² STSJ Andalucía/Málaga 7 de septiembre de 1989 (AS 1989, 448 O).

²⁴³ STS 15 de julio de 1986 (RJ 1986, 4149).

En este grupo los principales conflictos se han originado respecto a las denominadas parejas de hecho, que, hasta, no han sido consideradas dentro del concepto de cónyuge.

Incluso en un supuesto se llega a advertir que no existe relación ordinaria ni doméstica de persona que realiza actividades de limpieza y acomodamiento de la futura vivienda matrimonial²⁴⁵.

En este grupo hay que tener en cuenta que la norma general sobre esta cuestión, que es el art. 7.2 de la Ley General de Seguridad Social presenta la siguiente regulación:

“A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior no tendrán la consideración de trabajadores por cuenta ajena, salvo prueba en contrario: el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes del empresario, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, ocupados en su centro o centros de trabajo cuando convivan en su hogar y estén a su cargo”.

Como se puede apreciar existe una cierta contradicción entre ambas normas, que se concreta en un régimen más amplio de exclusiones del Decreto frente a la Ley. Así, el excluye hasta el tercer grado, frente al segundo grado de la Ley, de manera que hay parientes que no van a poder ser afiliados en este régimen y, además, el Decreto regula una exclusión de manera total, ya que no distingue, como hace la Ley, entre los que conviven en el hogar y están a su cargo y el resto. En principio, todos los parientes del titular del hogar familiar están excluidos de formar parte de este régimen especial, con independencia de las características económicas.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional estableciendo que para que esta regulación específica no suponga una vulneración del principio de igualdad y prohibición de discriminación del art. 14 de la Constitución es necesaria una aplicación sistemática e integradora del precepto en el contexto normativo en que ha de aplicarse; o sea, el régimen jurídico del parentesco establecido en el Derecho Laboral y en las propias normas generales del sistema de la Seguridad Social. Por consiguiente, como esta regulación genera normalmente sólo una presunción *iuris tantum* de que el pariente no es trabajador, en este régimen especial, esta circunstancia sólo podrá ser tomada en cuenta a estos efectos, so pena de incurrir en discriminación por una circunstancia personal²⁴⁶.

²⁴⁴ STSJ Andalucía/Granada 20 de mayo de 1997 (AS 1997, 2645).

²⁴⁵ STSJ Castilla-La Mancha 28 de noviembre de 1994 (AS 1994, 4548).

²⁴⁶ STC 49/1994, de 16 de febrero. En el mismo sentido, STC 79/1991, STC 92/1991, STC 2/1992 y STC 59/1992.

En esta línea, la jurisprudencia ha estimado que cabe la inclusión en este régimen especial en un supuesto de servicios prestados al padre de la trabajadora²⁴⁷, cuando los presta el yerno²⁴⁸, la suegra²⁴⁹ o al cuñado²⁵⁰ o cuñada del titular del hogar familiar²⁵¹.

Ahora bien, en los supuestos de parentesco por afinidad, la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, nulidad o muerte del cónyuge supone la desaparición de vínculo del parentesco y, por tanto, desaparece la citada presunción²⁵².

En segundo lugar, los prohijados o acogidos de hecho o de derecho, según la letra b) del art. 3.1 del Decreto, en cuanto habrá que considerar que las labores que realizan son de carácter familiar y no por cuenta ajena.

En tercer lugar, las personas que realicen servicios amistosos, benévolos o de buena vecindad, de acuerdo con la letra c) del art. 3.1 del Decreto, exclusión que tiene su correspondencia con el art. 2.1 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que a su vez, se refiere al supuesto excluido de la letra e) del art. 1.3 del Estatuto de los Trabajadores.

En cuarto y último lugar, los cuidadores profesionales contratados mediante la prestación económica regulada en los artículos 14.3 y 17 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, así como los trabajadores dedicados a la asistencia personal, en los términos regulados en el artículo 19 de esta ley, aunque, en uno y otro caso, los cuidados se lleven a cabo en el domicilio de la persona dependiente o del familiar con la que aquella conviva. En todo caso, la prestación de estas personas está regulada en el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia²⁵³.

El art. 3.2 del Decreto regula una excepción a la exclusión por motivos familiares con la siguiente redacción:

“La exclusión que se establece en el apartado a) del número anterior no afectará a los familiares del sexo femenino de sacerdotes célibes que convivan con ellos y que reúnan las demás condiciones exigidas, siempre que no tengan ningún empleado de hogar a su servicio. No podrá quedar comprendido en este Régimen Especial más que un solo familiar por cada sacerdote que se encuentre en la

²⁴⁷ STSJ Castilla y León/Burgos 1 de junio de 1998 (AS 1998,).

²⁴⁸ STSJ Cataluña 2 de noviembre de 1999 (AS 1999, 4661).

²⁴⁹ STSJ Cataluña 31 de marzo de 2005 (Jur. 2005, 124698).

²⁵⁰ STSJ Castilla-La Mancha 5 de octubre de 1993 (AS 1993, 4459).

²⁵¹ STSJ Cataluña 8 de marzo de 2001 (Jur. 2001, 151308).

²⁵² STSJ Asturias 12 de diciembre de 2003 (AS 2004, 430).

²⁵³ GONZALEZ ORTEGA, “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006”, Temas Laborales, número 89, 2007, págs. 297 ss.

*situación prevista, sea cualquiera el número de los que con él convivían*²⁵⁴.

El art. 4.1 del Decreto establece en concepto de cabeza de familia, por supuesto, sólo a los efectos de la consideración de este régimen especial, *“a toda persona natural que tenga algún empleado de hogar a su servicio en su domicilio o lugar de residencia y sin ánimo de lucro”*.

Es evidente que este concepto ha de quedar íntimamente conectado con el art. 1.3 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, de manera que se requiere una cierta titularidad del hogar familiar, así como la circunstancia de ser el sujeto receptor de la prestación del empleado doméstico.

Hay que tener en cuenta que el empresario sólo puede ser una persona física, quedando excluidas del campo de aplicación de este régimen especial las prestaciones que se conciertan con personas jurídicas, aunque tengan por objeto la realización de tareas domésticas por ellas convenidas en favor de determinadas personas físicas. De igual modo, ha de carecer de ánimo de lucro, en la medida en que la actividad doméstica no ha de suponer un incremento de riqueza para el empleador, aunque sí lo posibilitan de forma mediata e indirecta al permitirle realizar otras actividades.

Además, en el número segundo de este precepto se matiza este concepto en el supuesto de prestación de servicios a un grupo de personas que sin constituir una familia viven todas ellas *“con tal carácter familiar en el mismo hogar”*, conforme al cual asumirá la condición de cabeza de familia *“la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación del grupo, pudiendo recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes*²⁵⁵.

25. Actos de encuadramiento

Conforme al art. 5.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, deberán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social su inscripción en el correspondiente Régimen del Sistema de la Seguridad Social en la forma que se determina en el artículo 11 de este Reglamento.

En este sentido, el art. 10.3 de este Real Decreto regula que en este régimen especial, se considerará empresario al titular del hogar familiar o cabeza de familia, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta 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 o cabeza de familia la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la

²⁵⁴ STC 109/1988, de 8 de junio y STC 23 de abril de 1992.

²⁵⁵ STSJ Navarra 10 de mayo de 1991 (AS 1991, 3198).

representación del grupo, que podrá recaer de forma sucesiva en cada uno de sus componentes.

La inscripción se realizará previamente a la iniciación de sus actividades en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma en cuyo ámbito territorial radique el domicilio del hogar familiar, utilizando el modelo establecido al efecto (modelo TA 1211/E). Junto a dicho modelo, se presentará la siguiente documentación:

- ✓ Declaración del cabeza de familia en la que conste la modalidad de los servicios prestados y la no existencia de parentesco con el empleado de hogar que determine la exclusión del campo de aplicación del Régimen Especial de Empleados de Hogar.
- ✓ Documento Nacional de Identidad del cabeza de familia, o permiso de trabajo, para extranjeros que deban estar provistos del mismo.
- ✓ Cualquier otra documentación que en atención a las circunstancias de cada caso se estime precisa, como la acreditación del cabeza de familia de su condición de diplomático o representante consular y su residencia en el extranjero; o la documentación acreditativa de la condición de sacerdote cuando se solicite el alta de un familiar femenino.

Mediante la inscripción del empresario, la Tesorería General de la Seguridad Social le asignará un número único de inscripción que será considerado el primero y principal código de cuenta de cotización.

La inscripción del empresario será única y válida en todo el territorio nacional y para toda la vida del titular de la empresa.

El número de inscripción y el código de cuenta de cotización se anotarán en el Registro de Empresarios a cargo de la Tesorería General de la Seguridad Social, salvo los empleadores que ocupen a trabajadores del hogar familiar a tiempo parcial o discontinuo, según el número cinco del art. 16.1 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Conforme con el art. 12 de la Ley General de la Seguridad Social, que establece una afiliación obligatoria, única y para toda la vida, también se deben afiliar los trabajadores incluidos en el campo de aplicación de este régimen especial de Seguridad Social.

Ahora bien, previamente a la solicitud de afiliación y alta, deben solicitar el número de la Seguridad Social que se hará constar en una tarjeta de la Seguridad Social en la que figurarán, como mínimo, nombre y apellidos y, en su caso, el número del Documento Nacional de Identidad. Este número se convertirá automáticamente en número de afiliación de las personas físicas que por primera vez se incluyan en el Sistema por realizar una actividad.

La solicitud de afiliación está obligado a realizarla el empresario cuando no se trate de una prestación a tiempo parcial, respecto de los trabajadores que, no estando afiliados, ingresen a su servicio, formalizándola en el modelo oficial correspondiente. La solicitud de afiliación implicará la de alta inicial en el régimen especial. En cambio, en los supuestos de prestación a tiempo parcial es el propio trabajador el obligado a solicitarla, conforme al art. 49.1 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

Cuando incumpla su obligación, los empleados domésticos pueden instar directamente su afiliación y alta inicial a la Tesorería General de la Seguridad Social, la cual también podrá efectuarla de oficio²⁵⁶.

Esta solicitud debe realizarse en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración competente de la misma de la provincia en que esté domiciliado el hogar familiar, con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del empleado doméstico, sin que en ningún caso pueda serlo antes de los sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma. Ahora bien, cuando se trate de una prestación a tiempo parcial deberá solicitarse *“dentro de los seis días naturales siguientes a la fecha del comienzo de la actividad correspondiente”*, según el segundo párrafo del número primero del art. 49.1 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

La manera de llevarse a cabo será entregando el impreso de solicitud oficial (TA 1), o por cualquier otro sistema establecido (procedimiento electrónico, informático o telemático), acompañado de fotocopia del DNI del trabajador o, en caso de ser extranjero, del documento identificativo del mismo, y del número de la Seguridad Social.

En casos excepcionales en que no hubiera podido preverse con antelación el inicio de la prestación de servicios por el trabajador, si el día o días anteriores a la misma fueran inhábiles, o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles, deberán remitirse, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por cualquier otro medio electrónico, informático o telemático, los documentos correspondientes. Si ello no fuera posible por no disponer de los modelos reglamentarios, habrán de remitirse, asimismo con carácter previo y por dicho medio o por cualquier otro medio informático, electrónico o telemático, toda una serie de datos del empleado doméstico y del titular del hogar familiar.

Además, cuando se trate de una prestación de servicios a tiempo parcial, además de la documentación establecida con carácter general, el empleado de hogar deberá acompañar *“declaración de todos los cabezas de familia en la que cada uno de aquéllos haga constar el tiempo y demás condiciones de la prestación de servicios parciales y discontinuos”*, conforme al número primero del art. 49.1 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero.

²⁵⁶ STSJ Cataluña 16 de noviembre de 2001 (Jur. 2001, 30665).

Presentada dicha solicitud, la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social emite una tarjeta de Seguridad Social que se entregará al titular. En ésta constarán sus datos y número de afiliación a la Seguridad Social asignado, que será el mismo para toda su vida laboral y para todo el sistema de la Seguridad Social. Cada beneficiario del titular dispondrá asimismo de una tarjeta individual con sus datos y el número de Seguridad Social asignado.

En cuanto a los efectos, hay que tener en cuenta que las solicitudes de afiliación, que es única para todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social y vitalicia, únicamente surtirán efectos a partir del día en que se inicie la prestación de servicios por el trabajador.

El art. 6.1 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, establecía la distinción entre empleados del hogar que prestan sus servicios de modo exclusivo para un solo empleador de aquellos que lo hacen en régimen de trabajo a tiempo parcial y para uno o varios empleadores²⁵⁷. Esta diferencia era efectiva, especialmente, para determinar los sujetos que asumirían las obligaciones de solicitar la correspondiente afiliación, alta o baja en el régimen especial, así como de cotizar.

Esta diferencia se mantiene en la actualidad y deriva de la lectura *a sensu contrario* del art. 49.1 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero²⁵⁸.

De esta manera, cuando el tiempo de trabajo efectivo pactado supere el número de horas señalado en este precepto se entiende que la prestación de servicios es exclusiva²⁵⁹.

En este caso, serán de aplicación en materia de afiliación, altas y bajas las normas generales establecidas en el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, imputándose la obligación de solicitar la afiliación, en su caso, y el alta o la baja, en primer término, al propio empleador, en tanto que si éste incumpliera con su obligación, se establece que el trabajador afectado podrá instarla directamente de la Tesorería General de la Seguridad Social²⁶⁰.

El concepto de prestación de servicios por parte del empleado doméstico en régimen de trabajo a tiempo parcial y para uno o varios empleadores, regulado en el art. 6.1 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, y por tanto, la correspondiente determinación de los sujetos que asumirían las obligaciones de solicitar la correspondiente afiliación, alta o baja en el régimen especial, así

²⁵⁷ STSJ Madrid 18 de septiembre de 1997 (AS 1997, 2995).

²⁵⁸ CUBAS MORALES, "Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar", Tribuna Social, número 42, 1994, págs. 29 ss.

²⁵⁹ STSJ Cataluña 16 de diciembre de 2004 (AS 2004, 325).

²⁶⁰ STSJ Murcia 31 de octubre de 2000 (Jur. 2000, 310943).

como de cotizar, ha planteado bajo regulaciones anteriores y sigue planteando importantes problemas de aplicación práctica.

En la normativa anterior esta cuestión ha pasado por varias fases.

En primer lugar, la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 de septiembre de 1971, en la que, entre otras cuestiones, interpretó el requisito de la exclusividad de los servicios domésticos como determinante de la inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial, identificándose la exclusividad de los servicios con las notas de profesionalidad y habitualidad.

En segundo lugar, por escrito de la Dirección General del Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 5 de noviembre de 1985, se admitió que, no obstante el requisito de exclusividad de los servicios domésticos requerido, podían concurrir esporádica y ocasionalmente en la actividad del empleado doméstico otros de naturaleza distinta que no por ello desvirtuarían el carácter doméstico de los servicios.

En tercer lugar, la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 25 de diciembre de 1986 determinaba que el criterio diferenciador entre los servicios permanentes y los servicios parciales debía adoptarse por referencia a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores. De esta manera, el art. 12.1 de esta norma en su versión de 1980 regulaba que se entendían como trabajos parciales los que se prestaban en régimen de jornada inferior a los dos tercios de la habitual, en tanto que eran permanentes los que superaran esta proporción.

En este sentido, y aplicando a su vez el art. 7.1 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, en el que se establece como jornada máxima semanal de carácter ordinario la de cuarenta horas de trabajo efectivo, la aplicación de la proporción regulada en el Estatuto de los Trabajadores a estas cuarenta horas sería la que definiría el carácter permanente o parcial de los servicios.

En la actualidad pueden encontrarse hasta tres criterios diferentes.

En primer lugar, por aplicación del art. 7.1 Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, en combinación del actual art. 12.1 del Estatuto de los Trabajadores, se entenderá que existe contrato a tiempo parcial cuando el empleado doméstico realice una prestación de servicios *“durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año”* inferior a cuarenta horas de trabajo semanal efectivo. Por tanto, 39 horas a la semana se considera una jornada a tiempo parcial y si se acepta que un mes tiene, como media, cuatro semanas, 159 horas al mes supone una jornada a tiempo parcial.

En segundo lugar, de acuerdo con el segundo párrafo del art. 46.1 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, *“cuando el empleado de hogar preste sus*

servicios para un solo empleador y la duración de los mismos sea superior a la mitad de la jornada habitual, se entenderá que aquél lo presta de manera exclusiva y permanente". Conforme a este precepto, se considera jornada a tiempo parcial cuando el empleado doméstico presta servicios por una duración inferior a veinte horas de trabajo semanal efectivo.

En tercer y último lugar, el número segundo del art. 49.1 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, presenta la siguiente regulación:

"A efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considerarán servicios prestados a tiempo parcial los que se presten durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el Ministro de Trabajo y Seguridad Social".

Conforme a este precepto, se considera jornada a tiempo parcial cuando el empleado doméstico presta servicios por una duración inferior a ochenta horas de trabajo mensual efectivo.

Como se puede observar son varios los criterios divergentes entre las tres normas, o dicho de otra manera, no existe una definición única del trabajo doméstico a tiempo parcial, por lo que habrá que aceptar tres categorías y tres regulaciones diferentes, aunque esto suponga contradicciones en la aplicación real de la figura.

En principio, existe una cierta correlación entre el período de referencia respecto a las obligaciones de afiliación, altas y bajas y el deber de cotizar, ya que el cómputo mensual corresponde a cuatro semanas del cómputo semanal. Sin embargo, no es así respecto a la consideración laboral del empleado doméstico a tiempo parcial.

En conclusión, cuando el trabajador preste servicios para un solo empleador, las obligaciones de encuadramiento recaerán sobre el trabajador si tales servicios son prestados por tiempo inferior a ochenta horas mensuales. En cambio, recaerán sobre el empresario si la prestación de servicios supera este umbral.

Mayores problemas surgen cuando se prestan servicios para más de un titular del hogar familiar. Queda claro que si la prestación de servicios para cada uno de los empleadores no supera, en cada caso, las ochenta horas, esta obligación recae sobre el trabajador. Pero qué sucede, por ejemplo, si se plantea que un mismo trabajador presta servicios de lunes a viernes para un empresario durante cinco horas diarias y los fines de semana presta servicios para otro empresario durante doce horas cada día.

Finalmente, el inciso final del apartado segundo del art. 49.1 Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, establece que se considera trabajo doméstico a tiempo parcial cuando las horas de trabajo, siendo inferiores a las ochenta mensuales, *"superen el mínimo que establezca al respecto el Ministro de Trabajo y Seguridad*

Social". Este mínimo deriva del criterio utilizado por la Mutualidad Gestora de este Régimen Especial y se concreta en la prestación "*durante un mínimo de 72 horas al mes que han de ser efectuadas, al menos, durante 12 días cada mes*²⁶¹".

Sobre este tema, la jurisprudencia de las salas de lo social de los Tribunales Superiores de Justicia presenta divergencias, ya que, mientras algunas sentencias entienden aplicable este mínimo²⁶², en otras se ha considerado ilegal, por infringir el principio de jerarquía normativa, al tratarse de una exigencia no establecida en la normativa vigente²⁶³.

El titular del hogar familiar está obligado a comunicar el alta del empleado doméstico que ingrese a su servicio y, en caso de incumplimiento de éste, podrá realizarla el trabajador. También podrá efectuarse de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma correspondiente. Esta obligación reside en el propio empleado doméstico si se trata de una prestación de servicios a tiempo parcial.

El alta deberá llevarse a cabo con anterioridad a la iniciación de la prestación de servicios del trabajador, sin que en ningún caso puedan efectuarlo antes de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma, salvo que se trate de un empleado doméstico a tiempo parcial, en cuyo caso, deberá presentarse dentro de los seis días naturales siguientes a la fecha del comienzo de la actividad correspondiente.

La manera de llevarla a cabo será entregando el impreso de solicitud oficial, que deberá ir firmado por el empresario y el trabajador, en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración competente de la misma en la provincia en que esté el hogar familiar, o remitiéndolo a través de correo o fax, acompañado de fotocopia del DNI del trabajador o, en caso de ser extranjero, del documento identificativo del mismo, y copia de la correspondiente autorización de trabajo cuando se trate de extranjeros que para ejercer en España su actividad deban proveerse del mismo, y del número de la Seguridad Social²⁶⁴.

También podrán suministrarse los datos correspondientes al alta por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a través del Sistema de Remisión Electrónica de Datos (RED). En casos excepcionales en que no hubiera podido preverse con antelación el inicio de la prestación de servicios por el trabajador, si el día o días anteriores a la misma fueran inhábiles, o si la prestación de servicios se iniciara en horas asimismo inhábiles, deberán remitirse con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por

²⁶¹ Sobre este tema véase la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 9 de septiembre de 1971.

²⁶² STSJ Madrid 14 de enero de 1992 (AS 1992, 433).

²⁶³ STSJ Comunidad Valenciana 17 de junio de 1992 (AS 1992, 2931).

²⁶⁴ STSJ Cataluña 12 de marzo de 1999 (AS 1999, 1729).

cualquier otro medio electrónico, informático o telemático, los documentos para el alta. Si ello no fuera posible por no disponer de los modelos reglamentarios, habrán de remitirse, asimismo con carácter previo, y por dicho medio o por cualquier otro medio informático, electrónico o telemático, toda una serie de datos.

En cuanto a los efectos, hay que tener en cuenta las siguientes cuestiones:

- ✓ Las solicitudes de alta únicamente surtirán efectos a partir del día en que se inicie la prestación de servicios por el empleado doméstico.
- ✓ Las altas solicitadas por el empresario o por el trabajador fuera del plazo establecido sólo tendrán efectos desde el día en que se formule la solicitud y sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar²⁶⁵. No obstante, si se ha producido ingreso de cuotas en plazo reglamentario, el alta retrotraerá sus efectos a la fecha en que se hayan ingresado las primeras cuotas correspondientes al empleado doméstico de que se trate.
- ✓ Las altas de oficio y las realizadas como consecuencia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social se retrotraerán a la fecha en que los hechos hayan sido conocidos o se haya llevado a cabo tal actuación. No obstante, cuando la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social consista en un requerimiento de pago de cuotas o acta de liquidación definitiva en vía administrativa, siempre que se hubiera efectuado el ingreso de su importe, los efectos del alta se retrotraerán, para causar futuras prestaciones, a la fecha de inicio del período de liquidación figurado en el requerimiento o acta.
- ✓ Las solicitudes defectuosas surtirán efectos cuando se subsanen en el plazo de diez días los datos o documentos omitidos y requeridos.

En todo caso, los justificantes serán conservados durante un período mínimo de cuatro años.

La comunicación de las bajas y variaciones de datos de los trabajadores domésticos debe llevarla a cabo el empresario en la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración competente de la misma en la provincia que esté el domicilio familiar y, en caso de incumplimiento de éste, podrá realizarla el trabajador.

También podrá efectuarse de oficio por la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma correspondiente, evidentemente cuando se ha cesado en la prestación del servicio doméstico²⁶⁶.

²⁶⁵ STSJ Cataluña 20 de abril de 2000 (AS 2000, 5691).

²⁶⁶ STSJ Castilla La Mancha 15 de abril de 2003 (Jur. 2003, 111793).

Incluso se ha admitido un supuesto de baja de oficio por declaración de invalidez permanente por sentencia²⁶⁷.

Esta obligación debe realizarla el propio trabajador doméstico cuando la prestación de servicios es a tiempo parcial. Los modelos a utilizar son los mismos que en relación a las altas y varían según la prestación de servicios sea a jornada completa o a tiempo parcial.

El plazo de presentación de dicha documentación se llevará a cabo en los seis días naturales siguientes al del cese en el trabajo o de aquel en que se produce la variación. En las bajas fuera de plazo, la obligación de cotizar se mantendrá hasta el día en que la Tesorería General de la Seguridad Social conozca el cese en el trabajo, salvo que los interesados prueben que dicho cese se produjo con anterioridad²⁶⁸, salvo que pueda existir error del propia Entidad Gestora²⁶⁹.

En todo caso, en cuanto a los hipotéticos efectos en relación a una baja extemporánea, los tribunales han entendido que no se pueden denegar de forma automática estos efectos.

26. Cotización a la Seguridad Social

Conforme se regula en el art. 15.1 de la Ley General de la Seguridad Social, la cotización es obligatoria en el Régimen General, así como en el resto de los regímenes especiales.

En relación al Régimen Especial de Empleados del Hogar, su régimen jurídico no se encuentra regulado en el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, ya que el capítulo IV que se refería a las cuestiones de cotizaciones y recaudación fue derogado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre²⁷⁰.

Concretamente en los artículos 46 a 50 de este Real Decreto es donde se regulan las especialidades en materia de cotización para este régimen especial.

Conforme a la regulación contenida en el art. 46 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, los sujetos obligados a cotizar pueden ser tanto el cabeza de familia como el propio empleado del hogar, según las circunstancias.

En primer lugar, estarán obligados a cotizar los cabezas de familia o titulares del hogar familiar, deduciendo del salario la parte a cargo del trabajador, en las siguientes dos circunstancias:

²⁶⁷ STSJ Andalucía/Granada 23 de abril de 1996 (AS 1996, 2089).

²⁶⁸ STSJ Cantabria 22 de enero de 2003 (Jur. 2003, 128119).

²⁶⁹ STSJ Cataluña 4 de junio de 1992 (AS 1992, 3329).

²⁷⁰ STS 27 de marzo de 1982 (RJ 1982, 2183) y STS 1 de abril de 1982 (RJ 1982, 2228).

- ✓ Cuando tengan algún empleado de hogar a su servicio de manera exclusiva y permanente.

En relación a esta cuestión, el segundo párrafo del número 1 del art. 46 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, regula que, a estos efectos se entiende que el empleado doméstico presta los servicios de manera exclusiva y permanente, cuando *“el empleado de hogar preste sus servicios para un solo empleador y la duración de los mismos sea superior a la mitad de la jornada habitual²⁷¹”*.

Hay que tener en cuenta que, tal y como se comprobó en relación a las obligaciones de afiliación, altas y bajas, esta definición de “trabajo a tiempo parcial” a efectos de la cotización no coincide con el concepto referido a los actos de encuadramiento, por lo que pueden surgir conflictos en determinadas circunstancias.

- ✓ En las situaciones de incapacidad temporal y maternidad del empleado doméstico, tanto si la prestación de servicios es permanente y exclusiva como parcial, el mes en que dichas situaciones se inicien.

En segundo lugar, están obligados a cotizar de manera exclusiva los empleados de hogar al servicio de los titulares de los domicilios en las siguientes dos circunstancias:

- ✓ Si el empleado de hogar presta sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más cabezas de familia o empleadores.
- ✓ En las situaciones de incapacidad temporal y maternidad del empleado doméstico, tanto si la prestación de servicios es permanente y exclusiva como parcial, durante todo el período que duren dichas situaciones, incluido el mes de finalización, pero excluido el mes en que la misma se inicie²⁷².

Conforme el art. 49.1 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, en este régimen especial, *“el nacimiento, duración y extinción de la obligación de cotizar se regirá por lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 24, sin más particularidades que las contenidas en los apartados siguientes”*. A partir de esta regulación puede concretarse el siguiente régimen jurídico.

La obligación de cotizar, según el primer párrafo del art. 49.3 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, nace con el inicio de las actividades que dan lugar a la inclusión en el campo de aplicación de este Régimen, con independencia de que se hubiera dando cumplimiento o no a la de solicitar el alta en el mismo, de forma que la solicitud de afiliación o alta sólo constituyen

²⁷¹ STSJ Galicia 3 de septiembre de 2004 (Jur. 2004, 293164).

²⁷² STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 22 de septiembre de 2006 (Jur. 2007, 2162).

una presunción por la que se considera iniciada la actividad desde la fecha de efectos que pueda indicarse en la misma, conforme al art. 12.1 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

El deber de cotizar, según el art. 13 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, se mantiene mientras el empleado de hogar realice la actividad que da lugar a su inclusión en el campo de aplicación de este régimen especial o se encuentre en situación jurídica conexas con dicha actividad como serán las de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

En todo caso, se extingue con el cese en el trabajo, en la actividad o en la situación determinante del nacimiento y subsistencia de la obligación de cotizar y siempre que se solicite la baja en la forma y tiempo establecidos, de acuerdo con el art. 14.1 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, es decir, seis días naturales a contar desde la fecha en que se produjo la circunstancia que motiva la baja.

Si la baja en el régimen especial se practica de oficio por la Tesorería General de la Seguridad Social, la obligación de cotizar se extingue el día en el que se haya efectuado la actuación inspectora o se hayan recibido los datos o documentos que acrediten el cese en la actividad que dan lugar a la actuación de oficio, según el art. 14.3 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre; por lo que, aunque de la consulta de estos datos o documentos o de la propia actuación se deduzca la fecha concreta de la terminación de la actividad, la obligación de cotización permanecerá hasta la fecha antes señalada.

Ahora bien, a efectos de la extinción de la obligación de cotizar, podrán los interesados, el empleador o el trabajador, demostrar mediante cualquier medio de prueba admitido en Derecho, que el cese de la actividad tuvo lugar en otra fecha distinta a la dispuesta como de baja por la Tesorería General de la Seguridad Social, ocasionando en este supuesto los correspondientes efectos en cuanto a la devolución de cuotas indebidamente ingresadas y de las prestaciones indebidamente percibidas, siempre y cuando el derecho a devolución de unas u otras no hubiera prescrito, según el art. 14.4 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

Además, esta obligación de cotizar no se extinguirá por la mera solicitud de baja y aceptación o reconocimiento de la misma, sino que permanecerá en tanto el trabajador continúe su actividad como empleado de hogar. De igual modo la obligación de cotizar permanecerá cuando, aun produciéndose el cese en la actividad, el trabajador pase a encontrarse en alguna de las situaciones asimiladas al alta para las que expresamente esté previsto el mantenimiento de la obligación de cotizar, según el art. 14.5 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre.

La cotización se efectuará dentro del mes siguiente al que corresponda su devengo.

El abono de la cotización se efectuará en las Oficinas Recaudadoras, pudiendo domiciliar el pago en cualquiera de las entidades financieras autorizadas para actuar como Oficinas Recaudadoras.

El régimen jurídico de la determinación de la cuota se regula en el art. 50 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, conforme al siguiente contenido:

“La cuantía de la cuota del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, que será mensual e indivisible, se calculará aplicando a la base de cotización determinada en el artículo 47 el tipo de cotización a que se refiere el artículo 48, estándose en lo demás a lo establecido en los artículos 17 y siguientes del mismo, así como en el artículo 74 y siguientes del Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social y demás disposiciones complementarias”.

Hay que tener en cuenta que, en virtud de la normativa anterior, concretamente el art. 15 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, para la determinación de su importe se estableció un singular sistema, a cuyo tenor el Gobierno debía tomar en consideración el coste global de la acción protectora y repartirlo entre el número total de empleados protegidos, siendo revisable por el Ministerio de Trabajo la cuantía así determinada con la modificación del salario mínimo interprofesional.

Sin embargo, este sistema de determinación de la cuota se modificó por el Decreto 825/1976, de 22 de abril, por el que se modificó el sistema de cotización con efectos del 1 de mayo de 1976. En virtud de éste la cuota a satisfacer en este régimen especial debía ser única, mensual e indivisible, pero su cálculo debía efectuarse aplicando a la base de cotización que en el mismo se establecía el tipo que también en él se señalaba.

El art. 47 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre establece que la base de cotización será *“única para todas las contingencias y situaciones en que exista obligación de cotizar y estará constituida por la cantidad fijada en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado”*.

En la actualidad, conforme al art. 16 de la Orden TAS/76/2008, de 22 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, la base de cotización durante el año 2008 es de 699,90 euros mensuales.

Hay que tener en cuenta que la base de cotización en este régimen especial sólo comprende la parte correspondiente a dos pagas extraordinarias a partir de 1 de

enero de 1986, con la entrada en vigor del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto y del Real Decreto 2475/1985, de 27 de diciembre, sobre cotización para el año 1986, pues sólo en el artículo 6.4 de aquél se establece el derecho de los trabajadores del hogar familiar a percibirlos²⁷³.

Además, hay que tener en cuenta las siguientes dos especialidades reguladas en el art. 49 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre:

- ✓ La obligación de cotizar estará siempre referida a meses completos, cualquiera que sea el número de días u horas trabajadas durante cada mes y aunque el trabajador preste sus servicios mediante contratos a tiempo parcial o en cualquier otra modalidad, siempre que los mismos determinen su inclusión en el campo de aplicación de este Régimen Especial.
- ✓ Cuando las situaciones que ocasionan el alta o la baja no coinciden con el primer o último día del mes, respectivamente, o cuando la actividad se desarrolla en fracciones de mes, la cuota correspondiente se hallará en proporción a los días en que haya permanecido la obligación de cotizar. Dicha proporción se calculará dividiendo el importe de la cuota mensual por treinta, cualquiera que sean los días del mes correspondiente, y multiplicando el resultado por los días en los que se haya permanecido en alta.

El régimen jurídico del tipo de cotización se regula en el art. 48 Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, con el siguiente contenido:

“El tipo de cotización aplicable con carácter único para todo el ámbito de cobertura de este Régimen Especial así como su distribución, en su caso, para determinar las aportaciones de los empleadores y de los empleados de hogar será el determinado por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado en cada ejercicio económico”.

En la actualidad, conforme al art. 122. Seis de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, el tipo de cotización es del 22 por ciento, pero cuando proceda la distribución del tipo de cotización, se realizará de la siguiente forma:

A cargo del empleador	18,30 %
A cargo del empleado de hogar	3,70 %

Además, conforme a la Disposición adicional sexta de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, se realiza

²⁷³ STS 30 de noviembre de 1993 (RJ 1993, 9095), STS 3 de febrero de 1994 (RJ 1994,) y STS 14 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2854).

una cotización adicional equivalente al 0,1 por ciento, aplicado sobre la base de cotización, para la financiación de las prestaciones por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Esta cotización adicional, en el caso de empleados domésticos a tiempo completo, es por cuenta exclusiva del titular del hogar familiar.

De esta manera, para el año 2008 se pueden establecer las siguientes cuantías:

BASE DE COTIZACIÓN OBLIGATORIA: 699,90 euros			
TIPOS DE COTIZACIÓN:			
	Empleador	Empleado	Total
Trabajador fijo	18,40%	3,70%	22,10%
Trabajador parcial o discontinuo		22,10%	22,10%
CUOTA MENSUAL:			
	Empleador	Empleado	Total
Trabajador fijo	128,78 euros	25,90 euros	154,68 euros
Trabajador parcial o discontinuo		154,68 euros	154,68 euros

El art. 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las familias numerosas, regula un beneficio por la contratación de cuidadores en familias numerosas, de manera que la contratación de cuidadores en familias numerosas dará derecho a una bonificación del 45 % de las cuotas a la Seguridad Social a cargo del empleador, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, ejerzan una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar.

Cuando la familia numerosa ostente la categoría de especial, para la aplicación de este beneficio no será necesario que los dos progenitores desarrollen cualquier actividad retribuida fuera del hogar.

En cualquier caso, el beneficio indicado en el primer párrafo de este artículo sólo será aplicable por la contratación de un único cuidador por cada unidad familiar que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa.

En desarrollo de este precepto, el art. 5 del Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la citada ley regula las siguientes cuestiones.

En primer lugar, determina que tienen la consideración de cuidadores las personas físicas al servicio del hogar familiar en los que el objeto de su relación laboral especial esté constituido por servicios o actividades prestados en el hogar de las familias numerosas que tengan oficialmente reconocida tal condición al amparo de dicha ley, y que consistan exclusivamente en el cuidado

o atención de los miembros de dicha familia numerosa o de quienes convivan en el domicilio de la misma.

En segundo lugar, para tener derecho a la citada bonificación, el empleador ha de cumplir los siguientes dos requisitos:

- ✓ Acreditar ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social o Administración de la misma, correspondiente al domicilio familiar, la condición de familia numerosa, así como los servicios exclusivos del cuidador a los miembros de la familia numerosa. A tales efectos, junto con el título de familia numerosa, se acompañará declaración firmada por el empleado de hogar en tal sentido.

- ✓ Estar al corriente de pago de las cuotas a la Seguridad Social

La falta de ingreso en plazo reglamentario de las cuotas de la Seguridad Social determinará la pérdida automática de esta bonificación respecto de las cuotas correspondientes a periodos no ingresados en dicho plazo.

En tercer lugar, dichas bonificaciones serán financiadas, conjuntamente y con cargo a los presupuestos del Servicio Público Estatal de Empleo, en un 25 por ciento, y de la Tesorería General de la Seguridad Social, en el 75 por ciento restante.

En cuarto y último lugar, estas bonificaciones quedarán automáticamente en suspenso o se extinguirá cuando dejen de concurrir temporal o definitivamente las condiciones establecidas para su concesión.

En esta línea, el empleador estará obligado a comunicar a las dependencias administrativas indicadas en el apartado anterior y en el plazo de seis días a contar desde la fecha en que se produzca, cualquier modificación en su situación familiar que pueda afectar al disfrute de la bonificación. Los efectos de la modificación, respecto de la bonificación de cuotas, serán desde el día primero del mes siguiente al que se produzca aquélla.

La gestión recaudatoria se lleva a efecto por la Tesorería General de la Seguridad Social, a través de sus órganos de recaudación o colaboradores.

El ingreso lo realizará el cabeza de familia, salvo que el empleado preste sus servicios de forma parcial o discontinua para uno o varios cabezas de familia, en cuyo caso será el trabajador el responsable del ingreso de sus cuotas, aún estando en situación de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo o maternidad.

El ingreso de las cuotas de cada mes se realizará durante el mes siguiente en las oficinas recaudadoras (cualquier Entidad Financiera autorizada), presentando

el boletín de cotización denominado TC 1/50 que se le remita, lo que no obsta para que el empleado del hogar deba cumplir con su obligación de cotizar dentro del plazo reglamentario, estando a su disposición boletines de cotización en las Direcciones Provinciales y Administraciones de la Tesorería General de la Seguridad Social. El pago de las cuotas también puede domiciliarse en una Entidad Financiera, en cuyo caso, si no se pagara, se considera que ha habido presentación de los documentos de cotización en plazo.

A diferencia del régimen general en que se debe efectuar la liquidación y pago con sujeción a las formalidades o por los medios electrónicos, informáticos y telemáticos establecidos, debiendo realizar la transmisión de las respectivas liquidaciones o la presentación de los documentos de cotización dentro de los plazos establecidos aun cuando no se ingresen las cuotas correspondientes o se ingrese exclusivamente la aportación del trabajador, en la régimen especial de empleados del hogar no es necesaria dicha presentación de los documentos de cotización siempre que los sujetos obligados hayan sido dados de alta en el plazo reglamentariamente establecido. En tales casos, será aplicable lo previsto para los supuestos en que, existiendo dicha obligación, se hubieran presentado los documentos de cotización en plazo reglamentario.

Además, cuando los sujetos responsables del pago hubieran presentado los documentos de cotización dentro del plazo reglamentario, pero no hayan ingresado la cuota correspondiente, los recargos aplicables a esta serán los siguientes:

- ✓ 3 por 100 de la deuda, si se abonaran las cuotas debidas dentro del primer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.
- ✓ 5 por 100 de la deuda, si se abonaran las cuotas debidas dentro del segundo mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.
- ✓ 10 por 100 de la deuda, si se abonaran las cuotas debidas dentro del tercer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.
- ✓ 20 por 100 de la deuda si se abonaran las cuotas debidas una vez transcurrido el tercer mes siguiente al vencimiento del plazo reglamentario.

Respecto a los intereses de demora, hay que tener en cuenta que se devengarán a partir del día siguiente al del vencimiento del plazo reglamentario de ingreso de las cuotas, si bien serán exigibles una vez transcurridos quince días desde la notificación de la providencia de apremio o comunicación del inicio del procedimiento de deducción, sin que se haya abonado la deuda.

Asimismo, serán exigibles dichos intereses cuando no se hubiese abonado el importe de la deuda en el plazo fijado en las resoluciones desestimatorias de los recursos presentados contra las reclamaciones de deuda o actas de liquidación, si la ejecución de dichas resoluciones fuese suspendida en los trámites del recurso contencioso-administrativo que contra ellas se hubiese interpuesto.

Los intereses de demora exigibles serán los que haya devengado el principal de la deuda desde el vencimiento del plazo reglamentario de ingreso y los que haya devengado, además, el recargo aplicable en el momento del pago, desde la fecha en que, según el apartado anterior, sean exigibles.

El tipo de interés de demora será el interés legal del dinero vigente en cada momento del periodo de devengo, incrementado en un 25 por ciento, salvo que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca uno diferente.

En relación al aplazamiento del pago, los órganos de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme al reparto de competencias que lleve a cabo su Director General, podrán conceder aplazamientos para el pago de deudas con la Seguridad Social, a solicitud de los sujetos responsables del pago, cuando la situación económico-financiera y demás circunstancias concurrentes, discrecionalmente apreciadas por el órgano competente para resolver, les impidan efectuar el ingreso de sus débitos en los plazos y términos establecidos con carácter general.

La duración total del aplazamiento no podrá exceder de cinco años. No obstante, cuando concurren causas de carácter extraordinario debidamente acreditadas, el órgano competente podrá elevar al Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social propuesta favorable para la concesión de otro período superior, dictándose por este último, en su caso, la correspondiente resolución.

La concesión del aplazamiento, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas, dará lugar, en relación con las deudas aplazadas, a la suspensión del procedimiento recaudatorio y a que el deudor sea considerado al corriente de sus obligaciones con la Seguridad Social en orden a la obtención de subvenciones y bonificaciones, la exención de responsabilidad por nuevas prestaciones de la Seguridad Social causadas durante aquél, la contratación administrativa y a cualquier otro efecto previsto por ley o en ejecución de ella.

Vencido el plazo reglamentario sin ingreso de las cuotas debidas, la Tesorería General de la Seguridad Social reclamará al sujeto responsable el importe de dichas cuotas, incrementando su importe con el recargo que proceda.

Los importes que figuren en las reclamaciones de deudas por cuotas, impugnadas o no, deberán hacerse efectivos dentro de los plazos correspondientes.

Además, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social podrá proceder a la extensión de las actas de liquidación en las deudas por cuotas. En este caso, podrá formular requerimientos a los sujetos obligados al pago de cuotas adeudadas por cualquier causa previo reconocimiento de la deuda por aquéllos ante el funcionario actuante. En este caso, el ingreso de la deuda por cuotas

contenida en el requerimiento será hecho efectivo en el plazo que determine la Inspección, que no será inferior a un mes ni superior a cuatro meses. En caso de incumplimiento del requerimiento se procederá a extender acta de liquidación y de infracción por impago de cuotas.

Las actas de liquidación, una vez notificadas a los interesados, tendrán el carácter de liquidaciones provisionales y se elevarán a definitivas mediante acto administrativo del respectivo jefe de la unidad especializada de Seguridad Social de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, previa audiencia del interesado. Contra dichas actas liquidatorias definitivas cabrá recurso de alzada ante el órgano superior jerárquico del que las dictó.

Los importes de las deudas figuradas en las actas de liquidación serán hechas efectivas hasta el último día del mes siguiente al de su notificación, una vez dictado el correspondiente acto administrativo definitivo de liquidación.

27. Acción protectora

El capítulo V del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre de título "*Acción protectora*" regula todas las cuestiones relativas a las prestaciones a las que tienen derechos los empleados de hogar. Aunque los preceptos incluidos en este capítulo sean los que principalmente contienen las especialidades de este régimen especial, especialmente en relación a la regulación de cada una de las prestaciones en particular, es necesario complementar esta norma con la Ley General de Seguridad Social.

28. Contingencias protegidas

El art. 22.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre regula que este régimen especial cubre las contingencias y concede las prestaciones de acuerdo con la propia norma.

En esta línea, el número dos de este precepto contiene una remisión al concepto fijado en el Régimen General para las que sean comunes a ambos regímenes. A tenor de éste podrá distinguirse entre contingencias derivadas de enfermedad y accidente comunes, accidente de trabajo y enfermedad profesional.

Sin embargo, el artículo 22.3 del Decreto establece que las prestaciones que el Régimen concede en caso de accidente (de trabajo o no) serán las mismas que otorgue el Régimen General por accidente no laboral. De este modo se suprime en el ámbito de este régimen especial la noción de accidente de trabajo, que queda subsumida en la de accidente, recibiendo las prestaciones derivadas de esta contingencia el mismo tratamiento que en el Régimen General se dispensa a las derivadas de accidente no laboral²⁷⁴.

²⁷⁴ STC 38/1995, de 13 de febrero.

Esta regulación permite plantearse si la ausencia en este precepto de una referencia a la enfermedad profesional supone el mantenimiento o no de este concepto en el régimen especial. Aunque no existe una solución clara a este interrogante, si se utilizan criterios jurisprudenciales, hay que reconocer que la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que la noción de enfermedad profesional no difiere en el ordenamiento jurídico de la Seguridad Social de la de accidente de trabajo, conceptuándose como una especialidad de éste, o ambos como una unidad diferenciada²⁷⁵.

De acuerdo con este argumento, hay que considerar que la contingencia de accidente en el régimen especial comprende la noción de enfermedad profesional del Régimen General; o dicho de otra manera, las enfermedades profesionales no se reconocen en este régimen especial²⁷⁶.

A la misma conclusión se llega respecto de la noción de enfermedad de trabajo, es decir la que sin ser profesional, viene no obstante ocasionada por la realización del trabajo, es decir, aquella que se define por su conexión causal con el trabajo y por su no inclusión en el concepto de enfermedad profesional, e integrada en el concepto de accidente de trabajo. En este caso, cuando una enfermedad sea definible por su conexión con la realización del trabajo del empleado de hogar, habrá que considerar la misma en este régimen especial como derivada de accidente, a los efectos de determinar el alcance de la cobertura de la prestación correspondiente.

Vistas estas cuestiones, el art. 28.1 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regula el conjunto de prestaciones dispensadas por este régimen especial, que son las siguientes:

- ✓ Asistencia sanitaria.
- ✓ Prestaciones económicas por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- ✓ Prestaciones económicas por invalidez permanente.
- ✓ Prestaciones económicas por jubilación.
- ✓ Prestaciones económicas por muerte y supervivencia.
- ✓ Prestaciones familiares y de profesión religiosa.
- ✓ Beneficios de asistencia social.
- ✓ Servicios sociales.

De la manera general, las principales diferencias respecto al Régimen General son las siguientes:

²⁷⁵ STS 19 de mayo de 1986 (RJ 1986, 2533) y STS 25 de enero de 1991 (RJ 1991, 178).

²⁷⁶ STC 268/1993, de 20 de septiembre y STC 377/1993, de 20 de diciembre.

- ✓ Los empleados de hogar no disponen de la protección del Fondo de Garantía Salarial, conforme a la Disposición Adicional del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto²⁷⁷.
- ✓ Los empleados de hogar están excluidos de la prestación por desempleo²⁷⁸. Esta exclusión que podía tener una cierta justificación en el año 1969, bien porque no eran trabajadores por cuenta ajena o por motivos socioeconómicos, en la actualidad tiene poco sentido.
- ✓ Mantenimiento de la prestación económica por profesión religiosa.

29. Régimen general de las prestaciones

Conforme al art. 23.1 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, para causar el derecho a las prestaciones de este régimen especial, el sujeto causante deberá estar en alta o situación asimilada al alta, así como al corriente en el pago de las cuotas. A estos requisitos generales habrá que añadir, en su caso, el de poseer la carencia que se precise respecto de cada prestación.

Por tanto, a diferencia del Régimen General, pero a semejanza de otros regímenes especiales, como por ejemplo el régimen especial de trabajadores autónomos o el régimen especial agrario, la principal nota característica es el requisito de estar al corriente en el pago de las cuotas.

Conforme al art. 23.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, uno de los requisitos indispensables para causar derecho a las prestaciones se refiere a que el empleado doméstico esté en alta o situación asimilada al alta²⁷⁹. En principio, y a diferencia del derogado art. 10.1 de este Decreto que sí regulaba concretamente estos supuestos, habrá que acudir a las normas generales, concretamente el art. 125 de la Ley General de la Seguridad Social para poder aplicar este requisito.

Sin embargo, dicha exigencia ha de ser aplicada de manera matizada por una doble razón.

En primer lugar, en el Régimen General, y por tanto también aplicable a este régimen especial, se ha procedido a una relativización de esta exigencia, a partir de varias modificaciones en la Ley General de Seguridad Social. Así no se exige este requisito en los siguientes dos supuestos:

- ✓ Conforme a la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, el alta no se exige para las prestaciones por jubilación (art. 161.5) y

²⁷⁷ STSJ Madrid 5 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3231).

²⁷⁸ STSJ Cataluña 21 de septiembre de 2005 (Jur. 2006, 44924).

²⁷⁹ STSJ Asturias 12 de mayo de 1994 (AS 1994, 1889).

para la invalidez permanente absoluta y gran invalidez derivadas de contingencias comunes (art. 138.3)²⁸⁰.

- ✓ Conforme a la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el alta no se exige para causar derecho a las pensiones de viudedad y de orfandad, siempre que el causante hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años (Disposición adicional primera).

De esta manera, el requisito de alta únicamente resulta exigible en este régimen especial para causar derecho a las siguientes prestaciones:

- ✓ Prestación económica por incapacidad temporal.
- ✓ Prestaciones económicas de maternidad y paternidad.
- ✓ Prestaciones económicas de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.
- ✓ Prestación económica por incapacidad permanente parcial e incapacidad permanente total.
- ✓ Prestación económica por viudedad y orfandad, sólo cuando el causante no hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.
- ✓ Prestación económica por hijo a cargo.
- ✓ Prestación económica por profesión religiosa.

En cuanto a situaciones asimiladas al alta hay que considerar incluidas en este concepto las de cese debido a incapacidad por enfermedad, riesgo durante el embarazo, maternidad o accidente, y en tanto permanezca percibiendo la prestación de incapacidad temporal.

La jurisprudencia, realizando una interpretación extensiva de estos requisitos, ha reconocido como situación asimilada al alta los siguiente dos supuestos.

En primer lugar, el proceso de enfermedad y durante el cual, debido a su imposibilidad de trabajar, causó baja en este régimen especial y solicitó pensión de incapacidad permanente, que no llegó a serle reconocida al no asistir al reconocimiento de la UVMI por encontrarse hospitalizada y fallecer en los días siguientes²⁸¹.

En segundo lugar, a efectos de invalidez permanente se ha considerado situación asimilada al alta la de desempleo involuntario que sigue a una previa desestimación de la pensión solicitada²⁸² o que sigue a la baja en el régimen especial²⁸³, siempre que exista causa ajena a la voluntad del empleado²⁸⁴.

²⁸⁰ STSJ País Vasco 27 de julio de 2004 (Jur. 2005, 41700).

²⁸¹ STS 19 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 1885).

²⁸² STS 23 de febrero de 1999 (RJ 1999, 2018).

²⁸³ STSJ Cataluña de 7 de mayo de 2002 (AS 2002, 2120).

²⁸⁴ STSJ Andalucía/Sevilla 1 de octubre de 2003 (AS 2003, 843).

Conforme al art. 23.1 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, para causar derecho a las prestaciones, es requisito estar al corriente en el pago de las cuotas devengadas en el momento del hecho causante de la prestación solicitada²⁸⁵. Esta exigencia, que no sólo aparece en este régimen especial, sino que es común en todos los regímenes del sistema, tiene, es cierto, una serie de particularidades, derivadas de la singular forma que pueden adoptar las obligaciones de afiliación, alta y cotización en función de la modalidad que adopte la prestación de los servicios de hogar.

La consecuencia principal de la ausencia de este requisito es la imposibilidad de reconocer prestaciones en favor del trabajador o beneficiario que no se hallase al corriente en el pago de cuotas devengadas, aunque fuera una sola²⁸⁶. No obstante, esta exigencia se ha visto en cierto modo atenuada, en atención a las circunstancias especiales de ambas formas de prestación de los servicios domésticos y a su asimilación con otros regímenes del sistema.

En primer lugar, en relación al empleado de hogar que presta servicios de manera permanente y exclusiva a favor de un titular del hogar familiar, para equipararlo al resto de trabajadores por cuenta ajena afiliados al Régimen General, se dictó la Resolución de 23 de septiembre de 1983 de la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social, sobre responsabilidad en orden a las prestaciones en el Régimen Especial de Empleados del Hogar, conforme a la cual, se establecía en este régimen especial la aplicación de las normas reguladoras del Régimen General en materia de responsabilidad empresarial ante la falta de cotización, reguladas en los números segundo y tercero del art. 126 de la Ley General de la Seguridad Social, cuando el empleador fuera el obligado a cotizar, en virtud del carácter supletorio reconocido a esta norma general por el art. 1.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, y la ausencia en éste de normas específicas al respecto.

En segundo lugar, cuando el obligado a cotizar sea el empleado del hogar se consideró adecuado aplicar el régimen de advertencias establecido en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 agosto, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos y en el artículo 57.2 de la Orden Ministerial de 24 de septiembre de 1970, que lo desarrolla, a efectos de cumplir el requisito de encontrarse al corriente en el pago de las cuotas devengadas.

En la actualidad esta cuestión se halla regulada en la Disposición Adicional Trigésimo Novena de la Ley General de la Seguridad Social que presenta la siguiente regulación:

²⁸⁵ STS 14 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10079) y STS 18 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9728).

²⁸⁶ STSJ Galicia 13 de mayo de 1999 (AS 1999, 1289).

“En el caso de trabajadores que sean responsables del ingreso de cotizaciones, para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones económicas de la Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, aunque la correspondiente prestación sea reconocida, como consecuencia del cómputo recíproco de cotizaciones, en un régimen de trabajadores por cuenta ajena.

A tales efectos, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta”.

De esta manera, cuando el empleado de hogar cumple el requisito de carencia necesaria para ocasionar el derecho a una prestación, pero no está al corriente en el pago de las cuotas devengadas, la Entidad Gestora le comunicará que debe ingresar las cuotas adeudadas en el plazo de treinta días. Si el trabajador efectúa el ingreso de las mismas en el plazo concedido se le considerará al corriente en el pago a todos los efectos²⁸⁷.

Ahora bien, si el pago de las mismas lo realiza transcurrido el plazo concedido habrá que diferenciar según que la prestación consista en un pago único o subsidio temporal o bien en una pensión. Si se trata de un pago único o subsidio temporal, se le abonará la correspondiente con deducción de un 20 % de su importe. Si la prestación consiste en una pensión, su abono se producirá con efectos del primer día del mes siguiente al del ingreso de las cuotas debidas.

En todo caso, la jurisprudencia ha determinado que si el Instituto Nacional de Seguridad Social no realiza la invitación al empleado de hogar para el ingreso de las cuotas debidas, y éste lleva a cabo este ingreso, se le considera al corriente a efectos de la prestación solicitada sin ningún tipo de disminución²⁸⁸.

Además de los requisitos de estar en alta o situación asimilada al alta y estar al corriente en el pago de las cuotas, para tener derecho a las prestaciones de este régimen especial también se exige acreditar un determinado período de carencia. Conforme al art. 22.2 del Decreto, el régimen jurídico de este período será el mismo que se aplica en el Régimen General.

De esta manera, serán exigibles períodos de carencia para causar derecho a las siguientes prestaciones: prestación económica por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, maternidad, paternidad, riesgo durante el

²⁸⁷STSJ Cataluña 14 de diciembre de 1998 (AS 1998, 7326).

²⁸⁸ STSJ Comunidad Valenciana 8 de mayo de 2001 (Jur. 2001, 277254).

embarazo, riesgo durante la lactancia natural, incapacidad permanente, con precisiones²⁸⁹, jubilación, muerte y supervivencia y profesión religiosa.

En cambio, no se exige esta carencia para tener derecho a la asistencia sanitaria, a las prestaciones familiares por hijo a cargo, según el art. 180 o para las prestaciones derivadas de accidente, según el art. 124.4 de la Ley General de la Seguridad Social.

En relación al cómputo de los distintos períodos de carencia hay que tener en cuenta las siguientes reglas reguladas en el art. 124 de la Ley General de Seguridad Social:

- ✓ Sólo serán tenidas en cuenta las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas, como por ejemplo puede ser el período de excedencia con reserva de puesto de trabajo por cuidado de hijos o familiares²⁹⁰.
- ✓ Serán computables las cuotas correspondientes a la situación de incapacidad temporal
- ✓ Se aplica la doctrina de los días-cuota. Ahora bien, estos días abonados en razón de las gratificaciones extraordinarias sólo pueden computarse a partir del día 1 de enero de 1986, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto²⁹¹.

Además de estas reglas, se han de incluir las siguientes dos especialidades.

En primer lugar, las cuotas abonadas correspondientes a períodos anteriores a la fecha de efectividad de la afiliación o alta no se computarán a efectos de calcular el cumplimiento del requisito de cotización previa, según el art. 23.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre.

Dos son las cuestiones que hay que tener en cuenta en relación a esta circunstancia.

- ✓ Esta regla se ha de considerar sólo aplicable a los trabajadores del hogar a tiempo parcial o discontinuo, ya que respecto de los empleados de hogar permanentes y exclusivos habrá que considerar que el retraso en la afiliación o alta ocasiona la exigencia de responsabilidad al empleador, sin que ello pueda ocasionar perjuicio al trabajador, de acuerdo con la

²⁸⁹ GARCIA NINET, "La invalidez permanente total de los empleados de hogar y su período de carencia (Consideraciones y propuestas al hilo de la sentencia 268/1993, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 20 de septiembre de 1993)", Tribunal Social, número 35, 1993, págs. 33 ss.

²⁹⁰ STSJ Andalucía/Sevilla 1 de octubre de 2002 (AS 2003, 843).

²⁹¹ STS 26 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1509).

regulación contenida en el art. 126.2 de la Ley General de Seguridad Social.

- ✓ Este requisito, en la actualidad no presenta una clara justificación, especialmente de acuerdo con la Disposición Adicional Novena de la Ley General de la Seguridad Social, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos son válidas las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores al alta pero exigibles por ejercicio de la actividad autónoma durante ellos, una vez ingresadas con los recargos correspondientes

En segundo lugar, conforme al art. 23.3 del Decreto, de los ingresos realizados fuera de plazo por los empleados de hogar, correspondientes a períodos en los que el empleado de hogar haya figurado en alta en este régimen, *“sólo se computarán, a efectos de completar los períodos de cotización para aquellas prestaciones que los tengan establecidos y a los de determinar el porcentaje de la pensión de vejez en función de los años de cotización, las cuotas que correspondan al período inmediatamente anterior a la fecha de pago y hasta un máximo de seis mensualidades²⁹²”*.

Es evidente que esta regla sólo se aplica en aquellos casos en que los empleados de hogar prestan sus servicios a tiempo parcial, ya que en los supuestos de dedicación permanente y exclusiva, la obligación de cotizar recae en el empleador, por lo que el incumplimiento de sus obligaciones no puede tener repercusión negativa para el empleado doméstico.

El art. 24 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regula el carácter de las prestaciones en general a otorgar en este régimen especial. Sin embargo, hay que tener en cuenta que dicha regulación estaba absolutamente conectada con el art. 22 de la Ley de Seguridad Social del año 1966, en la actualidad derogado. Por esta razón, la relación se ha de dar con el actual art. 40 de la Ley General de Seguridad Social, que es el precepto que regula todas estas cuestiones.

Ahora bien, este precepto presenta importantes diferencias respecto al art. 24 del Decreto, por lo que debe reinterpretarse esta materia de la siguiente manera.

En primer lugar, en cuanto a la cesión, embargo, retención, compensación o descuento, el número primero de este precepto presenta la siguiente regulación:

“1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 22 de la Ley de la Seguridad Social, las prestaciones, otorgadas por este Régimen Especial no podrán ser objeto de cesión total o parcial, embargo, retención, compensación o descuento, salvo en los dos casos siguientes:

a) En orden al cumplimiento de las obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos.

²⁹² STSJ Andalucía/Málaga 15 de julio de 1991 (AS 1991, 4204).

b) Cuando se trate de obligaciones o responsabilidades contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social”.

De esta manera, en la actualidad hay que entender que no caben estas circunstancias, excepto en relación al embargo, salvo en dos muy concretos:

- ✓ En orden al cumplimiento de obligaciones alimenticias a favor del cónyuge e hijos.
- ✓ Cuando se trate obligaciones contraídas por el beneficiario dentro de la Seguridad Social, teniendo en cuenta, especialmente, las cuestiones relativas a reintegro de las prestaciones indebidas²⁹³.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la prohibición de embargo, en el art. 24.1 del Decreto presentaba la misma regulación que el resto de supuestos. Sin embargo, el contenido del art. 22 de la Ley de 1966 fue sometido, principalmente, a las siguientes dos interpretaciones jurisprudenciales, que ocasionaron la regulación actual del art. 40 de la Ley General de la Seguridad Social.

- ✓ El Tribunal Constitucional declaró inconstitucional este precepto en cuanto en el mismo se prohibía de manera incondicionada y al margen de su cuantía el embargo de las prestaciones de la Seguridad Social y declaró la posibilidad de embargo de estas prestaciones en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁹⁴.
- ✓ El Tribunal Supremo estableció que la inembargabilidad del salario mínimo interprofesional regulada en el art. 1449 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no se aplica en los casos de compensación y descuentos acordados por las Entidades Gestoras en razón a cantidades indebidamente percibidas.

Por estas razones, este precepto hay que considerarlo también afectado por estas sentencias, y en este sentido, en la actualidad esta materia debe regirse por la redacción del último párrafo del número primero del art. 40 de la Ley General de Seguridad Social, conforme al cual se establece la remisión a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De esta manera, esta cuestión se rige por el art. 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que presenta la siguiente redacción:

“1. Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional.

²⁹³ STSJ Asturias 15 de enero de 1993 (AS 1993, 69).

²⁹⁴ STC 113/1989, de 22 de junio.

2. Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional se embargarán conforme a esta escala:

1. Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 %.
2. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 %.
3. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 %.
4. Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 %.
5. Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 %.

3. Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas ellas para deducir una sola vez la parte inembargable. Igualmente serán acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase, circunstancia que habrán de acreditar al tribunal.

4. En atención a las cargas familiares del ejecutado, el tribunal podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 % en los porcentajes establecidos en los números 1, 2, 3 y 4 del apartado 2 del presente artículo.

5. Si los salarios, sueldos, pensiones o retribuciones estuvieron gravados con descuentos permanentes o transitorios de carácter público, en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social, la cantidad líquida que percibiera el ejecutado, deducidos éstos, será la que sirva de tipo para regular el embargo”.

En tercer lugar, respecto a la exención de las percepciones derivadas de la acción protectora de este régimen especial de toda clase de contribución, impuesto, tasa o exacción parafiscal, el número segundo del art. 24 del Decreto establecía que estas percepciones estaban “*exentas de toda contribución, impuesto, tasa o exacción parafiscal*”. Este precepto ha de considerarse derogado por aplicación de las diversas normas reguladoras del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas.

De esta manera, se debe aplicar el número dos del art. 40 de la Ley General de Seguridad Social que establece que estas percepciones “*estarán sujetas a tributación en los términos establecidos en las normas reguladoras de cada impuesto*”. Concretamente al Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, considera, en su art. 17.2 como rendimientos íntegros del trabajo las “*prestaciones percibidas por los beneficiarios de mutualidades generales obligatorias de funcionarios, colegios de huérfanos y otras entidades similares*”, salvo “*las prestaciones reconocidas al contribuyente por la Seguridad Social o por las entidades que la sustituyan como consecuencia de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez*”, las prestaciones

familiares y *“las prestaciones percibidas por entierro o sepelio, con el límite del importe total de los gastos incurridos”*, que son declaradas rentas exentas en el art. 7 de esta Ley.

En cuarto lugar, según el art. 24.3 del Decreto, con redacción semejante a la del art. 40.3 de la Ley General de la Seguridad Social, no podrá exigirse ninguna tasa fiscal o parafiscal ni derecho de ninguna clase por las informaciones o certificados que hayan de facilitar la entidad gestora o los organismos administrativos o judiciales, o de cualquier otra clase, en relación con las prestaciones otorgadas por este régimen especial.

A los efectos del cálculo de prestaciones económicas, establece el art. 25 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, que la base de cotización será en este Régimen Especial la tarifa mínima de cotización que para los trabajadores mayores de dieciocho años haya estado vigente en cada momento en el Régimen General.

La determinación en esa manera de la base de cotización a efectos del cálculo de prestaciones tenía su sentido con el inicial sistema de cotización establecido para este régimen especial por el art. 15 de este Decreto, en el que no existían bases de cotización.

Sin embargo, este sistema quedó sustancialmente alterado por el Decreto 825/1976, de 22 de abril, hoy derogado, de modo que no podía ya identificarse la base de cotización con la tarifa mínima señalada, sino con la que en cada momento viniera establecida, iniciando este sistema con la aplicación de un tipo del 10 por ciento de la base mínima del Régimen General, que ha ido ascendiendo hasta el actual 22 por ciento.

En cuanto a la base, se da la circunstancia de que dicha base de cotización ha venido coincidiendo con la base mínima aplicable a trabajadores de 18 ó más años, por ejemplo, en el año 2007 fueron 644,10 euros. Sin embargo, para el año 2008, la base de cotización es de 699,90 y la base a efectos del cálculo de las prestaciones es 700 euros.

Es evidente que a pesar de esta coincidencia, la regulación actual del art. 24 del Decreto podría suponer disfunciones importantes en caso de volver a establecer diferentes cuantías.

Finalmente, no se debe olvidar que la base reguladora de las distintas prestaciones se calcula a partir de dicha base de cotización. Concretamente, el art. 34 del Decreto, aplicable de manera supletoria cuando no exista una regulación específica en una prestación concreta, regula que la base reguladora para determinar la cuantía de las pensiones causadas por los empleados de hogar, en alta o en situación asimilada al alta, será el cociente que resulte de dividir por veinticuatro la suma de las bases a que se refiere el artículo 25,

correspondientes a mensualidades cotizadas por el interesado durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegido por el interesado dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha en que se cause el derecho a la pensión.

El art. 26 del Decreto regula la totalización, siempre que no se superpongan, de los períodos de cotización cubiertos, sucesiva o alternativamente, en el Régimen General, en el Régimen Especial Agrario, en el anterior Régimen Especial de Trabajadores Ferroviarios y en este régimen especial, en orden a la adquisición, mantenimiento o recuperación del derecho a las prestaciones, las cuales serían normalmente reconocidas por la Entidad Gestora del régimen al que el trabajador estuviera cotizando al tiempo de solicitarlas.

Ahora bien, el actual sistema no puede limitarse a este precepto, sino que ha de ser interpretado en función de dos normas más que tienen como único objeto el cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de la Seguridad Social: el Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre y el Real Decreto 691/1991, de 12 de abril.

De esta manera, la totalización de cotizaciones será posible cuando se refiera a prestaciones comunes a los distintos regímenes, según el art. 2 del Real Decreto 691/1991, de 12 de abril, no así cuando se trate de prestaciones singulares de algún o algunos de ellos, en cuyo caso sólo podrán totalizarse las cotizaciones efectuadas a aquellos a los que sea común la prestación de que se trate, en particular hay que señalar la prestación por profesión religiosa de aplicación solo en este régimen especial.

Además, la totalización o cómputo recíproco de cotizaciones podrá efectuarse a instancias del interesado cuando sea precisa para ocasionar el derecho a la prestación de que se trate, a efectos de completar los períodos de cotización necesarios, o cuando su toma en consideración incida en la cuantía de la prestación resultante, conforme al art. 4 de este Real Decreto, debiendo estarse para ello a lo dispuesto en la normativa general.

Concretamente, hay que distinguir dos supuestos diferentes en relación al cómputo recíproco de cotizaciones cuando el empleado de hogar tiene acreditados, de manera sucesiva o alternativa, períodos de cotización en este régimen especial y en cualquier otro régimen del sistema de Seguridad Social.

En primer lugar, las pensiones de incapacidad permanente, jubilación y muerte y supervivencia son reconocidas, según sus propias normas, por la Entidad Gestora del Régimen donde el empleado de hogar o trabajador estuviese cotizando al tiempo de solicitar la prestación, teniendo en cuenta la totalización de períodos, según la letra a) del art. 26.2 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre.

Para que el empleado de hogar o trabajador cause derecho a la pensión en el

régimen a que estuviese cotizando en el momento de solicitar la prestación será inexcusable que reúna los requisitos de edad, períodos de carencia y cualesquiera otros que en el mismo se exijan, computando a tal efecto solamente las cotizaciones efectuadas en dicho Régimen. Ahora bien, en caso contrario, causará derecho a la pensión en el régimen que hubiese cotizado anteriormente, siempre que en el mismo reúna los requisitos exigidos por el mismo, computándose sólo las cotizaciones a él efectuadas. Los mismos requisitos se aplicarán respecto de los restantes regímenes.

Sólo cuando el empleado de hogar o trabajador no hubiese reunido en ninguno de los regímenes, computadas separadamente las cotizaciones a ellos efectuadas, los períodos de carencia precisos para causar derecho a la pensión, podrán sumarse a tal efecto las cotizaciones efectuadas a todos. En tal caso, la pensión se otorgará por el Régimen en que tenga acreditado mayor número de cotizaciones, conforme a la letra c) del art. 26.2 del Decreto²⁹⁵.

Sobre esta cuestión existe una cierta confusión entre la jurisprudencia ya que, mientras unas sentencias integran todas las cotizaciones²⁹⁶, otras no integran las correspondientes al régimen especial, pero sí respecto el Régimen General²⁹⁷, y otras niegan la posibilidad de ningún tipo de integración²⁹⁸.

En todo caso, de acuerdo con el art. 26.3 del Decreto, la Entidad Gestora del régimen que reconozca la pensión, sobre la base de la cuantía resultante, distribuirá su importe con la de los otros regímenes de Seguridad Social, a prorrata con la duración de los períodos cotizados en cada uno de ellos. Ahora bien, si la cuantía de la pensión a la que pueda tener derecho por los períodos computables en virtud de las normas de uno solo de los regímenes de Seguridad Social fuese superior al total de la que resultare a su favor, la Entidad Gestora de dicho régimen le concederá un complemento igual a la diferencia.

En segundo lugar, respecto a las restantes prestaciones, el período de carencia exigido puede integrarse totalizando los distintos períodos de cotización acreditados en cada régimen, *“otorgándose, en tal caso, dichas prestaciones por el Régimen en que se encuentre en alta el empleado de hogar en el momento de producirse el hecho causante y siempre que tuviera derecho a ellas, de acuerdo con las normas propias de dicho Régimen”*, según el art. 26.4 del Decreto.

Una de las cuestiones que más problemas ha planteado es la de saber si las cotizaciones efectuadas al antiguo Montepío del Servicio Doméstico sirven o no para tener derecho a la pensión del SOVI.

²⁹⁵ STSJ Murcia 31 de julio de 1989 (AS 1989, 2213 O).

²⁹⁶ STSJ Cataluña 29 de noviembre de 2005 (Jur. 2005, 35459).

²⁹⁷ STSJ Castilla-La Mancha 18 de enero de 1993 (AS 1993, 141).

²⁹⁸ STSJ Cataluña 21 de febrero de 2003 (AS 2003, 1942).

La Orden de 2 de febrero de 1940 exige la cotización efectiva de 1.800 días y, por su parte, la Disposición transitoria segunda de la Ley General de la Seguridad Social regula que para causar las prestaciones SOVI ha de tenerse en uno de enero de 1967, cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez, sin que esta cotización mínima sea sustituible por período trabajado o período en alta²⁹⁹.

Aunque tal teoría pudiera haber quedado algo en entredicho en la medida en que hasta el Decreto de 4 de junio de 1959 no se estableció la responsabilidad empresarial por incumplimiento de sus obligaciones y era aplicable la compensación de culpas para ese período³⁰⁰, lo que quizá cabría interpretar como que, una vez desaparecida dicha compensación, debido a la obligación empresarial de cotizar que dispuso aquella norma, podría operar la responsabilidad de la patronal incumplidora³⁰¹.

En estos casos, se suele tratar de una empleada de hogar afiliada al Montepío Nacional del Servicio Doméstico, en el que no consta la existencia de cualquier incumplimiento empresarial, ni siquiera se suele demandar a ningún empleador para el que pudiera haber prestado servicios durante los períodos de alta sin cotización y que, en hipótesis al menos, en el caso de que tales servicios no lo fueran en régimen de exclusividad, tal vez no tuviera responsabilidad alguna en la falta de cotización.

Hay que tener en cuenta en esta cuestión que, aunque las cotizaciones efectuadas al antiguo Montepío del Servicio Doméstico sirven para lucrar vejez-SOVI³⁰², no cabe incrementar los días realmente cotizados con los denominados «días-cuota» porque éstos se calculan conforme a las pagas extraordinarias que correspondan a cada actividad sectorial en el momento del devengo³⁰³, por lo que, al no poderse computar a los empleados de hogar las pagas extras sino a partir del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que las creó al regular su relación como laboral especial, pues con anterioridad tal relación no era laboral y no tenía establecidos dichos devengos, los repetidos días-cuota no pueden tomarse en consideración para incrementar el período mínimo de cotización del SOVI³⁰⁴.

No tendría sentido, en fin, excluir los días-cuota para el Régimen General hasta el año 1986 y, por el contrario, computarlos para el SOVI, cuando en ninguno de ambos sistemas los trabajadores percibían gratificaciones extraordinarias.

De la misma manera que el art. 122.1 de la Ley General de Seguridad Social, rige en este régimen especial el principio de incompatibilidad entre las

²⁹⁹ STS 16 de marzo de 1992 (RJ 1992, 4465) y STS 30 de enero de 1996 (RJ 1996, 488).

³⁰⁰ STS 3 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 9629).

³⁰¹ STS 14 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7558) y STS 28 de mayo de 1993 (RJ 1993, 5320).

³⁰² STS 29 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3419).

³⁰³ STS 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5528).

³⁰⁴ STS 4 de mayo de 1992 (RJ 1992, 35059) y STS 14 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2854).

pensiones que se conceden a sus beneficiarios, salvo que expresamente se disponga lo contrario. De esta manera, cuando en un beneficiario concurra el derecho a más de una pensión, deberá éste optar necesariamente por una de ellas, según el art. 27 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre³⁰⁵.

Ahora bien, nada impide a que el empleado del hogar resulte beneficiario de más de una pensión siempre que cada una de ellas lo sea de un diferente régimen de Seguridad Social y que los períodos cotizados en un régimen no haya sido objeto de totalización para lucrar la pensión en el otro, por ejemplo, entre una pensión de la Mutualidad Nacional Agraria de la Seguridad Social y la pensión de invalidez de este régimen especial³⁰⁶ o la pensión de incapacidad permanente en este régimen especial y la pensión de orfandad en el Régimen General³⁰⁷.

En este caso, el importe conjunto a percibir por las varias prestaciones que sujeto a los límites que se establecen de manera anual en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado como consecuencia del señalamiento inicial de las pensiones públicas y si la suma de todas ellas excede de la citada cantidad, “*se reducirán proporcionalmente hasta absorber dicho exceso*”, conforme el art. 42.Dos de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008.

En la actualidad dicha cuantía es de 2.384,51 euros, entendiendo esta cantidad referida al importe de una mensualidad ordinaria, sin perjuicio de las pagas extraordinarias que pudieran corresponder, según el art. 3.2 del Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones sociales públicas para el ejercicio 2008.

Además, también hay que tener en cuenta las reglas de incompatibilidad entre el percibo de determinadas prestaciones en este régimen especial y la realización de trabajo. Así, existe esta incompatibilidad cuando el empleado del hogar percibe prestaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural y jubilación. Sin embargo, es compatible con el trabajo el percibo de pensiones de incapacidad permanente, de viudedad y de orfandad.

30. Asistencia sanitaria

El régimen jurídico de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho los empleados del hogar se halle regulado en el art. 29 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, con el siguiente contenido:

³⁰⁵ STSJ Cantabria 27 de junio de 1995 (AS 1995, 2283).

³⁰⁶ STS 23 de junio de 1981 (RJ 1981, 2876).

³⁰⁷ STSJ Cataluña 17 de mayo de 1993 (AS 1993, 2512).

“1. La asistencia sanitaria por maternidad, enfermedad y accidente será facilitada al empleado de hogar y a sus familiares beneficiarios, en su caso, por la organización de los servicios sanitarios del Instituto Nacional de Previsión.

2. La Mutualidad de Empleados de Hogar satisfará al Instituto Nacional de Previsión la cuota mensual que fije el Ministerio de Trabajo.

3. A los empleados de hogar españoles que, como consecuencia de lo dispuesto en el número 4 del artículo 2., del presente Decreto, estén en alta en este Régimen Especial, sólo les será facilitada la asistencia sanitaria por esta Mutualidad durante los períodos que residan dentro del territorio nacional”.

Como se puede comprobar, este precepto está totalmente obsoleto, aunque sólo sea porque los dos organismos enunciados han desaparecido. En todo caso, sólo es aplicable el número tercero del mismo que determina que respecto a los empleados de hogar españoles que estén al servicio de representantes diplomáticos, consulares y funcionarios del Estado oficialmente destinados fuera de España, *“sólo les será facilitada la asistencia sanitaria por esta Mutualidad durante los períodos que residan dentro del territorio nacional”*. Por lo que, cuando se encuentren en el extranjero la asistencia sanitaria la han de recibir con cargo a la institución competente en el país en el que presten sus servicios.

Realizada esta precisión, es evidente que la prestación de asistencia sanitaria en este régimen especial presenta la misma estructura que en el Régimen General, teniendo en cuenta las siguientes cuestiones.

El objeto de la prestación consiste en servicios médicos y farmacéuticos necesarios para conservar o restablecer la salud de las personas protegidas, y su aptitud para el trabajo, así como servicios de recuperación física y, en algunos casos, prótesis y aparatos ortopédicos.

Son titulares del derecho tanto los trabajadores afiliados y en alta o en situación asimilada a la de alta. A los efectos de esta prestación, se considera en alta de pleno derecho a los trabajadores aunque el empresario incumpla sus obligaciones, como los pensionistas y perceptores de prestaciones periódicas de la Seguridad Social, salvo las prestaciones familiares por hijo a cargo.

Son beneficiarios, el cónyuge de los titulares del derecho o persona que conviva maritalmente, al menos con un año de antelación a la solicitud, así como los hijos de ésta, los descendientes, tanto del titular como del cónyuge, cualquiera que sea su filiación legal, hermanos y acogidos de hecho, sin límite de edad, los hijos adoptivos y durante el período de acogimiento familiar del menor, hasta la formalización de la adopción, así como los ascendientes del titular y de su cónyuge.

En todo caso, estas personas para poder ser beneficiarios han de cumplir con los siguientes requisitos:

- ✓ Vivir con el titular y a sus expensas.
- ✓ No realizar trabajo remunerado, ni percibir renta patrimonial ni pensión superior al doble del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM).
- ✓ No tener derecho por título distinto a recibir asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Las contingencias cubiertas son las siguientes:

- ✓ Enfermedad
- ✓ Accidente
- ✓ Maternidad
- ✓ Riesgo durante el embarazo
- ✓ Riesgo durante la lactancia natural

El derecho a la prestación nace el día de la afiliación y se hace efectivo a partir del día en que se inicie la actividad laboral. En cuanto a su duración hay que distinguir las siguientes dos categorías.

Los pensionistas, trabajadores en alta y familiares de ambos, mientras dure el proceso patológico.

Los trabajadores dados de baja y familiares que se encuentren en las siguientes situaciones asimiladas al alta:

- ✓ Conservan el derecho a que se inicie la prestación durante noventa días, a partir de la baja, siempre que se hubiera permanecido en alta en el mismo un mínimo de noventa días, durante los trescientos sesenta y cinco días anteriores a la baja. Una vez iniciada, podrá prolongarse la prestación durante treinta y nueve semanas para el titular y veintiséis si se trata de beneficiarios. Si la prestación de asistencia sanitaria se hubiera iniciado antes de producirse la baja, se prolongará el disfrute de la misma durante cincuenta y dos semanas para el trabajador y treinta y nueve semanas para los beneficiarios.
- ✓ Si no hubiera estado en alta los referidos noventa días, no existe derecho a iniciar asistencia sanitaria después de la baja, pero sí a prolongar la iniciada con anterioridad a aquélla, hasta treinta y nueve semanas en cuanto al trabajador y veintiséis respecto a los beneficiarios.
- ✓ Excedentes por cuidado de familiares y excedentes para atender el cuidado de cada hijo durante el primer año con reserva de puesto de trabajo.

Las prestaciones varían en función de la contingencia determinante, aunque en general comprenden las siguientes modalidades:

1) Atención primaria

Comprende las siguientes prestaciones: 1) Asistencia en consultas, servicios y centros de salud, así como en el domicilio del enfermo, 2) Prescripción y realización de pruebas y medios diagnósticos básicos, 3) Actividades en materia de educación sanitaria, exámenes de salud, vacunaciones y otras actividades programadas para la prevención de enfermedades, la promoción de la salud o la rehabilitación, 4) Tratamientos parentales, curas y cirugía menor, 5) Además de toda una serie de prestaciones, tales como, entre otras, atención a la mujer, atención a la infancia, atención al adulto y anciano, atención de urgencia y atención a la salud buco-dental.

2) Atención especializada

Una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de la atención primaria, la atención y asistencia especializada comprenderá, principalmente, las siguientes modalidades: 1) Asistencia ambulatoria especializada en consultas, 2) Asistencia ambulatoria en hospitales de día, 3) Asistencia especializada en régimen de hospitalización, 4) Atención de la salud mental y la asistencia psiquiátrica, 5) Atención y servicios de urgencia hospitalaria.

El acceso a la asistencia especializada se realizará por medio de la asistencia ambulatoria, por indicación del médico de atención primaria, por medio de la asistencia en régimen de hospitalización o por los servicios hospitalarios de referencia, por indicación de los demás servicios especializados.

3) Prestaciones farmacéuticas

Comprende todo tipo de medicamentos, con determinadas excepciones legales referidas, sobre todo, a perfumería y dietética. Su dispensación será gratuita cuando se administren en instituciones sanitarias de la Seguridad Social y para pensionistas.

Cuando se trate de medicamentos de uso frecuente en enfermedades concretas y de carácter crónico, marcadas con un distintivo y recogidas en un listado, el beneficiario pagará el 10 por 100 del precio, sin que la aportación total supere los 2,64 euros. En las restantes especialidades farmacéuticas la participación del beneficiario será del 40 por 100 del precio de venta al público.

4) Prestaciones complementarias

Son aquéllas que suponen un elemento adicional y necesario para la consecución de una asistencia completa y adecuada. Tienen esta consideración las prestaciones ortoprotésicas, el transporte sanitario en situaciones de urgencia que impliquen daño irreparable para la salud o cuando exista imposibilidad física del interesado, los tratamientos dietoterápicos complejos y la oxigenoterapia a domicilio.

Salvo en los supuestos de desplazamientos temporales, la asistencia sanitaria se presta en la localidad de residencia del trabajador en régimen de ambulatorio, hospitalización o a domicilio.

El trabajador podrá elegir al médico general y pediatra de familia que le interese, dentro de la misma Área de Salud o dentro de su localidad, siempre que ésta supere los 250.000 habitantes y el médico elegido no tenga cubierto el cupo de pacientes asignados. También podrá elegir médico especialista en determinadas especialidades.

En cuanto a la gestión, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria es competencia del Instituto Nacional de Seguridad Social. La condición de beneficiarios de los familiares del titular del derecho deberá ser solicitada por éste al tiempo de la afiliación o del alta inicial y el reconocimiento del derecho de los pensionistas y de sus beneficiarios se realizará mediante expedición de documento que acredite su derecho. En todos los casos, la solicitud debe acompañarse del libro de Familia o certificado del Registro Civil que acredite el parentesco con el titular.

En conclusión, siendo aplicable la regulación determinada para el Régimen General, las especialidades del régimen especial se pueden concretar en las siguientes:

- ✓ En cuanto a los requisitos se exige estar al corriente de pago de las cuotas.
- ✓ No cabe la aplicación de las especialidades en la asistencia sanitaria por contingencias profesionales; si bien es cierto que las diferencias respecto al contenido de esta prestación por contingencias comunes es inexistente.
- ✓ No cabe la gratuidad de los medicamentos para los empleados del hogar que estén prestando servicios.
- ✓ La asistencia sanitaria no puede ser prestada por una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

31. Incapacidad temporal

Conforme a la primera parte del art. 30 del Decreto, *“la prestación económica por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad, maternidad o accidente se otorgará en los supuestos, durante el tiempo y con los requisitos que la regulan en el Régimen General”*.

El contenido de este precepto debe ser interpretado bajo las siguientes dos condiciones: 1) Ha de actualizarse la nomenclatura, especialmente en lo que se refiere al concepto de incapacidad temporal y ha de ubicarse en su lugar la prestación de maternidad. 2) La aparente coincidencia entre los dos regímenes se ha de matizar, ya que el régimen especial contiene algunas especialidades.

La incapacidad temporal es aquella situación en la que se encuentran los trabajadores impedidos temporalmente para trabajar debido a enfermedad o accidente, mientras reciban asistencia sanitaria de la Seguridad Social, siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

- ✓ Estar afiliado y en alta en la Seguridad Social o en situación asimilada a alta³⁰⁸.
- ✓ Estar al corriente en el pago de las cuotas, sólo cuando el empleado doméstico es el sujeto obligado a cotizar.
- ✓ Tener cubierto un período de cotización de 180 días en los cinco años anteriores al hecho causante, en caso de enfermedad³⁰⁹.

En el caso de los trabajadores contratados a tiempo parcial se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias.

En cambio, por accidente, no se requiere período previo de cotización.

La prestación consiste en un subsidio cuya cuantía se calcula aplicando a la base reguladora un determinado porcentaje.

En primer lugar, la base reguladora es el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de inicio de la incapacidad por el número de días a que dicha cotización se refiere, normalmente, 30, siempre que el empleado doméstico tenga salario mensual, según el art. 13.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio.

No obstante, si el empleado inicia su prestación laboral en el mismo mes en que se inicia la incapacidad, se toma para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se toma como divisor los días efectivamente cotizados, cuando el trabajador no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

En todo caso, en relación a los empleados domésticos contratados a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la prestación de servicios, la base reguladora diaria es la que resulte de dividir la suma de las bases de cotización

³⁰⁸ STSJ Cataluña 13 de diciembre de 1995 (AS 1995, 4913).

³⁰⁹ STSJ Andalucía/Sevilla 30 de septiembre de 1999 (AS 1999, 6895).

acreditadas durante los tres meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre el número de días efectivamente trabajados y, por tanto, cotizados en dicho período.

La prestación se abona durante los días contratados como de trabajo efectivo en los que el trabajador permanezca en situación de incapacidad temporal.

El porcentaje, a diferencia del Régimen General, es fijo, ya que consiste en el 75 por 100 de la base reguladora, según el art. 2 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre.

No hay que olvidar que conforme al art. 46.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, el empleado de hogar es el único sujeto obligado a cotizar mientras dure toda el período de esta prestación, excepto el mes en que se inicie, que se rige por el sistema que corresponda según se trate de una prestación de servicios de manera exclusiva y permanente o de manera parcial o discontinua.

En relación al nacimiento de la prestación, también existe aquí una diferencia fundamental en relación al Régimen General, ya que en este régimen especial la prestación se comienza a percibir, según el art. 30 *in fine* del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, *“desde el vigésimo noveno día, contado a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente”*.

La duración máxima de la prestación es de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos el trabajador pueda ser dado de alta médica por curación. Para la determinación del período máximo se computan los de recaída, así como los períodos de observación. Se considera que existe recaída en un proceso anterior cuando se trate de la misma etiología y no se haya producido un período de actividad laboral intermedia superior a seis meses.

Agotado el plazo de duración de doce meses, el Instituto Nacional de la Seguridad Social es el único competente para reconocer la prórroga con el límite de seis meses más, para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien, para emitir el alta médica.

En los casos de alta médica, el interesado puede, frente a la resolución recaída, en el plazo máximo de cuatro días naturales, manifestar su disconformidad ante la inspección médica del servicio público de salud, la cual, si discrepa del criterio de la entidad gestora, tiene la facultad de proponer, en el plazo máximo de siete días naturales, la reconsideración de la decisión de aquella, especificando las razones y fundamento de su discrepancia.

Si la inspección médica se pronuncia confirmando la decisión de la entidad gestora o si no se produce pronunciamiento alguno en el plazo de los once días

naturales siguientes a la fecha de la resolución, adquiere plenos efectos la mencionada alta médica. Durante el período de tiempo transcurrido entre la fecha del alta médica y aquella en la que la misma adquiriera plenos efectos se considera prorrogada la situación de incapacidad temporal.

Si, en este plazo máximo, la inspección médica hubiera manifestado su discrepancia con la resolución de la entidad gestora, ésta se ha de pronunciar expresamente en el transcurso de los siete días naturales siguientes, notificando la correspondiente resolución al interesado, que ha de ser también comunicada a la inspección médica. Si la entidad gestora, en función de la propuesta formulada, reconsidera el alta médica, se reconoce al interesado la prórroga de su situación de incapacidad temporal a todos los efectos. Si, por el contrario, la entidad gestora se reafirma en su decisión, para lo cual ha de aportar las pruebas complementarias que fundamenten aquélla, sólo se prorroga la situación de incapacidad temporal hasta la fecha de la última resolución.

En todo caso, durante los seis meses siguientes al alta médica, el Instituto es el único competente para determinar si una nueva baja médica por la misma o similar patología tiene o no efectos económicos.

Sólo puede generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses, o si el Instituto a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal.

Cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo máximo fijado de dieciocho meses, se ha de examinar necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación en el grado que corresponda, como inválido permanente.

No obstante, en aquellos casos en que continúe la necesidad de tratamiento médico, por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del empleado doméstico, con vistas a su reincorporación laboral, haga aconsejable demorar la calificación de incapacidad permanente, ésta puede retrasarse por el período que se precise, que en ningún caso puede rebasar los 24 meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal.

Durante la duración de estos dos períodos, una vez agotado el plazo de duración máximo de dieciocho meses de la incapacidad temporal, no subsiste la obligación de cotizar³¹⁰.

³¹⁰ STSJ Andalucía/Málaga 6 de febrero de 1998 (AS 1998, 975).

Sólo en este supuesto no se exige para el reconocimiento de la pensión de incapacidad permanente durante seis meses, un período de cotización distinto al establecido para la incapacidad temporal.

En el supuesto de alta médica anterior al agotamiento del plazo máximo de duración de la situación de incapacidad temporal, sin que exista ulterior declaración de incapacidad permanente, subsiste la obligación de cotizar mientras no se extinga la relación laboral o hasta la extinción del plazo máximo de duración de la incapacidad temporal³¹¹.

El derecho a la prestación se puede extinguir por incomparecencia injustificada a exámenes y reconocimientos médicos establecidos por los médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, por fallecimiento, por el transcurso de los plazos máximos establecidos, por reconocimiento de pensión de jubilación o por ser dado de alta el empleado doméstico, con o sin declaración de incapacidad permanente.

Asimismo, este derecho puede ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, cuando trabaje por cuenta propia o ajena o cuando, sin causa razonable, el beneficiario rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado.

En este régimen especial, tanto el reconocimiento del derecho, como el pago del subsidio corresponden al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

En cuanto a la tramitación de la prestación, se rige por las normas generales contenidas en el Real Decreto 575/1997, de 18 de abril y la Orden de 19 de junio de 1997, que lo desarrolla, con unas especialidades reguladas en el art. 5 de esta norma.

La declaración de baja médica, a efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, se formula en el correspondiente parte médico de baja expedido por el médico del Servicio Público de Salud que haya efectuado el reconocimiento médico.

El original del parte médico de baja, en el que debe constar, necesariamente, el diagnóstico, la descripción de la limitación en la capacidad funcional y la duración probable del proceso patológico, se destina a la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano correspondiente del Servicio Público de Salud, y se entregan al empleado doméstico dos copias del mismo. Corresponde al interesado remitir a la Entidad Gestora la copia de los partes, utilizando para ello la copia destinada a la empresa en un plazo, como máximo, de cinco días desde que fue expedido dicho parte.

³¹¹ STSJ Galicia 26 de febrero de 2004 (Jur. 2004, 122377).

Conforme al art. 43 de la Ley General de la Seguridad Social, el derecho al reconocimiento a esta prestación prescribe a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de dicha prestación y los efectos de este reconocimiento se produce a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud³¹².

Los partes de confirmación de la baja se expiden al cuarto día del inicio de la situación de incapacidad y sucesivamente, mientras ésta se mantenga, cada siete días, contados a partir del primer parte de confirmación. Corresponde al interesado remitir a la Entidad Gestora la copia de estos partes, utilizando para ello la copia destinada a la empresa en un plazo, como máximo, de cinco días desde que fue expedido dicho parte.

El tercer parte de confirmación de la baja ha de ir acompañado de un informe médico complementario, expedido por el facultativo que extienda aquél, en el que se recojan las dolencias padecidas por el trabajador, el tratamiento médico prescrito, la evolución de las dolencias y su incidencia sobre la capacidad funcional del interesado, así como la duración probable del proceso.

En relación al parte médico de alta, una vez reconocido el trabajador y cuando, a juicio del facultativo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, corresponda expedir el alta, se procede inmediatamente a la extensión de un parte de alta, condicionado a la decisión de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano, equivalente del respectivo Servicio de Salud, reflejándose en dicho parte, y como fecha de efectos del alta, el día quinto hábil siguiente al de dicha extensión.

La prestación económica de incapacidad temporal queda extinguida desde el día de efectos del alta médica extendida, salvo en los supuestos en que la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud manifieste disconformidad expresa, en un plazo de tres días hábiles. De darse este supuesto, se notifica inmediatamente al interesado tal circunstancia.

Una vez transcurrido el plazo de los tres días hábiles siguientes al de comunicación de la intención de expedir el alta ante la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social u órgano equivalente del respectivo Servicio Público de Salud, sin que por dichos órganos se haya manifestado disconformidad expresa respecto al alta citada, se remite al correspondiente Servicio Público de Salud el ejemplar del parte médico de alta a él destinado, en el que debe hacerse constar, necesariamente, el resultado y la causa que motiva el alta en la situación de incapacidad temporal.

³¹² STS 19 de junio de 2007 (RJ. 2007, 6826).

Corresponde al interesado remitir a la Entidad Gestora la copia del parte de alta, utilizando para ello la copia destinada a la empresa en un plazo, como máximo, de cinco días desde que fue expedido dicho parte.

Finalmente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha de ejercer el control y seguimiento de la prestación económica de incapacidad temporal objeto de cobertura, pudiendo realizar a tal efecto aquéllas actividades que tengan por objeto comprobar el mantenimiento de los hechos y de la situación que originó el derecho al subsidio, a partir del momento que corresponda a aquellas asumir la gestión del gasto de la prestación económica por incapacidad temporal, sin perjuicio de sus facultades en materia de declaración, suspensión, anulación o extinción del derecho y de las competencias que corresponden a los Servicios Públicos de Salud en orden al control sanitario de las altas y bajas médicas.

32. Maternidad

De conformidad con la Disposición Adicional Undécima Bis de la Ley General de Seguridad Social, los empleados domésticos tienen derecho a la prestación de maternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General en el capítulo IV bis del Título II de esta norma.

Se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, si además reúne los siguientes requisitos:

- ✓ Estar afiliado, en alta o en situación asimilada al alta.
- ✓ Estar al corriente de pago en las cuotas, sólo respecto a los supuestos en los que el empleado doméstico está obligado a cotizar, conforme al número 3 de la Disposición Adicional Undécima Bis de la Ley General de Seguridad Social.
- ✓ Tener cubierto los siguientes períodos mínimos de cotización, según las diversas categorías:
 - Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exige período mínimo de cotización.
 - Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o

judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido es de 90 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

- o Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido es de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

La aplicación de esta regla de la edad tiene las siguientes dos matizaciones:

- ✓ En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad a tener en cuenta es la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.
- ✓ En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, la edad a tener en cuenta es la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

Cuando el período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento sea disfrutado, simultánea o sucesivamente por los progenitores, adoptantes o acogedores, ambos son beneficiarios de la prestación siempre y cuando reúnan de forma independiente los requisitos establecidos.

En caso de parto, si la empleada doméstica no reúne el período mínimo de cotización exigido, el otro progenitor, a elección de la madre, puede percibir el subsidio durante la totalidad del permiso de descanso que corresponda, descontando un período de dieciséis semanas, siempre que el otro progenitor acredite el período mínimo de cotización.

En el caso de empleados domésticos contratados a tiempo parcial, para determinar que cumplen este período mínimo de cotización, el número de

horas efectivamente trabajadas se divide por cinco, y la fracción de día, en su caso, se asimila a día completo, obteniéndose el número de días teóricos de cotización acreditados. El período de siete años, dentro del que han de estar comprendidos los 180 días cotizados, se incrementa en la misma proporción en que se reduzca la jornada efectivamente realizada respecto a la jornada habitual en la actividad correspondiente.

La prestación económica por maternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente.

Además, en caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concede un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el período de seis semanas, inmediatamente posteriores al parto, o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Hay que tener en cuenta que las empleadas domésticas que en caso de parto reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad, excepto el período mínimo de cotización, tiene derecho a una prestación económica equivalente al 100 % del IPREM vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme a esta norma general fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se aplica esta última. La duración de esta prestación, según el art. 133 *septies* de la Ley General de Seguridad Social, es de 42 días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse su derecho por las mismas causas que la prestación de maternidad general.

La base reguladora es el resultado de dividir la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior al de la fecha de inicio del período de descanso por maternidad, por el número de días a que dicha cotización se refiere. No obstante, durante el disfrute de los períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora se reduce en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral.

En el caso de empleados domésticos contratados a tiempo parcial, con independencia de la duración de la prestación de servicios, la base reguladora es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante entre 365. De ser menor la antigüedad, la base reguladora es el resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas entre el número de días naturales a que éstas correspondan. La prestación se abona durante todos los días en los que el empleado permanezca en la situación de descanso por maternidad.

Cuando el período de descanso por maternidad, adopción o acogimiento familiar, tanto permanente como preadoptivo, sea disfrutado simultánea o sucesivamente por ambos progenitores, adoptantes o acogedores, la prestación se determina para cada uno en función de su respectiva base reguladora.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, si la percepción del subsidio por maternidad hubiera sido interrumpida, cuando éste se reanude, una vez que el menor haya sido dado de alta hospitalaria, dicho subsidio se percibirá en la misma cuantía en que se viniera abonando antes de la interrupción.

No hay que olvidar que conforme al art. 46.3 del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, el empleado de hogar es el único sujeto obligado a cotizar mientras dure toda el período de esta prestación, excepto el mes en que se inicie, que se rige por el sistema que corresponda según se trate de una prestación de servicios de manera exclusiva y permanente o de manera parcial o discontinua.

El derecho al percibo de la prestación nace a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente y su duración varía según sea la situación de la que deriva dicha prestación.

En primer lugar, la duración en supuesto de parto es de dieciséis semanas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo o por discapacidad del hijo. Este período se distribuye a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.

Sin perjuicio de estas seis semanas, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, puede optar por que el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre, salvo que en el momento de su efectividad la incorporación al trabajo de la madre suponga un riesgo para su salud. El otro progenitor puede seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo, ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se ve reducido, salvo que, una vez finalizadas las dieciséis semanas de descanso obligatorio, la madre solicite reincorporarse a su puesto de trabajo.

En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que fuera o no empleada doméstica, el otro progenitor puede hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período de suspensión computado desde la fecha

del parto, y sin que se descuenta del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto.

En el supuesto de fallecimiento de un progenitor antes de haber completado el disfrute de la prestación, la madre puede ser beneficiaria de la misma por la parte del período de descanso que reste hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso cuando aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad.

En los casos de parto prematuro y en aquellos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto por un período superior a siete días, la prestación se amplía en tantos días como el neonato se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales.

En segundo lugar, en los supuestos de adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, así como de acogimiento provisional, la duración es de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de adopción o acogimiento múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo, contadas a la elección del trabajador, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción.

La duración de la prestación es, asimismo, de dieciséis semanas en los supuestos de adopción o acogimiento de menores mayores de 6 años de edad cuando se trate de menores discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o que, por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes. En el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido la suspensión del contrato tiene una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuye a opción de los interesados, que pueden disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites ordinarios.

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado, el período de suspensión correspondiente, puede iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

El derecho al subsidio por maternidad se extingue por el transcurso de los plazos máximos de duración de los períodos de descanso, cuando el período de descanso sea disfrutado exclusivamente por uno de los beneficiarios, por la reincorporación voluntaria al trabajo, en el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar el

disfrute del período de descanso el progenitor sobreviviente o por el fallecimiento del hijo, salvo que pueda continuar el disfrute del período de descanso obligatorio para la madre.

Además, la prestación puede ser denegada, anulada o suspendida cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o si hubiera trabajado por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso, salvo en los supuestos de percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la gestión corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, que realiza el pago del subsidio.

33. Paternidad

Conforme la Disposición Adicional Undécima Bis de la Ley General de Seguridad Social, los empleados domésticos tienen derecho a la prestación de paternidad con la misma extensión y en los mismos términos y condiciones que los previstos para los trabajadores del Régimen General en el capítulo IV ter del Título II de esta norma.

A efectos de la prestación por paternidad, se consideran situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año y aunque dichos acogimientos sean provisionales durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute.

Pueden ser beneficiarios del subsidio por paternidad los empleados domésticos que reúnan los siguientes requisitos:

- ✓ Estar afiliado, en alta o en situación asimilada al alta.
- ✓ Estar al corriente de pago en las cuotas, sólo respecto a los supuestos en los que el empleado doméstico está obligado a cotizar, conforme al número 3 de la Disposición Adicional Undécima Bis de la Ley General de Seguridad Social.
- ✓ Tener cubierto un período mínimo de cotización de ciento ochenta días, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, según el art. 133 *nonies* de la Ley General de la Seguridad Social.

La prestación económica por paternidad consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente.

En cuanto a la duración, en los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento la suspensión es de trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los períodos de descanso por maternidad.

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción o acogimiento, este derecho corresponde sólo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el período de descanso sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente puede ser ejercido por el otro.

Este derecho se puede ejercer durante el período comprendido desde el nacimiento del hijo, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dicho motivo, o inmediatamente después.

Además, esta suspensión de contrato puede disfrutarse a jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del 50 por 100 previo acuerdo entre el titular del hogar familiar y el empleado doméstico.

En todo caso, el empleado doméstico debe comunicar al titular del hogar familiar, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho.

34. Riesgo durante el embarazo

En relación a esta prestación, el régimen jurídico presenta una separación según la empleada de hogar que solicita dicha prestación preste sus servicios para un hogar de forma exclusiva o trabaje a tiempo parcial, y por tanto, sea responsable de la cotización.

En primer lugar, cuando se trate de una empleada de hogar que presta sus servicios para un hogar de forma exclusiva, conforme al segundo párrafo del art. 16.1 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, el régimen jurídico se rige por las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta ajena.

De esta manera se requiere que la empleada que está embarazada, debiendo haber cambiado su puesto de trabajo, al influir éste negativamente en su salud o la del feto, por otro compatible con su estado, dicho cambio no resulta técnica u objetivamente posible, o no puede razonablemente exigirse por motivos justificados.

Para poder solicitar esta prestación sólo se requiere estar afiliada y en alta, ya que no es necesario acreditar período previo de cotización.

La prestación económica consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora, según el art. 135.3 de la Ley General de la Seguridad Social. La base reguladora es la misma que para la prestación de incapacidad temporal, tomando como referencia la fecha en que se inicie la suspensión del contrato.

El derecho al subsidio nace el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato y se abona durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la empleada y/o del feto, y finaliza el día anterior a aquel en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por maternidad o el de reincorporación de la empleada doméstica a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado.

La prestación finaliza por suspensión del contrato de trabajo por maternidad, por reincorporación de la empleada doméstica a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su estado, por extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o por fallecimiento de la beneficiaria. Además, puede ser denegada, anulada o suspendida cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciados con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatibles con su estado.

El procedimiento para el reconocimiento del derecho se inicia a instancia de la trabajadora, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social de la provincia en que tenga su domicilio, organismo al que corresponde directamente la gestión de la prestación.

Junto a la solicitud, la empleada doméstica ha de presentar los siguientes documentos:

- ✓ Informe médico del facultativo del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria o del Servicio Público de Salud equivalente, así como certificación médica expedida por los servicios médicos de la Seguridad Social, en la que se acredite la situación del embarazo y que las condiciones del puesto de trabajo desarrollado por la empleada doméstica influyen negativamente en su salud y/o en la del feto.
- ✓ Declaración del titular del hogar familiar sobre la inexistencia de puesto de trabajo compatible con el estado de la empleada doméstica.

A la vista de la documentación presentada y una vez comprobados todos los requisitos, el Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social dicta resolución expresa y la notifica en el plazo de treinta días.

En segundo lugar, cuando se trate de una empleada de hogar que presta sus servicios, a uno o más cabezas de familia, a tiempo parcial, y por tanto son responsables de la obligación de cotizar, conforme al segundo párrafo del art. 23.1 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, el régimen jurídico se rige por las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta propia, que esencialmente es el mismo que para las trabajadoras por cuenta ajena, pero de acuerdo con las siguientes especialidades.

1) Es requisito imprescindible estar al corriente en el pago de las cuotas, siendo de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el art. 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, para el Régimen Especial de Trabajadores por cuenta propia o autónomos, según se regula en el art. 23.2 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

2) Para el cálculo de la base reguladora se toma como referencia la fecha en que se emite el certificado de los Servicios Médicos, conforme al art. 24 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

3) El derecho nace al día siguiente a aquel en que se emite el certificado por los servicios médicos si bien los efectos económicos no se producirán hasta la fecha del cese efectivo en la actividad profesional, según el art. 25.1 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

4) El subsidio se abona durante el período necesario para la protección de la seguridad o de la salud de la trabajadora y/o del feto, mientras subsista la imposibilidad de reanudar su actividad profesional, de acuerdo con el art. 25.2 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre.

5) Son causas de extinción del subsidio por riesgo durante el embarazo, según el art. 25.2 del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, el inicio del período de descanso por maternidad, la reanudación de la actividad profesional desempeñada, el causar baja en este régimen especial o el fallecimiento de la beneficiaria.

35. Riesgo durante la lactancia natural

En relación a esta prestación, el régimen jurídico presenta una separación según la empleada de hogar que solicita dicha prestación preste sus servicios para un hogar de forma exclusiva o trabaje a tiempo parcial, y por tanto, sea responsable de la cotización.

En primer lugar, cuando se trate de una empleada de hogar que presta sus servicios para un hogar de forma exclusiva, el régimen jurídico se rige por las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta ajena.

En segundo lugar, cuando se trate de una empleada de hogar que presta sus servicios, a uno o más cabezas de familia, a tiempo parcial, y por tanto son responsables de la obligación de cotizar, el régimen jurídico se rige por las normas aplicables a las trabajadoras por cuenta propia, que esencialmente es el mismo que para las trabajadoras por cuenta ajena.

La situación protegida es el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

En cuanto a la prestación económica, se concede a la mujer trabajadora en los mismos términos y condiciones que la prestación económica por riesgo durante el embarazo y se extingue en el momento que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior u otro compatible con su situación.

36. Incapacidad permanente

El art. 31 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, de título “invalidez”, presenta la siguiente regulación:

“Para el otorgamiento de las prestaciones por invalidez será preciso tener acreditado, en la fecha en que se inició el proceso de enfermedad o en que se produjo el accidente determinante de la invalidez, un período mínimo de cotización computable de sesenta mensualidades durante los últimos diez años”.

Como se puede observar, si se pretende conocer el régimen jurídico de la incapacidad permanente aplicable a este régimen especial, este precepto es absolutamente insuficiente, por lo que hay que acudir a la normativa general sobre la materia. Asimismo, incluso con la única cuestión que se regula, el período de cotización previa, hay que entender esta especialidad como meramente residual, porque también en relación a este período hay que acudir a las normas generales.

La incapacidad permanente es aquella situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral, dando lugar a distintos grados de incapacidad.

En todo caso, las reducciones anatómicas o funcionales existentes en la fecha de la afiliación del interesado en la Seguridad Social no impiden la calificación de la situación de incapacidad permanente, cuando se trate de personas minusválidas y con posterioridad a la afiliación tales reducciones se hayan agravado, provocando por sí mismas o por concurrencia con nuevas lesiones o patologías una disminución o anulación de la capacidad laboral que tenía el interesado en el momento de su afiliación.

También tendrá la consideración de incapacidad permanente, en el grado que se califique, la situación de incapacidad que subsista después de extinguida la incapacidad temporal por el transcurso del plazo máximo de duración de la misma, salvo en el supuesto de que, continuando la necesidad de tratamiento médico, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la correspondiente calificación, en el cual no se accede a la situación de incapacidad permanente hasta que no se proceda a la correspondiente calificación.

La incapacidad permanente puede ser calificada en varios grados y está en función de las reducciones anatómicas o funcionales sufridas por los trabajadores, siempre que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

Los grados concretos, según el art. 137.1 de la Ley General de la Seguridad Social, son los siguientes:

- ✓ Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual.
- ✓ Incapacidad permanente total para la profesión habitual.
- ✓ Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.
- ✓ Gran invalidez.

En relación al hecho causante y efectos económicos de las prestaciones, hay que realizar las siguientes tres precisiones.

En primer lugar, si la incapacidad permanente surge tras haberse extinguido la incapacidad temporal de la que deriva, bien por agotamiento del plazo máximo de duración de ésta, bien por ser dado de alta médica con propuesta de incapacidad permanente, el hecho causante se entiende producido en la fecha de la extinción de la incapacidad temporal y los efectos económicos se producen del modo siguiente, según la cuantía de esta prestación sea inferior o superior al subsidio de incapacidad temporal:

- ✓ Si la cuantía es inferior, los efectos económicos se producen en el momento de la calificación de la incapacidad permanente, es decir, en la fecha de la resolución del Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- ✓ Si la cuantía es superior, los efectos económicos se retrotraerán a la fecha de extinción de la incapacidad temporal y se deducirán, del importe a abonar, las cantidades que se hubieran satisfecho durante ese período. No obstante, no se producirá dicha retroacción cuando se haya demorado la calificación de la incapacidad permanente una vez extinguida la incapacidad temporal por el transcurso de su plazo máximo de duración³¹³.

En segundo lugar, si la incapacidad permanente no está precedida por la incapacidad temporal o ésta no se ha extinguido, el hecho causante se entiende producido en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades, o en la fecha de emisión del dictamen por parte de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades u órgano equivalente y los efectos económicos se producen en la fecha de emisión del dictamen-propuesta o en la de resolución por parte del Director Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en función de similares criterios a los analizados para el caso de que el hecho causante se produzca en el momento de extinción de la incapacidad temporal³¹⁴.

En esta materia hay que destacar las siguientes dos cuestiones.

Primero, una de las cuestiones más controvertidas ha consistido en determinar qué sucede cuando un empleado doméstico no ha estado nunca en una situación de incapacidad temporal y no tiene la carencia precisa para causar derecho a la prestación de invalidez permanente, al no poder computársele para ello todo el período de incapacidad temporal.

Se trata, por tanto, de determinar la extensión que ha de darse al contenido del artículo 4.4 del Real Decreto 1799/1985 de 2 de octubre, a fin de conseguir el período mínimo de carencia exigido para obtener la pensión de invalidez permanente.

El Tribunal Supremo ha entendido que se considera válido e incluíble en el período total de cotización, a efectos de completar el mínimo exigido en las prestaciones de invalidez permanente, los días correspondientes a la situación de incapacidad temporal cursada por el trabajador³¹⁵, debiendo reseñarse que dicho período de incapacidad temporal es computable incluso cuando aún no se haya iniciado³¹⁶.

Justifica, en todo caso, dicho criterio flexibilizador, no en un supuesto confusionismo interpretativo de la anterior redacción del art. 4.4 del Real Decreto 1799/1985, de 2 de octubre, sino en base a que en caso contrario, el

³¹³ STSJ Cataluña 2 de abril de 1998 (AS 1998, 2364).

³¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana 16 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3303).

³¹⁵ STS 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 6766).

³¹⁶ STS 26 de marzo de 1997 (RJ 1997, 3042).

trabajador con un solo día de pago por la situación transitoria aludida, sería de mejor condición que aquél que, teniendo muchas veces más clara su invalidez permanente, la solicita directamente sin haber pasado por la incapacidad laboral transitoria y luego ve denegada su petición al carecer de la carencia necesaria a la que no podría añadir, para completarla, el tiempo correspondiente a la incapacidad temporal³¹⁷.

Interpretación, según este Tribunal, *pro administrado* que no queda obsoleta ni desvirtuada por la redacción que el Real Decreto 4/1998 de 9 de enero dio al art. 4.4 del RD 1799/1985, de 2 de octubre, ya que dicho texto no añade nada novedoso al precedente en esta materia toda vez que, si se comparan ambos, tanto el texto anterior como el vigente contienen, con toda claridad, similares exigencias de haber iniciado la situación de incapacidad laboral transitoria-incapacidad temporal para el cómputo de dicho período a quien no la ha disfrutado por entero, a pesar de lo cual este Tribunal ya venía extendiendo el derecho a quienes incluso no hubiesen iniciado dicha situación.

Segundo, también se ha discutido en la jurisprudencia acerca de si, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de invalidez permanente existiendo un período de invalidez provisional, en el que no existe obligación de cotizar, se debe computar como no existente ese período a todos los efectos, o por el contrario, se ha de estar a las bases mínimas de cotización o a las cotizaciones anteriores a la iniciación de la invalidez provisional.

La cuestión ha sido resuelta por la jurisprudencial, con referencia concreta al art. 3 de la Ley 26/1985, de 31 julio, la Resolución de la Dirección General de la Seguridad Social de 17 marzo 1986, que al hablar del cálculo de la base reguladora de las pensiones de invalidez permanente, cuyo titular procede de la situación de invalidez provisional señala que será calculada de acuerdo con lo previsto en el art. 3 de la Ley 26/1985, si bien los meses computables serán los, en cada caso, correspondientes inmediatamente anteriores, así mismo, a la fecha de iniciación de la situación de invalidez provisional.

Concretamente los tribunales han entendido que una rígida interpretación de los preceptos en los supuestos de invalidez permanente subsiguiente a la situación de invalidez provisional, habida cuenta que, durante esta última no existe obligación ni posibilidad de seguir cotizando, conduciría a que los futuros inválidos permanentes fuesen de peor condición que aquellos otros que procedan directamente de incapacidad laboral transitoria, e incluso podría originar supuestos de desprotección en aquellos casos en que el período mínimo de cotización exigido se cumple al finalizar la incapacidad laboral transitoria al estar establecido aquél en función de la edad del sujeto causante. De otro lado, y a pesar de la actualización de las bases de cotización susceptibles de ello se produciría una sensible merma en la intensidad

³¹⁷ STS 5 de marzo de 1998 (RJ 1998, 2079).

protectora, al integrarse con bases mínimas todo el tiempo de permanencia en la situación de invalidez provisional³¹⁸.

En tercer lugar, si la incapacidad permanente se produce desde una situación de no alta ni alta asimilada, y por tanto, sólo para incapacidad permanente absoluta y gran invalidez, el hecho causante se entiende producido el día de la solicitud de la prestación y los efectos económicos se producen el día de la solicitud de la prestación.

Una vez cumplidos los 65 años, no se reconoce el derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, derivada de contingencias comunes, cuando el beneficiario, en la fecha del hecho causante, además de tener esta edad, reúne los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Sin embargo, sí se reconoce cuando no se reúnen los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

En todo caso, las pensiones de incapacidad permanente, cuando sus beneficiarios cumplan la edad de 65 años, pasan a denominarse pensiones de jubilación. Esta nueva denominación no implica modificación alguna respecto de las condiciones de la prestación que se viniese percibiendo.

1) Incapacidad permanente parcial para la profesión habitual

Es aquella incapacidad que, sin alcanzar el grado de total, ocasiona al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en el rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma.

Para la concesión de la prestación, la persona que la solicite debe estar afiliada, en alta en la Seguridad Social o situación asimilada al alta y estar al corriente en el pago de las cotizaciones.

Además, si la incapacidad permanente está motivada por enfermedad, ha de tener cotizados 1.800 días que han de estar comprendidos en los diez años inmediatamente anteriores a la fecha en la que se haya extinguido la incapacidad temporal de la que se derive la incapacidad permanente.

En cambio, si la incapacidad permanente está motivada por accidente, no se exige período de cotización alguno.

La prestación consiste en una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía es igual a veinticuatro mensualidades de la base reguladora que sirvió para el cálculo de la prestación de incapacidad temporal de la que se deriva la incapacidad permanente, que se hace efectiva a partir de la correspondiente resolución.

³¹⁸ STSJ Galicia 10 junio de 1994 (AS 1994, 2506).

En todo caso, esta prestación es compatible con el desarrollo de cualquier tipo de actividad laboral.

2) Incapacidad permanente total para la profesión habitual

Es aquella incapacidad que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión siempre que pueda dedicarse a otra distinta³¹⁹.

En relación a las tareas fundamentales a desarrollar por la empleada del hogar, los tribunales han entendido que la de empleada de hogar es una profesión caracterizada por la realización de continuos esfuerzos, no sólo por la exigencia de continuos cambios posturales con su repercusión en la columna vertebral sino porque cualquiera de las labores que comporta conlleva siempre una carga; resulta imposible concebir el aseo y decoro del hogar sin rodar el mobiliario - cualquiera que sea su volumen y tamaño- e inclusive un acto, en principio tan simple, como hacer una cama obliga a elevar reiteradamente el colchón para ajustar las sábanas, podríamos añadir el cargar baldes de agua para el fregado, el exprimir la fregona y tantas otras tareas que en la mente de todos están³²⁰.

En todo caso, la general descripción de las tareas propias de esta profesión pueden concretarse en la limpieza del hogar (cristales, suelos, baños...) utilizando instrumentos comunes tales como escobas, aspiradoras, fregonas; subiéndose a alturas; hacer camas, cocinar (previa la obvia preparación de los alimentos); atención a los miembros del hogar, particularmente a los más necesitados, como ancianos y niños... tareas todas ellas que exigen bipedestación durante toda la jornada laboral, así como la adopción de posturas en semiflexión (para barrer, fregar, pasar la aspiradora, hacer las camas...) y un continuo ejercicio físico, aunque no sea de especial intensidad³²¹.

Es evidente, por tanto, que se exige la realización constante de esfuerzos físicos en los que se ven comprometidas las extremidades superiores e inferiores y el raquis, tales como coger y trasladar objetos pesados (cubos de agua, útiles y productos de limpieza, sacos de basura, el carro de la limpieza, etc.), agacharse, barrer, fregar suelos, etc³²².

La jurisprudencia, incluye dentro de esta categoría, entre otras, las siguientes situaciones:

- a) Cervicoartrosis con cuadro degenerativo crónico; eczema de contacto a metales; e hipoacusia neurosensorial en oído derecho. La exploración de la paciente permite constatar que no hay alteración de los arcos de

³¹⁹ STSJ Comunidad Valenciana 16 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3303).

³²⁰ STSJ Murcia 30 de septiembre de 1998 (Jur. 1998, 74485).

³²¹ STSJ País Vasco 9 de febrero de 1999 (AS 1999, 2044).

³²² STSJ Canarias/Las Palmas 26 de mayo de 2000 (Jur. 2000, 268143).

movimiento del sistema cervical, estando conservado el tono y la fuerza muscular de las extremidades superiores y pudiéndose efectuar las maniobras de puño, pinza y presa; la columna dorsolumbar, así como las articulaciones de las caderas, rodillas y tobillos se encuentran en situación de normalidad y sin alteración de los arcos de movimiento, pudiendo la paciente efectuar marcha de puntillas y con los talones³²³.

- b) Radiculopatía C7 derecha, con necesidad de llevar corsé ortopédico y con limitación articular a las rotaciones y abducciones e impotencia funcional de las extremidades superiores de predominio derecho³²⁴.
- c) Hipertensión arterial cardiopatía dilatada y valvulopatía mitral y aórtica con insuficiencias espondiloartrosis y lisis L4-L5 y gonartrosis bilateral moderada. Dichas lesiones le producen las siguientes limitaciones funcionales: no puede realizar trabajos que impliquen sobrecargas de peso a su columna, levantamiento de pesos caminar por terrenos abruptos subir y bajar escaleras adoptar posturas de rodillas o en cuclillas o deambulación ligera y ágil. De otro lado, su profesión habitual es la de empleada de hogar la cual exige actividades para las que está absolutamente incapacitada la demandante debido a sus padecimientos cardiacos y óseos según especificó claramente el Médico-Forense en su detalladísimo informe obrante en autos. Confrontando, pues, su capacidad residual con el conjunto de tareas que componen su habitual quehacer laboral, fácilmente se concluye que la actora carece de la suficiente aptitud física para afrontar con profesionalidad y eficacia las tareas propias de su profesión como no fuera a costa de un sacrificio y sobreesfuerzo no exigibles a ningún profesional y de perjudicar su salud incidiendo negativamente en el desarrollo de sus enfermedades pues siendo los padecimientos cardiacos y óseos de grado tan intenso que le disminuyen su movilidad, flexibilidad y disponibilidad para la realización de esfuerzos de su columna y miembros, no se entiende cómo podría realizar tareas como la constante deambulación y bipedestación, subir y bajar escaleras, coger, manipular, trasladar y utilizar objetos pesados (muebles, menaje del hogar, útiles de limpieza), agacharse para limpiar, hacer las camas, hacer la colada, etc³²⁵.
- d) Cérvico-artrosis grado III (moderada); discoartrosis C5, C6, C7; síndrome cérico-branquial bilateral; lumboartrosis grado II, escoliosis lumbar; osteoporosis; gonartrosis bilateral grado II; astenia³²⁶.
- e) Diabéticos, artrósicos, asmáticos, circulatorios y túnel carpiano³²⁷.
- f) Dolor en el hombro derecho con limitación de su movilidad en más del cincuenta por ciento (sin concretar el porcentaje), esta falta de movilidad que afecta a un miembro principal, como es el brazo derecho, sin que conste que la demandante sea zurda³²⁸.

³²³ STSJ Castilla y León/Valladolid 14 de noviembre de 2005 (Jur. 2006, 15562).

³²⁴ STSJ Cataluña 12 de febrero de 2003 (Jur. 2003, 116237).

³²⁵ STSJ Canarias/Las Palmas 28 de febrero de 2002 (Jur. 2002, 235087).

³²⁶ STSJ Murcia 28 de julio de 1992 (AS 1992, 3618).

³²⁷ STSJ Murcia 15 de diciembre de 1999 (Jur. 1999, 46343).

³²⁸ STSJ Comunidad Valenciana 1 de diciembre de 1992 (AS 1992, 6414).

En cambio, los tribunales han denegado esta calificación, bien por motivos generales o bien por causas concretas, entre las que destacan las siguientes:

- a) No conllevan disminuciones funcionales anatómicas y fisiológicas, que causalicen discapacidad global para efectuar la actividad general a la que está obligada en su trabajo; dado que, la clínica del túnel carpiano, tratada con cirugía en el año 2000, no existe evidencia de que posteriormente haya existido incapacidad manual; y la fibromialgia, con consecuencia de dolores musculares, no consta, en cuanto a su intensidad, que conlleven a discapacidad permanente para impedir la bipedestación, deambulación y movimientos osteoarticulares³²⁹.
- b) Artrosis moderada en cuello, cadera y rodillas con ligera limitación al movimiento; visión reducida, con agudeza en ojo derecho = 1/2, y en ojo izquierdo 2/3; hipoacusia moderada³³⁰.
- c) Lesión de tobillo izquierdo le ha producido una limitación de su flexión dorsal que ahora es de 10° en tanto que el tobillo derecho mantiene una de 20°; y de la flexión palmar que es de 5° por 10° en el tobillo sano. En su actual estado evolutivo, dichas lesiones pueden producir al actor molestias para la deambulación por terreno irregular, pero no le impiden marchar por él, ni le limitan para ninguna otra aptitud que pueda precisar para el desarrollo normal de su trabajo³³¹.
- d) La actora presenta un cuadro clínico compuesto por cuatro clases de patologías: a) pulmonares: asma bronquial ventilatoria mixta de carácter leve; b) vascular: hipertensión arterial; c) diabetes tipo II, y asimismo da cuenta la sentencia de un accidente isquémico transitorio, sin que conste secuela o sintomatología alguna³³²

Para la concesión de la prestación, la persona que la solicite debe estar afiliada, en alta en la Seguridad Social o situación asimilada al alta y estar al corriente de pago de las cotizaciones, en ambos casos en la fecha en que sobreviene la contingencia o situación protegida³³³.

Además, si la incapacidad permanente está motivada por enfermedad, ha de tener cotizados a la Seguridad Social los siguientes períodos:

- ✓ Si el sujeto causante tiene menos de treinta y un años de edad, la tercera parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión.

³²⁹ STSJ Murcia 1 de diciembre de 2003 (Jur. 2004, 58661).

³³⁰ STSJ Murcia 30 de noviembre de 1999 (Jur. 1999, 6933).

³³¹ STSJ Murcia 16 de noviembre de 1999 (Jur. 1999, 6478).

³³² STSJ Murcia 11 de noviembre de 1999 (Jur. 1999, 6306).

³³³ STSJ Andalucía/Sevilla 17 de febrero de 1993 (AS 1993, 1147).

- ✓ Si el causante tiene cumplidos treinta y un años de edad, la cuarta parte del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante.

En los supuestos en que se acceda a la pensión de incapacidad permanente desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de los diez años, dentro de los cuales deba estar comprendido, al menos, la quinta parte del período de cotización exigible, se computará, hacia atrás, desde la fecha en que cesó la obligación de cotizar³³⁴.

En cambio, si la incapacidad permanente está motivada por accidente, no se exige período de cotización alguno³³⁵.

La prestación consiste en una pensión, cuya cuantía es igual al 55 por 100 de la base reguladora, que se puede incrementar en un 20 por 100 más para los mayores de 55 años, cuando por su falta de preparación y por las circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual, lo cual se denomina incapacidad permanente total cualificada³³⁶.

En todo caso, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente total derivada de enfermedad no puede resultar inferior al 55 % de la base mínima de cotización para mayores de dieciocho años, en términos anuales, vigente en cada momento.

Además, en los casos en que el empleado doméstico, con 65 o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente por no reunir los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente es equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión de jubilación. Cuando dicha incapacidad permanente derive de enfermedad, se considera como base reguladora el resultado de hallar el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante, debidamente actualizadas.

Para el año 2008, el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones establece las siguientes cuantías mínimas:

³³⁴ STSJ País Vasco 29 de septiembre de 1997 (AS 1997, 3157).

³³⁵ STS 12 de mayo de 1993 (RJ 1993, 4091).

³³⁶ STS 4 de marzo de 1992 (RJ 1992, 1617).

Pensión	Titulares	
	Con cónyuge a cargo	Sin cónyuge a cargo
	Euros/año	Euros/año
Titular con 65 años	9.222,50	7.399,70
“Cualificada” con edad entre 60 y 64 años	8.619,24	6.895,00

La pensión puede ser sustituida excepcionalmente, por una indemnización a tanto alzado, si se solicita en los tres años siguientes a la fecha de la resolución o sentencia firme, que reconozca el derecho a la pensión, el empleado doméstico sea menor de 60 años, se presume que no va a haber modificación de la incapacidad, y se realicen trabajos por cuenta ajena o, en otro caso, que el importe de la indemnización se invertirá en la preparación o desarrollo de nuevas fuentes de ingreso como trabajador autónomo. Si el trabajador es menor de 21 años la solicitud debe hacerse dentro de los tres años siguientes al cumplimiento de dicha edad.

La cuantía de esta indemnización es la siguiente:

Beneficiario menor de 54 años	84 mensualidades de la pensión
Beneficiario con 54 o más años	Según una escala descendente (de doce mensualidades por año), 72 mensualidades de la pensión a los 54 años hasta 12 mensualidades a los 59 años

Al cumplir los 60 años, el beneficiario pasará a percibir la pensión reconocida inicialmente, revalorizada con los incrementos que se hayan establecido desde la fecha en que se autorice la sustitución.

La base reguladora a aplicar varía según derive la incapacidad permanente de enfermedad o accidente.

En primer lugar, si deriva de enfermedad, hay que tener en cuenta las siguientes normas.

Se ha de hallar el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los 96 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante.

El cómputo de dichas bases se realizará conforme a las siguientes reglas, de las que es expresión matemática la fórmula que figura al final de las mismas.

- ✓ Las bases correspondientes a los veinticuatro meses anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante se deben computar en su valor nominal.
- ✓ Las restantes bases de cotización se han de actualizar de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo desde los meses a que aquéllas correspondan hasta el mes inmediato

anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables a que se refiere la regla anterior.

$$B_r = \frac{\sum_{i=1}^{24} B_i + \sum_{i=25}^{96} B_i \frac{I_{25}}{I_i}}{112}$$

Br = Base reguladora.

Bi = Base de cotización del mes i-ésimo anterior al del hecho causante.

Ii = Índice General de Precios al Consumo del mes-iésimo anterior al del hecho causante.

Siendo i = 1, 2,..., 96.

Al resultado obtenido, se le debe aplicar el porcentaje que corresponda en función de los años de cotización, según la escala prevista en el apartado 1 del art. 163 de la Ley General de Seguridad Social, que es la siguiente:

Primeros 15 años cotizados	50 %
Por cada año adicional, comprendido entre el 16 y el 25, ambos incluidos	3 %
Por cada año adicional, a partir del 26	2 %, sin que supere el 100 %

En este caso, se han de considerar como cotizados los años que le resten al interesado, en la fecha del hecho causante, para cumplir la edad de 65 años. En el caso de no alcanzarse 15 años de cotización, el porcentaje aplicable es del 50 %.

El importe resultante constituye la base reguladora a la que, para obtener la cuantía de la pensión que corresponda, ha de aplicarse el porcentaje previsto para el grado de incapacidad reconocido.

En los supuestos en que se exija un período mínimo de cotización inferior a ocho años, la base reguladora se obtiene de forma análoga, pero computando bases mensuales de cotización en número igual al de meses de que conste el período mínimo exigible, sin tener en cuenta las fracciones de mes, y excluyendo, en todo caso, de la actualización las bases correspondientes a los 24 meses inmediatamente anteriores a aquél en que se produzca el hecho causante.

Además, si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, dichas lagunas se deben integrar con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años.

En los supuestos en que en alguno de los meses a tener en cuenta para la determinación de la base reguladora, la obligación de cotizar exista sólo

durante una parte del mismo, procede esta integración por la parte del mes en que no exista obligación de cotizar, siempre que la base de cotización correspondiente al primer período no alcance la cuantía de la base mínima mensual señalada. En tal supuesto, la integración alcanza hasta esta última cuantía.

A pesar de la claridad de esta obligación de integración, la jurisprudencia había entendido que en estos casos no era aplicable la legislación comunitaria, ya que, aunque se tuviera que acudir a la misma para determinar el período de carencia y sumar para ello los períodos cotizados, primero en otro país europeo y después en España, para el cálculo de la base reguladora sólo debían computarse los períodos cotizados en España a tenor de lo dispuesto por el artículo 140 de la Ley General de la Seguridad Social.

El fundamento utilizado era muy claro, ya que aunque reconocía que después de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 12 de septiembre de 1996 recaída en el caso Lafuente Nieto contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, para el cálculo de la base reguladora de las prestaciones de invalidez de los trabajadores migrantes, se venía teniendo en cuenta la base media de cotización del trabajador prevista en la legislación española, y que la cuantía teórica de la prestación era adecuadamente revalorizada y aumentada como si el interesado hubiera seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en el Estado miembro de que se trataba, y que tal doctrina es seguida por la jurisprudencia española en varias sentencias, en el Tribunal Supremo había cuestionado la aplicabilidad de tal doctrina al plantear una cuestión prejudicial al encontrarse ya vigente las modificaciones introducidas por el Reglamento comentario³³⁷.

En consecuencia, esta doctrina suponía que en aquellos períodos cuyas cotizaciones debían tomarse en consideración para el cálculo de las respectivas bases reguladoras, se debían computar por importe cero los meses en los que no haya habido obligación³³⁸.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, posteriormente, ha aceptado esta integración de lagunas ya que, según sus palabras, sólo se le podría negar esta integración si se partiera de la base de que las cotizaciones efectuadas en la Seguridad Social de otro país no se equipararan a las hechas en el Régimen General. Pero esa diferencia de trato no estaría justificada desde la normativa comunitaria que vincula el Ordenamiento Jurídico español con el efecto directo propio de la misma, porque el principio de desigualdad de trato que preside la construcción del derecho europeo tiene como razón esencial de su existencia la de que ningún trabajador se vea discriminado por el hecho de haber ejercido la libertad básica de circulación intracomunitaria, discriminación que se

³³⁷ ATS 17 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2566).

³³⁸ STSJ Comunidad Valenciana 7 de diciembre de 2002 (AS 2002, 3265).

produciría si aquellas cotizaciones se valoraran de otra forma que no fuera como en el Régimen General y común español, cuando fueron hechas en otro Ordenamiento jurídico, si se tiene en cuenta que el único que aparece como especial en el Reglamento (CEE) 1408/1971, a estos efectos es de la minería y el de los trabajadores agrícolas por cuenta propia³³⁹.

En cambio, no existe ninguna duda sobre la aplicación de la teoría del paréntesis respecto de los períodos no cotizados por causa de invalidez provisional, pues durante los mismos el beneficiario no tiene la ocasión y la posibilidad de cotizar por disposición del propio sistema, y ello no puede redundar en su propio perjuicio³⁴⁰.

En segundo lugar, si deriva de accidente, la base reguladora es el cociente de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses elegido por éste dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

El percibo de esta prestación es incompatible con el desempeño del mismo puesto de trabajo en la empresa, con la percepción del 20 por 100 añadido al 55 por 100 de la base reguladora por incapacidad permanente total cualificada, cuando se realice cualquier trabajo por cuenta propia o ajena y con las prestaciones de la Seguridad Social que puedan derivarse de dichos trabajos, como son el subsidio de incapacidad temporal o de maternidad³⁴¹.

En todo caso, si el pensionista simultanea la percepción de la pensión con la realización de cualquier trabajo por cuenta ajena o propia, debe comunicar tal circunstancia a la Entidad Gestora.

3) Incapacidad permanente absoluta para todo trabajo

Es aquella situación que inhabilita por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

Para la concesión de esta prestación, en la que se exige el requisito de estar al corriente de pago de las cotizaciones, se ha de tener en cuenta que si el empleado doméstico está en alta o en situación asimilada a la de alta, cuando la incapacidad permanente derive de enfermedad, se exige el mismo período de cotización que para la incapacidad permanente total, mientras que si deriva de accidente, no se exige período de cotización³⁴². En cambio, si no está en alta ni situación asimilada a la de alta, ha de tener cotizados quince años, de los

³³⁹ STS 9 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2755), STS 16 de marzo de 1999 (RJ 1999, 3753) y STS 25 de febrero de 2000 (RJ 2000, 2238).

³⁴⁰ STS 5 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2142).

³⁴¹ STS 9 de junio de 1989 (RJ 1989, 4558) y STS 23 de junio de 1989 (RJ 1989, 4839).

³⁴² STSJ Madrid 6 de abril de 1994 (AS 1994, 1569).

cuales, al menos, la quinta parte, debe estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante³⁴³.

La prestación consiste en una pensión cuya cuantía es igual al 100 por 100 de la base reguladora.

Para el año 2008, el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones establece la siguiente cuantía mínima:

Pensión	Titulares	
	Con cónyuge a cargo	Sin cónyuge a cargo
	Euros/año	Euros/año
Absoluta	9.222,50	7.399,70

El cálculo de la base reguladora varía según la situación en que se encuentre el beneficiario:

- ✓ Si está en alta o situación asimilada, o sin estarlo, la pensión deriva de enfermedad, la base reguladora se calcula aplicando íntegramente las reglas para el caso de la incapacidad permanente total.
- ✓ Si el beneficiario no está en alta o situación asimilada y la pensión deriva de accidente, la base reguladora será el cociente que resulte de dividir por 112 las bases de cotización del interesado durante los noventa y seis meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante.

Las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante se computarán en su valor nominal, las restantes se actualizarán de acuerdo con la evolución que haya experimentado el índice de precios al consumo, desde los meses a que dichas bases correspondan hasta el mes inmediatamente anterior a aquel en que se inicia el período de bases no actualizables.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la percepción de la pensión de incapacidad permanente absoluta no impide el ejercicio de aquellas actividades, sean o no lucrativas, compatibles con el estado del incapacitado que no representen un cambio en su capacidad de trabajo a efectos de revisión. Sin perjuicio de las facultades de revisión de la incapacidad permanente que asisten a la Entidad Gestora que ha reconocido la prestación.

Si se realizan trabajos susceptibles de inclusión en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, existe la obligación de alta y consiguiente cotización,

³⁴³ STSJ Castilla y León/Valladolid 18 de julio de 1995 (AS 1995, 2957).

debiendo el trabajador comunicar a la Entidad Gestora competente el inicio de cualquier trabajo, por cuenta ajena o propia.

4) Gran invalidez

Es aquella situación de un trabajador afectado de incapacidad permanente que, a consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesita la asistencia de otra persona para llevar a cabo los actos más esenciales de la vida, como vestirse, desplazarse, comer y análogos.

Respecto a los requisitos para la concesión de la prestación económica, el cálculo de la base reguladora y las cuestiones de compatibilidad, se aplican las mismas reglas que para la incapacidad permanente absoluta.

La prestación consiste en una pensión cuya cuantía es igual al 100 por 100 de la base reguladora, incrementándose su cuantía con un complemento, destinado a que el inválido pueda remunerar a la persona que le atienda.

El importe de dicho complemento es equivalente al resultado de sumar el 45 % de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 % de la última base de cotización del empleado doméstico. En ningún caso este complemento puede tener un importe inferior al 45 % de la pensión percibida, sin el complemento, por el trabajador.

Para el año 2008, el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones establece la siguiente cuantía mínima:

Pensión	Titulares	
	Con cónyuge a cargo	Sin cónyuge a cargo
	Euros/año	Euros/año
Gran invalidez con incremento	13.833,82	11.099,62

37. Lesiones permanente no invalidantes

Las lesiones permanentes no invalidantes, conforme al art. 150 de la Ley General de la Seguridad Social, consisten en una indemnización a tanto alzado previstas para indemnizar las lesiones o mutilaciones que, producidas con causa en un accidente de trabajo o enfermedad profesional, no alcancen al rendimiento normal del trabajador o, aun afectándole, que lo sea en un porcentaje inferior al 33 % del mismo y que no le impida realizar las tareas fundamentales de su profesión.

En cuanto que en este régimen especial las prestaciones que se otorgan por causa de accidente son las mismas que en el Régimen General por accidente no laboral, al no estar regulada esta prestación para las lesiones o mutilaciones derivadas de esta última contingencia, es evidente que los empleados de hogar no pueden ser beneficiarios de este tipo de prestaciones.

38. Jubilación

Conforme el número segundo del art. 28 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, la prestación de “vejez” se otorgará con la misma amplitud, términos y condiciones que en el Régimen General, salvo en lo que específicamente se regula en el presente Decreto y disposiciones de aplicación y desarrollo.

En aplicación de esta regla, hay que acudir al art. 32 del Decreto para conocer cuál es el régimen específico, que es, concretamente, el siguiente:

“1. La prestación económica por causa de jubilación será única para cada pensionista y revestirá la forma de pensión vitalicia.

2. La cuantía de la pensión se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje precedente, de acuerdo con la escala establecida para el Régimen General de la Seguridad Social, en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario”.

De esta manera, pueden ser beneficiarios de la pensión de jubilación los trabajadores que cesen totalmente en su actividad laboral y reúnan determinados requisitos.

Antes de entrar a analizar dichas exigencias, hay que plantearse si en este régimen especial pueden darse, además, alguna de las cuatro especialidades de jubilación existente:

- ✓ Jubilación parcial
- ✓ Jubilación anticipada
- ✓ Jubilación flexible
- ✓ Jubilación para trabajadores mayores de 65 años

En primer lugar, respecto a la jubilación parcial, como aquel supuesto que posibilita la compatibilidad entre el percibo de una jubilación del sistema de la Seguridad Social y un puesto de trabajo a tiempo parcial, tanto si se trata de trabajadores que hayan alcanzado la edad ordinaria de jubilación y reúnan los requisitos para acceder a la misma sin necesidad de celebrar un contrato de relevo, como aquellos trabajadores que reúnan las condiciones para acceder a la pensión de jubilación con excepción de la edad, que no podrá ser inferior a 60 años, en cuyo caso, es necesario celebrar un contrato de relevo, cabe decir que presenta un serio interrogante.

En la Ley General de Seguridad Social se contienen dos disposiciones que claramente abogan por la no aplicación de esta posibilidad:

- ✓ *“Las reglas contenidas en el apartado anterior serán de aplicación a los trabajadores con contrato a tiempo parcial, contrato de relevo a tiempo parcial y contrato de trabajo fijo-discontinuo, de conformidad con lo establecido en los artículos 12 y 15.8 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que estén incluidos en el campo de aplicación del Régimen General y del Régimen especial de la minería del carbón, y a los que, siendo trabajadores por cuenta ajena, estén incluidos en el Régimen especial de los trabajadores del mar” (número 2 de la Disposición Adicional Séptima).*

Por tanto, hay que interpretar, *a sensu contrario*, que en el régimen especial de empleados del hogar no se aplican estas reglas.

- ✓ *“Lo previsto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 y en las disposiciones transitorias cuarta, segundo párrafo y decimoséptima será aplicable, en su caso, a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales. Lo previsto en los artículos 112 bis y 162.6 será igualmente aplicable a los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales con excepción de los incluidos en los regímenes especiales agrario y de empleados de hogar. Asimismo, lo dispuesto en los artículos 134, 135, 135 bis, 135 ter y 166 resultará de aplicación a los trabajadores por cuenta propia incluidos en los regímenes especiales de trabajadores del mar, agrario y de trabajadores autónomos, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente” (número 4 de la Disposición Adicional Octava).*

Aparentemente el régimen de jubilación parcial, regulado en el art. 166 de la Ley General de Seguridad Social puede ser aplicable a todos los trabajadores por cuenta ajena de los regímenes especiales, pero la expresión “en su caso” parece reclamar una regulación expresa en este sentido, por lo que, faltando ésta, parece difícil entenderla aplicable.

En cambio, el art. 10 del Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que regula expresamente la jubilación parcial, a la hora de establecer la categoría de los beneficiarios regula que podrán serlo los *“trabajadores por cuenta ajena, integrados en cualquier Régimen de la Seguridad Social”*.

En esta cuestión, no se puede olvidar que las normas que anteriormente regulaban esta cuestión, concretamente el Real Decreto 1991/1984, de 31 de octubre y el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, presentaban una regulación similar a la actual, por lo que no ha habido cambios al respecto.

Por este motivo, y aunque la aplicación de esta norma específica pudiera hacer pensar en la argumentación a favor de la aplicación de la jubilación parcial a este régimen especial, sin embargo, existe un claro obstáculo la forma de cotizar

en este régimen no admite la figura del trabajo a tiempo parcial, al existir una base única, por lo que antes se debería modificar dicha manera de hacer³⁴⁴.

En segundo lugar, en relación a la jubilación anticipada, ésta puede ser dividida en dos grandes supuestos.

Primero, tienen derecho a este tipo de jubilación, los trabajadores por cuenta ajena con 60 años de edad, incluidos en el Régimen General que tuvieran la condición de mutualistas en alguna Mutualidad Laboral de trabajadores por cuenta ajena antes del 1 de enero de 1967, así como los trabajadores con 61 años de edad inscritos como demandantes de empleo (salvo la excepción del abono de la indemnización), durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación, que acrediten un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, entre los que se incluye como tiempo cotizado el período de cumplimiento del servicio militar o prestación social sustitutoria, con un máximo de un año y que el cese en el trabajo no sea por causa imputable a la libre voluntad del trabajador (salvo la excepción del abono de la indemnización).

Esta modalidad se encuentra regulada expresamente en el Régimen General, en el Régimen Especial de la Minería del Carbón y en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, pero no se contempla en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en el Régimen Especial Agrario y en el Régimen Especial del Servicio Doméstico³⁴⁵, incluso en los supuestos regulados por medio de la Ley 35/2002, de 12 de julio.

Segundo, también tienen derecho a este tipo de jubilación, según el número primero del art. 161.bis de la Ley General de Seguridad Social, los siguientes dos colectivos:

- ✓ Los trabajadores incluidos en grupos o actividades profesionales cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.
- ✓ Las personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 % en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 %, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurren evidencias que

³⁴⁴ LOPEZ GANDIA y TOSCANI GIMENEZ, Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma, Albacete, (Bomarzo), 2006, págs. 88-89.

³⁴⁵ STSJ Cataluña 29 de noviembre de 2005 (Jur. 2005, 35459).

determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

La Disposición Adicional octava de la Ley General de Seguridad Social entiende aplicable este precepto a *“todos los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social”*, y por tanto, también al servicio doméstico. Ahora bien, resulta difícil imaginar que el primer supuesto, relativo a actividades peligrosas, pueda llegar a aplicarse; pero no existe ningún problema, al menos teórico, para aceptar que si cabe la jubilación anticipada para los empleados domésticos discapacitados.

Aceptada esta premisa hay que tener en cuenta, además, que la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores de la edad en ningún caso da ocasión a que el interesado pueda acceder a la pensión de jubilación con una edad inferior a la de 52 años y que dichos coeficientes no pueden ser tenidos en cuenta a efectos de percibir el incremento por haber causado la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años y a cualquier otra modalidad de jubilación anticipada.

Mayores problemas ha ocasionado la cuestión relativa a la jubilación anticipada por parte de personas que estuvieron integrados en el Montepío del Servicio Doméstico.

En esta cuestión hay que recordar que el Montepío del Servicio Doméstico no estuvo integrado en el Servicio del Mutualismo Laboral, y, si bien por la Ley de 19 de julio de 1944 se acordó extender al personal del servicio doméstico los beneficios de los Subsidios y Seguros Sociales que disfrutaran los demás trabajadores en aquella época, no regía para ninguno de ellos en aquel momento la posibilidad de jubilación antes de los 65 años.

Además, aun cuando el Decreto 385/1959, de 17 de marzo, por el que se creó el Montepío Nacional del Servicio Doméstico dispuso que se aplicarían al Montepío Nacional de los Servidores Domésticos las disposiciones de la Ley de Mutualidades y Montepíos de 6 de diciembre de 1941, así como su reglamento, tal aplicación se preveía con carácter subsidiario, y sin que esa norma general incluyera de forma ni siquiera implícita la relacionada con la edad de jubilación prevista en aquella normativa, como lo demuestra el hecho de que la Orden de 6 de abril de 1959, por la que se aprobaron los Estatutos del Montepío Nacional del Servicio Doméstico, establecía un orden de prelación de fuentes que ponían en primer lugar a tales Estatutos, y después a lo previsto en la Ley y Reglamentos del Mutualismo Laboral con carácter subsidiario, recogiendo expresamente, como exigencia para poder acceder a la pensión de vejez, la de haber cumplido sesenta y cinco años.

Por tanto, cabe considerar que los afiliados al antiguo Montepío Nacional no estuvieron incluidos en el antiguo Servicio del Mutualismo Laboral y aunque existían previsiones legales sobre asimilación y estas se produjeron en otras

materias nunca llegó a producirse esa asimilación en relación con la edad de jubilación.

Ahora bien, no se puede olvidar que el Tribunal Supremo, en varias sentencias, a otros efectos, por ejemplo, de determinar el período de carencia, ha aceptado que las cotizaciones a este Montepío sirvieran para causar derecho a prestaciones del antiguo Seguro de Vejez e Invalidez (SOVI)³⁴⁶, habiendo resuelto lo mismo con organismos similares, como el Montepío Marítimo Nacional³⁴⁷, la Caja de Trabajadores Portuarios³⁴⁸, la Institución Telefónica de Previsión³⁴⁹ o con la Mutualidad Nacional de Previsión Local.

Sin embargo, todas estas previsiones vienen dadas por el hecho de que en toda la normativa de Seguridad Social existente en la actualidad juega el cómputo recíproco de cotizaciones y criterios de totalización compatibles y congruentes con esta versión.

En conclusión, no es admisible la jubilación antes de cumplir la edad de sesenta y cinco años por parte de quienes estuvieron afiliados antes del año 1967 en el Montepío Nacional del Servicio Doméstico³⁵⁰.

Además, este tipo de jubilación también es admisible por aplicación del artículo único de la Ley 47/1998, de 23 de diciembre, de manera que, cuando el trabajador no haya cumplido la edad mínima para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen por el que deba resolverse el derecho, por ser aquel en que se acredite el mayor número de cotizaciones, por ejemplo, el régimen especial del servicio doméstico, podrá reconocérsele la pensión de jubilación en dicho régimen, siempre que se acredite el requisito de edad en alguno de los demás regímenes que se hayan tenido en cuenta para la totalización de los períodos de cotización³⁵¹.

En tercer lugar, en relación a la jubilación flexible, como aquella derivada de la posibilidad de compatibilizar, una vez causada, la pensión de jubilación con un trabajo a tiempo parcial, la pensión se minorará en proporción inversa a la reducción de la jornada de trabajo del pensionista en relación a la de un trabajador a tiempo completo comparable.

En este caso, a pesar de que la lectura, tanto del número cuarto de la Disposición Adicional Octava de la Ley General de Seguridad Social, como del art. 4 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre, al expresar que esta especialidad *“será de aplicación a todos los Regímenes de la Seguridad Social, con la salvedad establecida en la disposición adicional primera del presente Real Decreto”*,

³⁴⁶ STS 9 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 521).

³⁴⁷ STS 5 de julio de 2004 (RJ 2004, 5342).

³⁴⁸ STS 9 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 521).

³⁴⁹ STS 23 de febrero de 2004 (RJ 2004, 2587).

³⁵⁰ Sobre esta cuestión véase STS 29 de marzo de 2007 (RJ 2007, 3419).

³⁵¹ STSJ Cataluña 6 de octubre de 1999 (AS 1999, 6429).

donde nada se dice respecto a este régimen especial, en virtud del mismo fundamento que el supuesto de la jubilación parcial, cabe afirmar la dificultad de aplicación a este régimen especial de esta modalidad, aunque no la imposibilidad.

En cuarto y último lugar, respecto a la pensión de jubilación con 65 años o más, el art. 163.2 de la Ley General de Seguridad Social regula que cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el período mínimo de cotización de 15 años se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 % por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 % cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años.

Este se debe sumar al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión. En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo sólo parcialmente, el interesado tiene derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtiene aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. Esta cantidad se devenga por meses vencidos y se abona en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual.

Esta opción, de acuerdo con la regulación contenida en la Disposición Adicional octava de la Ley General de Seguridad Social, ha de entenderse aplicable a los empleados domésticos, con la salvedad que esta disposición expresamente excluye para este colectivo la aplicación de la exoneración de la cotización cuando se tiene derecho a este tipo de jubilación. De manera que los empleados domésticos sí podrán retrasarse su edad de jubilación, devengando el derecho a los incrementos, si cumplen el resto de requisitos, pero subsistirá la obligación de cotizar, dependiendo de quién sea el obligado.

Los requisitos para causar derecho a la pensión de jubilación en el régimen especial del servicio doméstico son los siguientes:

- ✓ Estar afiliado, en alta o alta asimilada en la Seguridad Social³⁵². También se puede tener derecho a la jubilación aunque no se esté en alta o alta asimilada, siempre que se hayan cumplido 65 años y se acredite el período de cotización indicado.

³⁵² STSJ Cataluña 6 de octubre de 1999 (AS 1999, 6429).

- ✓ Tener cubiertos quince años de cotización, de los cuales, al menos, dos deben estar comprendidos en los últimos quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante³⁵³.

Hay que tener en cuenta que en esta situación la jurisprudencia no ha admitido la doctrina del paréntesis³⁵⁴.

Después de la reforma producida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, se establece que a efectos del cómputo de los años cotizados no se tiene en cuenta la parte proporcional correspondiente a las pagas extraordinarias y se regula una aplicación paulatina de aumento del período mínimo exigible, de acuerdo con la siguiente progresión:

Durante los seis primeros meses	4.700 días
Durante el segundo semestre	4.777 días
Durante el tercer semestre	4.854 días
Durante el cuarto semestre	4.931 días
Durante el quinto semestre	5.008 días
Durante el sexto semestre	5.085 días
Durante el séptimo semestre	5.162 días
Durante el octavo semestre	5.239 días
Durante el noveno semestre	5.316 días
Durante el décimo semestre	5.393 días
Durante el décimo primer semestre	5.475 días

- ✓ Si se accede desde una situación de alta o de alta asimilada sin obligación de cotizar, dicho período de dos años habrá de estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar³⁵⁵.
- ✓ Tener cumplidos 65 años y cesar en la actividad laboral³⁵⁶.
- ✓ Estar al corriente en el pago de las cuotas.

En relación a la cuantía de la pensión hay que tener en cuenta que el sistema ha sufrido la siguiente evolución. Hasta 1987, la base reguladora de esta pensión,

³⁵³ STSJ Madrid 22 de enero de 2004 (Jur. 2004, 95398).

³⁵⁴ STSJ Madrid 22 de enero de 2004 (Jur. 2004, 95398).

³⁵⁵ STSJ Cataluña 22 de marzo de 2006 (Jur. 2006, 241287).

³⁵⁶ SALAS PORRAS, "El régimen especial de empleados de hogar", Comentario sistemático a la Legislación reguladora de las pensiones, Comares, (Granada), 2004, págs. 320-321.

que se regulaba en la versión anterior del art. 32.2 del Decreto, se establecía aplicando un porcentaje variable en función de los años de cotización previstos, que variaba desde un 25 % a los diez años de cotización hasta un máximo del 70 % a los 35 años de cotización. Desde 1988, fruto de la modificación de este precepto por el Real Decreto 1609/1987, de 23 de diciembre, se aplica el régimen regulado en el Decreto. Sin embargo, a partir de 1994, de acuerdo con lo establecido en el número primero de la Disposición Adicional Octava, el régimen aplicable es, en esencia, el previsto en el art. 162 de la Ley General de la Seguridad Social.

En la actualidad, la cuantía de la pensión viene determinada por el importe de la base reguladora y el porcentaje aplicable a ésta según el número de años cotizados³⁵⁷.

Para el año 2008, el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones establece las siguientes cuantías mínimas:

Pensión	Titulares	
	Con cónyuge a cargo	Sin cónyuge a cargo
	Euros/año	Euros/año
Titular con 65 años	9.222,50	7.399,70
Titular menor de 65 años	8.619,24	6.895,00

La base reguladora se calcula dividiendo por 210 las bases de cotización del trabajador durante los 180 meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante, tomándose las bases correspondientes a los veinticuatro meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante en su valor nominal; las restantes se actualizan de acuerdo con la evolución que haya experimentado el Índice de Precios al Consumo, desde los meses a que dichas bases corresponden hasta el mes inmediato anterior a aquel en que se inicie el período de bases no actualizables. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede respecto a los diferentes supuestos de trabajadores por cuenta ajena regulados en otros regímenes, las lagunas de cotización no se integran³⁵⁸.

Obtenida la base reguladora, el importe de la pensión se determina aplicando al mismo el porcentaje correspondiente en función de los años cotizados, según la escala establecida para el Régimen General, que es la siguiente:

Años de cotización	Porcentaje de la base reguladora
A los quince años	50
A los dieciséis años	53
A los diecisiete años	56
A los dieciocho años	59

³⁵⁷ STSJ Cataluña 15 de febrero de 2006 (AS 2006, 1988).

³⁵⁸ STSJ Comunidad Valenciana 17 de octubre de 2001 (Jur. 2001, 83954).

A los diecinueve años	62
A los veinte años	65
A los veintiún años	68
A los veintidós años	71
A los veintitrés años	74
A los veinticuatro años	77
A los veinticinco años	80
A los veintiséis años	82
A los veintisiete años	84
A los veintiocho años	86
A los veintinueve años	88
A los treinta años	90
A los treinta y un años	92
A los treinta y dos años	94
A los treinta y tres años	96
A los treinta y cuatro años.	98
A los treinta y cinco años o más	100

Como se puede comprobar, el porcentaje aplicable a la base reguladora para obtener la cuantía de la prestación es el 50%, si se acreditara sólo el período mínimo de cotización exigido, quince años, en tanto que el 100% de la base reguladora se obtendría al acreditar 35 años cotizados. Sin embargo, para el cómputo de estos años de cotización no se aplica a este régimen especial la escala de abono de años y días de cotización regulada en la Disposición Transitoria Segunda de la Orden de 18 de enero de 1967³⁵⁹.

Para hallar el número de años cotizados que determine el porcentaje aplicable a la base reguladora se computan los cotizados a éste y a otros Regímenes de la Seguridad Social, siempre que unos y otros no se superpongan³⁶⁰. Ahora bien, como es posible causar la pensión de jubilación en más de un régimen, en este caso es necesario acreditar períodos de quince años de cotización superpuestos en los regímenes respectivos.

El derecho al reconocimiento de la prestación de jubilación no prescribe.

La pensión de jubilación se devenga desde el día siguiente al del hecho causante de la misma, siempre que la solicitud sea presentada dentro de los tres meses siguiente a aquél. En otro caso sólo se devenga con una retroactividad de tres meses contados desde la fecha de presentación de la solicitud³⁶¹. Se considera hecho causante, para los trabajadores en alta, el día del cese en el trabajo por cuenta ajena, para los trabajadores que se encuentren en alguna de las situaciones asimiladas a la del alta, el día que se formule la solicitud, salvo que se trate de un trabajador en excedencia, en cuyo caso es el día que cese en el

³⁵⁹ STSJ País Vasco 14 de julio de 2000 (AS 2000, 2488).

³⁶⁰ STSJ Galicia 29 de enero de 2002 (Jur. 2002, 48460).

³⁶¹ STSJ Galicia 18 de febrero de 2000 (AS 2000, 42).

cargo que dio origen a la asimilación o en el supuesto de traslado fuera del territorio nacional, que es el día del cese en el trabajo por cuenta ajena. Además, para los trabajadores que no se encuentren en alta ni en situación asimilada a la del alta, el día de presentación de la solicitud.

El disfrute de la pensión de jubilación es incompatible con todo trabajo del pensionista por cuenta propia o ajena que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, así como con trabajos para cualquiera de las Administraciones públicas. En caso de reincorporación a la vida laboral a jornada completa la prestación queda suspendida y las nuevas cotizaciones mejoran la pensión, aumentando el porcentaje a aplicar a la base reguladora en función de los años de cotización y reducirán los coeficientes reductores de los supuestos de acceso anticipado a la pensión de jubilación.

La pensión sólo se extingue por fallecimiento del pensionista, aunque puede ser suspendida por nueva incorporación laboral o por sanción.

39. Prestaciones por muerte y supervivencia

Las prestaciones por muerte y supervivencia, de acuerdo con el art. 33 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, presentan la siguiente regulación:

“1. En el caso de muerte, cualquiera que fuera la causa, se otorgarán, según los supuestos, alguna o algunas de las siguientes prestaciones:

- a) Subsidio de defunción.*
- b) Pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal de viudedad.*
- c) Pensión de orfandad.*
- d) Pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal en favor de familiares”.*

En todo caso, y antes de entrar en el análisis de cada una de las concretas prestaciones, las especialidades en este régimen especial respecto al Régimen General son las siguientes:

- ✓ No se regula la indemnización a tanto alzado, ya que el hecho causante es el accidente de trabajo o enfermedad profesional, supuestos no regulados para los empleados domésticos.
- ✓ El Decreto sigue utilizando el concepto “*subsidio por defunción*” cuando la denominación actual es “*auxilio por defunción*”.
- ✓ Aunque el Decreto se refiera a esta especialidad, el subsidio temporal de viudedad fue suprimido con carácter general por la Ley 24/1972, de 21 de julio.

Sin embargo, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ha introducido una

prestación temporal de viudedad, a la que sí tienen derecho los empleados domésticos.

- ✓ Conforme al número segundo del art. 33 del Decreto, el período de cotización exigido para causar derecho a estas prestaciones es “*de sesenta mensualidades computables, dentro de los diez años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante*”. Sin embargo, La Disposición Adicional 11 del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, estableció que las prestaciones de muerte y supervivencia en este régimen especial serían reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General en lo relativo a períodos previos de cotización y cálculo de la base reguladora. Por tanto, en la actualidad, no existen diferencias.

Son sujetos causantes los trabajadores afiliados y en alta o en situación asimilada a la de alta, que reúnan un período mínimo de cotización de quinientos días dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, si éste es debido a enfermedad. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período exigido deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

En cambio, los sujetos causantes que estén afiliados y en alta o en situación asimilada a la de alta cuando la muerte es debida a accidente³⁶² o la prestación solicitada es la orfandad, no se exige período previo de cotización.

En esta cuestión se puede olvidar que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido aplicando de manera flexible la exigencia del requisito de alta o situación asimilada, en relación especialmente con estas prestaciones³⁶³ que estiman cumplido dicho requisito si concurre la situación de alta cuando se inicia el acontecer que conduce al hecho causante y es fundadamente explicable que se hayan descuidado en algún momento los requisitos legales prevenidos para continuar en alta.

Además también pueden ser sujetos causantes, los pensionistas de jubilación en su modalidad contributiva, los pensionistas de incapacidad permanente en su modalidad contributiva, los empleados domésticos que hubieran cesado en su trabajo con derecho a pensión de jubilación y falleciesen sin haberlo solicitado, así como los empleados desaparecidos con ocasión de un accidente en circunstancias que hagan presumible su muerte y sin que se hayan tenido noticias suyas durante los noventa días naturales siguientes al del accidente. En este caso, no se causa nunca derecho al auxilio por defunción.

³⁶² STSJ Madrid 6 de abril de 1994 (AS 1994, 1569).

³⁶³ STS 19 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8616).

De la misma manera, sólo a efectos de las pensiones de viudedad, orfandad y prestaciones en favor de familiares, pueden ser también causantes los trabajadores que no se encuentren en alta o en alta asimilada, siempre que acrediten un período mínimo cotizado de quince años.

En todo caso, no se puede olvidar también el requisito general de estar al corriente de pago de las cotizaciones, cuando el empleado doméstico sea el responsable.

El hecho causante es la defunción del trabajador o del pensionista de jubilación o incapacidad permanente, salvo que se trate de pensión de orfandad y el beneficiario sea hijo póstumo, en cuyo caso se entiende producido el día de su nacimiento.

1) Auxilio por defunción

Son beneficiarios la persona o personas que hayan sufragado los gastos de sepelio. Se presume que dichos gastos los han soportado, por este orden, el cónyuge sobreviviente, el sobreviviente de una pareja de hecho, hijos o parientes del fallecido que convivieran con él habitualmente.

No se exige período previo de cotización y prescribe a los cinco años contados desde el día siguiente al del fallecimiento.

La cuantía a percibir es de 30,05 euros, cuando el beneficiario sea alguno de los familiares indicados. En otro caso, el importe de los gastos ocasionados por el sepelio, con el límite, en todo caso, de la cantidad indicada.

De acuerdo con la Disposición adicional décima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, este auxilio se incrementará en un 50 % anual en los próximos cinco años, a razón de un 10 % anual y a partir de ese momento, en cada ejercicio, se actualizará con arreglo al índice de precios al consumo.

2) Pensión vitalicia de viudedad

Son beneficiarios de la pensión vitalicia de viudedad las personas que pueden quedar incluidas en alguno de los tres siguientes colectivos:

- ✓ El cónyuge superviviente cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.

En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días debe estar comprendido dentro de un período

ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente no se exige ningún período previo de cotización.

También tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.

En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad no sobrevenida tras el vínculo conyugal se requiere, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exige dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acredite un período de convivencia con el causante, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

- ✓ En los casos de separación o divorcio, el derecho corresponde a quien, reuniendo los requisitos generales, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente queda condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria regulada en el art. 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante.

En caso de nulidad matrimonial, el derecho corresponde al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a la indemnización regulada en el art. 98 del Código Civil, siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho.

- ✓ La persona que se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho, y acreditara que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50 % de la suma de los propios y de los del causante habidos en el mismo período. Dicho porcentaje será del 25 % en el caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

No obstante, también se reconoce derecho a esta pensión cuando los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente en el momento del hecho causante, requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción.

Este límite se incrementa en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional vigente por cada hijo común, con derecho a la pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente y se consideran como ingresos los rendimientos de trabajo y de capital así como los de carácter patrimonial, en los términos en que son computados para el reconocimiento de los complementos para mínimos de pensiones.

A estos efectos, se considera pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se debe acreditar mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la inscripción como la formalización del correspondiente documento público deben haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se lleva a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica.

En todo caso, pierde la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o ex cónyuge, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos.

La cuantía de la pensión se determina aplicando a una base reguladora un determinado porcentaje.

La base reguladora de la pensión es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del interesado durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegidos por el beneficiario dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.

Cuando se trate de pensionistas, se utiliza como base reguladora la misma que sirvió para determinar su pensión, pero se incrementa la prestación con las revalorizaciones que se hubieran producido.

El porcentaje a aplicar es del 52 por 100 de la base reguladora del causante con carácter general.

Sin embargo, es del 70 por 100 de la base reguladora correspondiente, siempre que durante todo el período de percepción de la pensión se cumplan los siguientes requisitos:

- ✓ El pensionista tenga cargas familiares.
- ✓ La pensión de viudedad constituya la principal o única fuente de ingresos, entendiéndose que se cumple este requisito cuando el importe anual de la pensión, incluido el complemento a mínimos que pudiera corresponder, sea igual o superior al 50 por 100 del total de los ingresos del pensionista en cómputo anual.
- ✓ Los rendimientos anuales del pensionista por todos los conceptos no superen la cuantía resultante de sumar al límite que, en cada ejercicio económico, esté previsto para el reconocimiento de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas el importe anual que, en cada ejercicio económico, corresponda a la pensión mínima de viudedad en función de la edad del pensionista.

Los tres requisitos exigidos deben concurrir simultáneamente. La pérdida de uno de ellos motiva la aplicación del porcentaje del 52 por 100 con efectos desde el día primero del mes siguiente a aquel en que deje de concurrir dicho requisito.

Si, habiendo mediado divorcio, se produce una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta se reconoce en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 % a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente.

En caso de nulidad matrimonial, la pensión se reconoce en cuantía proporcional al tiempo vivido con el causante, sin perjuicio de los límites que puedan resultar en el supuesto de concurrencia de varios beneficiarios.

En todo caso, las pensiones tienen garantizadas cuantías mínimas mensuales, según la edad de los beneficiarios, que se revalorizan anualmente. Para el año 2008, el Real Decreto 1764/2007, de 28 de diciembre, sobre revalorización de las pensiones establece las siguientes cuantías mínimas:

Pensión	Titulares
	Sin cónyuge a cargo Euros/año
Titular con cargas familiares	8.619,24

Titular con 65 años o discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100	7.399,70
Titular con edad entre 60 y 64 años	6.895,00
Titular con menos de 60 años	5.502,28

La pensión de viudedad se puede extinguir por las siguientes causas:

- ✓ Por contraer nuevo matrimonio o constituya una pareja de hecho. No obstante, se puede mantener el percibo de la pensión de viudedad, aunque el pensionista contraiga nuevo matrimonio, cuando sea mayor de 61 años o menor de dicha edad, siempre que, en este último caso, tenga reconocida también una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez o acreditar una minusvalía en grado igual o superior al 65 por 100, la pensión de viudedad debe constituir la principal o única fuente de ingresos del pensionista y el matrimonio ha de tener unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza e incluida la pensión de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, del Salario Mínimo Interprofesional vigente en cada momento.
- ✓ Por declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante.
- ✓ Por fallecimiento.
- ✓ Por comprobarse que no falleció el trabajador desaparecido en accidente.
- ✓ Por condena en sentencia firme por delito de lesiones, cuando la ofendida por el delito y causante de la pensión fuera su cónyuge o ex cónyuge, salvo que, en su caso, mediara reconciliación.

Finalmente, la pensión de viudedad es compatible con cualquier renta de trabajo del beneficiario y con la pensión de jubilación o incapacidad permanente a que el mismo tuviera derecho.

En los supuestos en que el matrimonio del pensionista de viudedad no hubiera extinguido la pensión, la nueva pensión de viudedad que pudiera generarse, como consecuencia del fallecimiento del nuevo cónyuge, es incompatible con la pensión o pensiones de viudedad que se venían percibiendo, debiendo el interesado optar por una de ellas.

En el supuesto de que el causante no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta la pensión de viudedad, es incompatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad, en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante quince años.

En cambio, es compatible con la del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez cuando la suma de ambas no supere el doble del importe de la pensión mínima de viudedad para beneficiarios con 65 o más años que esté establecida en cada momento. En caso de superarse, se procede a disminuir la cuantía de la pensión del SOVI en el importe necesario para no exceder del límite indicado.

Además, conforme a la Disposición adicional tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, también puede reconocerse, con carácter excepcional, derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a 1 de enero de 2008, concurren las siguientes circunstancias:

- ✓ Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad.
- ✓ Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste.
- ✓ Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes.
- ✓ Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social.

Para acceder a esta pensión, la correspondiente solicitud debe ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición.

3) Prestación temporal de viudedad

Cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el empleado doméstico causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y reúna el resto de requisitos generales, tiene derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

4) Pensión de orfandad

Pueden ser beneficiarios las personas que se encuentren en alguno de los siguientes colectivos:

- ✓ Hijos del causante menores de 18 años o mayores incapacitados a la fecha del fallecimiento de aquél, cualquiera que sea su filiación.
- ✓ Hijos del causante mayores de 18 años y menores de 22 años, de 24 si no sobreviviera ninguno de los padres o el huérfano presente una discapacidad en un grado igual o superior al 33 por ciento, si en la fecha

del fallecimiento de empleado doméstico causante no efectúen trabajos lucrativos, por cuenta ajena o propia, o cuando los realicen, los ingresos que obtengan, en cómputo anual, resulten inferiores a la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional que se fije en cada momento, también en cómputo anual. En el caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 24 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantiene hasta el día primero del mes siguiente del inicio del siguiente curso académico.

- ✓ Hijos del cónyuge sobreviviente aportados al matrimonio, cuando, junto con los requisitos generales, concurren las condiciones de que el matrimonio se hubiera celebrado dos años antes del fallecimiento del causante, hubieran convivido a sus expensas y además no tengan derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos, según la legislación civil.

Además, el empleado doméstico causante ha de encontrarse en alta o en situación asimilada al alta, salvo que hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años.

La cuantía de la pensión se determina aplicando a una base reguladora un determinado porcentaje.

La base reguladora de la pensión es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del empleado doméstico durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses, elegidos por los beneficiarios dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.

Cuando se trate de pensionistas, se utiliza como base reguladora la misma que sirvió para determinar su pensión, pero se incrementa la prestación con las revalorizaciones que se hubieran producido.

El porcentaje a aplicar es del 20 por 100 de la base reguladora o el porcentaje que corresponda de acuerdo con la limitación que afecta a todas las pensiones de muerte y supervivencia para cada huérfano, pudiendo incrementarse con el 52 por 100 correspondiente a la pensión de viudedad en el caso de orfandad absoluta. Si existen varios beneficiarios, la suma de las pensiones de orfandad más la de viudedad no puede rebasar el 100 por 100 de la base reguladora.

Cuando concurren en un mismo beneficiario pensiones causadas por el padre y la madre, el incremento previsto por orfandad absoluta sólo es aplicable a las pensiones originadas por uno solo de los causantes.

La pensión de orfandad se extingue por cumplir la edad máxima fijada en cada caso, salvo que, en tal momento, tuviera reducida su capacidad de trabajo en un

porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. Si el huérfano no trabaja o, trabajando, obtiene ingresos inferiores al Salario Mínimo Interprofesional, la pensión no se extingue hasta el cumplimiento de los 22 ó 24 años de edad, según proceda. En el caso de orfandad absoluta, si el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera 24 años durante el transcurso del curso escolar, la percepción de la pensión de orfandad se mantendrá hasta el día primero del mes siguiente del inicio del siguiente curso académico. Además, también se extingue por cese de la incapacidad por la que percibe la pensión, por adopción, por contraer matrimonio, salvo que estuviera afectado por una incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez, por fallecimiento o por comprobarse que no falleció el trabajador desaparecido en accidente.

La pensión de orfandad es compatible con cualquier renta de trabajo del cónyuge superviviente, así como, en su caso, con la pensión de viudedad que perciba.

Además, es compatible con cualquier renta de trabajo del propio huérfano, si el beneficiario es menor de 18 años o mayor de dicha edad que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez o, siendo mayor de 18 años y no estando incapacitado, los ingresos que perciba resulten inferiores a la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional, también en cómputo anual.

Reconocido el derecho a la pensión de orfandad, éste queda suspendido cuando los beneficiarios mayores de 18 años concierten un contrato laboral o realicen una actividad por cuenta propia, siempre que los ingresos derivados del contrato o de la actividad por cuenta propia superen el límite del Salario Mínimo Interprofesional en cómputo anual.

También es compatible con la percepción de la prestación económica por hijo o menor acogido a cargo.

En cambio, la pensión de orfandad es incompatible en los siguientes dos supuestos:

- ✓ Si el causante no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta es incompatible con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante quince años.
- ✓ Si el beneficiario es huérfano incapacitado que hubiera contraído matrimonio es incompatible con la pensión de viudedad a la que posteriormente pudiera tener derecho, y debe optar entre una u otra.

5) Pensión en favor de familiares

Son beneficiarios de la pensión a favor de familiares, las personas que se encuentren en cualquiera de estas situaciones:

- ✓ Nietos/as y hermanos/as, huérfanos de padre y madre, siempre que en la fecha del fallecimiento sean menores de 18 años, tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez o sean menores de 22 años, si no efectúan un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o realizándolo los ingresos que obtenga el mismo, en cómputo anual, resulten inferiores al 75 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional que se fije en cada momento.
- ✓ Madre y abuelas viudas, solteras, casadas, cuyo marido sea mayor de 60 años o esté incapacitado para el trabajo, separadas judicialmente o divorciadas.
- ✓ Padre y abuelos con 60 años cumplidos o incapacitados para todo trabajo.
- ✓ Hijos/as y hermanos/as de pensionistas de jubilación o incapacidad permanente, ambas en su modalidad contributiva, o de aquellos trabajadores que al fallecer reúnan los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, mayores de 45 años, que estén solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados, que además de los requisitos generales acrediten dedicación prolongada al cuidado del causante³⁶⁴.

Además, deben acreditar convivencia con el empleado doméstico causante y a sus expensas con dos años como mínimo de antelación a su fallecimiento, no tener derecho a otra pensión pública, carecer de medios de subsistencia y que no queden familiares con obligación y posibilidad de prestarles alimentos según la legislación civil.

La cuantía de la pensión se determina aplicando a una base reguladora un determinado porcentaje.

La base reguladora de la pensión es el cociente que resulte de dividir por 28 la suma de las bases de cotización del empleado doméstico causante durante el período ininterrumpido de veinticuatro meses elegidos por los beneficiarios dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión.

Cuando se trate de pensionistas, se utiliza como base reguladora la misma que

³⁶⁴ STS 15 de enero de 1987 (RJ 1987, 40).

sirvió para determinar la pensión, pero se incrementa la prestación con las revalorizaciones que se hubieran producido.

El porcentaje a aplicar es del 20 por 100 de la base reguladora, o el porcentaje que corresponda de acuerdo con la limitación que afecta a todas las pensiones de muerte y supervivencia, que se puede incrementar con el 52 por 100 de la pensión de viudedad: si al fallecimiento del empleado doméstico causante no queda cónyuge sobreviviente, o éste falleciese en el disfrute de la pensión de viudedad, ni hijos con derecho a pensión de orfandad. El 52 por 100 pasa a incrementar la de nietos y hermanos y en ausencia de éstos a los ascendientes e hijos o hermanos del pensionista mayores de 45 años.

Finalmente, el derecho a la pensión, cuando los beneficiarios son nietos y hermanos, se extingue por las mismas causas que en la orfandad. En cambio, cuando los beneficiarios son ascendientes, hijos y hermanos mayores de 45 años, se extingue por contraer matrimonio, por fallecimiento o por comprobarse que no falleció el trabajador desaparecido en accidente.

6) Subsidio en favor de familiares

Los hijos/as o hermanos/as del empleado doméstico o pensionista fallecido, mayores de 22 años, solteros, viudos, separados judicialmente o divorciados que convivieran con éste y a sus expensas con dos años como mínimo de antelación a su fallecimiento, siempre que no tengan derecho a cualquier otra pensión y no presenten medios de subsistencia y no tengan familiares con la obligación de prestarles alimentos de acuerdo con el Código Civil, tienen derecho a percibir un subsidio temporal del 20 por 100 de la base reguladora tomada para calcular la viudedad, durante doce meses y dos pagas extraordinarias.

Este subsidio se extingue por agotamiento del período máximo de duración y fallecimiento.

40. Prestaciones familiares

La letra f) del art. 28.1 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regula como prestación a la que tienen derecho los empleados del hogar las prestaciones económicas de protección a la familia. El régimen jurídico de estas prestaciones estaba regulado en el art. 35 del propio Decreto; sin embargo, este precepto fue expresamente derogado por el Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrollaban, en materia de prestaciones por hijo a cargo, la Ley 26/1990, de 20 de diciembre.

De esta manera, en la actualidad, y de acuerdo con la redacción de la Disposición Adicional Octava de la Ley General de Seguridad Social conforme a la cual, es de aplicación a este régimen “las normas sobre prestaciones

familiares contenidas en el capítulo IX del título II de esta Ley”, el contenido de estas prestaciones es el mismo que en el Régimen General. Por tanto, además de los artículos 180 a 190 de la Ley General de Seguridad Social, también hay que acudir al Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre.

Conforme a este régimen general, este tipo de prestaciones se divide en dos tipos, según se refiera a la modalidad contributiva o no contributiva.

1) Modalidad contributiva

Son beneficiarios de esta prestación no económica los empleados de hogar que disfruten de los períodos de excedencia con reserva de puesto de trabajo establecidos para el cuidado de hijos, ya sean naturales o adoptados, o de menores acogidos, en los supuestos de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, aunque estos sean provisionales, así como para el cuidado de un familiar, hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

El período computable como efectivamente cotizado es el correspondiente a los dos primeros años de excedencia con reserva del puesto de trabajo para el cuidado de hijo o menor acogido. Ahora bien, si la unidad familiar de la que forma parte el menor tiene la consideración de familia numerosa, el período computable como efectivamente cotizado será de treinta meses si es de categoría general, o de treinta y seis meses si es de categoría especial. En cambio, el período computable es del primer año de excedencia en el caso de cuidado de otros familiares.

El cómputo de un nuevo período de cotización efectiva se inicia por cada disfrute de excedencia laboral a que puedan dar lugar los sucesivos hijos o menores u otros familiares. En todo caso, si no llega a disfrutarse el período total de excedencia, se computa como cotizado el período efectivamente disfrutado.

En relación al reconocimiento de las prestaciones, el período considerado como de cotización se computa tanto para la cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable.

Durante este período, los empleados domésticos se consideran en situación de alta para acceder a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad.

A efectos de su cómputo, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menores se computan incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se

hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo. Este incremento también se aplica, pero referido exclusivamente referido al primer año, en el resto de supuestos de reducción de jornada.

Además, cuando las situaciones de excedencia hubieran estado precedidas por una reducción de jornada, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante la reducción de jornada se computan incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo.

Finalmente, hay que tener en cuenta que durante este período indicado se mantiene el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

2) Modalidad no contributiva

En su modalidad no contributiva, las prestaciones familiares a las que tiene derecho el empleado doméstico son las tres siguientes:

- ✓ Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo.
- ✓ Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas.
- ✓ Prestación por parto o adopción múltiples.
- ✓ Prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo.

a) Asignación económica por hijo o menor acogido a cargo

Se considera hijo o menor acogido a cargo cuando conviva y dependa económicamente del beneficiario.

En relación a esta definición hay que realizar las siguientes tres salvedades:

- ✓ No se rompe la convivencia por la separación transitoria debida a estudios, trabajo del beneficiario, tratamiento médico o rehabilitación.
- ✓ Se considera que está a cargo, aun cuando realice un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario y que los ingresos percibidos no superen el 100 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional vigente.
- ✓ Se considera que no está a cargo cuando sea perceptor de una pensión contributiva, a cargo de un régimen público de protección social, distinta de la de orfandad o a favor de familiares de nietos y hermanos.

Tienen derecho a percibir esta prestación los empleados domésticos que residan legalmente en territorio español, tengan a cargo hijos menores de 18 años o mayores de dicha edad afectados por una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por 100, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación de aquéllos, así como los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo y no perciban ingresos anuales superiores a 11.000 euros para el año 2008. Esta cuantía debe incrementarse en un 15 % por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido.

En principio, si los ingresos superan este límite no se reconoce la condición de beneficiario. No obstante, pueden ser beneficiarios, aun superando el nivel de ingresos, si son inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cantidad el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por el número de hijos o menores acogidos a cargo.

Para ser beneficiario de la asignación económica por hijo menor o acogido a cargo minusválido no se exigirá límite de recursos económicos.

Si el beneficiario forma parte de familia numerosa, el límite de ingresos es para 2008 de 16.221,73 euros, en los supuestos en que concurren tres hijos a cargo, y se incrementará en 2.627,47 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido.

Son, asimismo, beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus progenitores o adoptantes, huérfanos de ambos, menores de 18 años o minusválidos en un grado igual o superior al 65 por 100. Igual criterio se sigue en el supuesto de quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus progenitores o adoptantes, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

Asimismo, son beneficiarios de las asignaciones que, en razón de ellos, corresponderían a sus progenitores o adoptantes, los hijos minusválidos mayores de 18 años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar. Si el beneficiario directo de la prestación es minusválido, con un grado igual o superior al 65 por 100, y contrae matrimonio, esta situación no determina la extinción del derecho a la asignación económica que viniera percibiendo.

Si concurren las circunstancias para ser beneficiario de la asignación económica en ambos progenitores o adoptantes o, en su caso, en quienes hubiesen acogido al menor, el derecho a percibirla solamente puede ser reconocido a favor de uno de ellos, determinado de común acuerdo. Se presume que existe acuerdo cuando la asignación económica se solicite por uno de ellos. De no existir acuerdo ha de estarse a las reglas que en cuanto a patria potestad y guarda establece el Código Civil.

La cuantía anual de la prestación durante el año 2008 es la establecida en las siguientes tablas:

Hijos menores de 18 años y menores acogidos	
Cuando el hijo o menor acogido a cargo no se encuentre afectado por una minusvalía y tenga una edad inferior a 3 años	500,00 euros
Cuando el hijo o menor acogido a cargo no se encuentre afectado por una minusvalía y tenga una edad comprendida entre los 3 y los 18 años	291,00 euros
Cuando el hijo o menor acogido a cargo se encuentre afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100	1.000,00 euros

Hijos mayores de 18 años	
Cuando el hijo tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 %.	1.000,00 euros
Cuando el hijo se encuentre afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65 por 100	3.861,72 euros
Cuando el hijo a cargo se encuentre afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 75 por 100 y necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida	5.792,64 euros

La cuantía se percibe siempre íntegramente cuando se trate de hijos minusválidos, sin que se tenga en cuenta el nivel de ingresos de la unidad familiar.

El abono de la asignación económica, que se produce a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de presentación de solicitud, o de la comunicación de las modificaciones que supongan un aumento en la cuantía, se lleva a cabo por la Tesorería General de la Seguridad Social. Con carácter general, el pago es semestral, salvo en las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo mayor de 18 años, cuyo pago es de periodicidad mensual y se efectuará por mensualidad vencida.

b) Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas.

Tienen derecho a esta prestación los empleados domésticos que residan legalmente en territorio español y no perciban ingresos anuales, teniendo en cuenta los obtenidos durante el año anterior al nacimiento o a la adopción, superiores a 11.000,00 euros para el año 2008.

En principio, si la suma de los ingresos supera el límite establecido, no se reconoce la condición de beneficiario. No obstante, pueden ser beneficiarios,

aun superando el nivel de ingresos, si son inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cantidad el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por el número de hijos o menores acogidos a cargo.

Hay que tener en cuenta que si el beneficiario forma parte de familia numerosa, el límite de ingresos es para 2008 de 16.221,73 euros, en los supuestos que concurren tres hijos a cargo y se incrementa en 2.627,47 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido.

Esta prestación se genera en los casos de nacimiento o adopción de hijo en España en los siguientes supuestos:

- ✓ Una familia numerosa o que, con tal motivo, adquiera dicha condición, según el concepto regulado por la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección de las familias numerosas.
- ✓ Una familia monoparental, entendida como la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia.
- ✓ Supuestos de madres que padezcan una discapacidad igual o superior al 65 %.

Respecto a la determinación del beneficiario, hay que tener en cuenta que en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, es beneficiario cualquiera de ellos, determinado de común acuerdo. Se presume que existe acuerdo cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos. A falta de acuerdo es beneficiaria la madre. Cuando no convivan, es beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos. Ahora bien, cuando el causante hubiera quedado huérfano de ambos o esté abandonado, es beneficiaria la persona física que legalmente se haga cargo de aquél.

La prestación consiste en un pago único de 1.000,00 euros.

En los casos en que los ingresos anuales percibidos, de cualquier naturaleza, superen el límite establecido pero sean inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación, la cuantía de esta última es igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto. En todo caso, no se reconoce la prestación cuando la diferencia sea inferior al importe mensual de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo no minusválido.

c) Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples

Tienen derecho a esta prestación los empleados domésticos que residan legalmente en territorio español y no tengan derecho ni los progenitores ni los adoptantes, ni en su caso quienes hubiesen acogido al menor, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social.

Son causantes de esta prestación los hijos nacidos de partos múltiples cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos, así como los hijos adoptados cuando el número sea igual o superior a dos. El nacimiento o la formalización de la adopción ha de producirse en España, o cuando, producido en el extranjero, se acredite que el hijo o acogido vaya a integrarse de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en España. En los casos de parto o adopción múltiple, cuando uno de los hijos esté afectado por una minusvalía igual o superior al 33 por ciento computa doble.

Respecto a la determinación del beneficiario, hay que tener en cuenta que en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, es beneficiario cualquiera de ellos, determinado de común acuerdo. Se presume que existe acuerdo cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos. A falta de acuerdo es beneficiaria la madre. Cuando no convivan, es beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos. Ahora bien, cuando los causantes queden huérfanos de ambos o sean abandonados, es beneficiaria la persona física que legalmente se haga cargo de los nacidos o adoptados.

La cuantía a percibir consiste en una cantidad en pago único en función del número de hijos nacidos en el parto, de acuerdo con la siguiente tabla:

Número de hijos	Modo de cálculo	Cuantía en 2008
2 hijos	4 x SMI	2.400,00 euros
3 hijos	8 x SMI	4.800,00 euros
4 hijos y más	12 x SMI	7.200,00 euros

d) Prestación económica por nacimiento o adopción de hijo

Son beneficiarias de esta prestación las siguientes personas, siempre que hubieran residido de forma legal, efectiva y continuada en territorio español durante al menos los dos años inmediatamente anteriores al hecho del nacimiento o la adopción:

- ✓ En caso de nacimiento, la madre, siempre que el nacimiento se haya producido en territorio español. En los supuestos de fallecimiento de la madre sin haber solicitado la prestación o la percepción anticipada de la deducción, es beneficiario el otro progenitor.
- ✓ En los casos de adopción por personas de distinto sexo, la mujer, siempre que la adopción se haya constituido o reconocido por autoridad española competente. En los supuestos de fallecimiento de la misma sin haber solicitado la prestación o la percepción anticipada de la deducción, es beneficiario el otro adoptante.

Si las personas adoptantes fuesen personas del mismo sexo, aquella que ambas determinen de común acuerdo, siempre que la adopción se haya constituido o reconocido por autoridad española competente.

Si la adopción se produce por una sola persona, ésta, siempre que se haya constituido o reconocido por autoridad española competente.

En ningún caso puede ser persona beneficiaria el adoptante cuando se produzca la adopción de un menor por una sola persona y subsista la patria potestad de uno de los progenitores.

En todo caso, siempre que no hubieran tenido derecho a la deducción por nacimiento o adopción regulada en el artículo 81.bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre sociedades, sobre la renta de los no residente y sobre el patrimonio.

La prestación consiste en un pago único de 2.500 euros por cada hijo nacido o adoptado, cuya solicitud se puede efectuar a partir de la inscripción del descendiente en el Registro Civil.

El derecho al cobro de la prestación económica puede ser cedido al otro progenitor o adoptante una vez le sea reconocido, si éste reúne los requisitos generales; en todo caso, se entiende que no existe transmisión lucrativa a efectos fiscales por esta cesión.

Corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de su Director General, la gestión y administración de esta prestación.

e) Compatibilidades

La percepción de la prestación por nacimiento o adopción de hijo es compatible con la percepción de las demás prestaciones familiares de la Seguridad Social.

f) Incompatibilidades

Cuando concurren en ambos progenitores o adoptantes las circunstancias para tener la condición de beneficiarios, el derecho sólo puede ser reconocido a favor de uno de ellos. Además, son incompatibles con la percepción de cualquier otra prestación análoga establecida en los demás regímenes públicos de protección social.

Además, cuando los beneficiarios puedan tener derecho a la misma prestación por un mismo sujeto causante en varios regímenes públicos de protección social, deben optar por uno de ellos.

Finalmente, hay que tener en cuenta que la percepción de las asignaciones económicas por hijo minusválido a cargo mayor de 18 años es incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva, de beneficiario de pensiones asistenciales o de subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda por tercera persona, por lo que debe ejercerse la opción a favor de alguna de las prestaciones declaradas incompatibles.

41. Prestación por profesión religiosa

El art. 36 Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regula la denominada prestación económica por profesión religiosa, con el siguiente contenido:

“1. Los empleados de hogar que profesen en religión católica tendrán derecho, al hacer los votos y por una sola vez, a una prestación económica de 5.000 pesetas, siempre que reúnan las condiciones señaladas en el número 1 del artículo anterior.

2. La percepción de esta asignación es incompatible con la de análoga naturaleza prevista para la pensionista de viudedad que adquiriera estado religioso”.

Se trata de una prestación anacrónica establecida para los empleados de hogar que profesen la religión católica o cualquier otra, prestación que puede devengarse al hacer los votos y por una sola vez, y consistente en una cantidad alzada de 30,05 euros.

En todo caso, para causar derecho a esta prestación se requiere ostentar un período de 24 meses cotizados en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante.

42. Asistencia social y servicios sociales

El artículo 37 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regula que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen, así como sus familiares y asimilados que de ellas dependan, pueden beneficiarse de los servicios y auxilios económicos que en atención a los estados o situaciones de necesidad se consideren precisos, previa demostración, salvo en casos de urgencia, de que el interesado carece de recursos para hacerles frente. Ello podrá llevarse a cabo con cargo a los fondos que al efecto se determinen y de conformidad con las normas que regulan esta materia en el Régimen General.

De las prestaciones de la asistencia social pueden beneficiarse, en caso de separación o divorcio, el cónyuge y los descendientes que hubieran sido beneficiarios por razón de matrimonio o filiación, según el art. 55.1 de la Ley General de la Seguridad Social.

Las ayudas asistenciales que puedan dispensarse pueden atender a tratamientos o intervenciones especiales en casos excepcionales, o a la pérdida de ingresos que pueda ocasionar la rotura fortuita de aparatos de prótesis u otras situaciones análogas, conforme al art. 56 de la Ley General de la Seguridad Social.

Respecto a los servicios sociales, el art. 38 del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre regula que esta prestación se lleva a cabo con la debida colaboración con los del Régimen General y en ejecución de los programas relativos a dichos servicios.

En la actualidad, su contenido se regula en los artículos 53 y 54 de la Ley General de Seguridad Social.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCIA, Derecho del Trabajo. Tomo II, Barcelona, 1960.

ALVAREZ DE MIRANDA, "Conductores al servicios de particulares", Revista Iberoamericana de Seguridad Social, número 3, 1965.

AYALA DEL PINO, "Relación laboral común o especial de servicio del hogar familiar", Aranzadi Social, número 21, 2004.

AYALA DEL PINO, Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, Murcia, (Laborum), 2005.

BORRAJO DACRUZ, "El concepto de socio beneficiario del Montepío Nacional del Servicio Doméstico", Revista Iberoamericana de Seguridad Social, número 2, 1959.

BORRAJO DACRUZ, "La relación jurídica del servicio doméstico", Revista de Trabajo, número 3, 1960.

CASTILLO DAUDI, "el régimen jurídico del personal al servicio de las embajadas españolas en el extranjero", Revista de Política Social, número 91, 1971.

CLEOFÉ SANCHEZ, "Régimen especial de empleados del hogar", Diecisiete lecciones sobre regímenes especiales de la Seguridad Social, Madrid, (Universidad de Madrid-Facultad de Derecho), 1972.

CRUZ VILLALÓN, "El accidente de trabajo más allá del ejercicio de la actividad profesional", Cien años de Seguridad Social. A propósito del centenario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900, Madrid, (Muprespa), 2000.

CUBAS MORALES, "Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar", Tribuna Social, número 42, 1994.

CUEVA PUENTE, "La difícil articulación del despido disciplinario y el desistimiento *ad nutum* en la relación laboral doméstica", Relaciones Laborales, Tomo I, 2004.

CUEVA PUENTE La relación laboral especial de los empleados de hogar, Valladolid, (Lex Nova), 2005.

DE LA VILLA GIL, "La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar", Documentación Laboral, número monográfico, 1985.

DESDENTADO BONETE y NOGUERIA GUASTAVINO, "Las transformaciones del accidente de trabajo entre la Ley y la Jurisprudencia (1900-2000): Revisión crítica y propuesta de reforma", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, número 24, 2000.

DURAN LOPEZ, "El período de prueba", Relaciones Laborales, número 12, 1988.

ESPEJO DE ESPINOSA y SÁNCHEZ PASCUAL, Derecho del Trabajo, Barcelona, 1950.

FARGAS FERNANDEZ, "La prestación por incapacidad temporal de los empleados de hogar: ni legal ni constitucional", Relaciones Laborales, número 22, 1998.

FERNANDEZ DOMINGUEZ, "El contrato de trabajo", Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Navarra, (Aranzadi), 2002.

FERNANDEZ MARQUEZ, La forma en el contrato de trabajo, Madrid, (CES), 2002.

FONTES BASTOS, "Servicios domésticos prestados a religiosos por familiares. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 109, 1988, de 8 de junio, en recurso de amparo núm. 453/87. BOE de 25 de junio de 1988", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 40, 1989.

GALVARRIATO, "Notas para la historia del servicio doméstico", Revista de Trabajo, número 2, 1946.

GARCIA ARAUJO, "El servicio doméstico: problemas y soluciones", Revista de Trabajo, número 2, 1946.

GARCIA FERNANDEZ, "La forma en el contrato de trabajo (En torno al art. 8 ET)", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000.

GARCIA LOPEZ, "Extinción del contrato de empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor", Actualidad Laboral, número 30, 1987.

GARCIA NINET, "La invalidez permanente total de los empleados de hogar y su período de carencia (Consideraciones y propuestas al hilo de la sentencia 268/1993, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, de 20 de septiembre de 1993)", Tribunal Social, número 35, 1993.

GARCIA ORTEGA, "Extinción del contrato de trabajo doméstico por desistimiento del empleador encontrándose el empleado de hogar en situación de incapacidad laboral transitoria", Tribuna Social, número 14, 1992.

GARCIA QUIÑONES, "El desistimiento del empleador en la relación laboral especial de empleados de hogar", Relaciones Laborales, número 6, 2003.

GARCIA VALVERDE, "Una exclusión «particular» de la Ley de prevención de riesgos laborales: el servicio del hogar familiar", Ley de Prevención de Riesgos Laborales. XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Málaga, (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1995.

GARCIA VALVERDE, "La seguridad y salud laboral en el servicio del hogar familiar. El juego de la normativa civil y penal", Revista de Derecho Privado, número 17, 2005.

GARRIDO PEREZ, "El trabajo en el hogar: un replanteamiento de su especialidad desde el punto de vista normativo y jurisprudencial", Mujer y Trabajo, Albacete, (Bomarzo), 2003.

GETE CASTRILLO, "Extranjeros contratados para el servicio doméstico: algunas cuestiones contractuales de carácter laboral y de Seguridad Social", Relaciones Laborales, número 15-16, 2000.

GONZALEZ ORTEGA, "El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia en la Ley 39/2006", Temas Laborales, número 89, 2007.

GONZALEZ ROTHVOSS, El servicio doméstico ante las leyes sociales españolas, Madrid, 1932.

HERNAIZ MARQUEZ, "Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico", Cuadernos de Política Social, número 41, 1959.

LOPEZ GANDIA y TOSCANI GIMENEZ, Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de Reforma, Albacete, (Bomarzo), 2006.

LOURDES CUMBRE, "La relación especial del servicio del hogar familiar (En torno al artículo 2.1.b) ET)", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000.

LOZANO MONTERO, "El servicio doméstico y el contrato de trabajo", Revista de Trabajo, número 5, 1948.

LUJAN ALCARAZ, El régimen especial de la seguridad social de los empleados de hogar, Pamplona, (Aranzadi), 2000.

MARIN CALLEJA, L M, La relación laboral especial de los empleados de hogar, Actualidad Laboral, Tomo II, 2007.

MARTIN JIMENEZ, El salario en especie, Pamplona, (Aranzadi), 2002.

MEDIAVILLA CRUZ, "Salarios de tramitación y relaciones laborales especiales", Tribuna Social, número 70, 1996.

MELÉNDEZ, El servicio doméstico en España, Madrid, 1962.

MENENDEZ SEBASTIAN, "Despido disciplinario o desistimiento empresarial en el trabajo al servicio del hogar familiar", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 119, 2003.

MOLINA NAVARRETE, "El Régimen <<cuasi-profesional>> de cuidados de las personas dependientes en el entorno familiar: visualizando un trabajo con rostro de mujer", Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF), número 297, 2007.

MONTOYA MELGAR y PIZA GRANADOS, Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo, Madrid, (Editorial McGraw Hill), 1996.

MORENO CALIZ y MARTIN ALBA, "Aplicación y control de la normativa de prevención en los domicilios particulares", Aranzadi Social, número 10, 2004.

MORENO MARQUEZ, Los sujetos protegidos por la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Cizur Menor, (Thomson-Aranzadi), 2002.

NÚÑEZ SAMPER, "El servicio doméstico y los conductores de automóviles de turismo al servicio de particulares", Cuadernos de Política Social, número 13, 1952.

OTXOA CREPO, "El incumplimiento de los requisitos del desistimiento en el contrato de servicio doméstico [Comentario a la STSJ de Cataluña, de 2 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3614)], Aranzadi Social, Volumen III, 1999.

OTXOA CRESPO, "Despido y desistimiento en el contrato de trabajo doméstico", Aranzadi Social, número 16, 2002.

OTXOA CRESPO, "Montepío de Servicio Doméstico y derecho a la jubilación anticipada", Aranzadi Social, número 1, 2007.

PALANCAR, "El concepto de servicio doméstico en la jurisprudencia", Revista de Derecho del Trabajo, número 5, 1954.

PALOMEQUE LOPEZ, "Sobre el derecho de los empleados del hogar familiar a la no discriminación por razón de parentesco en la afiliación al sistema de Seguridad Social, comentario a las Sentencias del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, 79/1991, de 15 de abril y 92/1991, de 6 de mayo, BOE de 29 de mayo", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 53, 1992.

PALOMEQUE LOPEZ, "La exclusión de los parientes del empleador del campo de aplicación del régimen especial de la seguridad social del servicio doméstico discriminación por circunstancia personal contraria al artículo 14 CE: sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/1992, de 23 de abril", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 59, 1993.

PEREZ DE LOS COBOS, "La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español", Relaciones Laborales, número 8, 1991.

PEREZ GONZALEZ, "Aspecto social del servicio doméstico", Revista de Trabajo, número 2, 1944.

QUESADA SEGURA, El contrato de servicio doméstico, Madrid, (La Ley), 1991.

QUESADA SEGURA, "El trabajo «au pair»: entre la laboralidad y la tutela extralaboral", Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al prof. J. Cabrera Bazán, Madrid, 1999.

QUESADA SEGURA, "La distinción entre la colocación «au pair» y la relación de trabajo al servicio del hogar familiar. Dos relaciones marginadas", Aranzadi Social, número 4, 1999.

QUESADA SEGURA, "La pensión de jubilación en el Régimen Especial de empleados del hogar", Tratado de Jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación, Iustel, (Madrid), 2007.

RAMIREZ MARTINEZ, "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar", Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo II. Volumen I, Madrid, (Edersa), 1987.

RODRIGUEZ INIESTA, "El trabajo en el hogar no precisa esfuerzos (titular tomado del diario El país, viernes 5 de febrero de 1999). En torno a la STSJ del País Vasco de 29 de septiembre de 1998", Aranzadi Social, Tomo IV, 1998.

ROJO TORRECILLA, CAMAS RODA y CAMOS VICTORIA, Informe sobre la regulación laboral y de Seguridad Social de la prestación de servicios en el hogar familiar. Propuestas de Reformas, Barcelona, 2004.

RUBIO DE MEDINA y CAÑAL RUIZ, *Los empleados domésticos extranjeros*, Barcelona, (Bosch), 2006.

SALA FRANCO, "La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1986.

SALAS PORRAS, "El régimen especial de empleados de hogar", *Comentario sistemático a la Legislación reguladora de las pensiones*, Comares, (Granada), 2004.

SEMPERE NAVARRO, GARCIA BLASCO, GONZALEZ LABRADA y CARDENAL CARRO, *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Madrid, (Cívitas), 1996.

SEMPERE NAVARRO, GARCIA BLASCO, GONZALEZ LABRADA y CARDENAL CARRO, *Derecho de la Seguridad y Salud en el trabajo*, Madrid, (Cívitas), 2001.

SENDIN BLAZQUEZ, "En torno a la exclusividad de la inclusión en el Régimen Especial de Empleados de Hogar", *Tribuna Social*, número 6, 1991.

YANINI BAEZA, "Régimen especial de empleados del hogar", *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Valencia, (CISS), 1998, pág. 168.

INDICE

1. Concepto
2. ¿Qué significa el concepto de hogar familiar
3. Ausencia de ánimo de lucro
4. ¿Cuál es el objeto del contrato?
5. Relaciones concertadas con otros sujetos
6. Concurrencia de los servicios domésticos con otro tipo de prestación
7. Capacidad para contratar
8. Forma del contrato
9. Duración del contrato
10. Período de prueba
11. Agencias privadas de colocación
12. Retribución
13. Tiempo de trabajo
14. Subrogación contractual
15. Traslado del hogar familiar
16. Suspensión del contrato de trabajo
17. Extinción del contrato
18. Despido disciplinario
19. Desistimiento
20. Relación entre el despido y el desistimiento
21. Control del cumplimiento de la legislación laboral
22. Jurisdicción competente
23. Régimen Especial de Seguridad Social
24. Campo de aplicación
25. Actos de encuadramiento
26. Cotización a la Seguridad Social
27. Acción protectora
28. Contingencias protegidas
29. Régimen general de las prestaciones
30. Asistencia sanitaria
31. Incapacidad temporal
32. Maternidad
33. Paternidad
34. Riesgo durante el embarazo
35. Riesgo durante la lactancia natural
36. Incapacidad permanente
37. Lesiones permanente no invalidantes
38. Jubilación
39. Prestaciones por muerte y supervivencia
40. Prestaciones familiares
41. Prestación por profesión religiosa
42. Asistencia social y servicios sociales