

I

INMIGRACIÓN FEMENINA Y SERVICIO DOMÉSTICO: RESURGIMIENTO DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DECADENTE

Thais GUERRERO PADRÓN
Universidad de Cádiz

SUMARIO

	Página
I. EMPLEADAS DE HOGAR EXTRANJERAS EN ESPAÑA	23
II. RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR	27
1. Campo de aplicación: inclusiones y exclusiones	30
2. Ámbito material	34
2.1. Condiciones generales de acceso a las prestaciones	35
2.2. Sistema cotizadorio	37
2.3. Acción protectora	39
III. CONCLUSIONES	44
IV. BIBLIOGRAFÍA	45

I. EMPLEADAS DE HOGAR EXTRANJERAS EN ESPAÑA

En los últimos años, las mujeres extranjeras han ido asumiendo un innegable protagonismo en el fenómeno migratorio en nuestro país, aumentando progresivamente su participación porcentual en el total de extranjeros que se incorporan al mercado laboral español. Las estadísticas oficiales no alcanzan a mostrar en toda

su dimensión este fenómeno; no es posible obviar la preponderante presencia de extranjeras en la economía sumergida, realizando comúnmente actividades relacionadas con el servicio doméstico y la atención de personas dependientes de la unidad familiar⁽¹⁾. Aunque parcialmente, esos datos oficiales revelan cuál es el comportamiento de las mujeres inmigrantes al acceder al mercado laboral español y la forma de permanecer en él.

En 2002 se concedieron en España 302.736 permisos de trabajo, correspondiendo el 34,94 por 100 a mujeres. En el año siguiente las cifras se incrementaron hasta 318.613 permisos concedidos, siendo el 40,4 por 100 para mujeres. El sector de actividad más afectado fue el de los servicios y, por ramas, el servicio doméstico (41,6 por 100) seguido a continuación de la hostelería (16,7 por 100)⁽²⁾. Desde el punto de vista de la Seguridad Social, al finalizar 2004 había un 36,7 por 100 de mujeres extranjeras afiliadas, de las cuales casi la mitad (17,9 por 100) se encontraba en alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar. Resulta llamativo que en 2005, aun creciendo levemente la cifra total femenina de afiliados a la Seguridad Social (38,8 por 100), la correspondiente al alta en aquel Régimen Especial aumentó espectacularmente hasta situarse en el 30,8 por 100, fenómeno que posiblemente encuentre su explicación en el proceso de regularización de inmigrantes iniciado en nuestro país en esas fechas. En una comparación por sexo entre trabajadores inmigrantes, el 90,5 por 100 de las personas en alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar eran mujeres⁽³⁾. Sin embargo, el alta en ese Régimen dista mucho de ser una situación con vocación de permanencia, siendo frecuentes los cambios hacia otros Regímenes, principalmente el Régimen General. De este modo, en julio de 2004 había un total de 413.206 extranjeras en alta laboral, de las que el 76,8 por 100 se había incorporado a la Seguridad Social en el año 2000. De aquella cifra, el 76,85 por 100 ya había registrado más de un movimiento de alta en el Sistema de la Seguridad Social. Los mayores porcentajes de permanencia se produjeron en el Régimen General y en el Régimen Especial Agrario. Por el contrario, poco menos de la mitad (41,46 por 100) de las trabajadoras que empezaron su vida laboral como empleadas de hogar (con la condición de fijas el 27,63 por 100 y como discontinuas el 13,83 por 100) se mantuvieron en esta situación, pasando el resto mayoritariamente al Régimen General⁽⁴⁾.

(1) El colectivo de mujeres extranjeras tiene enorme presencia en la economía sumergida, sobre todo aquellas cuya situación jurídico-administrativa es irregular. Entre las ramas de actividad, destaca el servicio doméstico por la elevada tasa de irregularidad que registra. Las extranjeras que trabajan como internas sin tener regularizada su situación a menudo viven experiencias fraudulentas relacionadas con el abaratamiento de costes y el impago de las cotizaciones sociales, en tanto el empleador tramita su regularización. Llegado este momento, la empleada de hogar que ahora resulta más costosa aspira a un puesto de trabajo mejor remunerado, lo cual conduce a un cambio de empleo.

(2) MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, (2002, 2003): *Permisos de Trabajo a Extranjeros*, PTE-8, «Permisos de trabajo concedidos, según sexo, por sector y rama de actividad». Los porcentajes son de elaboración propia a partir de las cifras oficiales.

(3) MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, (enero de 2006): *Boletín de Estadísticas Laborales*. Los porcentajes son de elaboración propia a partir de las cifras oficiales.

(4) MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, (septiembre de 2004): *Boletín Estadístico de Extranjería e Inmigración*, núm. 3.

Se desprende de lo anterior que cada vez más mujeres extranjeras desean acceder al mercado de trabajo español y el instrumento idóneo parece ser el servicio doméstico, por tratarse de un segmento con gran demanda social que, ni mucho menos, alcanza a cubrir la muy escasa oferta de empleadas de hogar autóctonas. El servicio doméstico es una puerta de entrada relativamente cómoda o fácil al tiempo que coyuntural; la permanencia en este tipo de actividad es casi una excepción, siendo la regla general el cambio hacia otro tipo de ocupaciones o puestos de trabajo, probablemente por diversas razones, entre las que no cabe eludir la precariedad implícita al trabajo al servicio del hogar familiar, tanto en lo laboral como desde el punto de vista de su protección social. En efecto, es una de las tareas más desvaloradas socialmente, que requiere escasa o nula cualificación profesional y que a menudo reúne condiciones de trabajo insatisfactorias, sea en términos de retribución, tiempo de trabajo o extinción del contrato, entre otras.

Es obvio, por tanto, que la masiva ocupación de trabajadoras extranjeras en el servicio doméstico no puede deberse a sus «bondades», sino que necesariamente obedece a razones de otra índole⁽⁵⁾:

En primer lugar, se trata de un sector que la mujer española ha ido abandonando al mejorar su nivel de vida, incluso su formación académica y profesional, aspirando, en este caso, a otras ocupaciones más relevantes socialmente, probablemente con mejores condiciones laborales y superior nivel de protección social⁽⁶⁾.

En segundo lugar, el fenómeno de la incorporación de la mujer española al mercado de trabajo en las últimas décadas ha supuesto, entre otros efectos, el incremento de la oferta de empleos domésticos para atender aquellas tareas que ahora ella no realiza o que lo hace parcialmente, revitalizándose en especial el servicio doméstico interno.

Por último, la migración laboral femenina hacia España se ha visto favorecida por la existencia de un espacio laboral vacío que la mano de obra autóctona no ha logrado cubrir, facilitando en consecuencia el acceso al mercado laboral español de las mujeres inmigrantes y posibilitando, incluso, su pronta regularización⁽⁷⁾. En este

(5) CATARINO, C. y OSO, L. (2000): «La inmigración femenina en Madrid y Lisboa: hacia una etnización del servicio doméstico y de las empresas de limpieza», en *Revista de Sociología Papers*, núm. 60, pp. 196 y ss.

(6) Tradicionalmente la empleada de hogar española respondía al patrón de la mujer joven procedente del medio rural que para desarrollar esa actividad se integraba —presumiblemente con carácter indefinido— en la familia a la que servía, soportando unas condiciones de trabajo poco delimitadas en cuanto a duración de la jornada, régimen de descansos, vacaciones, salario, etc. A medida que avanza la sociedad y opta por disponer de una mayor privacidad en el entorno familiar, se comienza a prescindir de la empleada de hogar interna, sustituyéndola por la externa o asistenta por horas al tiempo que el ama de casa asume la realización de labores domésticas y el cuidado de la prole. La baja cuota de empleadas de hogar nacionales responde al perfil de la mujer de cierta edad y escaso nivel educativo o joven que coyunturalmente recurre al servicio doméstico como medio para afrontar dificultades económicas.

(7) El servicio doméstico de carácter interno, que prácticamente había caído en desuso, se ve potenciado de nuevo por la predisposición de las trabajadoras extranjeras para cubrirlo, así como por la

sentido los sociólogos hablan con acierto de la «progresiva etnización de los servicios reproductivos más desvalorados socialmente»⁽⁸⁾.

Sería erróneo concluir que las trabajadoras inmigrantes tienen una preferencia especial por el servicio doméstico, máxime considerando que, conseguido el objetivo de la «regularización» en España trabajando como empleadas de hogar, «escapan» en cuanto tienen oportunidad hacia otro tipo de ocupaciones encuadrables dentro del Régimen General⁽⁹⁾, cuando no optan por el autoempleo.

En suma, lo que únicamente ha cambiado es el perfil de la empleada de hogar en España, ahora predominantemente extranjera. Las características del trabajo al servicio del hogar familiar permanecen invariables. Continúa siendo una actividad deprimida y muy precaria en lo laboral, altamente feminizada, con una regulación desfavorable en el ámbito de la Seguridad Social en diversos aspectos y, como tal, cuestionable desde el punto de vista de la prohibición de discriminación por razón de sexo y el principio de igualdad de trato. Probablemente la «etnización» del servicio doméstico está favoreciendo la perpetuación y el agravamiento de esas características que ahora, y estrictamente desde la óptica de la protección social, afectan de manera especial a las trabajadoras inmigrantes, ya que van a padecer las discriminaciones por razón de sexo (mayoritariamente indirectas) que tradicionalmente venían sufriendo las empleadas de hogar españolas y que no se han eliminado de la normativa de Seguridad Social, a las que habrá que adicionar otras discriminaciones fundadas en su origen étnico o racial, incluso en su posición social, que en diversos ámbitos —principalmente el laboral— las perjudican por su propia condición de inmigrantes⁽¹⁰⁾.

En el estudio subsiguiente se aborda el Régimen Especial de Empleados de Hogar a la luz de la prohibición de discriminación por razón de sexo. Hablamos de un «resurgir» de este Régimen Especial porque se está viendo revigorizado con

demanda de este tipo de servicios entre matrimonios formados por profesionales con hijos pequeños, de clase media, que advierten la ventaja de disponer de una empleada de hogar que realiza labores domésticas y cuida de los hijos, por un salario similar al de una empleada de hogar externa. No ocurre igual con el servicio externo o por horas, en el que cohabitan las mujeres nacionales e inmigrantes.

(8) Véase CATARINO, C. y OSO, L. (2000): «La inmigración femenina en Madrid y Lisboa: hacia una etnización del servicio doméstico y de las empresas de limpieza», cit., p. 183.

(9) No puede pasar inadvertido el bagaje cultural que traen las mujeres inmigrantes; estudios secundarios y universitarios, incluso formación profesional y experiencia laboral previa que justifican aspiraciones de movilidad laboral ascendente. Es habitual relacionar la presencia de la mujer extranjera en España, sobre todo la de procedencia iberoamericana, con una escalada en su itinerario profesional, desde el inicio en la economía sumergida, seguido por el servicio doméstico, llegando inclusive hasta la creación de su propia empresa. VILLARES VARELA, M. y otros, (2005): «Los nichos laborales de la inmigración femenina en España: del desempeño de tareas reproductivas al autoempleo», *Mobilités au féminin*, Tánger.

(10) Ver al respecto el trabajo de investigación dirigido por PLA JULIÁN, I.: «Informalidad del empleo y precariedad laboral de las empleadas de hogar», NIPO 207-05-054-5, web Instituto de la Mujer, pp. 45 y ss., y SOLÉ, C. (2000): «Inmigración interior e inmigración exterior», *Revista de Sociología Papers*, núm. 60, pp. 221 y ss.

una espectacular demanda de empleadas de hogar, pero al tiempo lo calificamos de «decadente» porque parece haber caído en el olvido para el Legislador que, habiendo acometido importantes reformas en otros Regímenes de la Seguridad Social⁽¹¹⁾, no emprende la labor de abordar las precisas en éste para adecuarlo al principio de igualdad de trato.

II. RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

La estructuración del Sistema español de Seguridad Social en un Régimen General y varios Regímenes Especiales, tal y como preveía la Ley de bases de 1963, siendo probablemente una vía de expansión de la protección social, obedecía, por lo que a estos últimos se refiere, a la gran dificultad —si no imposibilidad— de eliminar en el marco de la Seguridad Social importantes diferencias entre los colectivos protegidos cuando éstas perviven en el nivel de vida y las remuneraciones de los trabajadores de cada sector y de los diversos sectores en su conjunto⁽¹²⁾. La explicación que en un principio se trató de dar a la creación de los Regímenes Especiales giraba en torno al carácter deprimido y más pobre de las actividades afectadas, lo que se tradujo, en consecuencia, en una protección social más débil a modo de prestaciones menos cuantiosas o en menor número, con una cotización inicial presumiblemente insuficiente para la cobertura de éstas y, sobre todo, para lograr algún día su equiparación con el Régimen General⁽¹³⁾. Tales características eran plenamente predicables del Régimen Especial de Empleados de Hogar (REEH, en adelante), debiendo añadirse otras específicas consustanciales al tipo de actividad de que se trata: la convivencia empleador-empleado, la indeterminación de los servicios, la mayor subordinación, la exclusión de las actividades domésticas de la legislación laboral, la dificultad de estabilidad en el empleo o, incluso, la relación cuasifamiliar⁽¹⁴⁾. Tan singulares aspectos sólo pueden contribuir a hacer entendible, pero no justificable, la desprotección social de los empleados domésticos, dejada en gran parte a la voluntad del empleador o cabeza de familia.

La evolución posterior no ha mantenido inmutable de manera absoluta aquella estructuración del Sistema de la Seguridad Social. Algunos Regímenes Especiales

(11) Principalmente en los Regímenes que protegen a trabajadores autónomos, a los que, por ejemplo, se ha extendido la acción protectora por contingencias profesionales (disposición adicional 34.ª de la Ley General de la Seguridad Social incorporada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) y se ha ampliado la protección por incapacidad temporal (Real Decreto Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica).

(12) BAYÓN CHACÓN, G. (1972): «El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales», *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, p. 19.

(13) BAYÓN CHACÓN, G. (1972): «El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española...», cit., pp. 15 y ss.

(14) Ver ALMANSA PASTOR, J.M. (1976): *Derecho de la Seguridad Social*, vol. II, Tecnos, Madrid, p. 313.

se integraron en el Régimen General o en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁽¹⁵⁾, perviviendo otros como el REEH. A partir de la Recomendación Sexta del Pacto de Toledo⁽¹⁶⁾, de la que se haría eco el *Acuerdo sobre la consolidación y racionalización del Sistema de la Seguridad Social*⁽¹⁷⁾, se revigorizó la idea unificadora del sistema de la Seguridad Social en torno a dos únicos Regímenes, uno de trabajadores por cuenta ajena y otro de trabajadores autónomos, al reconocer que las condiciones de que disfrutaban algunos Regímenes Especiales quiebran parcialmente el compromiso de solidaridad y de equidad dentro del sistema de la Seguridad Social, y que es preciso reducirlos progresivamente para llegar a la plena homogenización del sistema público de pensiones, de manera que a medio plazo todos los trabajadores queden distribuidos en aquellos dos únicos Regímenes, aunque preservando las peculiaridades específicas y objetivas de colectivos como los del sector marítimo-pesquero, minería del carbón y eventuales de la agricultura.

Expresión de aquella voluntad unificadora es, entre otras, la disposición adicional 8.^a de la Ley General de Seguridad Social (LGSS), reflejo de cómo paulatinamente se van equiparando los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales al Régimen General en el ámbito prestacional. Por lo que a los trabajadores autónomos se refiere, también a título de ejemplo, resulta significativa la ampliación de su acción protectora en materia de incapacidad temporal y el reconocimiento de las contingencias, antigua reivindicación de este colectivo profesional⁽¹⁸⁾.

Desde su regulación a través del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, el REEH ha experimentado algunas modificaciones no ajenas a las vicisitudes que ha padecido la ordenación laboral de este tipo de actividad⁽¹⁹⁾, echándose en falta cier-

(15) A través de la disposición adicional de la Ley 26/1985 de 31 de julio, de Medidas urgentes para la racionalización de la estructura y la acción protectora de la Seguridad Social, se dispuso la integración de los Regímenes Especiales de Trabajadores Ferroviarios, Artistas, Toreros, Representantes de Comercio, Escritores de Libros y Futbolistas. Todos ellos se integraron en el Régimen General en virtud del Real Decreto 2621/1986, de 24 de diciembre, desarrollado por la Orden Ministerial de 20 de julio de 1987 y la Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1987; la excepción fue el de Escritores de Libros, que se integró en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Para culminar este proceso se reconoció la prestación por desempleo de los jugadores de fútbol, representantes de comercio, artistas y toreros, mediante el Real Decreto 2622/1986, de 24 de diciembre.

(16) «Proyecto de informe para el análisis de los problemas estructurales del Sistema de la Seguridad Social y de las principales reformas que deberán acometerse» aprobado por unanimidad por el Pleno del Congreso de los Diputados el 6 de abril de 1995.

(17) Acuerdo suscrito entre el Presidente del Gobierno y los Secretarios Generales de UGT y CC.OO. el 9 de octubre de 1996.

(18) Véase nota a pie de página núm. 11.

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

tos cambios legislativos que contribuyan a mejorar su régimen jurídico con la profundidad o intensidad con que lo han hecho otros Regímenes Especiales.

En una valoración global es posible denunciar, en primer lugar, la grave desprotección que sufren los empleados domésticos comprendidos en este Régimen Especial en comparación con la protección dispensada a los trabajadores adscritos al Régimen General que, necesariamente, debe servir de paradigma para los demás Regímenes que comprendan a trabajadores por cuenta ajena. En segundo lugar, la flagrante desprotección se traduce en múltiples aspectos discriminatorios por razón de sexo, máxime indirectos, en atención a la más que evidente feminización de este sector de actividad⁽²⁰⁾. La reciente «extranjerización» de las empleadas de hogar en nuestro país, incluso, no hará sino agudizar aún más la precaria posición de las mujeres inmigrantes que acceden al mercado laboral español a través del servicio doméstico.

El análisis que a continuación se hace del REEH tiene la finalidad de destacar aquellos aspectos jurídicos criticables por supuestamente discriminatorios, considerando que cuando la norma alude al sexo de manera abierta o incluso encubierta (es decir, solapado bajo otra figura que le resta trascendencia) puede tratarse de una discriminación directa y como tal injustificable. De otra manera, habrá discriminación indirecta cuando la norma tenga apariencia neutra, pero perjudique a una proporción sustancialmente mayor de personas de un mismo sexo, sin que esa norma resulte adecuada y necesaria para la finalidad que se persigue porque puede alcanzarse a través de otra medida menos discriminatoria y sin que acierte a justificarse con criterios objetivos y razonables extraños al factor diferencial (el sexo). Este segundo tipo de discriminación, como se verá, es frecuente en el REEH. Además de subrayar los preceptos que constituyen discriminaciones indirectas por razón de sexo en este Régimen Especial, entraremos a valorar la razonabilidad de las posibles justificaciones a tales tratamientos discriminatorios, puesto que la presunción de discriminación indirecta se destruye cuando efectivamente existe una justificación objetiva y razonable, quedando en este supuesto legitimada la norma, a pesar de persistir el efecto adverso que provoca.

para estos trabajadores. Ver CLEOFÉ SÁNCHEZ, D. (1972): «Régimen especial de empleados de hogar», en *Diecisiete lecciones...*, cit., pp. 416 y ss.; QUESADA SEGURA, R. (1991): *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid, pp. 217 y ss.; ALONSO OLEA, M. (1967): *Instituciones de Seguridad Social*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, 2.^a ed., Madrid, pp. 250 y ss., y De La VILLA GIL, L.E. (1985): «La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar», revista *Documentación Laboral, ACARL*, número monográfico, pp. 187 y ss.

(20) Señala el CES al respecto que «el mantenimiento de determinadas peculiaridades respecto de la protección que dispensan algunos regímenes especiales puede dar lugar a situaciones de discriminación indirecta, sobre todo cuando éstos encuadran a sectores de actividad fuertemente feminizados, o cuando las circunstancias en que se desarrolla la actividad de las mujeres encuadradas en ellos en la práctica modifican a la baja la intensidad de la protección que proporcionan». CES (2000), *La protección social de las mujeres*, col. Informes, Madrid, p. 204.

1. CAMPO DE APLICACIÓN: INCLUSIONES Y EXCLUSIONES

Quedan incluidos en el campo de aplicación del REEH en calidad de «empleados de hogar» «todos los españoles... cualquiera que sea su sexo ... que en territorio nacional presten servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa en que habita el cabeza de familia y las demás personas que componen el hogar familiar, percibiendo a cambio una remuneración de cualquier clase» (artículo 2.1). Es posible que esa actividad se desarrolle para un grupo de personas que no tengan entre sí vínculos familiares pero que convivan todas ellas en el mismo hogar con tal carácter familiar (artículo 2.2).

Es indudable que, a pesar del tenor literal del artículo 2.1 del Decreto 2346/1969 admitiendo como empleados domésticos a «todos... cualquiera que sea su sexo», en la práctica se trata de una actividad feminizada, por estar estadísticamente más extendida entre las mujeres que entre los hombres, abundando en ello que entre las personas excluidas del campo de aplicación de este Régimen Especial se hallen precisamente los chóferes de vehículos de turismo al servicio de particulares, que quedan incluidos expresamente en el Régimen General a tenor del artículo 97.2.b de la LGSS, cuando se trata de una actividad típicamente masculina y que por sus características podría encajar perfectamente en el ámbito de los empleados de hogar⁽²¹⁾. Además, es una contradicción evidente que los conductores de vehículos de particulares sean, desde el punto de vista laboral y sin lugar a dudas, empleados de hogar conforme al artículo 1.4 del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

La referencia a «todos los españoles» que hace el precepto citado debe completarse con la que hace el artículo 2.3 del Decreto a «los empleados de hogar extranjeros» para los cuales existe una equiparación de trato con los nacionales en el ámbito de la Seguridad Social siempre y cuando residan o se encuentren legalmente en España (artículo 7.1 de la LGSS, en consonancia con los artículos 10 y 14 de la

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

Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social).

Las reglas sobre qué personas quedan incluidas en el campo de aplicación del REEH no plantean mayores problemas. Sin embargo, las exclusiones de éste son cuestionables desde el punto de vista de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

El artículo 3.1.a) del Decreto excluye *iuris et de iure* de su campo de aplicación, es decir, sin admitir prueba en contrario, al «cónyuge, descendientes, ascendientes y demás parientes del cabeza de familia, por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive». Esta exclusión basada en las relaciones familiares con el titular del hogar familiar debe ser relacionada necesariamente con los artículos 7.2 de la LGSS, 1.3.e del Estatuto de los Trabajadores y 2.1.b) del Real Decreto 1424/1985 citado, norma que excluye de su ámbito de aplicación «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 ET».

Las normas laborales (ET y Real Decreto 1424/1985) no excluyen de forma absoluta de su ámbito de aplicación el trabajo familiar, admitiendo la posibilidad de probar que quien realiza la actividad y quien la recibe, a pesar de ser parientes, sostienen una relación laboralizada como trabajador y empresario, aunque pueda ser «especial»; por su parte, la norma de Seguridad Social (artículo 7.2 de la LGSS) admite también la presunción *iuris tantum* del carácter laboral de la relación mantenida entre el empresario y su pariente.

Para determinar qué grado de parentesco se entiende a tales efectos y qué otras condiciones se adicionan, las normas laborales mencionadas refieren «el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado y, en su caso, por adopción», exigiendo el requisito de la convivencia con el empresario; el artículo 7.2 de la LGSS coincide en los términos de las normas laborales, pero adiciona la condición de estar a cargo del empresario⁽²²⁾.

Lo preocupante no es este desajuste entre el ordenamiento laboral y el de Seguridad Social en lo tocante a los empleados de hogar, sino la evidente contradicción dentro de la legislación de Seguridad Social entre una norma general (artículo 7.2 de la LGSS) y otra reglamentaria (artículo 3.1.a) del Decreto 2346/1969); como ha señalado la doctrina, «en la medida en que el artículo 7.2 de la LGSS admite la prueba en contrario respecto de la exclusión de los parientes del ámbito de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, esta misma posibilidad habría de darse también en el supuesto de la exclusión prevista en el artículo 3.1.a) del Decreto 2346/1969, aunque no la mencione expresamente, pues el precepto de la LGSS, por su ubicación

(22) El requisito que también señala la norma de Seguridad Social acerca de estar «ocupados en su centro o centros de trabajo» es irrelevante por cuanto se entiende que es inherente a la relación laboral especial de los empleados de hogar.

sistemática, es de aplicación a todo el Sistema de la Seguridad Social y, por tanto, a los Regímenes Especiales»⁽²³⁾. El mismo razonamiento sería aplicable al desfase en cuanto al grado del parentesco; si la norma laboral (Real Decreto 1424/1985, de 1 agosto) permite que se concierte una relación laboral especial entre el titular del hogar familiar y el pariente de tercer grado, es una incoherencia del ordenamiento jurídico que la norma de Seguridad Social impida absolutamente y en cualquier caso la afiliación de este trabajador a la Seguridad Social, dándose una desprotección injustificada por parte del Sistema, que trata de justificarla por el solo hecho del vínculo familiar, y «sin siquiera permitir al interesado probar su condición de asalariado»⁽²⁴⁾, ni exigir tampoco de la Administración acreditar que aquél no reúne dicha condición para privarle de la protección dispensada por la Seguridad Social»⁽²⁵⁾.

La doctrina constitucional al respecto entiende que «la interpretación y aplicación del artículo 3.1.a) del Decreto 2346/1969 resultan pura y simplemente inaceptables desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución»⁽²⁶⁾. «En materia de trabajo doméstico y de su cobertura por la Seguridad Social el parentesco y los trabajos familiares ponen de manifiesto una diferente situación real entre los unidos por tales vínculos, respecto de los que no lo están», de modo que «no existe entre parientes del empleador y personas ajenas a todo vínculo familiar situaciones equivalentes que permitan una comparación»⁽²⁷⁾. La consecuencia de esta reflexión es que «no puede pensarse que el parentesco haya de justificar cualquier tratamiento diferenciado en esta materia, sino sólo aquel que se encuentre objetiva y razonablemente justificado por la diferente situación en que sitúa a empleador y trabajador vinculados por él»⁽²⁸⁾. La justificación de la diferencia tiene que resultar razonable a la luz del conjunto del ordenamiento jurídico⁽²⁹⁾. En síntesis, «la compatibilidad del artículo 3.1.a) del Decreto 2346/1969 con el artículo 14 de la Constitución impone una interpretación sistemática e integradora del precepto en el contexto normativo en el que ha de aplicarse, en concreto, el régimen jurídico del parentesco según el ordenamiento laboral y las propias normas generales del sistema de la Seguridad Social»⁽³⁰⁾.

(23) GARCÍA BLASCO, J. (1990): «Desajustes entre ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales. A propósito de la reciente modificación del artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social», *RL*, núm. 8, p. 32.

(24) Sobre la prueba de que es un trabajador asalariado, la STSJ de Galicia de 20 de marzo de 1996 (Ar. social ref. 1848) entendió que no era suficiente demostrar que ha habido pago de cuotas a la Seguridad Social, porque en modo alguno supone la percepción de salario.

(25) Sentencia de 16 febrero de 1994, referida a un supuesto de parentesco en primer grado de afinidad.

(26) Sentencia 79/1991, de 15 de abril, BOE de 14 de mayo de 1991.

(27) Sentencia 109/1988, de 8 de junio, BOE de 25 de junio de 1988.

(28) Sentencia 92/1991, de 6 de mayo, BOE de 29 de mayo de 1991.

(29) Sentencia 79/1991, citada.

(30) Sentencia 59/1992, de 23 de abril, BOE de 13 de mayo de 1992.

La discriminación que por razón de parentesco deriva de la aplicación literal del artículo 3.1.a) del Decreto 2346/1969 (o sea, la presunción *iuris et de iure* de la inexistencia de relación laboral entre el cabeza de familia y el empleado de hogar que es pariente hasta el tercer grado y le presta sus servicios) implica también una discriminación indirecta por razón de sexo, debido a que está dando «un trato distinto y más oneroso que el que prevé la legislación aplicable al sector laboral en cuestión»⁽³¹⁾ a un colectivo que en su inmensa mayoría está compuesto por personas caracterizadas por su pertenencia a un sexo y no encuentra otra justificación que el parentesco, razón no justificativa ni bastante para amparar la diferencia de trato, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional.

En otro orden de cosas, cabe llamar la atención sobre el artículo 3.2 del Decreto 2346/1969, que contempla una excepción a la exclusión general por razón de parentesco del artículo 3.1.a) al señalar que dicha exclusión «... no afectará a los familiares del sexo femenino de Sacerdotes célibes que convivan con ellos y reúnan las demás condiciones exigidas, siempre que no tengan ningún empleado de hogar a su servicio», continuando con la fijación del límite de un solo familiar por sacerdote que se encuentre en la situación prevista.

El precepto citado es contrario al principio de igualdad consagrado en la Constitución⁽³²⁾ y entraña una discriminación directa por razón de sexo —que por su propia naturaleza no admite justificaciones— en cuanto se refiere a los familiares del sexo femenino, en vez de expresarse de forma neutra, asexual, comprendiendo a los empleados de hogar cualquiera que sea su sexo. Obsérvese que esta mención específica, además, viene a significar el carácter feminizado del servicio doméstico.

La referencia al Sacerdote célibe merece ciertas reflexiones. La jurisprudencia constitucional aborda este tema al conocer el supuesto de una empleada de hogar al servicio de una religiosa teresiana, unidas ambas por razón de parentesco. El Tribunal Constitucional recogía los argumentos del Tribunal Central de Trabajo, que no admitió la extensión del precepto cuestionado a los demás supuestos similares por entender que el Régimen Especial de Empleados de Hogar era propenso a fraudes y simulaciones, siendo la finalidad de la regulación normativa evitar posibles actuaciones abusivas⁽³³⁾; añadiría el Tribunal Central de Trabajo, a pesar de su decisión, que este Régimen está anclado en una concepción ideológica ancestral que vincula la realización de las labores domésticas al sexo femenino de manera casi exclusiva. No obstante, los razonamientos del Tribunal Constitucional iban por otros derroteros

(31) Sentencia 79/1991, citada.

(32) Del artículo 3.2 también pueden aflorar situaciones de trato diferenciado que derivan de la referencia exclusiva a la Iglesia Católica (al decir «Sacerdotes»), con lo que se excluye a los Ministros de otras confesiones religiosas, y de la exclusión con respecto a los religiosos y religiosas en quienes se reúnan las condiciones que el precepto establece. Ver comentario de ALONSO OLEA, M. (1989): a la sentencia del TC 109/1988, de 8 de junio, en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo VI, año 1988, Civitas, Madrid, pp. 360 y ss.

(33) Sentencia 109/1988, de 8 de junio, BOE de 25 de junio.

siendo, a nuestro entender, más acertados; dice que puede existir una discriminación referida a las condiciones del propio empleador, lo que excluye que se trate de una discriminación «genuina», es decir, basada en alguno de los motivos legalmente tasados y que afecta a quien la denuncia como portador de alguna de esas circunstancias. La exclusión tiene un fundamento más profundo que el temor a abusos o fraudes a que se aludía en la sentencia del Tribunal Central de Trabajo. En el fondo del asunto, y analizando la causa justificadora de la exclusión, advierte el Tribunal Constitucional de que «la no inserción dentro de la norma excepcional de los religiosos y de las religiosas estriba en las diferencias existentes en cuanto a función y régimen de vida que les es propio (vida monástica y en comunidad) en relación a los sacerdotes, excluyendo la de los primeros el trabajo doméstico, que es asumido por la comunidad. En el caso de realizar este tipo de trabajo personas ajenas a la comunidad no se trataría de un trabajo doméstico regulado por el Régimen especial, sino un contrato de trabajo común».

2. ÁMBITO MATERIAL

La regulación de la protección social de los empleados de hogar a través del Decreto 2346/1969 tiene lugar en un momento histórico en que dicho colectivo profesional se halla formalmente excluido del ámbito jurídico-laboral, como ya se ha destacado. Esta peculiaridad no explica suficientemente los importantes defectos de que adolece aún hoy el Régimen Especial de Empleados de Hogar, defectos que irremediablemente lo alejan del Régimen General, no sólo por su asimilación «paradójica» a los trabajadores autónomos en cuestiones especialmente delicadas como no diferenciar entre riesgos comunes y profesionales (al menos hasta el momento en que la Ley 53/2002 dispuso que se incorporara la disposición adicional 34.^a a la LGSS, que extiende la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores autónomos), carecer de protección contra el riesgo de desempleo y ser responsable del pago de la cuota correspondiente a la incapacidad temporal durante el tiempo en que permanezca en tal situación —excepto durante el primer mes de baja—, o estar excluida la relación especial doméstica de la cotización y protección a cargo del Fondo de Garantía salarial⁽³⁴⁾, sino, inclusive, en lo que se refiere a los empleados de hogar que prestan sus servicios a tiempo parcial o con carácter discontinuo para uno o más empleadores.

(34) La exclusión de la cotización y protección a cargo del FGS es conforme a la Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (80/987/CEE, DO L 283, de 28 de octubre de 1980), que en su Anexo (modificado por la Directiva del Consejo de 2 de marzo de 1987, 87/164/CEE, DO L 66, de 11 de marzo de 1987) señala a los «domésticos al servicio de una persona física» de nuestro país como categoría de trabajadores asalariados que tienen un contrato de trabajo o una relación laboral de carácter particular «cuyos créditos pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva».

2.1. Condiciones generales de acceso a las prestaciones

Las normas diferencian dos tipos de empleados de hogar: los que trabajan de forma exclusiva y permanente para un solo empleador y los que trabajan a tiempo parcial para uno o varios empleadores⁽³⁵⁾. La duración de la prestación de servicios en el primer caso debe ser superior a la mitad de la jornada habitual. En el segundo caso, la duración de tales servicios no puede rebasar las ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, aunque en todo caso debe superar el mínimo de setenta y dos horas mensuales, realizadas, al menos, durante doce días cada mes⁽³⁶⁾. Uno y otro tipo de empleados de hogar van a tener un tratamiento jurídico diferente en ciertos aspectos que, en términos generales, destaca por la asimilación que las normas hacen de los empleados a tiempo parcial respecto de los trabajadores autónomos.

Los requisitos para tener derecho a las prestaciones reconocidas para este Régimen consisten en el genérico de estar afiliado y en alta o situación asimilada a la de alta, reunir las condiciones particulares de cada prestación y, por último, estar al corriente en el pago de las cuotas (artículo 23 del Decreto 2346/1969).

En cuanto al primer requisito, los empleados de hogar que presten sus servicios a tiempo parcial son los sujetos obligados solicitar la afiliación, el alta y la baja en este Régimen. Tratándose de un empleado de hogar que trabaja de forma exclusiva y permanente para un solo titular de hogar familiar, la obligación referida recae sobre el empleador⁽³⁷⁾.

La obligación que recae sobre los empleados de hogar que trabajan a tiempo parcial de nuevo los asimila a los trabajadores autónomos del Régimen Especial correspondiente, a los cuales la norma exige igual obligación⁽³⁸⁾, aspecto criticable en cuanto aquellos empleados de hogar son, en todo caso, trabajadores por cuenta ajena. Además, aquella obligación supone un tratamiento abiertamente diferenciado —y desfavorable— con respecto a los empleados de hogar que prestan sus servicios para un solo empleador de forma exclusiva y permanente; parece que el precepto desconoce el principio de equiparación de los derechos de los trabajadores a tiempo

(35) Los empleados de hogar que realizan su prestación para uno o más empleadores a tiempo parcial pueden hacerlo con carácter indefinido, de forma fija periódica o fija discontinua, o con una duración determinada conforme a los supuestos de contratación temporal del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

(36) Artículos 49 del Real Decreto 84/1996 y 46 del Real Decreto 2064/1995 y Resolución de 9 de septiembre de 1971 de la Dirección General de la Seguridad Social.

(37) El capítulo III del Decreto 2346/1969 relativo a la «afiliación, altas y bajas» fue derogado por el artículo 49 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, que regula las especialidades en esta materia en el REEH.

(38) El artículo 25 del Real Decreto 84/1996, al tratar sobre la «afiliación a instancia del trabajador» señala a los trabajadores por cuenta propia o asimilados; en este sentido, podría haber una «asimilación» con los empleados de hogar que prestan sus servicios a tiempo parcial para uno o más empleadores.

parcial con los de los trabajadores a tiempo completo (entendiendo por tales a los empleados de hogar que prestan servicios de manera exclusiva y permanente para un solo empleador) que establece el artículo 19 del Real Decreto 2317/1993, «norma central en la regulación de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial»⁽³⁹⁾, afirmando que, salvo las peculiaridades que en función del tiempo trabajado estén previstas legalmente o puedan determinarse por la negociación colectiva, los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. También se deduce un tratamiento diferente respecto de los trabajadores a tiempo parcial que están encuadrados en el Régimen General, para los que no se contempla especialidad alguna en esta materia. En este caso, el tratamiento diferente —discriminatorio— lo sería por razón del tiempo de trabajo como «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» que menciona el artículo 14 de la Constitución.

La carga que recae sobre el empleado de hogar que presta sus servicios a tiempo parcial para uno o varios empleadores, derivada de aquella obligación, no puede encontrar una justificación en las posibles dificultades administrativas que podrían afectar a los cabezas de familia para cumplimentar los trámites ordinarios de altas y bajas de su empleado doméstico, dificultades que de la misma manera pueden existir tanto en el caso del empleado de hogar que trabaja de manera exclusiva y permanente para un solo empleador como en el supuesto del trabajador a tiempo parcial adscrito al Régimen General que trabaja para uno o más empresarios, sin que en estos casos la norma desplace sobre el trabajador aquella obligación. No obstante, de aducirse y defenderse esa posible justificación del tratamiento diferenciado para el empleado de hogar a tiempo parcial, habría que valorar si es posible articular otra medida alternativa que no implicase ese efecto perjudicial para el trabajador, como podría ser el establecimiento de un «sistema especial» para este colectivo profesional⁽⁴⁰⁾.

Acerca de la exigencia de estar al corriente en el pago de las cuotas, sólo opera frente a los empleados de hogar a tiempo parcial⁽⁴¹⁾, probablemente para «evitar situaciones fraudulentas en las que la Seguridad Social no puede actuar (salvo futura

(39) En palabras de BAYLOS GRAU, A. (1994): «Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo», *La reforma laboral de 1994*, obra colectiva dirigida por Alarcón Caracuel, M., Marcial Pons, Madrid, p. 145.

(40) El artículo 11 de la LGSS señala que «en aquellos Regímenes de la Seguridad Social en que así resulte necesario, podrán establecerse sistemas especiales exclusivamente en alguna o algunas de las siguientes materias: encuadramiento, afiliación, forma de cotización o recaudación». Sobre las razones que inducen al establecimiento de sistemas especiales ver GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R.: (1997): «Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social», *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 124 y 125.

(41) Cuando el empleador es el responsable de la obligación de cotizar, es decir, tratándose de empleados de hogar que trabajan de forma exclusiva y permanente para un solo cabeza de familia, el incumplimiento de aquella obligación genera la responsabilidad del empleador en orden a las prestaciones, de la misma manera que en el Régimen General (Resolución de 23 de septiembre de 1983 de la Dirección General de Régimen Económico y Jurídico de la Seguridad Social).

coordinación con el régimen fiscal e incremento de la actividad inspectora)»⁽⁴²⁾. Debe aplicarse por analogía la regla establecida para los trabajadores autónomos en su Régimen correspondiente (artículo 28.2 del Decreto 2530/1970): si cubierto el período de carencia necesario para acceder a la prestación el trabajador que la solicita no se hallara al corriente en el pago de las cuotas, *la Entidad Gestora invitará al interesado* para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas. Si el interesado realiza el ingreso transcurrido ese plazo se le concede la prestación aunque disminuida en un 20 por 100 si es un subsidio o una prestación de pago único; tratándose de pensiones, su abono se realizaría con efectos a partir del primer día del mes siguiente a aquel en que tenga lugar el ingreso de las cuotas adeudadas. Aquella concesión —invitación al pago— resulta de escasa relevancia y protección social efectiva si se repara en el tratamiento que a la materia presta el Régimen General, especialmente en lo tocante al principio de automaticidad de prestaciones y la responsabilidad del Instituto nacional de la Seguridad Social en los casos de insolvencia del empresario (artículo 126 de la LGSS), accediendo en todo caso los trabajadores a la cobertura pese a los posibles descubiertos del empleador, máxime considerando la diversificación de contingencias existentes en el Régimen General frente al sistema unitario de protección del REEH.

2.2. Sistema cotizatorio

La obligación de cotizar⁽⁴³⁾ es compartida entre el empleador y el empleado de hogar que presta sus servicios de forma exclusiva y permanente para un empleador, siendo responsable de esa obligación únicamente el titular del hogar familiar. La singularidad radica en la obligación de cotizar en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, supuestos en los que durante el primer mes de baja la obligación es compartida, y el resto del período en que se mantenga esa situación corre a cargo exclusivo del trabajador, siendo consecuentemente responsable de ingresar íntegramente las cuotas correspondientes al período en que permanezca en tal situación (artículo 9.1.c del Real Decreto 1637/1995, Reglamento General de Recaudación de los recursos del Sistema de la Seguridad Social).

El empleado de hogar que presta sus servicios con carácter parcial o discontinuo para uno o más cabezas de familia o empleadores asume en exclusiva la obligación de cotizar y la responsabilidad en orden a dicha obligación.

La situación en el Régimen General difiere de la expuesta porque la obligación de cotizar es compartida (artículo 103 de la LGSS), el responsable de tal obligación es el empresario (artículo 104 de la LGSS) y en las situaciones de incapacidad tem-

(42) ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. (1990): *Instituciones de Seguridad Social*, 12.^a ed., Civitas, Madrid, p. 477.

(43) El capítulo IV del Decreto 2346/1969, relativo a la cotización y recaudación, ha sido derogado por el 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, que en los artículos 46 a 50 dedica una atención específica al REEH.

poral y maternidad la obligación de cotizar se mantiene en los términos señalados (artículo 106.4 de la LGSS).

Se desprende un tratamiento perjudicial para los empleados de hogar que prestan sus servicios de forma exclusiva y permanente para un solo titular familiar, cuando la obligación (y, en su caso, la responsabilidad) de cotizar le atañe de forma singularizada en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, si bien excluido el primer mes en que esté de baja, que será conjunta con el empleador. Justificar este tratamiento indirectamente discriminatorio con base en el dato puramente formal de que el Sistema de la Seguridad Social se encuentra articulado en un Régimen General y varios Especiales, debido a peculiaridades socioeconómicas, laborales, productivas, históricas o de otra índole, circunstancia que en sí no atentaría contra el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, puede mermar la eficacia de tal principio si, como indicara el Tribunal Constitucional, no se comprobara que la diversidad de ordenamientos jurídicos «responde a diferencias reales que, por ser objetivas, razonables y congruentes, constituyan suficiente justificación del tratamiento desigual»⁽⁴⁴⁾. En este caso, las diferencias de tratamiento pueden radicar, si bien parcialmente, en la singularidad de la figura del empleador de este Régimen Especial, que no se corresponde con una estructura empresarial; ello, no obstante, no contribuye a explicar razonablemente la infraprotección denunciada.

La situación es aún más grave para los empleados de hogar que prestan sus servicios con carácter parcial, que deben soportar sin participación del titular (o titulares) de hogar las cargas cotizatorias, cuando para los trabajadores a tiempo parcial incluidos en el campo de aplicación del Régimen General no existe norma alguna que establezca nada semejante. La posición en que quedan los empleados de hogar a tiempo parcial con respecto al otro grupo que presta sus servicios de forma exclusiva y permanente para un solo titular es también menos afortunada, conculcando el principio de equiparación de los derechos de los trabajadores a tiempo parcial con los de los trabajadores a tiempo completo, antes comentado.

Otra especialidad del REEH estriba en que la obligación de cotizar se refiere a meses completos, prescindiendo del tiempo efectivo de ocupación de la persona interesada⁽⁴⁵⁾. Consecuentemente, la cuota será «mensual e indivisible» (artículo 50 del Real Decreto 2064/1995). Se observa una grave disfuncionalidad en el ámbito de protección social rompiendo el sinalagma, aún vigente, en el Régimen General y demás Regímenes que integran el Sistema, hasta el punto de que se podría entender como un seguro privado. Esa norma no encuentra su homóloga en el Régimen General, en el cual, estando referida la obligación de cotizar a días naturales y

(44) STC 377/1993, de 20 de diciembre de 1993, FJ 3.º (BOE de 27 de enero de 1994).

(45) Indica el artículo 49.2 del Real Decreto 2064/1995: «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».

siendo el período de liquidación por meses naturales (artículo 28 del Real Decreto 2064/1995), la cotización, en lo que se refiere a los trabajadores a tiempo parcial, se hará en función de «las horas o días efectivamente trabajados» (artículo 110.4 y disposición adicional séptima de la LGSS).

La cotización por meses completos implica una infraprotección para los empleados de hogar, tratamiento claramente desfavorable más aún si desarrollan su actividad a tiempo parcial y que no acierta a justificarse, sobre todo cuando existe una regulación específica para este tipo de contrato, que pretende ajustar sus singulares características laborales a una protección social adecuada y proporcionada al tiempo de trabajo efectivo, y cuando la tendencia general del Sistema de la Seguridad Social es la homogeneidad e integración de todos los Regímenes Especiales.

En suma, cuanto más deprimido es un sector profesional (empleados de hogar), más se grava, obligando al empleado doméstico que presta sus servicios a tiempo parcial a buscar afanosamente empleadores para paliar el coste de la Seguridad Social y sin olvidar que sus prestaciones giran en torno al salario mínimo interprofesional (artículo 6.1 del Real Decreto 1424/1985), reducible en un 45 por 100 si el empleado percibe salario en especie (artículo 6.2 del Real Decreto 1424/1985). Como sujeto responsable puede señalarse al legislador de la Seguridad Social, que está contribuyendo directamente a esta crítica y onerosa situación.

2.3. Acción protectora

No obstante el tratamiento jurídico equiparable que tienen ciertas prestaciones de las contempladas en este Régimen Especial con respecto al establecido en el Régimen General, sea la asistencia sanitaria, la maternidad, las prestaciones de muerte y supervivencia o las familiares, todavía subsisten muchas diferencias de trato en torno a ciertos aspectos (como la no distinción entre contingencias comunes y profesionales, o la falta de protección por desempleo) y otras prestaciones (esencialmente incapacidad temporal, incapacidad permanente y jubilación) cuya justificación resulta a veces difícilmente sostenible desde el punto de vista de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

Partiendo de que el concepto de contingencias protegidas en este Régimen Especial es el fijado por el Régimen General (artículo 22.2 del Decreto 2346/1969), el rasgo más característico de aquél será la no calificación del accidente y de la enfermedad, y la significativa ausencia de la contingencia de desempleo en su cuadro de prestaciones.

En cuanto al primer aspecto —la no calificación del accidente y de la enfermedad—, sorprende hallar en el Cuadro de Enfermedades Profesionales (aprobado por Real Decreto 1995/1978, de 12 de mayo) la referencia explícita al «trabajo doméstico» como actividad capaz de provocar asma debido a la «exposición a productos de origen vegetal o animal y a ciertas sustancias químicas» (grupo c/, núm. 5, párrafo 11.º); el empleado de hogar que padeciese este tipo de enfermedad profesional podría beneficiarse únicamente de la no exigencia de período carencial previo para

acceder a las prestaciones (artículo 124.4 de la LGSS) sin influir en otros aspectos como pudiera ser el cálculo de la base reguladora de prestaciones. Por lo que al accidente se refiere, el artículo 22.3 del Decreto 2346/1969 expresamente lo equipara al accidente no laboral del Régimen General, lo que significa que el empleado de hogar no puede beneficiarse del mejor tratamiento normativo que tienen los accidentes de trabajo en cuanto al cálculo de la base reguladora o, en su caso, nacimiento del derecho al abono de ciertas prestaciones. Esta importante limitación puede carecer de sentido cuando los empleados de hogar están expuestos indudablemente, desde un punto de vista material, a sufrir cualquier lesión corporal con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecutan por cuenta ajena (concepto de accidente de trabajo del artículo 115.1 de la LGSS) o a contraer «enfermedades del trabajo» (artículo 115.2.e de la LGSS) de la misma manera que cualquier trabajador por cuenta ajena del Régimen General que desarrolle tareas idénticas o equiparables a las típicas del empleado de hogar (por ejemplo, el personal al servicio de un empresa dedicada a la limpieza de viviendas particulares, oficinas, etc.).

La ausencia de la protección por desempleo en el REEH encuentra su soporte jurídico en el artículo 3.2 de la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, según el cual aquélla alcanza a todos los trabajadores por cuenta ajena, haciendo depender dicha inclusión del hecho de estar contemplada esta contingencia en los Regímenes Especiales. Tácitamente, el artículo 28 del Real Decreto 2346/1969 excluye la prestación por desempleo del Régimen Especial de Empleados de Hogar. Esta circunstancia choca con la progresiva extensión de la protección por desempleo a colectivos de trabajadores por cuenta ajena que han estado o están aún hoy insertos en Regímenes Especiales (agrario, mar, ferroviario, jugadores profesionales de fútbol, representantes de comercio, minería del carbón, toreros y artistas) y que antes carecían de esta previsión. La exclusión afecta a los trabajadores autónomos y a los estudiantes (cuya asimilación al régimen de autónomos es clara) y, además, como trabajadores por cuenta ajena, a los empleados de hogar, esto último difícil de comprender.

Entendemos que esta falta de cobertura implica un grave perjuicio para los empleados de hogar. Tanto la no calificación del accidente y la enfermedad como la significativa exclusión del desempleo del cuadro de prestaciones no encuentran una razonable justificación en la circunstancia de haberse articulado el Sistema de la Seguridad Social en un Régimen General y varios Especiales con características propias y diferenciadas debido a la singularidad de los colectivos protegidos y las actividades que desarrollan, aun tendiendo todos los Regímenes a la integración y unión con el General. Tampoco es justificación bastante presumir que los empleados de hogar se benefician de la protección que les puedan dispensar sus empleadores, ni la necesidad de impedir su entrada abusiva en el marco de la protección social. No resulta convincente suponer que el empleado de hogar está integrado en el tejido familiar y que de él recibe las prestaciones necesarias, porque tal afirmación carece de todo rigor al no ser el empleador jurídicamente a quien corresponde otorgar prestaciones sociales. Denegar la protección por desempleo, argumentando que se trata de un colectivo inestable laboralmente, supone perpetuar o reforzar las discri-

minaciones que sufre en el mercado de trabajo en vez de protegerlo, máxime por la especial situación de precariedad que le es consustancial⁽⁴⁶⁾.

En cuanto a las prestaciones, la incapacidad temporal tiene una regulación sumamente peculiar y, en cualquier caso, desfavorable para las personas incluidas en el campo de aplicación del REEH, abiertamente distinta a la del Régimen General y demás Regímenes del Sistema, incluso aquellos que protegen a trabajadores autónomos.

Cuando la incapacidad temporal deriva de enfermedad y accidente (en este segundo caso no es exigible período carencial), la prestación económica correspondiente comienza a percibirse desde el *vigésimo noveno día* contado a partir de la fecha en que se inició la enfermedad o se produjo el accidente (artículo 30 del Decreto 2346/1969). Probablemente exista cierta concordancia entre este precepto y el elocuente artículo 8.3 del Real Decreto 1424/1985, que regula la relación laboral especial del servicio del hogar familiar y que indica: «en el supuesto de suspensión del contrato de trabajo doméstico por incapacidad temporal del empleado de hogar, debido a enfermedad o accidente, si aquél fuera interno tendrá derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que por prescripción facultativa se recomiende su hospitalización». Aparte de otras consideraciones, el efecto inmediato de esta regulación es que las ausencias al trabajo de corta duración motivadas por accidentes o enfermedades quedan, en el caso de los empleados de hogar, sin ninguna cobertura.

En el Régimen General se abona el subsidio en caso de enfermedad común (previo cumplimiento del período de cotización establecido y en el plazo indicado) o accidente no laboral (sin exigir ningún período carencial previo) desde el decimosexto día de baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive [artículos 130.a) y 131.1, segundo párrafo, de la LGSS]. Cuando la incapacidad temporal deriva de accidente laboral o enfermedad profesional (casos en que la ley no exige el cumplimiento de período carencial alguno) procede el abono del subsidio desde el día siguiente al de la baja en el trabajo, estando a cargo del empresario el salario íntegro correspondiente al día de baja (artículo 131.1, primer párrafo, de la LGSS).

La posible justificación de ese tratamiento diferencial y claramente perjudicial para los empleados de hogar podría inferirse de la norma laboral que desplaza sobre el empleador, cuando el trabajador es interno, la responsabilidad de atenderlo, cuidarlo y cubrir todas sus necesidades durante la situación suspensiva, justificación rechazable porque no debe corresponder al empleador como tal esa carga. Tampoco es justificación objetiva y razonable bastante para seguir manteniendo este tratamiento abiertamente desfavorable la inestabilidad que caracteriza a este colectivo y la enorme dificultad para controlar los diversos aspectos relacionados con su actividad (por

(46) Al respecto ver BIEBACK, K.J. (1996): *La discrimination indirecte fondee sur le sexe dans le droit social des Etats membres des ce au regard de la Directive (CE) 79/7*, edición Comisión Europea, p. 54.

ejemplo, la posibilidad de simular la existencia de una relación laboral con la finalidad de percibir indebidamente prestaciones sociales), pudiendo incluso plantearse la necesidad de articular mecanismos de fiscalización más adecuados y eficaces que, sin penalizar a las empleadas de hogar, respeten el principio de igualdad de trato.

Cuestión aparte que incide en el tema y que no puede dejar de señalarse es que, desde un punto de vista de estricta jerarquía normativa, cabe la posibilidad de entender inaplicable la regla del artículo 30 del Decreto 2346/1969, por oponerse a la exclusión máxima de tres días prevista en el artículo 18.2.b), del Convenio 102 de la OIT, relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social (de 1952)⁽⁴⁷⁾, ratificado por España en 1988 (BOE de 6 de octubre), que es de aplicación preferente en nuestro sistema normativo conforme dispone el artículo 96.1 de la Constitución.

En la regulación de la incapacidad permanente subsisten todavía algunos aspectos que implican una protección social inferior para este colectivo profesional, pese a ciertas modificaciones legales que han variado sustancialmente su régimen jurídico, acercándolo gradualmente a la regulación propia del Régimen General (disposición adicional 8.^a de la LGSS).

El primitivo artículo 31 del Decreto 2346/1969 exigía para la concesión de las prestaciones por invalidez «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 sesenta mensualidades durante los últimos diez años», norma modificada por la disposición adicional 11.^a del Real Decreto 2319/1993, de 29 diciembre, según la cual «para el acceso a las pensiones de invalidez permanente derivada de accidente, si el trabajador se encontrara en alta o situación asimilada a la de alta⁽⁴⁸⁾, no se exigirá ningún período previo de cotización y la base reguladora de tales pensiones se determinará con arreglo a las reglas establecidas en el Régimen General»⁽⁴⁹⁾. Esta disposición «equiparadora» vino a poner fin a las reclamaciones de quienes, estando afiliados y en alta en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, y, habiendo sido declarados afectados de invalidez permanente, no tenían derecho a la correspondiente prestación económica por no haber cubierto el período mínimo de cotización de sesenta mensualidades en los últimos diez años, conforme establecía el artículo 31 del Decreto 2346/1969.

(47) Este artículo permite limitar la «prestación monetaria de enfermedad» a «trece semanas (...) con la posibilidad de no pagarse la prestación por los tres primeros días de suspensión de ganancias».

(48) El requisito de alta para causar derecho a las prestaciones, en el momento de sobrevenir la contingencia protegida, en la incapacidad permanente es una exigencia referida al momento inicial en que se manifieste el accidente o la enfermedad, sin que tenga incidencia alguna que el trabajador cause baja antes de la incapacidad permanente (STS de 9 de octubre de 1995 —Cuadernos CGPJ, núm. 64, ref. 115).

(49) Por su parte, el Real Decreto 1799/1985 vino a fijar que la base reguladora de las pensiones de jubilación e invalidez en los Regímenes Especiales sería la que actualmente está en vigor, conforme a la dicción del artículo 140.1 de la LGSS.

En tales circunstancias, el Tribunal Constitucional justificó la diversidad de tratamiento existente entre el Régimen General y el Régimen Especial de Empleados de Hogar no sólo en la «incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar», sino en tratarse de una prestación contributiva que para su concesión, obviamente, se hace depender del historial asegurador como cotizante del beneficiario. En el REEH, a diferencia de lo que ocurre en el Régimen General, no hay cotización adicional por accidentes de trabajo, causa que no es «irrazonable ni desproporcionada para que en el Régimen Especial que se examina la prestación de invalidez en su modalidad contributiva se haga depender de un período previo de cotización, buscando cierto equilibrio económico del Régimen, garantizado en el Régimen General por una cotización adicional aquí inexistente» (Sentencias 268/1993, de 20 de septiembre 1993 —BOE de 26 de octubre de 1993— y 377/1993, de 20 de diciembre de 1993, citada).

Probablemente, una justificación de carácter económico como la expuesta, que supone avalar un posicionamiento en detrimento de un considerable número de trabajadores caracterizados por su sexo, podría ser tachada de discriminación indirecta por razón de sexo en el marco del Derecho Comunitario Europeo⁽⁵⁰⁾.

La no calificación de la enfermedad y el accidente en este Régimen Especial puede tener efectos adversos para el cálculo de la base reguladora de la prestación en comparación con la situación del Régimen General, en el que existe una regulación más favorable para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de contingencias profesionales⁽⁵¹⁾, aplicándose en este Régimen Especial las reglas establecidas para la incapacidad permanente derivada de contingencias comunes en el Régimen General⁽⁵²⁾. La mejor consideración de las contingencias profesionales en el cálculo de la base reguladora es un «privilegio» del que se priva a los empleados de hogar, aspecto injusto cuando materialmente estos trabajadores pueden sufrir lesiones corporales con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecutan por cuenta ajena, o enfermedades del trabajo en los términos del artículo 115 de la LGSS de la misma manera que cualquier trabajador que realiza funciones idénticas o similares pero estando encuadrado en el Régimen General.

(50) En el Asunto ROKS (C-343/92, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 1994) se debatió una legislación nacional que supeditaba la concesión de una prestación de incapacidad laboral a haber obtenido determinados ingresos en el año precedente, generando un efecto adverso sobre los trabajadores femeninos que fue calificado como discriminación indirecta por razón de sexo y trató de justificarse por el gobierno holandés que alegó intereses financieros. El TJCE concluyó que, aun siendo el motivo de las opciones de la política social, las consideraciones presupuestarias en sí mismas no constituyen un objetivo perseguido por la política social y por ello no pueden justificar una decisión en detrimento de uno de los sexos.

(51) Decreto de 22 de junio de 1956 y disposición adicional 11.ª del Real Decreto 4/1998, de 9 de enero: la base reguladora se calcula sobre salarios reales percibidos en el año anterior al accidente o a la manifestación primera de la enfermedad profesional.

(52) Artículo 140.1 de la LGSS: la base reguladora será 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, computándose en su valor nominal las bases de los 24 meses anteriores al hecho causante y actualizándose el resto.

Una diferencia de tratamiento que afecta a los empleados de hogar, parangonándolos nuevamente con los trabajadores autónomos de los demás Regímenes estriba en excluirlos de la posibilidad de integrar las lagunas cotizatorias habidas en el cálculo de la base reguladora de la prestación con la base mínima de entre todas las existentes en cada momento para trabajadores mayores de dieciocho años (artículo 140.4 de la LGSS en concordancia con la disposición adicional 8.^ª de la LGSS), beneficio aplicable a los demás trabajadores por cuenta ajena del Sistema de la Seguridad Social cualquiera que sea el Régimen protector en el que se hallen encuadrados. Difícilmente puede justificarse esta grave e incomprensible limitación, por cuanto que junto al estancado sistema cotizatorio⁽⁵³⁾ se amplía el período de consideración para calcular la base reguladora de la misma manera que en el Régimen General pero exceptuando de éste el referido beneficio.

Para terminar, la jubilación. La única modalidad de jubilación aplicable en este Régimen Especial es la ordinaria. Los empleados de hogar no pueden acceder a la jubilación anticipada que regula el artículo 161.3 de la LGSS, dado que la disposición adicional 8.^a de esa norma sólo extiende su aplicación a los trabajadores por cuenta ajena de los Regímenes Especiales de la minería del carbón y de trabajadores del mar. El REEH tampoco protege la jubilación parcial, según se infiere de la disposición adicional 7.^a de la LGSS, que extiende expresamente la aplicación de las reglas señaladas en el numeral 1 sobre protección social de los trabajadores contratados a tiempo parcial a los trabajadores incluidos en el Régimen General y el Régimen Especial de la Minería del Carbón y a los trabajadores por cuenta ajena del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, silenciando a los integrados en el REEH.

Opera en esta prestación la misma limitación ya comentada al tratar la incapacidad permanente y a la que cabe extender iguales comentarios críticos: no es posible la integración de las lagunas cotizatorias al efectuar el cálculo de la base reguladora⁽⁵⁴⁾.

III. CONCLUSIONES

La condición feminizada del Régimen analizado y la precaria protección que dispensa a las personas incluidas en su ámbito de aplicación en comparación con el Régimen General son factores que cuestionan la adecuación del REEH a la prohibición de discriminación por razón de sexo. No podemos admitir las clásicas justificaciones (singularidad del empleador, estrecha relación entre el empleado y la familia

(53) La base de cotización mensual en el REEH asciende a una cuantía casi coincidente con el salario mínimo interprofesional (base mínima) si se le incorporan dos pagas extraordinarias. Esta situación sólo atenúa sus perniciosos efectos mediante la garantía de «pensiones mínimas», no sin denunciar la crítica y riesgo de los denominados «complementos por mínimos» a las situaciones de «cónyuge a cargo» u otras personales que ocasionen su incompatibilidad.

(54) Al respecto véase LUJÁN ALCARAZ, J. (2000): *El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*, Aranzadi, col. Cuadernos de Aranzadi Social, núm. 5, Navarra, pp. 133 y 134.

para la que trabaja, el lugar donde presta sus servicios, etc.) para validar las normas que tachamos de discriminatorias por razón de sexo. Sería necesario erradicar del Sistema de la Seguridad Social estas normas, que penalizan a las empleadas de hogar y que, en el caso de las mujeres inmigrantes, contribuyen a agravar la triple discriminación que les es consustancial: por ser mujeres, por pertenecer a una raza o etnia determinada y por realizar una actividad laboral tan desvalorizada socialmente como es el servicio doméstico.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALMANSA PASTOR, J.M. (1976): *Derecho de la Seguridad Social*, vol. II, Tecnos, Madrid.
- CES (2000): *La protección social de las mujeres*, col. Informes, Madrid.
- ALONSO OLEA, M. (1967): *Instituciones de Seguridad Social*, Estudios de Trabajo y Previsión, Instituto de Estudios Políticos, 2.^a ed., Madrid.
- ALONSO OLEA, M. (1989): a la Sentencia del TC 109/1988, de 8 de junio, en *Jurisprudencia constitucional sobre trabajo y seguridad social*, tomo VI, año 1988, Civitas, Madrid.
- ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L. (1990): *Instituciones de Seguridad Social*, 12.^a ed., Civitas, Madrid.
- BAYLOS GRAU, A. (1994): «Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo», *La reforma laboral de 1994*, obra colectiva dirigida por ALARCÓN CARACUEL, M., Marcial Pons, Madrid.
- BAYÓN CHACÓN, G. (1972): «El elemento de pluralidad en la Seguridad Social española: Régimen General y Regímenes Especiales», *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid.
- BIEBACK, K.J. (1996): *La discrimination indirecte fondee sur le sexe dans le droit social des Etats membres des ce au regard de la Directive (CE) 79/7*, ed. Comisión Europea.
- CATARINO, C. y OSO, L. (2000): «La inmigración femenina en Madrid y Lisboa: hacia una etnización del servicio doméstico y de las empresas de limpieza», *Revista de Sociología Papers*, núm. 60.
- CLEOFÉ SÁNCHEZ, D. (1972): «Régimen especial de empleados de hogar», en *Diecisiete lecciones sobre Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid.
- DE LA VILLA GIL, L.E. (1985): «La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar», revista *Documentación Laboral, ACARL*, número monográfico.
- GARCÍA BLASCO, J. (1990): «Desajustes entre ordenamiento laboral y de la Seguridad Social y principios constitucionales. A propósito de la reciente modificación del artículo 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social», *RL*, núm. 8.
- GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (1997): «Campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social», *Derecho de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- LANDA ZAPIRAIN, J.P. (1992): «Presente y futuro de la regulación comunitaria sobre la igualdad de trato por razón de sexo: su significado para el derecho español de la seguridad social», *REDT*, Civitas, núm. 55.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (2002-2003): *Permisos de Trabajo a Extranjeros*, PTE-8, «Permisos de trabajo concedidos, según sexo, por sector y rama de actividad».
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (septiembre de 2004): *Boletín Estadístico de Extranjería e Inmigración*, núm. 3.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES (enero de 2006): *Boletín de Estadísticas Laborales*.
- PLA JULIÁN, I., «Informalidad del empleo y precariedad laboral de las empleadas de hogar», NIPO 207-05-054-5, web Instituto de la Mujer.
- QUESADA SEGURA, R. (1991): *El contrato de servicio doméstico*, La Ley, Madrid.
- VILLARES VARELA, M. y otros, (2005): «Los nichos laborales de la inmigración femenina en España: del desempeño de tareas reproductivas al autoempleo», *Mobilités au féminin*, Tánger.