

INCONCRECIONES EN CUANTO AL RÉGIMEN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS EMPLEADOS AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR TRAS LA LEY 27/2011. ALGUNAS REFLEXIONES PRÁCTICAS

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia*

Extracto:

CON la reforma que introduce la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 desaparece el Régimen Especial de Empleados de Hogar, quedando el colectivo de los empleados domésticos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. Este importante cambio normativo deja tras de sí diversos asuntos pendientes de regulación, que dificultarán sin duda la aplicación práctica de las nuevas disposiciones. El objeto del presente trabajo consiste en apuntar ciertas lagunas de regulación que subyacen en la disposición adicional trigésima novena y analizar los distintos problemas que la aplicación efectiva de las nuevas previsiones legales puede suscitar.

Palabras clave: empleado de hogar, cotización, alta, protección y Seguridad Social.

UNCONCRETIONS AS FOR THE REGIME OF SOCIAL SECURITY OF THE EMPLOYEES SERVING THE FAMILY HOME AFTER THE LAW 27/2011. SOME PRACTICAL CONSIDERATIONS

ALEJANDRA SELMA PENALVA

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia*

Abstract:

REFORM labour market Law 27/2011 introduces additional disposition 39.^a that eliminates domestic employees' special regime, including the group of the domestic employees in the general regime of the Social Security System. This normative leave unsolved matters of regulation that will impede undoubtedly the practical application of the new dispositions. The object of the present study consists of aiming that sublie in the additional disposition 39.^a and analyzing the different problems that the effective application of the new regulation.

Keywords: domestic employee, price, discharge, social protection and social security system.

Sumario

- I. Consideraciones iniciales.
- II. Crítica a la última reforma: la autonomía de la voluntad en la prestación de servicios domésticos.
- III. Otra lectura de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011.
- IV. La difusa frontera entre laboralidad y autonomía en la prestación de labores domésticas.
- V. Dependencia y ajenidad en el trabajo doméstico.
- VI. Indicios de laboralidad o autonomía en el trabajo doméstico.
- VII. Nuevas presunciones.
- VIII. Trascendencia práctica de las últimas modificaciones: aspectos concretos.
- IX. Conclusiones.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

En los últimos meses, entre las distintas medidas de actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social introducidas por la Ley 27/2011 se ha producido un cambio radical en lo que a la estructura clásica del sistema de Seguridad Social se refiere:¹ ha desaparecido uno de los regímenes especiales de Seguridad Social hasta ahora existentes, el Régimen Especial de Empleados de Hogar (REEH).

El legislador prosigue así el proceso de simplificación del sistema de Seguridad Social (todavía inconcluso) con el que finalmente se pretende mantener únicamente dos grandes regímenes de Seguridad Social en los que tengan cabida todos los tipos de prestadores de servicios: el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS), que aunará a aquellos que puedan considerarse trabajadores por cuenta ajena y el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos (RETA), al que cotizará todo aquel que actúe por cuenta propia, independientemente del sector o rama de actividad al que destine su esfuerzo productivo.²

El problema se plantea en esta ocasión porque, una vez más, la forma en la que se ha llevado a cabo la desaparición del clásico REEH no se ajusta a las necesidades y circunstancias sociales de los sujetos implicados. Y no solo eso, puede afirmarse además que existen grandes diferencias entre el alcance real que se desprende de la confusa redacción literal de la reciente disposición adicional

¹ Cfr. disposición adicional trigésima novena de la citada Ley 27/2011.

² Fue el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, firmado el 13 de julio de 2006 por el Gobierno y los interlocutores sociales el que perfiló las distintas medidas de reformas de Seguridad Social ideadas con el fin de actualizar el tipo de cobertura y el elenco de prestaciones a las nuevas necesidades sociales. Así, el Consejo de Ministros, el día 22 de diciembre de 2006, a propuesta del entonces ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, informa favorablemente sobre el Anteproyecto de Ley de Medidas en Materia de Seguridad Social en el que se desarrolla una reforma global del sistema. Y precisamente la reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar era uno de los aspectos que expresamente se contemplaba en el citado acuerdo. Ahora bien, a pesar de que en aquel momento las medidas de actualización del REEH que se contemplaban en el acuerdo se plantearon como inminentes, no se incluyó referencia alguna al respecto entre las distintas medidas de reforma del Sistema de Seguridad Social introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, ni en ninguna de las modificaciones normativas que vieron la luz durante el año 2007. Por el contrario, han tenido que transcurrir prácticamente seis años para que la actualización del régimen de derechos sociales de los empleados de hogar se hiciera efectiva, y lo ha hecho por fin gracias a la última Ley de Reforma del Sistema de Seguridad Social –la reciente Ley 27/2011(BOE 2 de agosto) por la que se lleva a cabo la actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social–, reforma en materia de Seguridad Social que se acompaña además de una prácticamente paralela actualización de la normativa que rige la relación laboral especial de los empleados de hogar.

trigésima novena de la Ley 27/2011 y la interpretación de su trascendencia práctica que sostiene el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.³

En cualquier caso, no se puede negar que la nueva regulación del REEH presenta serias ambigüedades, contradicciones y lagunas que sin duda dotan a la norma de un indeseable margen de confusión y dificultan al máximo su aplicación práctica. Y no solo eso, ya que si se atiende a la interpretación actualmente predominante de la citada disposición se crea un panorama en cierta medida «paradójico», pues es precisamente sobre los cabezas de familia sobre los que recaerá el mayor coste económico derivado de la desaparición del REEH, queriendo ver en ellos modalidades *sui generis* de empresarios, cuando realmente son meros empleadores carentes de organización productiva alguna que enfrentar al mercado de bienes y servicios.

Como punto de partida, entre las distintas inconcreciones que actualmente presenta la nueva regulación del REEH, debe destacarse que, aunque también la citada disposición adicional trigésima novena distingue entre el servicio doméstico prestado en régimen de *exclusividad y continuidad* del que únicamente se realiza con carácter *parcial o discontinuo* (apdo. 4), curiosamente no incluye en su articulado ninguna regla que permita diferenciar ambas modalidades. Así pues, en defecto de concreción legal expresa, parece entenderse tácitamente en vigor la clásica diferenciación entre el trabajo doméstico a tiempo completo y a tiempo parcial que realizaba, a la hora de definir las peculiaridades sobre el deber de cotización que incidían sobre una y otra de estas modalidades, el ya derogado Real Decreto 2064/1995, que utiliza como parámetro diferenciador el dato de las 20 horas de servicios retribuidos semanales.⁴

II. CRÍTICA A LA ÚLTIMA REFORMA: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DOMÉSTICOS

Como es sabido, son muy variadas las formas contractuales a través de las que, lícitamente, se puede canalizar el trabajo productivo. Una primera clasificación distinguiría el trabajo humano prestado por cuenta propia y de forma independiente del que se realiza bajo la dependencia jurídica del empleador o empresario.

³ Cfr. <http://www.mtin.es/es/portada/serviciohogar/nueva-regulación/segsocial/index.htm>. Interpretación que se refleja claramente en la respuesta a las «Preguntas más frecuentes sobre la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General» que ofrece la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.

⁴ Así pues, sobre los empleados de hogar que presten servicios en diversos domicilios sin que en ninguno de ellos sobrepasen las 20 horas a la semana (80 al mes) hasta ahora recaía el deber de alta y cotización al REEH pero a su exclusivo cargo [arts. 46.2 RD 2064/1995 y 9.1.1.ª c) 2.º RD 1637/1995].

Concepto que mantiene el Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la LGSS, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar. Y es que dicha norma incluye en su articulado la modificación del Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre. Así pues, según su nueva redacción, el artículo 46.1 del citado Real Decreto 2064/1995 ofrece una definición auténtica de servicio doméstico prestado en régimen de exclusividad y dispone que «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 aquel los presta de manera exclusiva y permanente».

La «autonomía de la voluntad» que rige el campo de las relaciones contractuales (1.255 del Código Civil –CC–), unida a la «libertad profesional» y a la «libertad de empresa en una economía de mercado» que proclaman respectivamente los artículos 35 y 38 de la Constitución Española (CE), permiten a los contratantes elegir la modalidad de contratación que consideren más acorde a sus intereses. Así pues, la libertad de empresa que caracteriza nuestro mercado de bienes y servicios permite satisfacer las mismas necesidades productivas bien por medio de una relación laboral (dando lugar por tanto a una actividad personal, voluntaria, retribuida, dependiente y por cuenta ajena), bien por medio de una colaboración civil en la que, pese a concurrir también en ciertos casos las mismas notas de trabajo personal, voluntario y retribuido, en todo momento el sujeto que presta el servicio actúa por cuenta propia y siempre bajo la plena autonomía jurídica que caracteriza a los contratantes civiles. Posibilidad de elección que opera en cualquier ámbito de actividad incluyendo, como es lógico, el de la prestación de servicios domésticos.

Así pues es esta «libertad de empresa» que proclama la CE la que impide vincular cualquier actividad, en abstracto, bien al contrato de trabajo, bien al arrendamiento civil de servicios. O lo que es lo mismo: no existe en nuestro sistema de relaciones productivas ningún tipo de actividad que, necesariamente, deba prestarse siempre ni por cuenta propia ni por cuenta ajena, y es que no existe ningún tipo de actividad que por esencia deba estar sujeto a la dependencia empresarial en su desarrollo, o prestarse de forma imprescindible en régimen de plena autonomía.

Y es precisamente esta reflexión básica en nuestro modelo de relaciones productivas la que olvida actualmente el ministerio al interpretar la disposición adicional trigésima novena; y es que si necesariamente se impone el alta y la cotización en el RGSS para todo tipo de empleado doméstico, independientemente de las horas trabajadas, tal obligación equivale en la práctica a la asimilación automática de cualquier forma de trabajo doméstico a una relación laboral, independientemente de las circunstancias concretas que rodeen el caso en particular y que hubieran podido justificar que la actividad de limpieza y cuidado del hogar familiar la venía realizando una trabajadora autónoma.

Así pues, se ha de tener en cuenta que –y esto es lo verdaderamente importante–, pese a que exista también una *relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar* (actualmente regulada por el Real Decreto 1620/2011, BOE de 17 de noviembre), esto no quiere decir necesariamente que ni todos los sujetos encuadrados hasta ahora en el REEH tengan que quedar también obligatoriamente absorbidos por el RGSS tras la reciente reforma del régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar, ni que todos los empleados de hogar –independientemente de las características concretas que maten en cada caso su prestación de servicios– mantengan siempre una relación laboral con el cabeza de familia.

El artículo 2 del Decreto 2346/1969 por el que se regulaba en nuestro ordenamiento jurídico el citado Régimen Especial de la Seguridad Social antes de la reforma de 2011 claramente proclamaba que tendría acogida en el citado REEH toda actividad consistente «en la prestación de servicios exclusivamente domésticos», cuando se perciba por dicho servicio «un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea» [cfr. art. 2.1 a) y c) del Decreto 2346/1969]. Como se puede apreciar, esta referencia normativa tajantemente admitía el alta y la cotización en el citado régimen tanto de prestaciones de servicios domésticos realizadas en régimen laboral y, por tanto, a cambio de un «salario»,

como de otras colaboraciones de índole civil, en las que sin percibirse propiamente un «salario» (al faltar el carácter laboral del vínculo), sí mediaba «contraprestación» civil por el servicio prestado. Por tanto, esta redacción presuponía que todas las labores de cuidado y atención del hogar familiar (sin necesidad de plantearse en ningún momento si estaban siendo desarrolladas en régimen de dependencia laboral o de autonomía) quedaban plenamente encuadradas en el antiguo REEH; por el contrario, esta equiparación de trato a efectos de encuadramiento en la Seguridad Social posiblemente no debiera mantenerse a partir de la entrada en vigor de la nueva regulación, resultando más oportuno generalizar también sobre este sector de actividad la diferenciación entre el trabajo prestado por cuenta propia y el que se desarrolla por cuenta ajena.

Ahora bien, pese a que esta distinción opera en cualquier otro ámbito de las relaciones productivas, el Ministerio de Empleo parece entender que, con la Ley 27/2011, nuestro legislador ha querido introducir una de las pocas presunciones *iuris et de iure* vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, dando por sentado sin posibilidad de prueba en contrario que cualquier persona dedicada a prestar los servicios de cuidado y atención del hogar familiar mantiene una relación laboral. Y es solo con el carácter de dicha presunción con la que puede entenderse la clarificación que actualmente aparece en la página web del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en la que expresamente dispone que «Cualquiera que sea el número de horas que un trabajador realice para un empleador, la inclusión en el Sistema Especial es obligatoria, siendo el empleador el sujeto responsable de solicitar el alta del trabajador y comunicar la retribución mensual que abona al trabajador». Así pues, obligar al alta en un Sistema Especial dentro del RGSS (al que únicamente se adscriben actividades productivas prestadas por cuenta ajena o situaciones asimiladas a estas), equivale a predeterminar sin posibilidad de excepción el carácter laboral de este tipo de servicios.

De esta forma, el titular de hogar familiar deberá hacer frente no solo a los costes económicos que genera para él este nuevo deber de cotización, sino también a las distintas obligaciones formales que necesariamente implica el correcto cumplimiento de los deberes de alta y cotización que la nueva regulación implicaría, sin tener en cuenta que, al no ser empresarios, muchos receptores de servicios domésticos, por motivos de edad, cualificación u ocupación, van a encontrar serias dificultades a la hora de cumplir de forma oportuna los citados deberes, sin que tampoco el recurso a las empresas de trabajo temporal (ETT) sea en modo alguno la alternativa apropiada para que las familias puedan cubrir las labores de atención del hogar familiar sin necesidad de asumir obligaciones laborales ni costes sociales.

En definitiva, la interpretación actual de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, obligando a la inclusión en el RGSS de cualquier tipo de prestación de servicios domésticos desde la primera hora trabajada, olvida que el grado de confianza que necesariamente implica la prestación de servicios en la intimidad de un hogar familiar que no es el propio es consustancial al «trabajo doméstico», tanto si este se realiza por cuenta propia o ajena, y, por lo tanto, por sí solo no posee valor identificativo alguno que permita decantar la balanza en el proceso identificador ni a favor de la dependencia ni de la plena autonomía.

Pero no solo esto, lo que también se deja pasar por alto en dicha interpretación es que, en realidad, de la redacción literal de la disposición adicional trigésima novena en ningún momento puede

desprenderse dicha presunción generalizada de laboralidad del servicio doméstico, con lo que las consecuencias derivadas de aplicar la disposición adicional trigésima novena en su sentido textual podrían ser muy diferentes.

Teniendo esto presente, resulta claramente inadecuado querer ver en la reciente disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 una absorción plena y automática de todas las relaciones que actualmente quedaban incluidas en el REEH por el RGSS. Creemos por el contrario que, como se expone a continuación, dicha integración en el RGSS únicamente debería proclamarse respecto a las prestaciones de servicios domésticos que se realizaban en régimen de dependencia y ajenidad respecto al titular del hogar familiar.⁵

III. OTRA LECTURA DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TRIGÉSIMA NOVENA DE LA LEY 27/2011

Así pues, de la redacción literal de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 se infiere que el deseo del legislador no ha sido el de acordar una absorción automática del REEH por el RGSS, sino únicamente el obligar a la cotización al RGSS (y no al REEH) de aquellas relaciones laborales concertadas con empleados de hogar, dejando al margen de este deber de afiliación y cotización a todo servicio doméstico que no se preste bajo la concurrencia simultánea de los requisitos de voluntariedad, personalidad, retribución, ajenidad y dependencia.

A favor de esta interpretación jugaría el hecho de que la autonomía de la voluntad contractual que proclama sin reservas el artículo 1.255 del CC impide que existan prestaciones de servicios que, simplemente por su objeto, necesariamente se deban prestar siempre en régimen de dependencia jurídica o de plena autonomía. Por ejemplo, desde hace décadas la jurisprudencia desecha el dato de la cualificación de la actividad o especialización del servicio que en otros tiempos se vinculaba necesariamente con el trabajo por cuenta propia. Y a la inversa, tampoco la falta de cualificación del trabajo prestado actuará en ningún caso, por sí solo, como indicio de dependencia jurídica, dado que deberán ser las condiciones que caracterizan el desarrollo de la actividad contratada y no el objeto del contrato en sí los elementos que sustenten el proceso de calificación. En definitiva, no existe ningún dato o factor externo que predetermine el carácter laboral de los servicios domésticos, sino que también sobre esta concreta actividad opera sin reservas la posibilidad de elección por las partes de la modalidad contractual que estimen apropiada.

⁵ Precisamente esta interpretación es la única que puede deducirse del tenor literal del primer párrafo del apartado 4 de la citada disposición adicional trigésima novena, que expresamente dispone que «Dentro del plazo de seis meses naturales a contar desde el primero de enero de 2012, los empleadores y las personas empleadas procedentes del REEH que hayan quedado comprendidas en el RGSS de conformidad con lo previsto en el apartado 1 de esta disposición (...)». Y es que obviamente si la integración en el RGSS solo procede respecto a aquellas relaciones anteriormente incluidas en el REEH que tras la reforma *queden comprendidas* en el RGSS, expresamente se está proclamando que también en el REEH quedaban incluidas relaciones sobre las que no corresponde hoy, según la nueva regulación legal, su inclusión en el RGSS, obviamente por tratarse de colaboraciones por cuenta propia, realizadas en virtud de contratos civiles de arrendamiento de servicios o incluso de arrendamientos de obra en los que nunca concurrirán las notas de dependencia y ajenidad que identifican la prestación laboral de servicios.

Hasta ahora era el Decreto 2346/1969 el que, desde hace prácticamente cuatro décadas (si bien con ciertas modificaciones), regulaba el REEH.⁶ Con él, se pretendía otorgar un nivel aceptable de protección a determinados sujetos a los que, debido a las características propias del sector en el que prestan servicios, les resultaba muy gravoso hacer frente a la misma carga de cotización que asumen los demás trabajadores.⁷ Así, al configurar el deber de cotización se intentaba, por una parte, no desincentivar la contratación por parte del cabeza de familia (lo que podría ocurrir si se le impone una obligación de cotizar demasiado elevada) y, por otra, asegurar la cobertura social del empleado de hogar (aunque la protección que se le ofreciese ante determinadas situaciones personales fuese notablemente inferior que la que recibían el resto de trabajadores por cuenta ajena).

No se puede negar que el carácter civil de la relación es reconocible más fácilmente en los casos en los que falta la nota de trabajo personal (por ejemplo, cuando las labores domésticas se concierten con una empresa de limpiezas o con una ETT), pero desde luego no es la única forma posible de colaboración profesional autónoma en este ámbito material. Y es precisamente esta postura interpretativa la que debería deducirse de la redacción literal (por otra parte, bastante confusa) de la Ley 27/2011.

No se duda que, a primera vista, el término «integración» que utiliza la propia denominación de la citada disposición adicional trigésima novena parece vincularse a la plena absorción del REEH por el RGSS, de forma que, podría pensarse que, desaparecido el REEH (como pretende claramente el legislador), será el RGSS el que pase a definir el régimen de derechos y obligaciones de las partes implicadas, y, por tanto, también los deberes de afiliación, alta y cotización que inciden respectivamente sobre cabeza de familia y empleado doméstico.

Como se ha apuntado, en virtud de esta interpretación, la nueva reforma implicaría una intensificación de los deberes de cotización del titular del hogar familiar, que estaría obligado a hacer frente a las cotizaciones sociales desde la primera hora trabajada, con lo que recogería gran parte de las demandas sociales de protección que justificaban la reforma.

Ahora bien, desde estas líneas se sostiene una interpretación muy diferente, de forma que, a pesar de que, literalmente, la disposición adicional trigésima novena de la nueva Ley 27/2011 se titule «Integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social», tal expresión, puesta en relación con determinadas fórmulas de redacción utilizadas en la misma disposición adicional, no tendría un sentido tan unívoco como se le quiere otorgar.

De la lectura sistemática de los apartados 1 y 4 de la citada disposición adicional trigésima novena, se deduce claramente que lo que el legislador pretende no es la asimilación de todos los

⁶ Régimen que analizan, *in extenso*, entre otros, LUJÁN ALCARAZ, J.: «El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar», *Cuadernos de Aranzadi Social*, n.º 5, 2000 y GALA VALLEJO, C.: *Régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2004.

⁷ Sobre la razón de ser del Régimen Especial de los Empleados de Hogar, véase DE VAL TENA, A., «El régimen especial de Seguridad Social de los empleados de hogar», *Tribuna Social*, n.º 2007, 2008, págs. 48 y ss.; SERAL ÍÑIGO, F.I.: *Regímenes Especiales de la Seguridad Social*, Zaragoza: Egido Editorial, 1996, pág. 129 y ss.; BLASCO LAHOZ, J.F., LÓPEZ GANDÍA, J., MOMPALER CARRASCO, M. A.: *Regímenes especiales de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pág. 334 y ss.; LUJÁN ALCARAZ, J. y SÁNCHEZ TRIGUEROS: «Los regímenes especiales de la Seguridad Social», en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: MTAS, 2003, pág. 1.010. También sobre este tema, MONTOYA MELGAR, A.: «La fragmentación de la Seguridad Social y sus razones», *Revista de Política Social*, n.º 98, 1973, pág. 6 y ss.

empleados de hogar a trabajadores por cuenta ajena y, con ello, la generalización de su inclusión en el RGSS, sino tan solo la absorción en el RGSS de aquellos empleados domésticos que mantienen respecto al cabeza de familia un vínculo laboral, y, por tanto, únicamente sobre ellos existirá obligación de cotización al RGSS.

Solo de esta manera puede interpretarse el hecho de que la redacción literal de la disposición adicional trigésima novena no contemple la integración del REEH en el RGSS como absoluta, sino que la haga depender de diversos factores condicionantes, dado que solo la impone «*para dichos trabajadores*» –quedando implícita así su intención de incluir tan solo a aquellos que prestan su actividad en régimen de dependencia y ajenidad– (apdo. 1 de la disp. adic. trigésima novena), aclarando además que *solo* los sujetos «*procedentes del REEH que hayan quedado comprendidos dentro del RGSS*» deberán comunicar a la TGSS el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el Sistema Especial del empleados de hogar de este último régimen, previsión con la que se está reconociendo que habrá sujetos que pese a quedar anteriormente dentro del REEH no lo harán en el RGSS, obviamente por no realizar la actividad doméstica en régimen de dependencia y ajenidad laboral –dado que un sujeto que preste el servicio por cuenta propia, pese a las recientes reformas introducidas, nunca cumplirá las condiciones necesarias para su inclusión en el RGSS, sino en el RETA– (apdo. 4 de la disp. adic. trigésima novena).

Esto es: del tenor literal de la norma se desprende que en realidad la disposición adicional trigésima novena Ley 27/2011 obliga a la integración en el RGSS de los empleados domésticos que actualmente estuviesen cotizando en el REEH, siempre que los sujetos en cuestión viniesen prestando tal actividad en régimen laboral, tanto si realizan gran parte de su actividad laboral para un mismo cabeza de familia en régimen de exclusividad, como si distribuyen su tiempo de trabajo entre diversos hogares en virtud de una acumulación de contratos laborales a tiempo parcial, pero, obviamente, no puede obligar a incluir en el RGSS a aquellos sujetos que realizan la labor de cuidado del hogar en régimen de autonomía, que tras la desaparición del REEH, como cualquier otro trabajador autónomo, deberán quedar encuadrados en el RETA.

A favor de esta dualidad de actividades domésticas (las realizadas por cuenta ajena y las prestadas por cuenta propia) jugaría la referencia a la «baja en el Régimen General» a la que el último párrafo del apartado 4 de la citada disposición adicional trigésima novena vincula, en contratos discontinuos o a tiempo parcial, la falta de comunicación por las partes contratantes de que se cumplen los presupuestos para la inclusión de su relación jurídica dentro del RGSS.⁸

Al respecto, adviértase que las consecuencias de la falta de comunicación son muy diferentes si se trata de un servidor doméstico que presta su trabajo en exclusiva para un mismo cabeza de familia, o si se yuxtaponen los servicios a varios empleadores. Así, mientras en el primer caso el defecto

⁸ Textualmente, el citado apartado dispone: «Transcurrido el plazo señalado sin que se haya comunicado el cumplimiento de las condiciones exigidas para la inclusión en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, los empleados de hogar que presten sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores quedarán excluidos de dicho Sistema Especial, con la consiguiente baja en el Régimen General, con efectos de 1 de julio de 2012. Respecto a los empleados de hogar que presten sus servicios de manera exclusiva y permanente para un único empleador, su cotización al Sistema Especial pasará a efectuarse, desde el 1 de julio de 2012, con arreglo a la base establecida en el tramo superior de la escala a que se refieren los números 1.º, 2.º y 3.º del apartado 2 a) de esta disposición adicional».

de notificación tan solo conlleva la imposición de la *base máxima de cotización* entre las fijadas en la propia disposición adicional trigésima novena, en el segundo caso, provoca la *exclusión* del Sistema Especial y la baja consiguiente en el RGSS, dejando por tanto total laguna sobre la situación en la que quedan estos sujetos en relación con la Seguridad Social. Atendiendo por tanto al tenor literal de la citada redacción (por otra parte, y en contra de lo que sería deseable, muy oscura) parece que el legislador está presuponiendo que, cuando se produzca esa situación, tales empleados de hogar serán en realidad trabajadores autónomos, por lo que se desprende en consecuencia que también se está imponiendo así, tácitamente, la cotización de estos sujetos, a su exclusivo cargo, en el RETA.

Teniendo en cuenta lo anterior (y muy en contra de las primeras apreciaciones que en los últimos meses han difundido los medios de comunicación), de prosperar esta interpretación se podría afirmar que el endurecimiento de las obligaciones de cotización sobre el cabeza de familia que a primera vista conllevaba esta última modificación legal, en realidad no es tan intenso como a primera vista parece, pues desde el 1 de enero de 2012, la absorción del REEH en el RGSS no alterará los costes sociales que implica para el hogar familiar el mantenimiento de los servicios domésticos realizados *por cuenta propia* (respecto a los cuales, al desaparecer el REEH, la nueva norma tácitamente estaría imponiendo el deber de alta y cotización en el RETA, cuestión sin duda de esencial importancia y que, debido a la falta de precisión normativa, puede pasar desapercibida).

En definitiva, aunque se trate de una postura muy distinta a las tajantes exigencias que actualmente sostiene el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, no puede dejar de destacarse que en realidad existe otra lectura de la disposición adicional trigésima novena quizá más acorde con los intereses tanto de empleados domésticos como de cabezas de familia.

Debería aceptarse que, como en todas las actividades productivas, también las labores de cuidado y atención del hogar familiar pueden prestarse tanto en régimen de dependencia laboral como de plena autonomía. Así pues, también podría entenderse que la reciente disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 obliga a la integración de los empleados domésticos en el RGSS solo cuando los sujetos en cuestión viniesen prestando tal actividad en régimen laboral, tanto si realizan su actividad laboral para un mismo cabeza de familia en régimen de exclusividad y continuidad, como si distribuyen su tiempo de trabajo entre diversos hogares en virtud de una acumulación de contratos laborales a tiempo parcial, pero obviamente no podría obligar a incluir en el RGSS a aquellos sujetos que realizan la labor de cuidado del hogar en régimen de autonomía, que tras la desaparición del REEH, como cualquier otro trabajador autónomo, deberán quedar encuadrados en el RETA.

Así pues, si llegara a prosperar esta lectura de la disposición adicional trigésima novena, debería admitirse que el cabeza de familia dispone de diversas opciones contractuales lícitas a la hora de encargar las labores de limpieza y cuidado de su hogar. Obviamente, si elige concertar una relación laboral (bien sea a jornada completa, a tiempo parcial, o incluso recurriendo a la modalidad de trabajador fijo-discontinuo),⁹ habrá dado lugar al inicio de una relación laboral especial de empleado de hogar, sobre la que van a regir las nuevas reglas de cotización recientemente aprobadas por la Ley 27/2011. Pero esta no sería la única alternativa posible.

⁹ Servicio doméstico por cuenta ajena bajo la modalidad de trabajador fijo-discontinuo contemplada indirectamente en la disposición adicional cuarenta de la Ley 27/2011.

Nada impediría entonces que el titular del hogar familiar contrate la prestación de dichos servicios domésticos con una trabajadora autónoma, con la que concierte bien un contrato civil de prestación de servicios de tracto continuado en el tiempo, bien sucesivos contratos de obra o servicio determinado cuyo objeto consista precisamente en la prestación de puntuales actividades domésticas. Y no solo eso, también sería factible incluso que las citadas tareas se contrataran, no ya con una trabajadora autónoma, sino con una empresa (sea ETT o no) constituida en el tráfico jurídico como tal, con el fin de ofertar al mercado la prestación de este tipo específico de servicios de limpieza.¹⁰

Así pues, debe resaltarse que, cuando el cabeza de familia recurre a la contratación civil para lograr la prestación de cualquiera de los posibles servicios o actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan (por ejemplo, contratando con una empresa de limpiezas, con una ETT o, por qué no, con una trabajadora autónoma), tal circunstancia obviamente impide la generación de una relación laboral especial de empleados de hogar y, por tanto, no quedará sometido a las mismas exigencias en materia de cotización que surgen a su cargo a partir del 1 de enero de 2012.

Y es que si el servicio doméstico lo presta una trabajadora autónoma, es ella misma, a su exclusivo cargo, la que debe hacer frente a las cotizaciones al RETA que le correspondan. A su vez, si se opta por concertar un contrato civil con una empresa, y esta para su ejecución recurre a sus propios empleados, será ella la que deba hacer frente a las prestaciones salariales y las cotizaciones sociales de sus trabajadores que, por otra parte, nunca podrán ser considerados «empleados de hogar», sino trabajadores «comunes»¹¹ –y por lo tanto incluidos en el RGSS–, aunque ajenos también a la citada relación laboral especial.

Por otra parte, si atendemos a la literalidad de la disposición adicional trigésima novena, resulta fundamental tener en cuenta que el legislador prevé únicamente «la integración» (y no su «absorción») del REEH en el RGSS, de modo que tras su entrada en vigor tan solo procede el alta y cotización en el RGSS de aquellos sujetos que viniesen desarrollando una prestación laboral de servicios domésticos –y no de todos aquellos que según el Decreto 2346/1969 quedan hasta ahora sujetos a la obligación de alta y cotización al REEH, en el que no se diferenciaba entre el carácter autónomo o dependiente de la ejecución del trabajo doméstico–.

Así pues, la nueva disposición adicional trigésima novena, aunque introduce cambios muy importantes, no estaría realmente alterando de forma sustancial las reglas clásicas de alta y cotización

¹⁰ Precisamente en esta última posibilidad es en la que está pensando el legislador cuando, en la disposición adicional decimo séptima de la Ley 27/2011, bajo la rúbrica de «Prestación de servicios domésticos a través de empresas», expresamente dispone que «Las tareas domésticas prestadas por trabajadores no contratados directamente por los titulares del hogar familiar sino al servicio de empresas, ya sean personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, determinará el alta de tales trabajadores en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de esas empresas» (y no del titular del hogar familiar). Así pues, en este caso, será civil la relación que nace entre el cabeza de familia y la empresa que se ocupa de la prestación de servicios, aunque la empresa contratante recurra a su vez a contratos de trabajo para canalizar la prestación de servicios en el mercado.

¹¹ Tal y como se ocupa de matizar el artículo 2.1 del reciente Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar –como antes hizo el art. 2.1 a) del ya derogado RD 1424/1985–: «No están incluidas en el ámbito de esta relación laboral especial: a) Las relaciones concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se registrarán por la normativa laboral común; b) Las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, de acuerdo con lo establecido en la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (...)».

que afectaban a este colectivo, sino tan solo clarificando la situación actualmente existente una vez extinto el REEH. De tal forma, si a falta de dependencia y ajenidad, se declarase oportuna el alta en el RETA del sujeto que realiza las labores de limpieza del hogar, básicamente se estarían conservando, por una parte, los deberes de alta y cotización a su exclusivo cargo que hasta ahora regían la prestación de este tipo de servicios con carácter parcial o discontinuo, y, por otra, la falta de obligación de inclusión en el ámbito protector de la Seguridad Social de aquellos sujetos que no realizaran más de 72 horas mensuales de trabajo durante un mínimo de 12 días al mes. Y es que debería pensarse que de no alcanzar los parámetros mencionados, el sujeto que realiza las labores domésticas en régimen de independencia y autonomía no cumple el presupuesto de la «habitualidad» con que el Decreto 2530/1970 condiciona el alta en el RETA.

En definitiva, debe admitirse que, de prosperar la interpretación apuntada, la desaparición del clásico REEH no solo produce el efecto apuntado de simplificar la estructura de nuestro sistema de Seguridad Social, ni se limita a satisfacer las demandas de protección que tradicionalmente reclamaba el colectivo de los empleados domésticos, sino que, junto a estos efectos, genera también una importante consecuencia: reabre un nuevo problema de calificación de la naturaleza jurídica de cierto tipo de relaciones contractuales. Y es que, el trabajo doméstico, como cualquier tipo de actividad productiva, puede prestarse por cuenta propia o por cuenta ajena, esto es, en virtud de un contrato de trabajo o, por el contrario, a través de un contrato civil de arrendamiento de servicio, o, incluso, de arrendamiento de obra determinada.¹²

IV. LA DIFUSA FRONTERA ENTRE LABORALIDAD Y AUTONOMÍA EN LA PRESTACIÓN DE LABORES DOMÉSTICAS

Proclamar la libertad de los contratantes a la hora de elegir que la actividad de cuidado del hogar sea prestada por cuenta propia o por cuenta ajena no implica en modo alguno que esta libertad sea absoluta. Esto es, la «irrenunciabilidad de derechos» cobra una importancia fundamental a la hora de determinar dónde termina la dependencia laboral y dónde empiezan las instrucciones destinadas a concretar el objeto de un contrato civil, pues en ningún caso la naturaleza jurídica de la relación puede ser una cuestión disponible por las partes (implícitamente en los artículos 6.2 del CC y 3.5 del Estatuto de los Trabajadores –ET–) atendiendo únicamente a sus preferencias personales y no a las características de la relación contractual que verdaderamente han concertado entre ellas.

Las normas que conceptúan una modalidad contractual son normas imperativas sobre las que los contratantes no pueden disponer válidamente. A pesar de la revalorización que ha experimentado en los últimos tiempos la «libertad de empresa» (art. 38 CE), la «libertad profesional» (art. 35 CE) e, incluso, el «principio de autonomía de los contratantes civiles» (art. 1.255 CC), las partes no pueden elegir arbitrariamente la modalidad de contrato en función de la cual quieren regir su relación,

¹² Dicha libertad de opción se reconoce hoy en día en cualquier tipo de actividad productiva, incluso en aquellas que hace unos años, simplemente por su objeto, se venían vinculando directamente bien a la plena autonomía bien a la dependencia jurídica: este es el caso de peritos de seguros, guías turísticos, médicos de empresa, abogados colegiados, etc.

ni pueden encubrir la prestación de servicios bajo una denominación que no se ajusta a la naturaleza real del vínculo sino que la verdadera naturaleza jurídica de un contrato únicamente dependerá de los derechos y obligaciones que las partes hayan asumido.¹³

La libertad contractual tiene un límite inamovible: nunca puede llegar a privar de su auténtica finalidad a la norma jurídica que se trate de interpretar, ni de su naturaleza jurídica real a la verdadera relación que se ha constituido entre las partes, hasta el punto de que ni siquiera por medio de una interpretación extensiva puede permitir que se beneficien del régimen protector de las normas laborales, pensado para situaciones en las que verdaderamente existe una desigualdad jurídica entre los contratantes, otros vínculos jurídicos que no se ajustan al perfil de subordinación que caracteriza el contrato de trabajo y que justifican la aplicación de las normas laborales.

El problema de interpretación puede venir provocado porque el cabeza de familia que contrata los servicios de un empleado doméstico, aunque lo haga en régimen de dependencia y ajenidad, en realidad no va a ser nunca «empresario» en el sentido literal de la palabra, o lo que es lo mismo: titular de una unidad productiva sobre la que aplicar las mismas fórmulas de reconocimiento de la «integración productiva» que identifican, en general, los servicios laborales. Así pues, el cabeza de familia, cuando actúa como parte de una relación laboral especial de empleados de hogar va a actuar no como «empresario» sino como una de las pocas situaciones existentes en la práctica de «empleador» (posibilidad también permitida por el art. 1.2 del ET), esto es, sujeto receptor de servicios laborales no destinados a integrar la fuerza de trabajo en una unidad productiva. Y es que en modo alguno las labores domésticas pueden considerarse «actividades productivas» (aunque sí pueden constituir el objeto de una prestación laboral), ni el hogar familiar en el que se prestan labores domésticas en ningún caso reúne el perfil de «empresa».

Tal consideración no es meramente una reflexión teórica, sino que altera los criterios habituales que determinan la *vis extensiva* del Derecho del Trabajo con el fin de dar acogida a modalidades contractuales de naturaleza difusa, atrayendo hacia el ámbito laboral aquellas zonas grises en las que la identificación del vínculo resulta compleja. Y es que en este caso la relación laboral surgida entre el cabeza de familia y el empleado doméstico no reúne las mismas características que el resto de relaciones laborales (y precisamente es este uno de los motivos que determinan su carácter especial) puesto que la diferencia de posiciones entre las partes contratantes –al ser el cabeza de familia mero «empleador» y no «empresario»– no es tan grande como ocurriría en otros casos. Y es precisamente la falta de la condición de auténtico «empresario» en la figura del cabeza de familia (y, por tanto, de la carencia de la fuerza económica de aquel) el principal factor que obstaculizaría la generalizada y automática laboralización de los servicios domésticos que actualmente se sostiene en la interpretación oficial.

¹³ La jurisprudencia, también en la esfera laboral, ha repetido reiteradamente la máxima de que «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son», por todas, la STS (Sala de lo Social), de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1864). Por otra parte, el respeto al orden público como límite afecta tanto a la interpretación de los contratos civiles como laborales (como consecuencia directamente derivada del art. 10.1 CE), pero en la esfera de las relaciones laborales puede ser particularmente llamativo. Es frecuente que se intente encubrir una relación laboral bajo la apariencia jurídica, aparentemente consentida por ambos contratantes; de una relación distinta. O viceversa: en ocasiones lo que se intenta es fingir que se está realizando una prestación de servicios dependientes cuando en realidad se trata de un trabajo autónomo de un vínculo mercantil o incluso cuando no se realiza ninguna clase de trabajo productivo, con el fin de beneficiar a un sujeto concreto del régimen jurídico especialmente protector que ofrecen las normas laborales y el RGSS.

Pero en estas líneas se defiende la diferenciación entre el trabajo doméstico por cuenta propia del trabajo doméstico por cuenta ajena, argumento que puede sustentarse, entre otras, gracias a la siguiente apreciación: es incuestionable que los cinco presupuestos cuya concurrencia simultánea exige el artículo 1.1 del ET son imprescindibles para conceptualizar una prestación de servicios como laboral, por lo que esos cinco elementos poseen la misma fuerza identificativa de la naturaleza del vínculo, pues la ausencia de cualquiera de ellos conduce inevitablemente a rechazar la existencia de un contrato de trabajo.

Así pues, en contra de la interpretación hoy predominante, parece excesivo querer ver sin más el carácter laboral de cierta prestación de servicios tan solo en el objeto contratado y presuponer así el carácter dependiente y por cuenta ajena de todo servicio doméstico, al margen de las circunstancias en las que se haya desarrollado y obviando el proceso de identificación y reconocimiento individualizado de todas y cada una de las notas que identifican, según lo exigido por el artículo 1.1 del ET, una relación laboral. Y es precisamente la «integración laboral» que caracteriza una relación laboral la que debe ponerse de manifiesto atendiendo a los datos indiciarios presentes en el caso, para poder declarar que la actividad de cuidado del hogar se lleva a cabo no solo en el interior del hogar familiar, sino también dentro del ámbito de organización, dirección y control del cabeza de familia. Solo entonces, una vez desaparecido el REEH, podrá decirse que verdaderamente procede el alta en el RGSS de este tipo de sujetos, porque solo en estos casos existirá la laboralidad que predetermina la inclusión en el citado régimen.

V. DEPENDENCIA Y AJENIDAD EN EL TRABAJO DOMÉSTICO

El trabajo humano se caracteriza como «dependiente» precisamente por estar sometido al ejercicio potencial de la supervisión y control propios de un poder de dirección, que sería exorbitante en el ámbito civil. Al mismo tiempo, se advierte que existe una relación particularmente estrecha entre dos de los cinco presupuestos constitutivos del contrato de trabajo, en concreto, entre las notas denominadas «dependencia» y «ajenidad»,¹⁴ pues dichos elementos mantienen entre sí una relación causa-efecto que hace imposible comprender la existencia de uno sin el otro. La ajenidad da lugar a que los frutos o la utilidad patrimonial en que se materializa la fuerza del trabajo nazcan directamente en la esfera patrimonial de la parte contratante que retribuye el servicio y no en la del mismo sujeto que ha sido su creador material. Y es precisamente esta «ajenidad en los frutos» la que justifica y legitima de alguna manera la *dependencia jurídica* (o *dependencia laboral*).¹⁵ Ahora bien, en lo que a la

¹⁴ A esta relación hacen referencia ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E. especificando que «en último término, la dependencia se reconduce a la ajenidad», *Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 2000, pág. 58.

¹⁵ Así pues es la misma ajenidad la que motiva el nacimiento de la dependencia jurídica como cauce apropiado para conseguir que el producto del trabajo humano se ajuste fielmente a las expectativas empresariales. Una de las partes contractuales podrá entonces emitir legítimamente órdenes relativas a la forma correcta de prestar el servicio contratado para poder asegurar con ellas la plena utilidad del trabajo prestado por cuenta ajena. Al respecto, SEMPERE NAVARRO, A.V. especifica que «quizá convenga llamar la atención sobre la estrecha interdependencia que poseen la ajenidad y la dependencia (...). Como se ha dicho de forma sintética, la dependencia no es sino una de las caras de la ajenidad, una consecuencia de ella», «Sobre el concepto del Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 26, 1986, pág. 184. Sobre la misma cuestión, ya en 1963 ALONSO OLEA, M. determinó que «como cesionario de los frutos o resultados del trabajo en cualquier caso, y como cesionario del trabajo mismo en el supuesto normal, el contrato de trabajo reserva al empresario el derecho de decidir cuáles son los resultados que exactamente quiere y cuáles son las actividades, (y en definitiva) cuál es el trabajo que se

actividad del servicio doméstico se refiere, ¿cómo se puede diferenciar la ajenidad en los frutos de la mera satisfacción del interés ajeno subyacente en todo contrato civil? Y es que la satisfacción del interés de otra persona, entendida en términos amplios, no es una característica exclusiva de las relaciones laborales, sino que toda labor de concreción del objeto civil de un contrato (bien sea de prestación de servicios como de ejecución de obra) persigue sin duda conseguir la plena satisfacción del cliente con el resultado contratado.¹⁶ Esto es, cuando se trata de diferenciar el trabajo doméstico realizado por cuenta ajena de aquel que se presta por cuenta propia, ¿cómo se diferencia la ajenidad que identifica los vínculos laborales de la mera alteridad propia de la ejecución de un servicio civil?

Para poder explicar esta idea es imprescindible introducir un nuevo concepto: el de «alteridad» o satisfacción de los intereses de un tercero en un vínculo civil.¹⁷ En el ámbito del Derecho privado los contratantes pretenden satisfacer intereses recíprocos por medio de la relación contractual que han originado, de manera que el sujeto que se compromete a prestar el servicio en un contrato civil de actividad lo hace siempre para responder a las expectativas de un sujeto distinto a él mismo.¹⁸ Así pues, también el servidor doméstico que actúe por cuenta propia satisfará con su actuación los intereses y necesidades de limpieza, cuidado y atención de un hogar familiar, pero tal circunstancia no

ha de ejecutar para conseguirlos», *Introducción al Derecho del Trabajo*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, pág. 141. También recoge esta relación causal LUJÁN ALCARAZ, J., en *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, especificando que «el trabajador sujeto de un contrato de trabajo es dependiente en la medida en que es la suya una prestación de servicios por cuenta ajena», MTSS, Madrid, 1994, pág. 417.

¹⁶ Y que puede complicar el proceso de identificación, pues todo arrendatario civil, ya sea de obra o de servicios, intenta cumplir el encargo de la otra parte contratante. Y precisamente para que las expectativas recíprocas se vean satisfechas, ambos sujetos poseen la facultad de concretar el objeto civil del contrato (art. 1.261 CC). Pero la labor de concreción no se puede confundir con el ejercicio de facultades directivas, sino que únicamente se limita a ser la labor imprescindible para dar lugar a uno de los presupuestos esenciales de validez del contrato: el objeto.

¹⁷ Tal y como pone de manifiesto LUJÁN ALCARAZ, J.: *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994, en muchas ocasiones se utiliza el término «ajenidad» en sentido coloquial como equivalente a trabajo «pensado y prestado para otro» (pág. 352), y siguiendo esta postura interpretativa, «la jurisprudencia no duda en afirmar la existencia de determinadas prestaciones de servicios por cuenta ajena no laborales» (pág. 417). Ahora bien, «el tipo de *ajenidad* exclusivamente laboral es aquella que consigue que un sujeto ceda *ab initio*, aun antes de producirse, la utilidad que en el futuro produzca su trabajo» (pág. 354), por lo que se propone utilizar dos significantes distintos para hacer referencia a ambas situaciones, de tal manera que el vocablo alteridad expresaría «la cualidad del esfuerzo productivo que se realiza en contemplación de un tercero» (pág. 352), mientras que reserva la denominación de «ajenidad» para hacer referencia al tipo de «traslación inicial de las utilidades del trabajador a favor de su empresario» (pág. 355). De esta manera, la *alteridad* (que no «ajenidad») es un elemento imprescindible en cualquier vínculo civil en el que se preste una colaboración productiva. El Diccionario de la Real Academia Española define el término «alteridad» como: «condición de ser otro». Posiblemente la acepción que se emplea en estas líneas no se ajuste exactamente a su definición estricta. En cualquier caso se intenta diferenciar empleando diversas denominaciones, la *alteridad*, o el hecho de trabajar satisfaciendo el interés de la otra parte contratante (característico de la totalidad de relaciones contractuales) o incluso satisfaciendo un interés ajeno al particular (propio de múltiples tipos de relaciones jurídicas), de la *ajenidad*, o actuación directa en la esfera patrimonial del otro contratante que usual y normativamente se intenta definir con la imprecisa expresión «(prestación de servicios) por cuenta ajena» (1.1 ET).

¹⁸ Y es que, gracias a la ajenidad en la utilidad patrimonial, adquiere su justificación el poder directivo del empresario y con él, la «dependencia jurídica»; pues precisamente porque el producto del trabajo humano va a nacer desde su misma realización dentro de la esfera patrimonial de otro sujeto distinto a su creador material para que este lo incorpore a un proceso productivo propio, el empresario está facultado por el ordenamiento laboral para imponer las órdenes e instrucciones que considere precisas para asegurar que el producto final satisfará exactamente sus expectativas. En este sentido, la STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) de 29 de enero de 2002 (AS 2002/1110): «la flexibilización de este requisito (la dependencia laboral) debe hacerse de una manera muy rigurosa, so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o prestación de servicios por cuenta ajena o en interés de un tercero, contempladas en el ordenamiento jurídico como ajenas al Derecho del Trabajo».

debe en modo alguno confundirse con la concurrencia de las notas de dependencia y ajenidad que identifican una relación laboral.

Solo habrá «dependencia jurídica» si se le atribuye a uno de los contratantes el elenco de facultades encuadradas dentro del genérico «poder de dirección del empresario», que serían impensables en las relaciones civiles regidas por el principio de igualdad contractual.¹⁹ Otras colaboraciones humanas prestadas bajo un modelo de dependencia exclusivamente económico, técnico, docente, familiar, ideológico o societario, en realidad no están consolidando una verdadera desigualdad jurídica entre los contratantes ni son capaces de colocar al sujeto que realiza la actividad en una situación de subordinación respecto al sujeto que recibe el fruto del trabajo humano. Ahora bien, el problema se plantea cuando esta afirmación debe utilizarse para diferenciar entre la actividad doméstica realizada por cuenta propia y la que se presta por cuenta ajena, pues precisamente por las características del objeto contratado resulta extremadamente difícil diferenciar en la práctica la subordinación al ejercicio por parte del titular del hogar familiar de las facultades de organización, dirección, control y sanción que identifican la prestación laboral del servicio, de las meras instrucciones destinadas a concretar el objeto de un contrato de tracto continuado que en todo momento permanece dentro del ámbito civil.

Y es precisamente entonces cuando adoptan un papel identificador esencial tanto los «indicios» de laboralidad o autonomía, como las nuevas «presunciones» tácitamente expresadas por el legislador al proclamar la reciente reforma del REEH.

Así pues, debido a la ambigüedad de la redacción literal del artículo 1.1 del ET, la técnica indiciaria –unida, cuando concurren determinadas circunstancias fácticas, a la aplicación de las presunciones legales– es el método más fiable para desvelar la verdadera naturaleza jurídica de relaciones controvertidas. La dependencia, ajenidad, personalidad, voluntariedad y retribución, por su ambigüedad, ocupan la posición de «hechos presuntos», y para apreciar su existencia, habida cuenta de las dificultades probatorias que llevan aparejadas, se recurre a datos fácticos que se consideran íntimamente relacionados con dichos hechos presuntos. Y es que, aunque las que más problemas de identificación presentan en la práctica son las notas de ajenidad y de dependencia laboral, todos los requisitos esenciales de laboralidad que exige el artículo 1.1 del ET se constatan en la práctica a través de indicios fácticos demostrativos de su existencia.²⁰

VI. INDICIOS DE LABORALIDAD O AUTONOMÍA EN EL TRABAJO DOMÉSTICO

Como es sabido, un «hecho indicio» es un elemento fáctico de fácil apreciación por los sentidos que, usando las reglas lógicas de la experiencia, sirve para deducir la existencia de un dato ocul-

¹⁹ Al respecto, BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid: ed. Victoriano Suárez, 1958, pág. 350; y ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid: ed. Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 141.

²⁰ En particular, MERCADER UGUINA, J. indica que «las nociones de dependencia y ajenidad se ajustan plenamente a la idea de símbolo conceptual, de imagen jurídica inacabada, en permanente transformación», que solo adquieren «su plena identidad en el campo de lo laboral» gracias a su «vinculación genética con la realidad de hecho sobre la que tales realidades se han construido», *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Valladolid: Lex Nova, 2002, pág. 79 y 80.

to o confuso, de difícil o imposible constatación directa, denominado «hecho presunto».²¹ Para definir con precisión lo que es un indicio resulta muy útil acudir a la clásica definición que recogía el CC en su ya derogado artículo 1.253 sobre las «presunciones judiciales»,²² pues tal precepto ofreció en su momento una definición legal de «indicio», aunque formulada indirectamente.²³ A través de la definición de «las presunciones no establecidas por la ley», tácitamente se estaba haciendo un reconocimiento normativo de la técnica indiciaria.

Tal regulación civil, al mismo tiempo que confería a los indicios valor de medio de prueba, proclamaba que entre el «hecho indicio» y el «hecho presunto», o lo que es lo mismo, entre «el hecho demostrado» y «aquel que se trate de deducir», debía existir una relación lógica, que permitiese presuponer la existencia del dato que no se había podido probar directamente.²⁴ Exactamente en los mismos términos se redacta hoy el vigente artículo 386 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, que es el que define en la actualidad las presunciones judiciales.²⁵ En virtud de esta definición, solo merecen la calificación de «hechos indicios» aquellos que, aplicando las reglas de la lógica, se pueden considerar consecuencias o resultados típicos de la nota o presupuesto discutible cuya existencia se trata de valorar.²⁶

²¹ El artículo 386 de la LEC 2000 define de manera indirecta lo que es un «hecho indicio» y lo que es un «hecho presunto», y configura este tipo de presunciones como *iuris tantum*. «1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción; 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior». Esta deducción lógica se denomina «razonamiento presuncional», y el juzgador puede recurrir a ella si lo estima conveniente y concurren las condiciones para ello, «de manera que no hay proposición ni práctica de la prueba de presunciones». Sobre esta cuestión, véase ORTELLS RAMOS, M.: *El Derecho Procesal Civil*, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 405.

²² El artículo 1.253 del CC disponía que «para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Exigencia que el artículo 1.249 del CC completaba especificando que «las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho del que han de deducirse está completamente acreditado». Solo si concurren ambas exigencias (tanto la prueba indiscutida del dato indiciario como la relación lógica entre hecho indicio y hecho presunto), se podrá considerar suficientemente probado los hechos presuntos (en este caso: todas o algunas de las notas constitutivas del contrato de trabajo) de los que va a depender la calificación final del juez a la relación controvertida.

²³ Hoy, los artículos del CC dedicados a la prueba de las obligaciones (Capítulo V del Libro IV) se ubican en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000 de 8 de enero). Al explicar la presunción o prueba de indicios, GUASP, J. y ARAGONESES, P. ofrecen una definición del hecho indicio o hecho base, identificándolo como «cierto acaecimiento positivo del que ha de deducirse el (dato) que se quiere conocer», de tal manera que el *hecho indicio*, en la estructura del silogismo que en abstracto presentan las presunciones, ocupa el lugar de premisa menor, la relación lógica que guardan entre sí el hecho probado y el que se intenta probar se considerará la premisa mayor, y la existencia o inexistencia del *hecho presunto* será la *conclusión* lógica a la que permite llegar el citado silogismo. Cfr. *Derecho procesal civil: Introducción y parte general*, tomo I, Madrid: Civitas, 2005, pág. 416.

²⁴ Sobre esta vinculación, ORTELLS RAMOS, M. especifica que «aunque no se requiere que exista una relación de necesidad, tampoco basta que un hecho haga referencia vagamente a la existencia del otro hecho», de tal manera que «dado el hecho base (o hecho indicio) el presunto ha de tenerse como probable en grado cualificado», *El Derecho Procesal Civil*, Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003, pág. 406.

²⁵ La única peculiaridad es que por fin emplea exactamente la denominación de «hecho presunto» que el CC definía por medio de la genérica expresión «hecho que se trate de deducir».

²⁶ Desde otro punto de vista, GIMENO SENDRA, V. destaca que el hecho base o indicio ha de estar admitido o probado, pues de lo contrario no habría indicio sino mera probabilidad o simple sospecha, insuficiente para dar por probado el hecho presunto», *Derecho Procesal Civil*, Madrid: Colex, 2004, pág. 484.

El conjunto de indicios de laboralidad está compuesto por una serie de circunstancias fácticas que, si concurren, permiten presumir la existencia de cada una de las cinco notas constitutivas del contrato de trabajo, aunque por sus peculiaridades es el conjunto de indicios de dependencia jurídica el que adquiere más peso en el proceso de identificación.

Frente a este conjunto indiciario, opera otro de signo totalmente contrario: el conjunto de indicios de autonomía, que recopila todos aquellos rasgos que en abstracto pueden considerarse representativos de la ejecución de una prestación de servicios por cuenta propia en la que el sujeto estará actuando como titular de su propia organización productiva.

Ahora bien, no cualquier característica del caso podrá actuar como «hecho indicio» (por mucho que guarde una relación de habitualidad práctica con una determinada modalidad contractual) sino que tan solo podrá tener este carácter aquel dato que mantenga un enlace preciso y directo con el «hecho presunto», de forma que la existencia de uno se pueda presuponer a partir del otro. Así pues, intentando realizar un análisis detallado de las características fácticas que permiten identificar bien la prestación laboral de servicios bien el trabajo realizado por cuenta propia, cuando estos consisten en la realización de tareas domésticas, se pueden extraer las siguientes apreciaciones:

En la práctica, pueden considerarse signos de autonomía característicos como los que se citan a continuación:

- 1.º La flexibilidad de la hora de entrada y salida al lugar de la prestación de servicios, o del número de horas realizadas.
- 2.º La falta de continuidad en la asistencia al domicilio familiar (pues en muchas ocasiones el servicio doméstico no se presta ni todos los días de la semana ni siquiera todas las semanas).
- 3.º La amplitud de facultades de concreción por parte del mismo sujeto que presta el servicio del día concreto en el que prestará sus servicios.
- 4.º La posibilidad de suspender o espaciar en el tiempo la prestación de servicios por deseo de cualquiera de los contratantes (por ejemplo, cuando se prevea que el hogar familiar no va a permanecer habitado en determinados periodos de tiempo, como viajes o desplazamientos temporales, etc.).
- 5.º En otras ocasiones –y aunque la legislación laboral no prevea en ningún momento un periodo de duración mínima del contrato de trabajo– no se discute el carácter civil de los servicios prestados cuando únicamente se contrata un servicio de limpieza puntual y excepcional por parte del titular del hogar familiar (como ocurre cuando se desea realizar una labor de puesta a punto del domicilio, por ejemplo, tras la adquisición de una vivienda, o al regreso de periodos vacacionales) sin que exista ni continuidad en la prestación de servicios ni tan siquiera la suficiente discontinuidad como para poder hablar de un trabajador fijo discontinuo ni de un trabajador a tiempo parcial.
- 6.º La «fungibilidad» del sujeto que presta el servicio o, lo que es lo mismo, la posibilidad de ser sustituido por propia iniciativa por otra persona.

- 7.º La cuantía de la retribución actúa sin duda como rasgo de laboralidad o autonomía. Y es que aunque las partes de un contrato de trabajo puedan libremente acordar la retribución salarial que estimen oportuna (respetando siempre al menos el SMI), el precio de mercado de una hora de trabajo de una limpiadora «por horas» prácticamente duplica el SMI vigente a 2012, y esta diferencia tan acusada únicamente se puede explicar atendiendo a la distinta naturaleza (civil en un caso y laboral en otro) de los servicios prestados.
- 8.º También contribuye a sostener el carácter civil del servicio prestado el hecho de que la colaboración doméstica se concierte con el fin de atender necesidades periódicas del hogar, pero concretas y específicas, a modo no ya de un contrato de prestación de servicios sino de un arrendamiento civil de obra (como ocurre cuando se recurre al trabajo doméstico simplemente de forma esporádica para realizar tan solo tareas concretas, por ejemplo, planchar, limpiar cristales, etc. —que implican una escasísima dedicación horaria— sin que del contrato concertado pueda decirse que subyace un deber de «cuidado y atención» generalizada del hogar familiar).

Por el contrario, al igual que existen inicios de autonomía, también pueden presentarse en la relación contractual claros rasgos de laboralidad, datos fácticos que no son más que consecuencias de la laboralidad de la relación, como por ejemplo:

- 1.º La exclusividad en la prestación de servicios.
- 2.º La necesidad de vestir uniforme de trabajo.
- 3.º La determinación de la retribución del empleado doméstico atendiendo no a las horas trabajadas sino al SMI (u otro más alto que pudiera acordarse).
- 4.º La concesión de vacaciones anuales retribuidas.
- 5.º O el abono de pagas extraordinarias (demostrando así por los contratantes el reconocimiento del carácter laboral de su relación y, por tanto, su plena sujeción a las normas que actualmente regulan la relación laboral especial de los empleados de hogar).²⁷

VII. NUEVAS PRESUNCIONES

Teniendo en cuenta la nueva configuración legal del deber de cotización a la Seguridad Social que se desencadena tras la desaparición del RREH, se puede decir que en realidad son tres las posibles formas de llevar a cabo en la práctica las actividades domésticas a cambio de una contraprestación económica:

²⁷ Adviértase que hoy en día es el artículo 8.4 del *Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar* el que establece la nueva regulación de las pagas extraordinarias de los sujetos que mantengan una relación laboral especial de empleados de hogar. Y es que desde su última reforma, las retribuciones extraordinarias de los empleados domésticos deben garantizar que estos trabajadores alcancen una retribución anual líquida equivalente al SMI anual (en proporción, eso sí, a la jornada trabajada).

- a) Mediante una relación laboral prestada en régimen de exclusividad o cuasi-exclusividad para un mismo domicilio: esto es, cuando en virtud de la relación contractual concertada el sujeto realiza para un mismo cabeza de familia más de 20 horas semanales de trabajo. Se tratará entonces de una relación laboral especial que obligatoriamente genera, a partir del 1 de enero de 2012, el deber del cabeza de familia de alta y cotización en el RGSS (al igual que antes de la entrada en vigor de los cambios operados por la Ley 27/2011, originaba ya el deber de cotización en el REEH a cargo del titular del hogar familiar).
- b) De la misma forma, también se puede optar por concertar esta relación laboral especial pero a tiempo parcial. En virtud de este tipo de vínculo contractual el empleado de hogar, pese a prestar sus servicios en régimen de dependencia y ajenidad respecto al cabeza de familia, no presta servicios en régimen de exclusividad, lo que le permite simultanear varios contratos laborales con diversos empleadores en virtud de los cuales atendería las labores de cuidado de diversos hogares familiares –y en muchos casos sin que en ninguno de ellos realice más de 20 horas de trabajo semanal–. En este caso, aunque en el ya desaparecido REEH era el propio empleado el que, pese a trabajar por cuenta ajena, debía correr a su exclusivo cargo con el deber de cotización, tal situación cambia radicalmente tras la última reforma: el cabeza de familia, al actuar como empleador y una vez desaparecido el REEH, a partir del 1 de enero de 2012, también deberá hacerse cargo del alta y cotización de su empleado doméstico al RGSS. Eso sí, al coexistir diversos empleadores, el deber de cotización, recaerá, repartido proporcionalmente entre todos ellos, como si de cualquier otro supuesto de pluriempleo se tratara.
- c) Pero en todo momento ha de tenerse presente que también el trabajo doméstico puede realizarse por cuenta propia; apreciación de la que se suscitan los grandes problemas de delimitación de fronteras que se pueden plantear en la práctica. De esta forma, el titular del hogar y el sujeto que realiza la actividad doméstica pueden concertar no un vínculo laboral, sino un contrato civil, de modo que más que de «empleada de hogar» debería hablarse de «trabajadora autónoma» dedicada al sector de actividad de limpieza domiciliaria. En ese caso, al faltar las notas de ajenidad y dependencia en la prestación de servicios no es el RGSS el que resultaría aplicable para canalizar la protección social de este tipo de sujetos, sino el RETA, por lo que en ningún caso el deber de cotización podrá recaer entonces sobre el cabeza de familia, dado que en este concreto tipo de relaciones contractuales tan solo desempeña el papel de mero «cliente».

Entre estas alternativas posibles, obviamente las mayores dificultades de delimitación de fronteras se plantean entre el trabajo doméstico realizado por cuenta ajena pero a tiempo parcial (que muchas veces se traduce en situaciones de máximo pluriempleo) y la actividad de cuidado del hogar realizada por cuenta propia. Así pues, dada su cercanía en lo que a la materialización del objeto contractual se refiere, a la hora de diferenciar el trabajo doméstico prestado por cuenta propia del que se realiza por cuenta ajena, puede ser útil tener en cuenta diversas máximas interpretativas que podrían actuar a modo de nuevas presunciones, bien de laboralidad, bien de autonomía, según los casos.

Teniendo esto en cuenta, parece que de la ambigua redacción literal de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 se deduce una intención del legislador en la que se pueden sustentar varios tipos de presunciones, presunciones que unas veces actúan *iuris tantum* y otras en cambio *iuris et de iure* y que pueden resumirse en los siguientes términos:

1.º La exclusividad (o cuasi-exclusividad) de la prestación de un servicio para un único empleador, de forma continuada en el tiempo y a jornada completa siempre ha actuado como claro rasgo de laboralidad, apariencia de la que no escapa el servicio doméstico realizado bajo dichas características. Así pues, aunque en sentido estricto, exclusividad y continuidad son conceptualmente datos «neutros», ya que pueden estar presentes lícitamente, tanto en un vínculo laboral como civil o mercantil, o faltar en una prestación laboral, sin que esto afecte a la naturaleza jurídica de la relación, la práctica demuestra que cuando ambas características aparecen conjuntamente se crea al menos una *apariencia de laboralidad*.²⁸

Y es que lo que no se puede olvidar es que la exclusividad del servicio por sí sola basta para generar una situación de dependencia económica entre los contratantes, pero si además esta se yuxtapone a la continuidad en la prestación, la vinculación económica del profesional puede llegar a ser muy intensa, y entre esta situación y la sumisión al poder de organización y dirección de otra persona puede solo mediar una diferencia de matiz. De tal forma, y con el fin de simplificar al máximo el proceso de identificación en lo que a la actividad doméstica se refiere, el legislador presupone sin reservas el carácter laboral de la prestación de labores de cuidado y atención del hogar familiar cuando estas se prestan para un único hogar familiar en régimen bien de exclusividad bien al menos con la suficiente intensidad como para poder constatar en la práctica la relevancia del servicio prestado.

Para facilitar este proceso de delimitación de fronteras pueden utilizarse las reglas que regulaban el deber de alta y cotización al REEH antes de su desaparición: el deber de alta y cotización al REEH recaía sobre el cabeza de familia solo cuando el empleado de hogar prestase servicios en su domicilio durante al menos 20 horas a la semana. Por el contrario, aquellos empleados de hogar que prestasen servicios retribuidos al menos durante 72 horas mensuales repartidas en un mínimo de 12 días de trabajo, y no prestasen servicios en el mismo hogar familiar durante un mínimo de 20 horas semanales, debían correr ellos mismos, a su exclusivo cargo, con el deber de alta y cotización al REEH [arts. 46.2 RD 2064/1995 y 9.1.1.ª c) 2.º RD 1637/1995].

Aplicado al ámbito doméstico, atribuir un valor indiciario cualificado al dato de la exclusividad (o cuasi-exclusividad) no constituye en modo alguno un criterio novedoso, sino que en nuestro ordenamiento jurídico ya subyacía un afán protector cualificado de aquellos sujetos que destinaban la mayor parte de su actividad al cuidado del mismo hogar familiar. Teniendo en cuenta nuestros antecedentes históricos, en el REEH, siempre que el mismo sujeto realizase labores domésticas para un mismo hogar familiar durante más de 20 horas a la semana (o más de 80 horas mensuales), era el cabeza de familia –y no el propio servi-

²⁸ Son muy numerosos los supuestos en los que la propia jurisprudencia sigue atribuyendo valor de indicio de laboralidad (considerándolo como una muestra concreta de la existencia de dependencia jurídica) a rasgos como la exclusividad o la continuidad de la prestación, aunque no suelen aparecer aislados sino corroborados por otros datos materiales en el mismo sentido. Sirvan como ejemplo, entre otras muchas, la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 7 de junio de 2005 (rec. núm. 747/2005); STSJ de Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social), de 30 de marzo de 2005 (rec. núm. 972/2004); o la STSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 14 de enero de 1993. A la inversa, también sirve para sustentar la naturaleza civil de una relación controvertida y, por ello, la incompetencia de la jurisdicción social, la falta de continuidad en la prestación productiva, lo que se asimila directamente a un indicio de autonomía en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 6 de noviembre de 1996 (rec. núm. 2009/1995).

dor doméstico— el que debía correr con las cotizaciones sociales. Y es que en el REEH, el titular del hogar familiar solo debía hacer frente a la cotización cuando la prestación de servicios domésticos alcanzaba, a juicio del legislador y apoyándose en los parámetros expuestos, la citada entidad material.

Hoy en día puede afirmarse que son exactamente estos mismos criterios sobre los que se sustenta la vigente disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, pues estructura su contenido diferenciando las situaciones en las que el servicio doméstico se realiza «de manera exclusiva y permanente para un único empleador» de aquellos supuestos en los que «los empleados de hogar presten sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores», proclamando de forma tajante y sin reservas el deber de cotización en el RGSS a cargo del cabeza de familia tan solo respecto a las primeras (cfr. apdo. 4 de la citada disp. adicional trigésima novena), con lo que en definitiva está haciendo nacer una de las pocas presunciones *iuris et de iure* actualmente presentes en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso de que un mismo servidor doméstico preste servicios para un cabeza de familia de forma *exclusiva y permanente*, necesariamente nace a cargo del titular de este hogar familiar el deber de cotización en el RGSS, por lo que el legislador está presuponiendo, sin admitir excepción alguna que, en esos casos, el servicio en cuestión siempre se presta en régimen de laboralidad.

Ahora bien, a pesar de los términos utilizados, puede decirse que para que entre en juego la citada presunción *iuris et de iure* no se precisa una exclusividad absoluta, sino tan solo una exclusividad relativa; o lo que es lo mismo, será el dato de prestación de servicios durante más de 20 horas semanales (u 80 mensuales) rescatado de la regulación del ya extinto REEH el elemento material que permitirá diferenciar en la práctica los trabajos domésticos realizados en régimen «de exclusividad» de aquellos otros realizados «con carácter parcial o discontinuo» y, en consecuencia, concretar el alcance de la comentada presunción *iuris et de iure* implícita en la comentada disposición adicional trigésima novena.

Partiendo de esta previsión, sería oportuno plantear si también en la intimidad del hogar familiar puede generarse la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente. Y es que, aunque la exclusividad (o cuasi-exclusividad) de la prestación del servicio doméstico se vincule indisolublemente con la laboralidad de la relación, nada impide que un sujeto, sin realizar en ningún domicilio más de 20 horas de trabajo doméstico semanales (y por lo tanto sin llegar a reunir los presupuestos condicionantes de su laboralidad), sí que perciba en la práctica más del 75 por 100 de sus ingresos de un mismo cabeza de familia. Así pues, aunque en el articulado de la Ley 20/2007 por la que se aprueba en nuestro ordenamiento jurídico el Estatuto del Trabajo Autónomo no se mencione expresamente a los servidores domésticos, la redacción literal del artículo 11.1 de la citada ley (en el que se plasma el concepto de TRADE) no incluye referencia alguna que impida considerar también a los autónomos dedicados a la prestación de labores domésticas como económicamente dependientes.²⁹

²⁹ Así pues, el citado artículo 11.1 de la Ley 20/2007 expresamente indica que los trabajadores autónomos económicamente dependientes «son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades econó-

- 2.º Dada la extremadamente tenue línea divisoria que separa en esta ocasión el servicio doméstico realizado por cuenta propia del prestado por cuenta ajena pero con carácter parcial o discontinuo, el acuerdo de voluntades manifestado, expresa o tácitamente entre los contratantes, adquiere en esta ocasión un valor reforzado en el proceso de identificación, de forma que existirá una presunción *iuris tantum* de que la naturaleza jurídica manifestada por los contratantes se ajusta a la realidad. Solo en este sentido puede entenderse el segundo párrafo del apartado 4 de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, en el que se explican los efectos jurídicos de la falta de inclusión voluntaria en el RGSS (o lo que es lo mismo, de la falta de reconocimiento por parte de los contratantes de la naturaleza laboral de la relación que ha surgido entre ellos).

De tal forma, aunque con una redacción bastante desafortunada, y siempre a falta de exclusividad y permanencia en la prestación del servicio (respecto a la que operaría la presunción *iuris et de iure* de laboralidad mencionada anteriormente), si transcurre el periodo transitorio de absorción del REEH en el RGSS sin que esta haya tenido lugar, el legislador deduce entonces de esta actuación de los contratantes el reconocimiento tácito del carácter civil de los servicios prestados, previendo para esos casos «la consiguiente baja en el Régimen General» (y en consecuencia –ha de deducirse– el deber de alta en el RETA). Eso sí, en modo alguno puede olvidarse que el deber de cotización y alta en el RGSS permanece indisolublemente vinculado a las relaciones contractuales de naturaleza laboral, por lo que, si en defecto de acuerdo de las partes implicadas queda posteriormente probado el carácter laboral de los servicios prestados, deberá procederse al correcto encuadramiento del sujeto en lo que al régimen aplicable de Seguridad Social se refiere.

- 3.º Es precisamente también en el segundo párrafo de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 en el que se apoya la tercera de las presunciones que subyacen en la redacción literal de la última reforma; y es que la falta de inclusión en el RGSS del empleado de hogar que presta servicios con carácter parcial o discontinuo no solo puede provenir del reconocimiento común de las partes contratantes del carácter civil de la relación que ha nacido entre ellos, sino de la falta de acuerdo de los sujetos implicados sobre la verdadera naturaleza jurídica del vínculo contractual que los une.

Así pues, si el servicio doméstico se realiza de forma parcial y discontinua y los propios contratantes no manifiestan coincidencia a la hora de calificar como civil o laboral la relación que ha nacido entre ellas, entrará en juego otras de las presunciones (en este caso también *iuris tantum*) con que, de forma tácita, la citada disposición adicional trigésima novena intenta facilitar el proceso de identificación entre realidades jurídicas especialmente afines.

De dicho precepto se deduce la intención del legislador de conferir el valor de presunción *iuris tantum* de plena autonomía de los empleados de hogar que presten sus servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más cabezas de familia (esto es, heredando los criterios empleados por el REEH, ya en vías de extinción, cuando en ninguno de ellos superan las 20 horas semanales de trabajo efectivo) y no exista común acuerdo de la naturaleza laboral de

micas o profesionales», concepto legal en el que obviamente tiene acogida, llegado el caso, el autónomo dependiente que preste servicios de limpieza, mantenimiento o cuidado del hogar familiar.

los servicios prestados. Y es que, según dispone el precepto comentado, si transcurrido el plazo de seis meses naturales a contar desde el primero de enero de 2012³⁰ sin que se haya comunicado a la TGSS «el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el Sistema Especial de Empleados de Hogar del RGSS», «quedarán excluidos de dicho Sistema Especial, con la consiguiente baja en el Régimen General».³¹ Por consiguiente, es este efecto concreto expresamente previsto por el legislador el que permite deducir la consecuencia implícita sobre la que se sustenta la presunción comentada: y es que una vez proclamada la *no inclusión* en el RGSS de los servidores domésticos que realizan su actividad de forma parcial o discontinua sobre los que voluntariamente no se haya procedido a su alta en el RGSS, por exclusión (y aunque, por omisión, no se haya reflejado expresamente en la redacción de la ley), ha de entenderse también que la citada «baja en el RGSS» lleva indisolublemente aparejada el correlativo deber de alta y cotización al RETA de este tipo de servidores domésticos.³²

- 30 Plazo predeterminado por el apartado 4 de la citada disposición adicional trigésima novena también de alcance confuso, y es que si literalmente se exige que «Dentro del plazo de seis meses naturales, a contar desde el primero de enero de 2012, los empleadores y las personas empleadas procedentes del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar que hayan quedado comprendidos dentro del Régimen General de la Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 de esta disposición, deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el Sistema especial de Empleados de Hogar de este último Régimen», tal redacción no daría respuesta a los supuestos, muy frecuentes en la práctica, en los que el empleado doméstico viniese realizando menos de media jornada de trabajo mensual en un mismo domicilio (por lo que el cabeza de familia no tenía obligación de cotización en el REEH), cuando tampoco el mismo empleado doméstico, pese a quedar obligado por el Real Decreto 2064/1995, hubiese llevado a cabo su deber de alta y cotización al REEH, pese a que se trataba de una obligación que quedaba a su exclusivo cargo. En la misma situación se encontrarían los cabezas de familia receptores de servicios domésticos cuando el empleado en cuestión no realizaba prestación de esta índole durante al menos 72 horas mensuales durante un mínimo de 12 días al mes que, según la anterior regulación, no quedaban sujetos a la inclusión obligatoria en el REEH, pero que, si se pretende su absorción por el RGSS, generarían obligaciones de alta y cotización para el titular del hogar familiar desde la primera hora trabajada. En tales casos, al no provenir el sujeto en cuestión del REEH (bien porque voluntariamente el mismo empleado nunca cumplió su deber de alta y cotización, bien porque nunca estuvo obligado a su inclusión en el RETA), ¿rige también sobre ellos el periodo de seis meses de regularización fijado en la disposición adicional trigésima novena? Y es que en defecto de prohibición expresa por el legislador, y teniendo en cuenta las dosis de generalidad que subyacen de la redacción literal del citado precepto, no existe ningún impedimento para entender que también en esas concretas circunstancias en las que el empleado doméstico no proviene del REEH –pero hubiese debido o hubiese podido provenir de él– también queda beneficiado por el periodo de regularización apuntado.
- 31 Se ha de resaltar que se trata esta de una expresión afectada por altas dosis de indeterminación. Así pues, si atendemos a la situación real que dicho apartado contempla, estaríamos ante casos en los que el empleado doméstico se encontraba en alta en el REEH –haciéndose cargo él mismo de las cotizaciones al tratarse de un empleado a tiempo parcial– y que, tras la desaparición de este régimen especial debería quedar automáticamente absorbido por otro de los regímenes de Seguridad Social hoy existentes. De tal forma, resulta incomprensible prever la «consiguiente baja en el Régimen General» de aquellos empleados domésticos a tiempo parcial sobre los que el cabeza de familia para el que prestan servicios no curse el alta voluntaria en el RGSS. Y es que, aunque parezca una obviedad, no está de más recordar que en ningún caso puede imponerse la *baja* en el RGSS de un colectivo que en realidad nunca estuvo de alta en el RGSS, sino en el REEH. Teniendo esto en cuenta, no se puede negar que el legislador hubiese debido hablar, por ejemplo, de la «no inclusión en el RGSS» para evitar esta contradicción.
- 32 En realidad, al presuponer el legislador «la baja en el Régimen General» del empleado doméstico a tiempo parcial o discontinuo cuando el cabeza de familia no tramite el alta en el nuevo Sistema Especial de Empleados de Hogar (expresión que, como se ha expuesto, según el contexto parece equivalente a la «no inclusión» del sujeto en cuestión en el RGSS), en legislador podría estar previendo tácitamente dos alternativas: a) Podría estar presuponiendo que los contratantes han decidido poner fin a la relación que mantenían, por lo que la no inclusión en el RGSS provendría del hecho de que el sujeto en cuestión ya no realiza actividad productiva en el hogar familiar; b) Por otra parte (y esta es la alternativa más razonable al ser la única que partiría de la base de que la actividad continúa en los mismos términos en los que se venía desarrollando), cabría entender, como se sostiene en estas líneas, que el legislador lo que está haciendo realmente al imponer en las circunstancias citadas la baja en el RGSS del empleado doméstico no es prever la exclusión del sujeto del ámbito protector de la Seguridad Social, sino presumir tácitamente que procede entonces su alta en el RETA y no en el RGSS.

En cualquier caso, no se puede olvidar que, en ausencia de reconocimiento expreso por los contratantes, para declarar la existencia de una relación laboral especial de servicio en el hogar familiar se necesitará que así se constate, bien por la Inspección de Trabajo, bien por la Jurisdicción Social. Se trata este de un supuesto por el momento muy poco frecuente en el que el intérprete para determinar la existencia de una relación laboral especial no declarada se tendrá que apoyar en datos indirectos, o lo que es lo mismo, en indicios que permitan deducir la existencia del hecho presunto: la existencia de una relación laboral especial (como son la hora de entrada y de salida de la vivienda, la existencia de retribuciones periódicas, los testimonios de vecinos del inmueble, etc., con las dificultades probatorias que esto implica), a través de los cuales se pueda formular un juicio de valor al respecto.

VIII. TRASCENDENCIA PRÁCTICA DE LAS ÚLTIMAS MODIFICACIONES: ASPECTOS CONCRETOS

A modo de recapitulación, pueden plantearse las siguientes cuestiones sobre los principales aspectos prácticos de la reciente reforma del régimen de Seguridad Social de los empleados de hogar:

¿Cuál es el coste real que para una familia implica hacer frente a las nuevas obligaciones sociales derivadas de la relación laboral especial de servicio doméstico?

Por lo que respecta a los empleados de hogar que presten sus servicios por cuenta ajena, a partir del 1 de enero de 2012 desaparecen las bases tarifadas de cotización que utilizaba el ya extinguido REEH, de tal forma que la base de cotización queda fijada en atención a la retribución verdaderamente percibida por el empleado doméstico en función de una escala marcada por la propia disposición adicional trigésima novena Ley 27/2011.

El mayor coste añadido se genera para los hogares familiares que dispongan de empleada doméstica en régimen laboral y a tiempo parcial. Y es que mientras las trabajadoras autónomas que presten sus servicios por horas, como cualquier otra clase de trabajador autónomo, deben hacerse cargo ellas mismas de sus cotizaciones al RETA, en el caso de que se recurra al trabajo doméstico en régimen de dependencia y ajenidad, el deber de cotización recaerá siempre sobre el cabeza de familia, independientemente de si el empleado doméstico realiza en su domicilio una jornada completa de trabajo o simplemente presta sus servicios a tiempo parcial (a diferencia de lo que ocurría bajo la antigua regulación, en la que el cabeza de familia tan solo tenía obligación de cotización al REEH sobre aquellos empleados domésticos que prestasen más de 20 horas semanales de trabajo retribuido para un mismo hogar familiar).

A su vez, para calcular el coste adicional que supondrá la cotización al Sistema Especial de la Seguridad Social de empleados de hogar para el cabeza de familia, sobre esta base de cotización fijada por la propia disposición adicional trigésima novena en atención a la retribución real del empleado doméstico, corresponderá aplicar los siguientes tipos de cotización:

A) Tipos de cotización por contingencias comunes

Durante el año 2012 el tipo aplicable por contingencias comunes es del 22 por 100 (siendo el 18,3% a cargo del empleador y 3,7% a cargo del servidor doméstico). Ahora bien, la propia disposición adicional trigésima novena expresamente dispone que entre los años 2013 y 2018, este tipo de cotización aumentará un 0,90 más anualmente (distribuido en la proporción que cada año determine la Ley de Presupuestos Generales del Estado), hasta alcanzar su total equiparación al RGSS tanto en el cálculo de la base de cotización como en los tipos de cotización aplicables a partir del 1 de enero de 2019.

B) Tipos de cotización por contingencias profesionales

En el apartado 97 de la Tarifa de primas contemplada en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, se incluyen las «Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico», tipo de servicio al que se le atribuye una cotización total por contingencias profesionales de 1,10 por 100.

Ahora bien, aunque según lo dispuesto en la disposición adicional trigésima novena 2.4.º b) 2.º «la cuota resultante (será) a cargo exclusivo del empleador», esta afirmación no es del todo cierta, pues debe ponerse en relación con lo dispuesto en la nueva disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS):³³

Así pues, de la lectura sistemática de los dos preceptos citados se infiere que la cotización por contingencias profesionales tan solo recaerá a exclusivo cargo del cabeza de familia cuando el servicio doméstico se preste en régimen de *jornada completa a un único hogar familiar*. Por el contrario, este

³³ Nueva disposición adicional quincuagésima tercera de la LGSS, dedicada a la «Extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar» añadida por la disposición final 3.9 de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011, con el siguiente contenido:

«1. Con efectos de 1 de enero de 2011 se amplía la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar, incorporando la correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Por las contingencias indicadas se reconocerán las prestaciones que, por las mismas, están previstas para los trabajadores incluidos en el Régimen General, en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente (desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Real Decreto 1596/2011 de 4 de noviembre, BOE 2 diciembre).

2. Para la cotización por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, sobre la base de cotización que en cada momento se halle vigente se aplicará el tipo de cotización previsto al efecto en la tarifa de primas incluida en la disposición adicional cuarta de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, modificada por la disposición final decimotercera de la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2009, en la redacción dada por la disposición final octava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

La cotización por contingencias profesionales correrá a cargo exclusivamente del empleador, salvo cuando el empleado de hogar preste servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, en cuyo caso será a cargo exclusivo de dicho empleado el pago de la cuota correspondiente.

3. Con respecto a las contingencias a que se refiere la presente disposición, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 126 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.»

tipo de cotización corresponderá en su integridad al propio empleado doméstico cuando este *preste servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores*. Y es que la nueva disposición adicional quincuagésima tercera de la LGSS en su apartado 2 *in fine* expresamente dispone que «La cotización por contingencias profesionales correrá a cargo exclusivamente del empleador, salvo cuando el empleado de hogar preste servicios con carácter parcial o discontinuo a uno o más empleadores, en cuyo caso será a cargo exclusivo de dicho empleado el pago de la cuota correspondiente».³⁴

¿Se prevé en esta última reforma de la Seguridad Social alguna bonificación o reducción de las nuevas obligaciones que generará para el cabeza de familia la integración en el RGSS de las relaciones laborales especiales de servicio doméstico?

La disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 –ante la inminente desaparición del REEH– obliga a los cabezas de familia que ya estuviesen cotizando por su empleado doméstico (al realizar este en su hogar más de 20 horas de trabajo semanales) a dar de alta a estos sujetos en el RGSS y cotizar por ellos en este régimen. Pero no solo eso, también obliga a los cabezas de familia a cursar el alta y las cotizaciones respectivas por todos los empleados domésticos que realicen su actividad en régimen laboral a tiempo parcial (sobre los que hasta ahora corría a exclusivo cargo del propio empleado el deber de cotización al REEH).

Teniendo en cuenta que la integración del REEH en el RGSS implica unos costes sociales añadidos con los que los hogares familiares no contaban, y con el fin de que este proceso sea lo menos traumático posible (teniendo en cuenta además los mermados ingresos de muchas familias en el momento en el que se aprueba la reforma en cuestión), el legislador ha previsto ciertas ventajas a la hora de cuantificar el citado deber de cotización del cabeza de familia.

Así pues, la disposición transitoria única de la Ley 27/2011 prevé una «Reducción de cotizaciones en las personas que prestan servicios en el hogar familiar» e indica que «durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, se aplicará una reducción del 20 por 100 a las cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar, y queden incorporadas en el Sistema Especial a que se refiere la disposición adicional trigésima novena de esta Ley, siempre que la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social».³⁵

³⁴ Ahora bien, debe resaltarse además que el incumplimiento del deber de cotización por contingencias profesionales por parte del cabeza de familia tiene unas consecuencias muy limitadas y muy distintas de las que incidirían sobre cualquier otro empresario: el legislador expresamente prevé la no aplicación del artículo 126 de la LGSS a los cabezas de familia (disp. adic. trigésima novena Ley 27/2011 y disp. adic. quincuagésima tercera LGSS), con lo que en realidad se está excluyendo también al titular del hogar familiar de las consecuencias económicas derivadas del alta de pleno derecho (art. 124 LGSS) y del recargo de prestaciones (art. 123 LGSS) ante posibles incumplimientos de estas obligaciones. Y es que, por otra parte, estos cabezas de familia no tienen obligación de realizar ningún plan de prevención de riesgos laborales a pesar de que su domicilio familiar, en lo que a los empleados domésticos se refiere, actúa como centro del trabajo, por lo que no se podrá derivar consecuencia alguna de su incumplimiento.

³⁵ La citada disposición transitoria única sigue indicando que «Esta reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45 por ciento para familias numerosas, en los términos de las reducciones y bonificaciones que ya se viene aplicando en este Régimen Especial».

Al tratarse de una reducción sobre las «cotizaciones devengadas por la contratación de las personas que presten servicios en el hogar familiar» se deduce que afecta tanto a las obligaciones de cotización del cabeza de familia, como al porcentaje de cotización que corresponde a la propia empleada doméstica (y es que en ambos casos las cotizaciones respectivas tienen claramente su origen «en la contratación de personas que presten servicios en el hogar familiar» y además la obligación de cotización del empleador nace debido a la integración del REEH en el RGSS).

Lo que no resulta a primera vista tan claro es la concreción del elenco de situaciones que podrían beneficiarse en la práctica de esta medida, esto es:

¿Esta bonificación se podrá aplicar a las nuevas prestaciones de servicios laborales de servicio doméstico iniciadas con posterioridad al 1 de enero de 2012 o solo a las anteriormente existentes que se adapten al nuevo deber de cotización que esta establece?

No se puede negar que la redacción de la disposición transitoria única de la Ley 27/2011 no es tan clara como sería deseable.

Así pues, de su redacción literal no se desprende ningún obstáculo que impida aplicar los citados beneficios en el deber de cotización tanto a las relaciones laborales con empleados de hogar iniciadas antes de la entrada en vigor del deber de integración (esto es, antes del 1 de enero de 2012), como de aquellas relaciones laborales que se puedan concertar a tiempo completo o a tiempo parcial con servidoras domésticas durante los ejercicios 2012, 2013 y 2014, dado que el legislador tan solo condiciona la posibilidad de disfrute de estas reducciones al hecho de que «la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social».

Y es que en realidad la obligación de cotizar al Sistema Especial del RGSS se inicia a partir del 1 de enero de 2012 tanto si se disponía de una empleada doméstica contratada antes de esa fecha, pero en virtud de un contrato de trabajo a tiempo parcial (que según el REEH no generaba obligación de cotización para el cabeza de familia), como si a partir de esa fecha se decide iniciar una prestación de servicios de esta índole que antes no existía. En ambos casos se producirá el presupuesto configurador de la reducción del deber de cotización: que la obligación de cotizar al mencionado Sistema Especial se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del REEH en el RGSS y, por tanto, ambas situaciones podrán beneficiarse de la reducción citada.

Al mismo tiempo debe hacerse hincapié sobre una cuestión si cabe más importante: la disposición transitoria única parece dejar al margen de la citada reducción el deber de cotización de aquellos cabezas de familia que estando anteriormente obligados a hacer frente a la cotización en el REEH (por disponer de servicio doméstico en régimen de exclusividad) deberán ahora llevar a cabo la integración del citado sujeto en el RGSS al desaparecer el REEH.

De tal forma, el presupuesto configurador de la posibilidad de aplicar la reducción citada consiste en que «la obligación de cotizar se haya iniciado a partir de la fecha de la integración del Régimen

Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social»; en los casos de servicio doméstico prestado en régimen de exclusividad y continuidad para un único cabeza de familia, esta «obligación de cotizar» ya existía (aunque al REEH), y no se ha iniciado –como pide el legislador para aplicar la citada reducción– «a partir de la fecha de la integración» del REEH en el RGSS.

¿Qué ocurre si no se regulariza la situación de la empleada de hogar que mantiene una relación laboral a tiempo parcial trascurrido el periodo transitorio de seis meses que el legislador deja de plazo para la progresiva integración de este colectivo en el RGSS?

Tal y como se ha expuesto a lo largo de estas líneas, se trata esta de una de las cuestiones más confusas de la reforma del REEH. Obviamente el legislador peca de oscuridad en ese extremo, dejando que la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 quede redactada en términos muy ambiguos. Así pues, a diferencia de las consecuencias de la falta de regularización de los empleados domésticos que presten servicios de manera exclusiva y permanente para un único empleador, la redacción de la comentada disposición adicional trigésima novena no establece de forma del todo clara cómo se van a solventar las situaciones de empleo a tiempo parcial que, llegado el 1 de julio de 2012, no hayan cursado el alta en el RGSS.

De tal forma, aunque para el colectivo de los empleados domésticos que presten sus servicios a jornada completa para un único empleador expresamente se contempla, a falta de regularización expresa por parte del titular del hogar familiar llegado el 1 de julio de 2012, la cotización automática al Sistema Especial de empleados de hogar, en función de la base máxima de cotización según la escala prevista en la citada disposición adicional trigésima novena, en cambio, la respuesta que se ofrece en el caso de que el trabajo doméstico se viniera realizando con carácter parcial o discontinuo es muy diferente, y es que expresamente se prevé para ellos que «quedarán excluidos de dicho Sistema Especial con la consiguiente baja en el Régimen General con efectos de 1 de julio de 2012».

De esta redacción literal parece deducirse, tal y como se ha expuesto anteriormente,³⁶ que el legislador configura así una nueva presunción *iusuris tantum* en nuestro ordenamiento jurídico, según la cual se prevé el carácter no laboral de los servicios domésticos prestados a tiempo parcial cuando el cabeza de familia, llegado el 1 de julio de 2012, no ha procedido a cursar el alta del sujeto que presta el citado servicios en el RGSS. De forma que «la exclusión del Sistema Especial» y «la consiguiente baja en el Régimen General con efectos de 1 de julio de 2012» deben entenderse indisolublemente aparejadas al deber de cotización del sujeto no ya en el RGSS sino en el RETA, como trabajador autónomo dedicado a la actividad de limpieza y cuidado del hogar familiar.

Ahora bien, que llegado el 1 de julio de 2012 se presuponga en defecto de alta en el RGSS el carácter autónomo de los servicios de cuidado y atención doméstica que se han estado prestando solo durante determinadas horas mensuales, no quiere decir que la citada disposición, bajo esas circunstancias, esté negando tajantemente su carácter laboral ni esté impidiendo tampoco su posterior cotización al RGSS.

³⁶ Cfr. supra epígrafe VII. Nuevas presunciones.

De todos es sabido que una presunción *iuris tantum* puede destruirse aportando prueba en contrario. De tal forma, la apariencia de autonomía así creada obviamente puede también destruirse aportando pruebas de la dependencia y ajenidad que demostrarían el carácter laboral de los servicios prestados. Y es que en estos casos no queda más que reiterar la clásica máxima jurisprudencial de que «los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son», y precisamente será dicha naturaleza jurídica la que también determine el correcto encuadramiento del sujeto que presta el servicio en la Seguridad Social. Ahora bien, lo que no se puede olvidar en ningún momento es la sutil frontera que separa en la práctica la prestación de servicios domésticos por cuenta propia o por cuenta ajena, y es que en ambos casos, dada la escasa complejidad del trabajo prestado, el objeto del contrato se precisa recurriendo a instrucciones similares, concreción horaria del mismo tipo y, muchas veces también, cercanos márgenes de flexibilidad concordantes con la confianza reforzada entre los contratantes que inspira este tipo de relaciones contractuales, cualquiera que sea su naturaleza jurídica.

Y si realmente se ha concertado una relación laboral y esta nunca ha quedado declarada, ¿puede el trabajador doméstico solicitar su correcto encuadramiento en el RGSS?

Obviamente el correcto encuadramiento del sujeto en la Seguridad Social atendiendo a la verdadera naturaleza jurídica de la actividad productiva que se realiza es un derecho irrenunciable. Siempre que se concierte una relación laboral de servicio doméstico (tanto a tiempo completo como a tiempo parcial) le corresponderá al cabeza de familia el cumplimiento de los deberes de alta y cotización que operan respecto a todo empleador, en el RGSS. Ahora bien, a la frontera especialmente tenue que separa los servicios domésticos que se prestan por cuenta propia de los que se realizan por cuenta ajena, hay que unir el problema de prueba que existe en este tipo de prestación de servicios. Y es que el hecho de que la actividad en cuestión se realice en un lugar tan específico provoca la plena aplicación de las garantías jurídicas que protegen la intimidad del hogar familiar, cuyas puertas solo podrán traspasarse gracias al consentimiento del titular o por medio de una orden judicial.

En cualquier caso –y a pesar de que la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 no conlleve por sí sola modificación alguna en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social ni exista referencia expresa a los empleados domésticos en la también reciente Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social–, debe entenderse que ambas vías actuarán en la práctica como garantes del correcto cumplimiento de las obligaciones en materia de alta y cotización a la Seguridad Social sobre cualquier tipo de relación laboral, incluyendo, como es lógico, también, la relación laboral especial del servicio del hogar familiar.

IX. CONCLUSIONES

No se puede negar que una época de inestabilidad económica como la que actualmente atraviesa España no es el mejor momento para llevar a la práctica las mejoras para los empleados domésticos que se propusieron en años de bonanza económica, y en particular cuando las medidas en cuestión conllevan un incremento de los costes sociales para el empleador. Teniendo esto en cuenta,

puede decirse que ninguna explicación tiene que el legislador, a pesar de que con carácter general la Ley 27/2011 entrará en vigor el 1 de enero de 2013, expresamente decida adelantar la integración del REEH en el RGSS al día 1 de enero de 2012.

Ajeno a los obstáculos a los que se tendrá que enfrentar en la práctica, claramente la intención del legislador ha sido la de no retrasar en el tiempo la puesta en práctica del nuevo régimen de Seguridad Social que a partir de ahora va a regular la cobertura social de los empleados de hogar. En este sentido, conviene tener presente que, a pesar de que la citada disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 remite al desarrollo reglamentario de las condiciones específicas del «Sistema Especial» dentro del RGSS del que disfrutarán los empleados de hogar, y que dicha norma de desarrollo todavía no se ha aprobado, el propio texto de la Ley 27/2011 contiene ya por sí solo los datos suficientes como para comenzar la aplicación efectiva de esta nueva equiparación desde la fecha en la que la propia disposición adicional trigésima novena indica el inicio de sus efectos: el 1 de enero de 2012.³⁷

A pesar de los loables propósitos del legislador y de sus esfuerzos para su aplicación inmediata, debe admitirse que en esta ocasión la nueva regulación del Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar necesita todavía ser mejorada, clarificada y perfilada, pues por el momento existen diversos asuntos pendientes de regulación, cabos sueltos de fundamental importancia que dificultarán sin duda la aplicación práctica de las nuevas disposiciones. Así pues, comparando la literalidad de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 y la interpretación que de ella realiza actualmente el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se plantean, entre otras, las siguientes ambigüedades:

¿Desea el legislador con esta nueva regulación presuponer que todo servicio doméstico se presta en la práctica por cuenta ajena? Y es que previendo sin excepción la inclusión de este colectivo en el RGSS, tácitamente está proclamando (obviando la libertad de empresa proclamada por la Constitución) la laboralidad consustancial a este tipo de actividad.

Y si esto es así, ¿qué ocurre en los casos en los que el sujeto que presta el servicio doméstico, ante circunstancias concretas que lo imposibilitan temporalmente para realizar su actividad, y con el fin de no desatender el hogar familiar, por propia iniciativa delega su prestación de servicios en alguien de su confianza (amigas, hermanas, hijas, etc.)? A su vez, si el alta en el RGSS implica en el fondo el reconocimiento tácito del carácter laboral de cualquier tipo de servicios domésticos, ¿también en estos casos se seguiría presuponiendo el carácter laboral de la relación de prestación de servicios domésticos

³⁷ Aunque la desaparición del REEH no será automática llegada esa fecha, debiendo destacarse que existe un periodo transitorio de seis meses destinado a lograr la asimilación progresiva del REEH en el RGSS, dentro del cual se mantiene la vigencia del REEH, tal y como dispone el apartado 4 de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011: «Dentro del plazo de seis meses naturales, a contar desde el primero de enero de 2012, los empleadores y las personas empleadas procedentes del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar que hayan quedado comprendidos dentro del Régimen General de la Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en el apartado 1 de esta disposición, deberán comunicar a la Tesorería General de la Seguridad Social el cumplimiento de las condiciones exigidas para su inclusión en el Sistema especial de Empleados de Hogar de este último Régimen. Desde el día primero del mes siguiente a aquel en que se comunique el cumplimiento de tales condiciones, serán de plena aplicación las normas reguladoras de dicho Sistema Especial. Hasta entonces, se seguirá aplicando el régimen jurídico correspondiente al Régimen Especial de Empleados de Hogar».

contratada pese a faltar claramente la nota de trabajo personal? ¿Significa esto, además, que ha nacido una nueva relación laboral entre el cabeza de familia y el sustituto? ¿Debería entonces el cabeza de familia hacer frente también a las obligaciones de alta y cotización por las horas trabajadas el día concreto se va a llevar a cabo la citada sustitución del prestador del servicio? Y si debiendo hacerlo no lo hace, ¿está incumpliendo dicho cabeza de familia sus obligaciones con la Seguridad Social?

O lo que es más importante y puede generar mayor desprotección de la que se trataba de evitar con la reforma: imaginado el caso de que una empleada doméstica a tiempo parcial, al no realizar más de media jornada de servicios retribuidos en un mismo domicilio, estuviese ella misma cumpliendo sus obligaciones de alta y cotización en el REEH, al desaparecer este, ¿qué ocurre si el cabeza de familia no cursa voluntariamente el alta de esta trabajadora al nuevo Sistema Especial de Seguridad Social de los Empleados de Hogar? Y es que si se aplica estrictamente la interpretación sostenida hoy por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se puede olvidar que el sujeto que venía prestando servicios domésticos quedaría entonces afecto por un nivel de desprotección mucho más acusado que el que sufría antes de la reforma, puesto que una vez desaparecido el REEH y negándose su empleador a cursar el alta en el RGSS (bien por no hacer frente a costes adicionales, bien por haber decidido poner fin a la relación que mantenía), el servidor doméstico quedaría totalmente al margen del ámbito protector de la Seguridad Social, viendo peligrar, entre otras muchas cosas, su posibilidad de acceso a una pensión de jubilación en el futuro. Indeseable situación que únicamente se podría evitar, como se ha defendido en este artículo, presuponiendo la condición de trabajadores autónomos de estos sujetos en dichas circunstancias y posibilitando en consecuencia su alta en el RETA.³⁸

Pero existen más cuestiones pendientes: en el caso de que el titular de un hogar familiar recurra a la actividad realizada por una trabajadora autónoma (y como tal en alta en el RETA), atendiendo a la nueva regulación del Régimen de Seguridad Social de los Empleados Domésticos, ¿también debería presuponerse en cualquier caso el carácter laboral de la relación contratada y el falso encuadramiento en el RETA del sujeto que presta el servicio? Y lo que es más, ¿no se ha planteado el legislador que se pueden bordear las reglas de cotización en los casos en los que el sujeto que presta las labores de limpieza doméstica actúe en el tráfico jurídico de forma societaria? Y es que en nuestro ordenamiento jurídico existen diversas posibilidades de constituir una persona jurídica sin que ello implique un desembolso excesivo (pensemos por ejemplo en una Sociedad de Responsabilidad Limitada que podría ser incluso unipersonal); ¿también operaría esta intención de laboralización automática? O, por el contrario, ¿no sería más lógico entender que el legislador, con la última reforma, tan solo ha pretendido «actualizar» las reglas en materia de cotización en este ámbito material sustituyendo el REEH por el RGSS o por el RETA según proceda?

Dada esta nueva situación y teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico permite a los contratantes obtener el mismo tipo de prestación de servicio a través de diversas modalidades contractuales lícitas, no parece demasiado alejado de la realidad prever que, dado el endurecimiento para el cabeza de familia de los costes fijos vinculados al mantenimiento de la relación laboral espe-

³⁸ O suscribiendo un convenio especial con la Seguridad Social «para trabajadores que cesen en las prestaciones de servicios o actividades» en los casos en los que se hubiese estado prestando el servicio en régimen de pluriempleo o de pluriactividad (art. 23 de la Orden TAS/2865/2003), siempre que el sujeto en cuestión durante su vida activa pudiese acreditar al menos un periodo específico de cotización de 1.080 días en la respectiva situación de pluriempleo o pluriactividad.

cial de servicio doméstico (bien sea a tiempo completo, bien a tiempo parcial), muchos de ellos se decantarán bien por prescindir de cualquier tipo de ayuda doméstica, bien por recurrir a la contratación civil, buscando, por tanto, para la prestación de los servicios domésticos en el seno de su hogar, a una empresa de limpieza, a trabajadores cedidos por una ETT, o, por qué no, a una trabajadora autónoma con la que concertar un contrato civil de tracto continuado (recurriendo a lo que coloquialmente se conoce como «trabajadora por horas»).

Si las normas laborales se caracterizan por la finalidad protectora del contratante débil no se pueden negar que, hoy en día, solo diferenciando entre el servicio doméstico prestado por cuenta propia del prestado por cuenta ajena se podrá seguir manteniendo el espíritu protector, también sobre los empleados de hogar, que necesariamente ha de inspirar la legislación laboral y es que en caso contrario los desistimientos de los cabezas de familia o las negativas a la regularización serán tantos que frustrarán sin duda el espíritu protector de la norma.

En cualquier caso, no se puede negar que la desaparición del REEH (incluso manteniendo la diferenciación entre trabajo doméstico por cuenta propia y por cuenta ajena) implica un encarecimiento generalizado de las obligaciones en materia de cotización de los sujetos implicados. Obviamente, para los cabezas de familia que según la antigua regulación tenían obligación de cotizar al REEH por su empleado doméstico, cotizar ahora al RGSS (incluso a pesar de las reducciones vigentes) implica un aumento de la carga económica. De la misma forma, incluso admitiendo el trabajo doméstico prestado por cuenta propia, cotizar al RETA resulta más caro que el hacer frente a las pequeñas cotizaciones que venía imponiendo el REEH. Ahora bien, diferenciando entre las dos modalidades de trabajo doméstico, el encarecimiento apuntado resultará un sacrificio razonable, orientado a alcanzar el objetivo de equiparar la protección que percibirá este colectivo a cargo de la Seguridad Social a la que puedan percibir el resto de sujetos que participan en el entramado de relaciones productivas. En cambio, si es solo sobre el cabeza de familia sobre el que repercuten los nuevos costes sociales, el sacrificio sin duda parece excesivo.

Tan dura es la situación económica actual que si se hace recaer sin reservas sobre el cabeza de familia el deber de cotización, obviando la posibilidad de que el servicio en cuestión se esté prestando por una profesional por cuenta propia, sin duda la norma alcanzará un efecto totalmente contrario al deseado, unas veces condenando al «trabajo negro» a gran parte de estas prestaciones de servicios que, una vez desaparecido el REEH, permanecerán ajenos a cualquier tipo de protección a cargo de la Seguridad Social, y otras incluso provocando la total falta de ingresos de este colectivo si el cabeza de familia que no quiera vulnerar su deber de cotización, y con el fin de evitar el incremento de los costes vinculados al servicio doméstico, decide poner fin a la relación contractual que mantenía con el objetivo de evitar hacer frente a cualquier tipo de gasto adicional en plena crisis económica.

Además de esto, el legislador obvia que existen obstáculos muy serios que dificultan la puesta en práctica de la integración normativa del REEH en el RGSS que se ha aprobado.

En concreto, lo que no se ha contemplado ni en el Acuerdo de 2006 ni en la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 por la que se lleva finalmente a cabo reforma de la regulación legal de la protección social del servicio doméstico es que la facilidad de fraude que caracteriza a este

sector de actividad va sin duda a restar eficacia a estos intentos de equiparación normativa, pues puede condenarse a este sector de actividad a la más absoluta desprotección si no se idean instrumentos efectivos de supervisión del correcto cumplimiento por parte del cabeza de las obligaciones de afiliación, alta y cotización que en definitiva está imponiendo la Ley 27/2011.

Y es que desde el momento en que se produce la absorción del REEH por el RGSS y se impone para el servicio doméstico realizado por cuenta ajena la obligación de cotización compartida, desde la primera hora trabajada, entre trabajador y empresario puede decirse que indirectamente se le está imponiendo también al cabeza de familia el cumplimiento oportuno de los mismos deberes de afiliación, alta y cotización que rigen para cualquier empleador en el RGSS, deberes cuyo cumplimiento resulta muy difícil comprobar, dado que en realidad lo que es complicado de demostrar en la práctica es que dichos servicios domésticos verdaderamente se están llevando a cabo en el hogar familiar en cuestión.

En realidad, en estas dificultades de control intervienen varios factores: por un lado, la mayor parte de los mecanismos de control existentes en nuestro ordenamiento jurídico, cuando se pretenden utilizar dentro del hogar familiar, chocan de pleno con los derechos constitucionales a la «intimidad personal y familiar» (art. 18.1 CE) y a la «inviolabilidad del domicilio» (art. 18.2 CE),³⁹ por otro, debe tenerse presente que la Inspección de Trabajo no tiene competencias en el interior del hogar familiar, aunque para los empleados de hogar dicho domicilio actúe también como «centro de trabajo», salvo en el hipotético caso de que la entrada se produjese previo consentimiento del titular de la vivienda o por orden judicial.⁴⁰

La mayor consecuencia negativa que lleva aparejada la dificultad del control de este tipo de servicios es fácilmente previsible: la proliferación de variadas situaciones de fraude, en las que se iniciará y desarrollará una relación laboral especial de empleado doméstico al servicio del hogar familiar sin que esta se declare en ningún momento, lo que contribuirá a acentuar la economía sumergida, puesto que dicha relación pasará desapercibida tanto a efectos fiscales como a efectos de la Seguridad Social.

Por mucho que el legislador persiga la equiparación de cotizaciones de este tipo de empleados con el resto por medio de su inclusión en el RGSS, por las características específicas que rodean este

³⁹ Literalmente, el artículo 18.2 de la CE proclama que «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito». Así, en ausencia de reconocimiento expreso por los contratantes, para declarar que existe una relación laboral no formalizada se necesitará que se demuestre ante la jurisdicción social. La intimidad del domicilio en el que se desarrolla la actividad pactada dificultan disponer de «hechos concluyentes» que se puedan aportar como prueba de la existencia de una relación laboral no formalizada (art. 8.1 ET). El juzgador entonces se tendrá que apoyar en datos indirectos o, lo que es lo mismo, en indicios que permitan deducir la existencia del hecho presunto (la existencia de una relación laboral, retribuciones periódicas, testimonios de vecinos del inmueble, etc. –con las dificultades probatorias que esto implica–) para poder formular un juicio de valor al respecto.

⁴⁰ Acerca del valor del consentimiento del titular de la vivienda familiar, véase la STSJ de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de noviembre de 2001 (rec. núm. 264/2001), en la que claramente se indica que «no resulta precisa la autorización judicial para entrar a un domicilio (...) si la declaración fue prestada por el interesado de forma voluntaria y sin coacción alguna, y sin que hubiese manifestado en ningún momento su oposición a la entrada en su domicilio privado», de tal forma, el acta así levantada no estará afectada de vicio de nulidad. Por otra parte, la STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de febrero de 1999 (rec. núm. 1325/1997) considera perfectamente justificada la negativa a franquear la entrada a un Controlador Laboral a un domicilio particular en el que se creía que existía un taller clandestino de costura.

sector de actividad, lo que no podrá impedir fácilmente es que se frustren las nuevas exigencias legales de alta y cotización por la actuación de las partes implicadas. Como en cualquier ámbito de las relaciones productivas, el sector de la prestación de servicios domésticos no escapa a los intentos de simulación (si cabe, acrecentada por las dificultades de control inherentes al hogar familiar); tanto es así que en la práctica muchas veces se intenta hacer pasar desapercibida una relación laboral especial fingiendo que no existe, o se pretende encubrirla bajo la apariencia de una falsa colaboración por cuenta propia o un inexistente trabajo amistoso.

Así pues, se puede adelantar que, teniendo en cuenta las circunstancias expuestas, cualquier incremento de los costes sociales vinculados a la prestación laboral de servicios domésticos provocará un aumento exponencial de los supuestos de fraude a la Seguridad Social, aprovechando la intimidad del domicilio familiar no ya para llevar a cabo una colaboración retribuida mientras se percibe indebidamente la prestación por desempleo o para contratar a extranjeros irregulares, sino solo con el fin de evitar el alta en la Seguridad Social y con ella los costes sociales que genera, tanto para el empleador como para el empleado, el deber de cotización compartida que se impone tras la integración en el RGSS; supuestos de fraude que, por otra parte, resulta conveniente advertir, no existirían de mantenerse la regulación anterior, según la cual el empleado doméstico que no prestase sus servicios en régimen de exclusividad quedaba claramente incluido en el REEH a su exclusivo cargo.

En definitiva, posiblemente no sea aventurado adelantar que el incremento de los costes sociales a cargo del cabeza de familia que en este caso actúa como empleador lleve aparejado un aumento equivalente de las situaciones de fraude, provocando el indeseable efecto de la frustración de los protectores propósitos que inspiran la última reforma del vigente sistema de Seguridad Social. Consecuencias poco deseables que comienzan precisamente a plantearse a partir del 1 de enero de 2012 (y se acentuarán, en lo que al cumplimiento de las obligaciones respecto a la Seguridad Social se refiere, a partir del 1 de julio de 2012), y que solo sería posible atenuar manteniendo la diferenciación entre trabajo doméstico por cuenta propia y por cuenta ajena, por lo que el proceso de delimitación de fronteras entre el trabajo doméstico realizado por cuenta ajena de la actividad de limpieza del hogar realizada por cuenta propia se debería convertir en el paso imprescindible para lograr el correcto encuadramiento de los sujetos que prestan este tipo de servicios.