

La garantía prestacional por contingencias profesionales en el sistema especial de empleados de hogar: Interrogantes de ordenación y aplicación¹

The benefit guarantee for professional contingencies in the special system of household employees: ordinance and application questions

FRANCISCA MORENO ROMERO

*PROFA. AYUDANTE DRA. DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID*

Resumen

El régimen jurídico vigente de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social, constituye un mosaico incompleto de normas de distinta procedencia –pre y post constitucionales– inseparables de una extensa doctrina jurisprudencial que le dan contenido, hasta el punto que podríamos afirmar que la doctrina referida constituye el manual de interpretación, integración y adecuación del conjunto normativo, con los inevitables claroscuros.

Con el marco general referido, el régimen de responsabilidades empresariales por incumplimiento de las obligaciones de relación jurídica y cotización, se modifica sólo para el Régimen (hoy Sistema Especial) de Empleados de Hogar y sólo para las contingencias profesionales. De esta forma se sustituye la responsabilidad prestacional del empresario por el reconocimiento directo de las prestaciones por la entidad competente, unido al mantenimiento de la deuda por cotizaciones y la aplicación de la correspondiente sanción administrativa.

El estudio de la normativa aplicable permite indagar sobre la finalidad de la reforma, su aplicación y efectos derivados, así como sobre la técnica jurídica empleada y su alcance.

Abstract

The current legal regime of corporate responsibility in the area of social security benefits constitutes an incomplete mosaic of norms of different origins - pre and post constitutional - inseparable from an extensive jurisprudential doctrine that gives it content, to the point that we could say that the referenced doctrine constitutes the manual of interpretation, integration and adaptation of the body of rules, with the inevitable contradictions.

Within the referenced general framework, the regime of corporate responsibilities for breach of the obligations of legal relationship and contribution, is modified only for the Regime (today Special System) of Domestic Employees and only for professional contingencies. In this way, the employer's benefit liability is replaced by the direct recognition of benefits by the competent entity, together with the maintenance of the debt arising from contributions and the application of the corresponding administrative sanction.

The study of the applicable regulations allows us to investigate the purpose of the reform, its application and derived effects, as well as the legal technique used and its scope.

Palabras clave

responsabilidad empresarial, alta de pleno derecho, Empleados de Hogar, recargo de prestaciones, contingencias profesionales

Keywords

Corporate responsibility; full coverage; Household Employees; benefit surcharge; professional contingencies

¹ Una primera aproximación a esta materia la efectué en la comunicación “Los viejos y nuevos perfiles de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones: la muerte anunciada que nunca llega...” presentada al XXVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social sobre “Descentralización productiva: Nuevas formas de trabajo y organización empresarial”. 2018.

1. LOS CIMIENTOS DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD EMPRESARIAL EN MATERIA DE PRESTACIONES HACEN IMPOSIBLE SU REFORMA

Hace casi veinticinco años, el tema de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones adquirió identidad propia en el Pacto de Toledo aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de abril de 1995. En efecto, en su recomendación número 12, referente al reforzamiento del principio de solidaridad, se establecía que: “La Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social”.

En este orden se afirmaba que:

“La regulación actual data del año 1966. La evolución experimentada por el Sistema de la Seguridad Social desde entonces ha originado un desfase entre la citada regulación y las nuevas realidades sociales, de manera que resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes. De ello deriva la necesidad de abordar una reforma de las líneas legales que han de configurar el instituto de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores en materia de Seguridad Social...”².

Años después y tras un largo periodo de intervenciones cuasi legislativas del Tribunal Supremo, el voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo 633/2000 (de Sala General) de 1 de febrero de 2000 afirmaba que “... todo el sistema de responsabilidad empresarial establecido por los artículos 41 y 126 la Ley General de la Seguridad Social puede incurrir en inconstitucionalidad por infracción del artículo 25 de la Constitución, tal como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional, que considera que este precepto está implícita también la garantía del principio "non bis in ídem" (sentencias del Tribunal Constitucional 2/1981, 154/1990 y 177/1999, entre otras); la inconstitucionalidad puede derivar también de la vulneración del principio de proporcionalidad (sentencias del Tribunal Constitucional 62/1982, 66/1985, 50/1995, 66/1995 y 136/1999)...”³.

Posiblemente, la advertencia del Tribunal Supremo estuvo presente en el informe parlamentario que sirvió para la renovación del Pacto de Toledo en 2003, que incluyó una nueva recomendación sobre la misma materia en términos más radicales al establecer que:

² La Recomendación referida en el texto, añadía que la reforma que ha de tener como pilares fundamentales los siguientes principios:

Mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del Sistema de la Seguridad Social.

Una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad.

La necesidad de preservar el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social”.

³ Añade el Voto particular de la Sentencia que “... el carácter desmesurado del sacrificio que impone (responsabilidad más sanción administrativa formal más abono de las cotizaciones con recargo) puede afectar a otros derechos constitucionales (artículos 33 y 31 de la Constitución Española) y a la propia efectividad del derecho a la Seguridad Social en la medida en que los límites del principio de automaticidad determinan en algunas prestaciones, que la declaración de responsabilidad de un empresario insolvente impida el efectivo abono de la prestación al trabajador (sentencias de 22 de abril de 1.994 y 3 de noviembre de 1.994). El voto particular fue formulado por el Magistrado Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren los Magistrados Fernando Salinas Molina y José María Marín Correa.

“Se prevé la reforma general de la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en materia de Seguridad Social, por parte de empresarios y trabajadores (la cual data de 1966).”

A pesar de los planteamientos referidos, prácticamente nada sucedió, como veremos.

Es sorprendente que el régimen jurídico vigente de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la seguridad social, constituya un mosaico incompleto de normas de distinta procedencia –pre y post constitucionales– inseparables de una extensa doctrina jurisprudencial que les dan contenido, hasta el punto que podríamos afirmar que la doctrina referida constituye el manual de interpretación, integración y adecuación del conjunto normativo, con los inevitables claroscuros. Desde esta perspectiva resulta aún más sorprendente “la existencia de una aceptación general de las reglas de juego, por mucho que se dude de su constitucionalidad, se critique su ordenación preconstitucional, su falta de adaptación a la realidad social actual y en definitiva, su contraposición con la existencia de un modelo público de Seguridad Social que se enmarca entre las funciones de Estado, arropado por el principio de garantía institucional”⁴.

Situándonos en su ordenación jurídica inicial, básicamente vigente, contenida en la LSS.1966⁵, con escasas reformas posteriores, su estructura ha soportado todo tipo de envites, el impacto constitucional, la construcción jurisprudencial⁶ asumiendo labores legislativas⁷,

⁴ TORTUERO PLAZA, J.L. “O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario” “(El derecho del trabajador a las prestaciones VERSUS la conducta fraudulenta del empresario)”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 4/2017 pág. 44. (<http://revistagalegadedereitosocial.gal/index.php/RGDS/article/view/34>)

⁵ La Ley de Seguridad Social de 1966, aprobada por Decreto 907/1966 (LSS), de 21 de abril, fijó las bases y reglas de responsabilidad en orden a las prestaciones del sistema, remitiendo a los artículos 94 a 96 su detalle en relación a la imputación de responsabilidades y anticipo de prestaciones, alcance de la responsabilidad empresarial y procedimiento para su exigencia. La Ley 24/1972, de 21 de junio, de Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social impuso en su artículo 17 la exigencia de responsabilidad a resultados del incumplimiento de las obligaciones empresariales en materia de afiliación y cotización, sin perjuicio de la atenuación de aquella o el anticipo de prestaciones.

El primer Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, aprobada por Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo, trató la materia en sus artículos 23, 96 y 97, luego transcritos en los artículos 41, 126 y 127 del segundo Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS). Junto a ésta, otras normas contienen previsiones específicas en lo atinente al recargo de prestaciones o la cesión ilegal de trabajadores.

El marco normativo vigente se encuentra contenido en el tercer Texto Refundido contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS) dedicando a la materia referida los artículos 47, 167 y 168. Junto ellos siguen vigentes los artículos 94 a 96 de la LSS, de aplicación reglamentaria en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda del Decreto 1645/1972, dictado en desarrollo de la Ley de Financiación y perfeccionamiento, aplicación reglamentaria que históricamente ha venido revalidando de forma constante la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Por lo que refiere a la normativa reglamentaria, conviene destacar que el único intento de ordenación reglamentaria en desarrollo de la LGSS (y por supuesto de los textos anteriores), se produjo a mediados de los años 90, sin que finalmente viera la luz.

⁶ La construcción general del régimen de responsabilidad realizado por la jurisprudencia de unificación está contenida básicamente en las Sentencias de 8 de mayo de 1997, 1 de febrero de 2000 (ambas de Sala General) y 17 de marzo de 2006 referida a la jubilación.

⁷ Los propios Tribunales enfatizan que “...es tarea que no incumbe a los Tribunales de Justicia sino al Gobierno” Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de abril de 2010.

las valoraciones doctrinales críticas⁸, hasta la posible tacha de inconstitucionalidad contenida incluso en decisiones judiciales, que pretendían la reacción del legislador y anunciaban una posible ruptura con el *statu quo*. A pesar de lo referido, nada ha sido suficiente para propiciar una nueva ordenación jurídica⁹ más acorde con el mandato constitucional.

Retomemos el hilo conductor ya iniciado. Ya vimos que la voluntad reformadora de la responsabilidad empresarial adquirió identidad propia en el Pacto de Toledo aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en la sesión del 6 de abril de 1995¹⁰, al incorporar la recomendación número 12, donde se establecía que: “la Ponencia propone que se proceda a la regulación de la responsabilidad en orden a las prestaciones, adecuada a la realidad actual y a las características del modelo presente de Seguridad Social”. Posteriormente, en el marco de las Recomendaciones del Pacto de Toledo y del Acuerdo Social de octubre de 1996, que tenían como objetivo la consolidación del Sistema de la Seguridad Social, en abril del 2001 el Gobierno del Partido Popular, la CEOE-CEPYME y CCOO suscribieron el “Acuerdo para

⁸ Entre los trabajos doctrinales cabe hacer referencia a SALA FRANCO, T., “El régimen jurídico del derecho a prestaciones de la Seguridad Social (Un estudio de la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización)” *RISS*, nº6, nov.-dic. 1974; HERNÁNDEZ PÉREZ, M.J., *La responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de Seguridad Social*, Universidad de Murcia, Murcia, 1994; MARTÍNEZ LUCAS, J.A., “La configuración jurídica de la responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 78, 1996; GALA DURÁN, C., *La responsabilidad empresarial por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y/o cotización a la Seguridad Social*, Aranzadi, Pamplona, 1997; MOLINER TAMBORERO, G., “La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social. Déficit regulador de la misma. Criterios Jurisprudenciales”, en AA VV, *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, nº 38, Madrid, 2001; DESDENTADO BONETE, A., “Responsabilidades por el incumplimiento de las obligaciones en materia de actos de encuadramiento en la Seguridad Social. Teoría y Práctica”, en *Actualidad Laboral*, núm. 4 y 5, 2004; MUÑOZ MOLINA, J. *Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004 y BLASCO PELLICER, A., *La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de Seguridad Social*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2005. Desde una perspectiva más amplia, MONEREO PEREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. *Responsabilidades empresariales*, en AAVV *Tratado práctico a la legislación de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, Granada, edit. Comares, 2006. Para otros supuestos de responsabilidad puede verse detenidamente, VICENTE PALACIO, A. “Otros supuestos de responsabilidad en materia de prestaciones de seguridad social: subcontratas de obras y servicios, cesión de trabajadores y transmisión de empresa”, en AAVV, *La responsabilidad empresarial*, Murcia, edit. Laborum, págs. 379 y siguientes. TORTUERO PLAZA, J.L. (IP), MORENO ROMERO, F., SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., MARTÍN-SERRANO JIMENEZ, E. VICENTE PALACIO, A. (I). “La construcción jurisprudencial de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social”. (Primer premio FIPROS 2011, REF.PF 2011/23. Orden TIN 73172011).

<http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/174201.pdf>

Las construcciones teóricas de referencia en DE LA VILLA GIL, L.E., “La influencia de la Ley de Accidentes de Trabajo en la construcción del ordenamiento laboral español” en AA VV, *Cien años de Seguridad Social*, Fraternidad Mudespa-UNED, Madrid, 2000. Igualmente deben traerse a colación las construcciones teóricas de referencia obligada en esta materia de ALONSO OLEA M. y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*, en sus sucesivas ediciones, la última edic. 18, Madrid, Civitas, DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A. *Manual de Seguridad Social*, 2ª edic. 1979 y ALARCÓN CARACUEL M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S. *Compendio de Seguridad Social*, 1991.

⁹ En el mismo sentido, GALA DURÁN afirma que “dado los antecedentes con mención - expresa en la recomendaciones del pacto de Toledo-, por desgracia es difícil que en un futuro próximo veamos nueva regulación normativa o al menos desarrollo reglamentario acorde con nuestro sistema de seguridad social (...) concluyendo que esa falta de regulación actualizada resulta cada vez más inadmisibles”, GALA DURÁN, C. “La responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento de las obligaciones de afiliación alta y cotización. Un problema sin soluciones”, en AAVV. *La responsabilidad del empresario*, Murcia, edit. Laborum, pág. 330.

¹⁰ Publicado en el BOCG, Serie E 12 de abril de 1995 Núm. 134.

la mejora y desarrollo del Sistema de protección social “¹¹. El acuerdo, que no consiguió la unanimidad de los interlocutores sociales, dedica el apartado XI a la “Responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social”¹² y se plasmó en la reforma del artículo 126 de la LGSS, operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Es necesario reconocer que la Ley 24/2001 dio un paso importante y único desde 1966 hasta la actualidad¹³, en la ordenación de la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones. Con todo, la reforma no cambió el modelo y, por tanto, su adaptación constitucional quedó postergada. Igualmente, quedó pendiente el necesario desarrollo reglamentario, dejando un espacio infinito abierto a las múltiples interpretaciones jurisprudenciales.

El apuntado carácter restrictivo de la reforma del 2001 seguramente estuvo presente en el informe parlamentario que sirvió para la renovación del Pacto de Toledo en 2003, que incluyó una nueva recomendación sobre la misma materia en términos más radicales al establecer que: “Se prevé la reforma general de la normativa reguladora de la responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, en materia de Seguridad Social, por parte de empresarios y trabajadores (la cual data de 1966).” A pesar de la rotundidad, quizás provocada por las tachas de su posible inconstitucionalidad, tampoco la previsión de cambio de modelo y ninguna otra reforma¹⁴, vieron la luz en los años sucesivos. Aún más, la materia

¹¹ LÓPEZ GANDIA, J. “El acuerdo para la mejora y desarrollo del sistema de protección social. La renovación del pacto de Toledo”, *Revista de derecho social*, Nº 14, 2001, págs. 25-56.

¹² El acuerdo era consciente de la trascendencia de la materia, al establecer que:

“La regulación actual data del año 1966. La evolución experimentada por el Sistema de la Seguridad Social desde entonces ha originado un desfase entre la citada regulación y las nuevas realidades sociales, de manera que resulta notoria su falta de adecuación a las circunstancias presentes.

De ello deriva la necesidad de abordar una reforma de las líneas legales que han de configurar el instituto de la responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones de empresarios y trabajadores en materia de Seguridad Social, reforma que ha de tener como pilares fundamentales los siguientes principios:

Mantenimiento de las garantías del trabajador para acceder a la protección del Sistema de la Seguridad Social.

Una adecuada combinación del alcance y de las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de afiliación y/o de cotización por parte de las empresas, de manera que la aplicación del principio anterior no origine, de forma total o parcial, una exoneración de la responsabilidad.

La necesidad de preservar el equilibrio financiero del Sistema de la Seguridad Social”.

¹³ Detenidamente sobre la reforma de la Ley 24/2001 y su contexto, GALA DURÁN, C. “La problemática actual de la responsabilidad empresarial en orden al pago de prestaciones: perspectivas legal y jurisprudencial”, *Temas Laborales*, núm. 66, 2002 y PANIZO ROBLES, J.A., “Las últimas modificaciones en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Relaciones Laborales*, nº 2, 2002.

¹⁴ Por vía indirecta, podíamos decir, el Real Decreto Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, impacto sobre la materia que nos ocupa, el parámetro de referencia en la fijación del límite del anticipo de prestaciones. De esta forma y de conformidad con lo establecido en el artículo 3.2, la referencia al salario mínimo interprofesional (fijado en la reforma operada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre) fue sustituida por el indicador público de renta de efectos múltiples. Los límites referidos se encuentran recogidos en el vigente artículo 167.3 TRLGSS.

Igualmente por vía indirecta podríamos entender que el tema de responsabilidad empresarial quedaba incorporada en el Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo del año 2011 que sirvió para su renovación parlamentaria. La recomendación 10ª, reservada a la “lucha contra el fraude”, se establece una propuesta en los siguientes términos:

“La Comisión entiende, por último, que deben reforzarse los instrumentos y medios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como el régimen de sanciones a los empleadores que no cumplan con sus obligaciones frente a la Seguridad Social, para lo cual deben adecuarse los tipos penales, la regulación de la prescripción en

(...)

de la responsabilidad dejó de formar parte de las sucesivas renovaciones del Pacto de Toledo e, igualmente, de los diferentes acuerdos suscritos con los interlocutores sociales.

En definitiva y como ha destacado la doctrina, se ha producido “una especie de aceptación general del “statu quo”, que tan solo parece preocupar a la doctrina científica y al quehacer cotidiano de los órganos judiciales, en cuyas decisiones ya es “fórmula de estilo” la crítica y desesperanza ante la situación legal”¹⁵. Todo ello, sin olvidar, como ha puesto de manifiesto la doctrina, “a los sujetos afectados, que desconocedores –seguramente– de la situación legal ven –los trabajadores– como el sistema público les abandona a su propia suerte, y como –los empresarios, ciertamente incumplidores e incluso defraudadores– sienten la ira penalizadora del Sistema”¹⁶, sin que entre ambas situaciones exista proporcionalidad, ponderación e integración. Como ya hemos visto, ha sido la doctrina del Tribunal Supremo la que ha procurado extender los espacios de protección directa del trabajador –por todas, la Sentencia 17 de marzo de 2006 (Rec. 832/2005) que incorpora la jubilación a las situaciones de alta de pleno derecho recogidas en el artículo 166.4 del TRLGSS– y reconducir los espacios de imputación de la responsabilidad empresarial (Sentencia de 8 de mayo de 1997, Rec. 3824/1996) aplicando los principios de la responsabilidad por daños e incorporado criterios de moderación y proporcionalidad.

Finalmente, y con los antecedentes referidos, no parece que la renovación del Pacto de Toledo –que debió renovarse en el año 2016–, y que seguramente se producirá en el 2018, aborde el tema de la responsabilidad empresarial, en la medida en que muy probablemente su núcleo central irá referido a los temas vinculados a la viabilidad financiera del sistema. Con todo, y así lo ha afirmado la doctrina¹⁷ “las previsiones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2018”¹⁸ que dejan en la cuneta la reforma operada por la Ley 23/2013, plantea dudas sobre cómo el Pacto de Toledo intentará recomponer el necesario equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad”.

el caso de estructuras organizadas para la defraudación, el blanqueo de capitales, su ocultamiento en paraísos fiscales y otros delitos graves contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social.”

¹⁵ CARRILLO MÁRQUEZ, D., “Responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones. En el desasosiego y la esperanza”, en AA VV (Coordinador LÓPEZ-CHACARTEGUI), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, Edit. Bomarzo, Albacete, 2005.

¹⁶ TORTUERO PLAZA, J.L. “O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario” (El derecho del trabajador a las prestaciones vs. la conducta fraudulenta del empresario)... op. cit, pág. 44.

¹⁷ Con rotundidad, TORTUERO afirma que “La muy criticada reforma del 2013 que incorporó a nuestro sistema de pensiones un nuevo índice de revalorización y el factor de sostenibilidad, ha quedado en la cuneta ante el miedo político de sus consecuencias electorales. Lamentablemente retrocedemos en la historia y las pensiones vuelven a ser un instrumento electoralista cargado de irresponsabilidad, donde todo vale, incluso poner en serio riesgo la viabilidad financiera del sistema, al romper el necesario y buscado equilibrio entre suficiencia y sostenibilidad”. TORTUERO PLAZA, J.L. “De nuevo, el sistema de pensiones como arma electoralista”, *Revista Temas*, núm. 282/2018, pág. 23.

¹⁸ Los cambios que se incorporan a la Ley de Presupuestos 2018 son relevantes. Pasamos de aplicar una revalorización del 0,25 en aplicación de la Ley 23/2013 a un incremento general del 1,6 % y del 3% para las pensiones mínimas, con efectos de 1/2018. Igualmente se determina que para el 2019 el incremento será también del 1,6 %, salvo que hubiera acuerdo en la Comisión de seguimiento y evaluación del Pacto de Toledo, sobre un nuevo sistema de revalorización. Igualmente, y dentro del pacto por los presupuestos del 2018, se determina la suspensión de la aplicación del factor de sostenibilidad, también creado por la Ley 23/2013, que entraría en vigor en enero del 2019. Parece que habrá suspensión hasta el 2023, a expensas de lo que establezca la LPGE, y no derogación.

2. LOS DESAJUSTES EN EL MARCO REGULADOR DE LA REPOSABILIDAD EN EL SISTEMA ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR

Hemos venido denunciado la injustificada e inexplicable inactividad del legislador sobre la importantísima materia que nos ocupa. Sin embargo, de forma desconcertante, sin justificación explícita del legislador –tanto en la Ley como en el R.D. que analizaremos– y fuera de los contextos propios de referencia (Pacto de Toledo y Acuerdos con los interlocutores sociales)¹⁹ la cuestión de la responsabilidad en materia de prestaciones ha sido objeto de regulación especial y singular. La ordenación se centró tan solo en el régimen especial de Empleados de Hogar, hoy integrado en el régimen general como un sistema especial, siendo el objeto de regulación singular y parcial, al quedar vinculada al reconocimiento del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, aunque con ordenación jurídica completa, esto es, Ley reformadora y Real Decreto de desarrollo. Inaudito después de cuarenta y cuatro años de silencio legislativo.

La nueva ordenación está incorporada al vigente artículo 251.c) del TRLGSS y establece que: “con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167”.

2.1. Delimitación y encuadramiento de la reforma: los excesos de la norma reglamentaria

2.1.1. Los desajustes cronológicos entre la Ley y el Reglamento: derechos reconocidos y no ejercitables

El origen de la norma y lógicamente con idéntico texto, procede de la disposición final 3ª.9 de la Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para

¹⁹ La Exposición de Motivos del RD, silenciando cualquier referencia al tema de la “responsabilidad” utiliza como vía de conexión y justificación de la reforma, el histórico criterio de la homogeneización de los regímenes y su consideración por el Pacto de Toledo. Así se explicita que: Esta norma cabe enmarcarla en el proceso iniciado como consecuencia del denominado Pacto de Toledo de 1995, en su recomendación cuarta y sus posteriores actualizaciones en 2003 y 2011, que determinan un principio de homogeneización gradual de la regulación de los distintos regímenes especiales y una ampliación de las contingencias protegidas que debe culminar en una equiparación con la acción protectora del Régimen General. Desde esta perspectiva es de interés en trabajo de VICENTE PALACIO, A. “La simplificación de la estructura del Sistema de la Seguridad Social. El final diferido de un extenuante maratón todavía inacabado”, en *Revista Economía Española y Protección Social*, IV/2011, pág. 107-142. Sobre el proceso de convergencia de Regímenes de la Seguridad Social, vid. CABEZA PEREIRO, J.: “Convergencia entre regímenes de Seguridad Social”. *Temas Laborales*. 66/2002, LUJAN ALCARAZ, J. y SANCHEZ TRIGUERO, C.: “Los regímenes especiales de la Seguridad Social” AA.VV. (SEMPERE NAVARRO coord.) “El modelo social de la Constitución de 1978”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2003; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “La necesaria reestructuración y simplificación de los Regímenes Especiales. Nuevas perspectivas tras la firma del Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social”. *Tribuna Social*. Nº 131/ 2001; TORTUERO PLAZA, J. L. y PANIZO ROBLES, J. A.: “Estructura del sistema de la Seguridad Social. Convergencia entre Regímenes”. Fundación Alternativas. Serie *Documentos de Trabajo del Laboratorio*. Madrid. Junio. 2003 y, GARCIA MURCIA, J. “La estructura del sistema de Seguridad Social y su proyectada reforma”. *Foro de Seguridad Social*. Mayo 2007. Más recientemente, puede verse el trabajo de BARCELÓN COBEDO, S.: «El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto», en GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, 2011, págs. 352 y 356.

2011²⁰, que incorporó una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera a la LGSS, por la que extendía, con efectos de 1-1-2011, 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. Igualmente, en el número 3 de la referida norma se estableció que “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 de la LGSS”. Su desarrollo reglamentario está contenido en el artículo 4 del R.D. 1596/2011, de 4 de noviembre, que de conformidad con lo dispuesto en su disposición final quinta entró en vigor el día 1 de enero de 2012²¹.

Como decíamos, la Ley tan solo contiene un mandato de ordenación legal (Disp. 53 LGSS y hoy art. 251.c) TRLGSS) expreso y tajante, a saber, expulsar de la aplicación del régimen de responsabilidades regulado en el artículo 126 LGSS (hoy art.167 TRLGSS) al Régimen Especial (hoy Sistema Especial) para Empleados de hogar en lo referente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. La referida expulsión se produce con efectos de 1 de enero de 2011. El vacío legal propiciado queda a la espera de la ordenación derivada –reformas reglamentarias necesarias–, así como de la sustantiva del régimen de responsabilidades, que no se produce hasta la aprobación del R.D. 1596/2011, de 4 de noviembre, que entró en vigor el día 1 de enero de 2012²². La pregunta derivada es

²⁰ Ver al respecto, PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social al inicio de 2011 (comentarios a la Ley 39/2010, de Presupuestos Generales del Estado para 2011 y otras disposiciones legales de reciente promulgación)”. *RTSS. CEF*. Núm. 335. Febrero. 2011.

²¹ Estudios completos de la nueva ordenación pueden verse en, GARCIA NINET, J.I. *Empleados de hogar. Nueva normativa reguladora de su régimen jurídico de Seguridad Social*. Atelier libros Jurídicos (2012). RUANO ALBERTOS, S. *El Régimen Jurídico de los empleados de hogar*, Atelier Libros Jurídicos, colección Atelier Laboral (2013). Con distintos enfoques, son de interés los trabajos de PANIZO ROBLES, J.A. “La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un Sistema Especial en la estructura del Sistema de la Seguridad Social”, *RTSS, CEF*, nº. 346, Enero 2011, FERNÁNDEZ ORRICO, F. “Primer intento de mejora en la gestión del sistema especial para empleados de hogar por RDL 29/2012, de 28 de diciembre”, *Revista de Justicia Laboral* núm. 53/2013; SELMA PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *Actualidad Laboral*, nº 2, 2012; BLASCO RASERO, C. “El sistema especial de empleados de hogar y el proceso de homogeneización”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 4/2013; MIÑARRO GANINI, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Edit. Rius, 2013. RODRIGUEZ CARDO, I.A. “El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una revolución inconclusa”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 158, 2013; BARCELÓN COBEDO, S.: «El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto», op.cit.; VELA DIAZ, R. “De la Ley 27/2011 al DR-Ley 29/2012 de Mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar: la nueva frontera entre las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *Rev. Temas Laborales* núm. 121/201, págs. 125-150 y *El nuevo Régimen de las personas Empleadas de Hogar. Aspectos laborales y de Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2012, pág. 115 y ss.; MUÑOZ MOLINA, J. “Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados de hogar”, *Relaciones Laborales*, nº 4, Abril 2013, pag. 87; GALA DURÁN, C. “La protección en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012”. En AA.VV., *Relaciones laborales y empleados del hogar. Reflexiones críticas*, Dykinson, Madrid, 2014; QUESADA SEGURA, R. “El Sistema Especial de Seguridad Social de personas empleadas de hogar, una reflexión crítica”, en AAVV. *Estudios sobre seguridad social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*. 2017, págs. 957-978.

²² De conformidad con la disp. final 5ª del Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar (BOE 2-12-2011), entrará en vigor el día primero del mes siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

clara, ¿cuál fue la ordenación aplicable en el periodo transcurrido entre la Ley y el Reglamento, esto es, entre el 1-I-2011 y el 1-I-2012. La respuesta, aunque resulte increíble, es que no existió normativa aplicable a las nuevas contingencias reconocidas, y ello, a pesar de que era conocida la inaplicación directa de la Ley, como bien reconoce la exposición de motivos del R.D. citado explicitando que "... al objeto de hacer plenamente efectiva la nueva extensión de la acción protectora de las personas incluidas en el aludido Régimen Especial de Empleados de Hogar, se hace preciso proceder tanto a la adaptación de los Reglamentos generales sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, y sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, aprobados, respectivamente, por los Reales Decretos 84/1996, de 26 de enero, y 2064/1995, de 22 de diciembre". En definitiva, era necesario realizar toda una adaptación de los elementos de relación jurídica y cotización vinculados a la extensión de las contingencias profesionales²³. El resultado del retraso injustificado de la norma reglamentaria fue que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales reconocidos por Ley y producidos durante el periodo 1-I-2011 a 1-I-2012, serían calificados como contingencias comunes en aplicación del viejo Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regulaba el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar²⁴. La conclusión no es baladí, ya que las trabajadoras²⁵ incluidas en el régimen tenían reconocido por Ley la protección por riesgos profesionales y, sin embargo, los siniestros producidos se calificarían como comunes con una minoración del nivel de protección. Igualmente los titulares del hogar familiar continuaron durante este periodo asumiendo la responsabilidad de las prestaciones en los casos de incumplimientos de sus obligaciones en materia de seguridad social.

²³ La cuestión fue subrayada por la doctrina, así BLASCO RASERO afirma que "En este aspecto y aunque, según se señala en la misma DA, la ampliación de la cobertura del REEH a los riesgos profesionales habría de entrar en vigor el 1 de enero de 2011, no se ha hecho efectiva hasta un año después, en tanto que el Real Decreto 1596/2011, de 14 de noviembre, de desarrollo de la DA 53ª de la LGSS, por el que se tenían que hacer las adaptaciones necesarias en los Reglamentos generales de afiliación, altas, bajas y variaciones de datos a la Seguridad Social, y, sobre cotización y liquidación de otros derechos del Sistema, entró en vigor el 1 de enero de 2012 (según se indica en la DF 5ª del mismo RD)" BLASCO RASERO, C. . El sistema especial de empleados de hogar y el proceso de homogeneización...op. cit., En este sentido, también, BARCELÓN COBEDO, S.: «La relación laboral del hogar familiar tras el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre. Con una breve aclaración sobre la protección social», *Aranzadi Social*, nº 1, 2012, págs. 43 y 44. (BIB 2012, 512).

²⁴ "Un análisis del Régimen Especial del Servicio Doméstico (denominación posteriormente sustituida por la de Régimen Especial de Empleados de Hogar)" en BLASCO LAHOZ, J.F.: "*Regímenes Especiales de la Seguridad Social*". Tirant lo Blanch 2004; GALA VALLEJO, C.: "*Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar*", 2ª ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 2004; GORELLI HERNANDEZ, J.: "*Régimen Especial de Empleadas de Hogar*", en AA.VV. *Sistema de Seguridad Social*, Tecnos. 9ª ed. Madrid. 2007; LUJAN ALCARAZ, J.: *El régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar*, Aranzadi. Pamplona, 2000; TORTUERO PLAZA, J. L. y PANIZO ROBLES, J.A.: "Estructura del sistema de la Seguridad Social. Convergencia entre Regímenes" Fundación Alternativas. Serie *Documentos de Trabajo del Laboratorio*. Madrid. Junio. 2003 o VAL TENA, A.: "El Régimen Especial de seguridad Social de los empleados de hogar". *Tribuna Social*. Nº 207. Marzo 2008; SELMA PENALVA, A.: "La reforma del Régimen Especial de Seguridad Social de empleados de hogar". *Foro de Seguridad Social*. Mayo 2008.

²⁵ Utilizamos el término femenino en la medida en que los incluidos en el régimen (Sistema especial) son en su inmensa mayoría mujeres. En efecto en mayo de 2018 de un total 417.753 afiliados, son mujeres 398.585 (95%) y hombres 19.156 (0,5%).

2.1.2. Efectos derivados de la elevación de rango de la norma reguladora y la dudosa legalidad de la ordenación

Conviene comenzar con alguna reflexión sobre el rango legal de la norma ordenadora y los efectos derivados. El régimen especial de Empleados de Hogar era de ordenación reglamentaria, según los términos del artículo 10 de los sucesivos Textos Refundidos, lo que en principio quiere decir que la reforma operada por la Ley 39/2010 podría haberse realizado por norma reglamentaria. No obstante, el legislador quiso elevar el rango de la ordenación e incorporarla a la LGSS, posiblemente para excluir la aplicación del artículo 126 LGSS (hoy 167) y ante la ya diseñada futura integración en el Régimen general. La opción legislativa no tiene efectos neutros, como veremos. No obstante, el tema es complejo y plantea no pocos interrogantes, que se hubieran reconducido con una ordenación más detallada. Sobre todo porque inmediatamente después la Ley 27/2011, de 1 de agosto, dispuso que con efectos 1-1-2012, el Régimen Especial de Empleados de Hogar quedaría integrado en el Régimen General²⁶ –reabriendo una tendencia consolidada²⁷ y prevista en los Pactos de Toledo–

²⁶ Entre el año 2011 y 2012 la afiliación se incrementó de 296.949 personas a 414.453. El proceso implicó aflorar empleo sumergido, pero también, y debido a la obligación de cotizar desde la primera hora de trabajo (en el Régimen Especial, no había obligación de alta ni cotización por un trabajo inferior a 72 horas mensuales) la afiliación, alta y cotización de relaciones laborales que hasta ese momento no se consideraban como tales.

El incremento de afiliación, por nacionalidades, fue principalmente de mujeres de nacionalidad española, 116.943 (un 42'3% más); en el caso de las mujeres nacionales de terceros países, el incremento fue del 16'9% (24.117 mujeres afiliadas más que en 2011) y las nacionales de la Unión Europea con un aumento del 83'9% pasaron de 22.958 afiliadas a 42.228 en 2012. La entrada en vigor de la nueva regulación cambió la tendencia de que las mujeres extranjeras supusieran más del 50% de la afiliación al Sistema Especial, y su número en términos absolutos va descendiendo cada año. Una de las explicaciones, el ya comentado acceso a la nacionalidad española y que, como consecuencia de la crisis económica y el desempleo, el trabajo doméstico haya actuado como sector refugio para mujeres de todas las nacionalidades que se han quedado desempleadas, que acceden al mercado laboral por primera vez o que se reincorporan al mismo. La crisis, también tiene reflejo en el gasto de los hogares: el gasto dedicado a salario ha ido disminuyendo progresivamente desde el año 2006, pero especialmente en el cambio del 2011 al 2012 mientras que desde el 2012 el gasto dedicado a la seguridad social del personal doméstico, duplica el gasto en este concepto en el año 2011.

Los datos del 2016 son los siguientes: total afiliados 426.765. de los cuales son mujeres 405.959, siendo españolas 230.272 (56,7 % sobre el total de mujeres). Total de mujeres extranjeras es de 175.687, de las cuales son mujeres UE 48.389 y 3º Estados 127.298. La cifra de afiliados mayor de la serie se sitúa en abril de 2017, alcanzado los 429,3, reduciéndose en mayo de 2018^a un total de 417.753 afiliados.

Desde otra perspectiva que aproximaría el volumen de trabajo irregular, la cifra aumenta hasta las 617.400 personas que aseguraban estar ocupadas en actividades del hogar como personal doméstico, según la Encuesta de Población Activa (EPA) relativa al segundo trimestre del año. En su mayor parte (541.300) eran mujeres.

Los datos han sido tomados de: UGT. Trabajo doméstico en España: Hogar y cuidados. <http://www.ugt.es/Publicaciones/Informe%20convenio%20189%20sexto%20aniversario.pdf>

Los datos actuales han sido tomados de:

http://www.seg-social.es/Internet_1/Estadistica/Est/AfiliacionAltaTrabajadores/AfiliacionesAltaLaboral/Afiliacion_ultimo_d_a_del_mes/Afiliados_ultimo_d_a_del_mes_por_CC.AA._y_provincias._

²⁷ Así lo recoge a modo de síntesis PANIZO ROBLES al afirmar que “El ejercicio 2012 se inicia, respecto de la estructura del sistema Seguridad Social, con la integración de dos Regímenes Especiales en el Régimen General. El primero afecta a los trabajadores agrarios por cuenta ajena, que venían incorporados en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social y que han pasado a integrarse en el Régimen General, de acuerdo con lo previsto en la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, por la que se procede a la integración del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social en el Régimen General de la Seguridad Social. El segundo incide en las personas que prestan servicios en el hogar familiar y que estaban incorporados en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, las cuales, a partir del 1º de enero de 2012, pasan también a formar parte del Régimen General. Con este paso, se culmina un proceso de simplificación de la estructura de la Seguridad Social que, si bien con antecedentes previos, va tomar un impulso a partir de 1985 (con la integración de seis Regímenes Especiales), 1993 (con la integración en el Régimen General del Régimen Especial de Funcionarios de la Administración

(...)

mediante el establecimiento de un Sistema Especial para dicho colectivo de trabajadoras, con el alcance indicado en dicha disposición donde se vuelve a recoger la no aplicación del artículo 126 (hoy 167) sin ninguna delimitación de contenido sustitutorio.

La norma reguladora contiene a su vez una carta en blanco otorgada por la inaplicación del artículo 126 de la LGSS (hoy 16 TRLGSS). En efecto, la expulsión en la aplicación, unida a la ausencia de cualquier pauta de ordenación, pretendía de forma clara y rotunda permitir al reglamento crear un régimen jurídico *ex novo*, como así lo hizo.

La afirmación realizada y derivada de la ordenación legal, es en sí misma inaudita, dado el carácter de la materia, su tradicional regulación en la Ley y su vinculación con los artículos 41 y 53 CE. Este déficit de rango legal podría haber sido subsanado en la Ley 27/2011 que determinó la integración en el Régimen General, con las singularidades correspondientes y que además es cronológicamente anterior al R.D. 1596/2011. Como hemos visto, no fue así.

Las afirmaciones hechas no solo constituyen una crítica en términos de legalidad, sino que obliga, al menos en nuestra interpretación, a realizar una valoración restrictiva del R.D. en la medida de vincular su contenido de manera exclusiva a las materias singularizadas en la Ley

En efecto, el artículo 4 del R.D. 1596/2011 estableció que: "... cuando el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán las prestaciones económicas derivadas de contingencias profesionales que le correspondan a éste, con independencia de la exigencia de responsabilidad al titular del hogar familiar en cuanto al pago de la cotización y de las sanciones que se deriven en virtud de lo establecido en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto".

El giro en la ordenación jurídica de los efectos del incumplimiento empresarial en materia de afiliación, alta y cotización, es radical hasta el punto que la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones derivadas de contingencias profesionales desaparece. De esta forma, los incumplimientos empresariales traen como consecuencia el mantenimiento (puesto que ya existían) de la correspondiente sanción administrativa vinculada a la gravedad de la infracción en los términos de la LISOS y de las cotizaciones exigibles. Consecuencia adicional es la ruptura con la vieja crítica de posible vulneración del

Local), 2008 (integración en el Régimen de Autónomos de los trabajadores agrarios por cuenta propia) o 2010 (integración en el Régimen General del Régimen de Clases Pasivas del Estado, en lo que se refiere a los funcionarios que inicien la relación de servicios desde el 1º de enero de 2011). PANIZO ROBLES, J. A. "La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social", *Revista de trabajo y seguridad social (CEF)*, núm. 346, 2011, pág.5.

Como bien destaca BARCELÓN, "este acercamiento al RGSS dentro del sistema público de tutela obedece a la doble opción legislativa por, en primer lugar, acortar las diferencias existentes entre los distintos Regímenes que lo integran, tomando como referente al RGSS; y por, en segundo lugar, simplificar la actual estructura del Sistema de Seguridad Social mediante la reducción gradual del número de los regímenes especiales que existen actualmente". BARCELÓN COBEDO, S.: «La relación laboral del hogar familiar tras el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre», op. cit. págs. 46.

principio *non bis in idem* que, como vimos, fue utilizado por el voto particular de la STS 1-II-2000 (Rec. 619/1999) para plantear la posible inconstitucionalidad del sistema de responsabilidades empresariales en materia de prestaciones por infracción del artículo 25 CE.

La crítica sobre la técnica jurídica utilizada parece razonable y plantea serias dudas de legalidad que se hubieran evitado si cualquiera de las Leyes implicadas en la ordenación hubiera asumido el contenido del R.D. o, al menos, hubieran fijado las pautas de ordenación con una habilitación expresa –y no genérica respecto de todas las peculiaridades– al desarrollo reglamentario.

2.1.3. Los vicios del Reglamento: exclusiones *contra legem* y sus efectos

Siguiendo el criterio anunciado de interpretación restrictiva del R.D. impuesto por las estipulaciones de la Ley, en el sentido de que la delegación reglamentaria genérica va referida única y exclusivamente a las materias singularizadas en la Ley –y no es por tanto una carta en blanco para subsanar lo no previsto–, procederemos a identificar aquellas materias incorporadas *ex novo* en el R.D., así como a justificar su carácter *contra legem*.

La regla general que reconoce el derecho directo a la protección tiene como excepción los supuestos de incumplimiento de las obligaciones en materia de afiliación y/o alta, cuando el obligado a solicitarlas es la propia trabajadora, de forma que el referido incumplimiento impedirá el acceso a las prestaciones (art. 4.3 RD 1596/2011). La regla desprotectora incorpora una singularidad no prevista en la Ley, convirtiendo a la norma reglamentaria en un precepto “*contra legem*”²⁸. Podría pensarse que la norma se apoya en las “obligaciones de la empleada” con asimilación al trabajador autónomo²⁹. Sin embargo, en el supuesto de empleadas de hogar con obligaciones propias –quienes presten sus servicios durante menos de 60 horas mensuales por empleador–, éstas no se desvinculan de los empleadores, al exigirse el “necesario acuerdo”. De igual manera los actos de encuadramiento también deberán ir firmados, en todo caso, por sus empleadores³⁰. Finalmente, si bien la responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar al Sistema Especial para Empleados de Hogar en estos supuestos corresponderá a la propia empleada, son responsables subsidiarios el empleador o empleadores, salvo que éstos acrediten la entrega

²⁸ Como así lo mantiene RODRIGUEZ INIESTA al advertir que “el apartado tercero de la disposición adicional 53ª de la Ley es claro y terminante y si allí se dijo que no había aplicación del artículo 126 de la Ley ante contingencias profesionales, no parece que la norma reglamentaria pueda ir más lejos y atribuir responsabilidades donde la ley no las alcance”. Y continúa firmando “que este criterio incluso lo apoya en las previsiones de otra norma con rango de ley y cuya vigencia es posterior... Se trata de la disposición adicional 39 de la ley 27/2011... Que insiste en la no aplicación para las contingencias profesionales del régimen de responsabilidades prevista en el artículo 126 de la LGSS”, RODRIGUEZ INIESTA, G. “Ante incumplimientos empresariales del empleador doméstico (afiliación, alta y cotización) ¿cabe exigirle responsabilidad prestacional por contingencias profesionales?”, en AAVV. *La responsabilidad del Empresario*, Murcia, Ediciones Laborum, 2012, pág. 147.

²⁹ Sobre esta asimilación de los empleados de hogar, en ciertos aspectos, a los trabajadores autónomos, véase, entre otros: BARCELÓN COBEDO, S.: «El proceso de integración y homogeneización de los Regímenes Especiales. Análisis de los cambios introducidos por la Ley 27/2011, de 2 de agosto», op.cit. págs. 352 y 356.

³⁰ Art. 43 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, redactado por el número cuatro del artículo 2 del R.D.-Ley 29/2012, 28 diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social («B.O.E.» 31 diciembre), con efectos desde 1 de abril de 2013

de sus aportaciones y cuotas por cualquier medio admitido en derecho (art. 34 bis del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social).

Dada la presencia del empleador y su participación activa (acuerdo con la empleada, firma de los actos de encuadramiento y responsable subsidiario de la cotización), no cabe duda que el posible incumplimiento de las obligaciones por parte de la empleada, trae su causa, bien en una imposición del empleador, bien con su connivencia, o bien en una falta de la diligencia debida. La vinculación descrita entre empleador y empleada, así como la presencia de aquél con carácter obligatorio en los trámites de encuadramiento, rompen la posible asimilación con el trabajador autónomo³¹ y refuerzan la extralimitación de la norma reglamentaria.

Igualmente advierte la norma reglamentaria que “no será de aplicación a los empleados de hogar el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la LGSS” (art.164 TRLGSS), como precisa el artículo 3.2 del RD 1596/2011.

Nuevamente, el precepto reglamentario plantea dudas sobre su legalidad. La Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011, elevó el rango de ordenación al incorporar su contenido en una nueva disposición adicional 53 de la LGSS, donde se especificaron las singularidades de ordenación, especialmente y con carácter único, como hemos visto, la no aplicación del régimen de responsabilidades regulado en el artículo 126 de la LGSS. La referencia contenida en el párrafo segundo del número 1 de la referida disposición adicional – “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”–, no parece que permita a la norma reglamentaria incorporar una nueva exclusión de la importancia del “recargo” establecido en la Ley. Lo razonable y técnicamente correcto hubiera sido que la no aplicación se hubiera incorporado en la Ley, dada la singular vinculación entre los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, los incumplimientos del empleador en las medidas de prevención de riesgos laborales y el recargo de prestaciones. Materia esta ajena a la responsabilidad empresarial por incumplimientos de las obligaciones sobre relación jurídica y cotización y, por tanto, merecedora de mención especial por la Ley. Tampoco la Ley 27/2011, de 1 de agosto, que integra el Régimen Especial en el General, con identificación de las peculiaridades, menciona la inaplicación del “recargo de prestaciones”. Y finalmente, tampoco lo hace el vigente artículo 251 del TRLGSS que de forma taxativa establece que “los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en este

³¹ La asimilación al trabajador autónomo tiene su reflejo en el propios art. 4.3 del RD al determinar que “(...) si el empleado de hogar ha cumplido tales obligaciones pero no se halla al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos”.

Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades:...", donde no está la inaplicación del recargo³².

En definitiva, entendemos que desde una perspectiva técnico-jurídica la "no aplicación a las empleadas de hogar del recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional por falta de medidas de prevención de riesgos laborales, a que se refiere el artículo 123 de la LGSS" contenida en el artículo 3.2 del RD 1596/2011, es *contra legem*.

Sin perjuicio de la afirmación realizada, la exclusión en la Ley –y no en el Reglamento– podía tener elementos de justificación formal, no siempre pacíficos como veremos. En este sentido, habría que hacer referencia a normas claves. Por un lado, el artículo 3.4 de la ley 31/ 1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, al establecer que "la presente ley tampoco será de aplicación a las relaciones laborales de carácter especial del servicio del hogar familiar". No obstante lo anterior, el titular del hogar familiar está obligado a cuidar que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene". El mandato de la Ley tiene su reflejo en el artículo 7.2 del R.D. 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, que dispone en términos genéricos que "el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico"³³. La ordenación no ha escapado a la crítica doctrinal, señalando que "una de las deficiencias más relevantes del R.D. referido es el deficiente tratamiento de los deberes y responsabilidades en materia

³² Artículo 251 Acción protectora. Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en este Régimen General de la Seguridad Social, con las siguientes peculiaridades:

- a) El subsidio por incapacidad temporal, en caso de enfermedad común o accidente no laboral, se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive.
- b) El pago de subsidio por incapacidad temporal causado por los trabajadores incluidos en este sistema especial se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo.
- c) Con respecto a las contingencias profesionales del Sistema Especial para Empleados de Hogar, no será de aplicación el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones regulado en el artículo 167.
- d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.

³³ Aplicado la normativa precedente contenida en el art. 13 del RD 1424/1985, la STSJ de Baleares 1281/2005, de 2-11-2005, afirmaba que: "Tratándose de la relación especial del servicio del hogar familiar la deuda de seguridad no tiene el alcance previsto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre (RCL 1995, 3053), de Prevención de Riesgos Laborales, en cuyo art. 3.4 se excluye de su ámbito de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no pudiendo exigirse al cabeza de familia, que emplea en su propio hogar y sin ánimo de lucro, el conjunto de obligaciones establecidas en la mencionada norma para los empresarios en general, ni exigirse la deuda de seguridad con la amplitud que establece dicha normativa. Así, aunque el art.13 del RD 1424/85 obliga al cabeza de familia a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, esta obligación no tiene el alcance previsto en los arts. 14 y 15 LPRL, en los que ordena al empresario la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud, debiendo preverse incluso las distracciones e imprudencias no temerarias del trabajador".

de prevención de riesgos laborales...”³⁴, al resultar los deberes del empleador de absoluta vaguedad y lo contradictorio que resulta con las notas de claridad y concreción...”³⁵. Si bien la mejora en la ordenación jurídica es notable, la singularidad de los términos y espacios –exclusivos y excluyentes– en que se produce la prestación de servicios, no termina de encontrar una fórmula de garantía adecuada y proporcional.

Posiblemente, la no aplicación de la Ley 31/1995 habría permitido la incorporación al TRLGSS (art. 251) de la inaplicación del recargo³⁶.

Por otro lado y en la medida en que normalmente la actividad de la empleada se desarrolla en el hogar familiar del titular, el artículo 13 de Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, establece que entre las facultades de los inspectores de Trabajo y Seguridad Social, en su condición de autoridad pública y para el desempeño de sus competencias, está “...entrar libremente en cualquier momento y sin previo aviso en todo centro de trabajo, establecimiento o lugar sujeto a inspección y a permanecer en el mismo”. Pero al mismo tiempo advierte que “...si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de una persona física, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial”, en armonía con la inviolabilidad del domicilio reconocida en el artículo 18.2 CE.

No cabe duda de que la actividad laboral de la empleada en el hogar constituye un factor de riesgo generador de siniestralidad³⁷ e igualmente es merecedora de una adecuada política de seguridad y salud en el trabajo, no siendo causas suficientes para su minimización las singularidades del empleador y del lugar de ejecución³⁸ como bien advierte la OIT³⁹.

³⁴ Sobre esta relación laboral, como obra clásica es obligada la referencia a QUESADA SEGURA, R. *El contrato de servicio doméstico*, Wolters Kluwer, 1991. Para la ordenación actual pueden verse entre otros los trabajos de LLANO SANCHEZ, M. “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”, en *Actualidad Laboral* número 6/2012 y DESDENTADO DAROCA, E. “Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España”, *Investigaciones Feministas* Vol. 7 Núm. 1 (2016) 129-148 <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/viewFile/52060/48750> ;

PANIZO ROBLES, J. A. “La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (CEF)*, núm. 346, 2011, op. cit.; MIÑARO SANCHEZ, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar*...op. cit.; RUANO ALBERTOS, S. *El Régimen Jurídico de los empleados de hogar*, op. cit; BARCELÓN COBEDO, S. La relación laboral del servicio del hogar familiar...op. cit; LOPEZ GANDIA J. y TOSCANI GIMENEZ, D. *El nuevo régimen laboral y de la Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar*, Albacete, edit. BOMARZO, 2012.

³⁵ MIÑARRO YANINI, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar*...op. cit, pag.41

³⁶ En el supuesto de que la ley delegante, como es el caso, autorice al gobierno para “regular, aclarar o armonizar” los textos a refundir, no cabe duda, como ha afirmado el TCO, que esta función “le habilita [al Gobierno] para llevar a cabo una depuración técnica de los textos legales a refundir, aclarando y armonizando preceptos y eliminando discordancias y antinomias detectadas en la regulación precedente, para lograr así que el texto refundido resulte coherente y sistemático” (STC 166/2007, de 4 de julio), respetando las exigencias del artículo 82 CE. En este orden y por la vía de la inaplicación de la Ley de Prevención, hubiera permitido incorporar al TRLGSS (art. 251) la no aplicación del recargo.

³⁷ Véase al respecto los sucesivos informes DADO (Detección de Accidentes Domésticos y de Ocio), elaborado por el Instituto Nacional de Consumo.

³⁸ Por ello, se señalaba que la desprotección de las personas que prestaban servicios en el hogar familiar era debida, de una parte, al mantenimiento de un sistema de cobertura de los riesgos sociales que había perdido su razón de ser, y, de otra, a las dificultades existentes en el control sobre el cumplimiento de las normas laborales y de Seguridad Social (al desarrollarse los servicios en un ámbito –el hogar familiar– sobre los que operan los (...)

Sin perjuicio de lo anterior, entendemos que debió ser la Ley y no el Reglamento, el vehículo jurídico que determinara la inaplicación del recargo de prestaciones regulado en el artículo 164 TRLGSS, de lo que deriva la calificación de *contra legem* del artículo 3.2 del R.D. 1596/2011.

Una última reflexión globalizadora que permite apreciar como la sucesión normativa sobre la materia no deja de plantear interrogantes. Sin perjuicio de entender que la exclusión del recargo en el artículo 3.2 del RD 1596/2011 es *contra legem* por constituir una materia reservada a la Ley y no al reglamento y, también sin perjuicio de entender que existían razones para su exclusión, la sucesión normativa plantea problemas de aplicación. Como vimos, la exclusión del recargo es silenciada –además de en la norma de origen– por la Ley 27/2011, ordenadora de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General mediante la creación de un Sistema especial, que identifica las peculiaridades de la integración. Finalmente, tampoco la exclusión del recargo aparece en el artículo 251 del vigente TRLGSS, donde nuevamente se identifican las peculiaridades de ordenación. La conclusión es que la norma aplicable es el referido artículo 251 y como norma de desarrollo estará vigente el R.D. 1596/2011, en lo que no se oponga a la Ley.

Si entendíamos que la exclusión del recargo en el R.D. 1596/2011 era *contra legem* y además entendemos que su ordenación se opone a las previsiones del artículo 251 del TRLGSS, la conclusión lógica sería que el recargo de prestaciones previsto en el artículo 164 de la referida norma es plenamente aplicable al Sistema Especial de Empleados de Hogar.

La conclusión referida nos conduce a otro espacio de delimitación. En efecto, el recargo es aplicable cuando el accidente de trabajo o la enfermedad profesional se actualizan como consecuencia del incumplimiento –infracciones– de las medidas de prevención de riesgos laborales y salud laboral. Sin embargo, como también vimos, la Ley 31/1995, excluye de su aplicación “las relaciones laborales de carácter especial del servicio del hogar familiar”. En definitiva, el espacio de obligaciones/incumplimientos/infracciones se situaría en los genéricos términos de los artículos 3.4 de la Ley 31/1995 y 7.2 del R.D. 1620/2011, que establecen que “el empleador está obligado a cuidar de que el trabajo del empleado de hogar se realice en las debidas condiciones de seguridad y salud, para lo cual adoptará medidas eficaces, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo

derechos constitucionales de intimidad personal y familiar y de inviolabilidad del domicilio), con las dificultades para garantizar que la cobertura social fuese efectiva. Vid. SELMA PENALVA, A. “*La reforma del régimen especial...*” op. cit. El mismo autor se ha referido, en un trabajo posterior, “...a las dificultades que pueden tener los órganos del Estado para comprobar la efectividad de unos servicios que se prestan dentro de domicilios particulares y, frente a esas dificultades, las posibilidades de fraude y de mantenimiento o incluso proliferación de situaciones de economía sumergida (al respecto, véase, por ejemplo: SELMA PENALVA, A.: «Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogar y su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas», *Actualidad Laboral*, nº 2, 2012, págs. 160 y 161).

³⁹ A este respecto ver Convenio OIT 189 de 2011 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, así como el Informe IV Trabajo decente para los trabajadores domésticos. Conferencia internacional del Trabajo, 99ª reunión 2010. Su contenido y análisis en los términos del texto es utilizado acertadamente como instrumento de integración por RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar...op. cit.*, págs., 93-94. Igualmente, como bien subraya RUANO, la Recomendación número 201 de la OIT, señala la posibilidad de considerar las condiciones a establecer por los Ministros bajo las cuales los inspectores estarían autorizados a entrar en los lugares en los que se realice el trabajo, con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones aplicables al trabajo doméstico, pero siempre con el debido respeto a la privacidad del hogar, pág.129.

doméstico”. La amplitud, generalidad y falta de concreción de las obligaciones referidas dificultan la aplicación del recargo, que por su construcción jurídica exige espacios de identificación indubitada. Por tanto, la inseguridad jurídica es absoluta.

De las reflexiones anteriores habría que concluir en la necesidad de incorporar la exclusión del recargo en el artículo 251 del TRLGSS.

Parece instalarse como costumbre, que la Ley cumpla las funciones de reglamento y que los reglamentos cumplan las funciones de la Ley, esto es, incorporen materias no recogidas en la Ley y que exigen el rango adecuado. En ocasiones, el reglamento busca enlaces competenciales en la ley, aunque no siempre adecuados y suficientes; en otras, suponemos que a sabiendas de su falta de competencia, ni siquiera se articula el enlace. En definitiva se trata de lo que podíamos denominar “una invasión de competencias descendente y ascendente”, si bien como es obvio adquiere relevancia jurídica la invasión ascendente, que incorpora una tacha de ilegalidad. En definitiva, en materia de seguridad social, cada vez es más frecuente el “*totum revolutum* competencial”⁴⁰.

2.2. Ámbito de aplicación y efectos derivados de la inaplicación del sistema general de responsabilidades empresariales

La terminología utilizada por las distintas normas que han intervenido en la configuración e integración del régimen especial, exige realizar algunas consideraciones sobre el ámbito de aplicación de la inaplicación de régimen general de responsabilidades, así como sus efectos.

En efecto, sea cual sea el incumplimiento empresarial (por tanto, todos), la trabajadora tiene un derecho directo frente a la entidad gestora en orden al reconocimiento y pago de las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, esto es, subsidios por incapacidad temporal y prestaciones e indemnizaciones por incapacidad permanente y muerte y supervivencia; prestaciones por contingencias profesionales que se unen a las ya existentes de riesgo durante el embarazo y la lactancia (Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, art.1). Lo referido exige una matización importante.

⁴⁰ Así lo puse de manifiesto, referido a la incapacidad temporal en MORENO ROMERO, F. *Claroscuros de las normas modernizadoras de la gestión y control de la incapacidad temporal*, ponencia presentada al XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI – UFS (Brasil, 2015), pág. 42 <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/n99xp553/Ow9ym7WLSu521uP2.pdf>

Con valoración similar, GOMEZ GORDILLO afirma que “con demasiada frecuencia, la Seguridad Social resulta terreno fértil para el desorden normativo, que aporta a los operadores jurídicos, a los afiliados y a los beneficiarios de prestaciones un espacio de inseguridad jurídica que no responde a la sistemática exigible a un marco normativo de tanta relevancia y que contradice paradójicamente su propia denominación como sistema jurídico de «Seguridad» Social. Cuando a los típicos problemas de sucesión normativa se adiciona una actividad normativa reglamentaria poco escrupulosa con el respeto de los márgenes de actuación reconocidos al poder ejecutivo en el desarrollo y ejecución de la normativa legal o, lo que resulta aún más grave, la imposición de obligaciones no previstas en las normas mediante la elaboración de disposiciones administrativas carentes de naturaleza normativa elaboradas por órganos sin potestad reglamentaria, la materialización de derechos que afectan a colectivos necesitados de la protección del Sistema se produce en un entorno de arbitrariedad que repugna al Estado de Derecho”. GOMEZ GORDILLO, R. “Responsabilidad del INSS en el pago de las prestaciones por muerte y supervivencia derivadas de enfermedad profesional Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias núm. 501/2012 de 17 febrero (AS 2012, 651)”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 10/2013.

Aunque el R.D. 1596/2011, refiere básicamente a la ordenación del impacto producido por la incorporación al ámbito de protección del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, cuando ordena el régimen aplicable a los casos de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, utiliza la expresión “contingencias profesionales” – y no accidente de trabajo y la enfermedad profesional–, lo que quiere decir que en la nueva ordenación quedan integradas las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, que así son calificadas por los artículos 186 y 189 del TRLGSS, al determinar que “tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales”. En definitiva, la delimitación de todas las contingencias integradas en la nueva ordenación, alcanza a todas las de carácter profesional. Otra interpretación –qué sería posible dada la deficiente técnica legislativa⁴¹– nos llevaría al absurdo de aplicar distintos regímenes dependiendo de si la contingencia profesional es accidente de trabajo y enfermedad profesional, o es riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Sin perjuicio del análisis que realizaremos en el epígrafe siguiente, caben anticipar ciertos efectos derivados del nuevo régimen de responsabilidades por contingencias profesionales, así como la identificación de ciertos desajustes de ordenación.

Uno de los efectos derivados de la no aplicación del régimen común de responsabilidades del empresario en materia de prestaciones, alcanza a la cuantía de la prestación. En efecto, con la aplicación del régimen común, en los supuestos de automaticidad que llevan implícito el anticipo de prestaciones, el anticipo, en ningún caso, podrá exceder de la cantidad equivalente a dos veces y media el importe del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en el momento del hecho causante (art. 167.3 TRLGSS). Por el contrario, la nueva ordenación para las contingencias profesionales establece que en los supuestos en que el titular del hogar familiar haya incumplido las obligaciones de afiliación, alta o cotización del empleado de hogar, se reconocerán “las prestaciones económicas que le correspondan a éste” (art. 4.2 RD 1596/2011). La diferencia en la ordenación implica que ahora en las contingencias profesionales se reconocerá la prestación que corresponda aplicando la normativa de cada prestación, sin someter la cuantía a ningún límite, ya que al ser inaplicable el artículo 167, desaparece en su estructura organizativa la técnica del anticipo. Sin duda constituye un beneficio para la trabajadora, cuya aplicación le afecta en exclusividad –como el propio régimen de responsabilidades– respecto de la totalidad de los trabajadores por cuenta ajena del sistema. Por tanto y a pesar del carácter omnicompreensivo del límite del anticipo con la consiguiente subrogación en los derechos y acciones, decae en su aplicación en los supuestos de responsabilidad directa y

⁴¹ Decía en el texto que otra interpretación era posible aunque absurda, dada la deficiente técnica jurídica empleada por las normas. Veamos el *iter* en la ordenación. Ley 39/2010, de 22 diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2011, incorporó una nueva disposición adicional, la quincuagésima tercera a la LGSS, por la que extendía, con efectos 1-1-2011, la acción protectora por “accidentes de trabajo y enfermedades profesionales” a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de Empleados de Hogar. Por su parte, la disp. ad.53.3, establece que “con respecto a las contingencias a que se refiere la presente disposición – las únicas mencionadas son accidentes de trabajo y enfermedades profesionales-, 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”. Este sería el origen de la confusión (o de la interpretación que excluiría a las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y la lactancia), que sin embargo es subsanado tanto por el artículo 4 del RD 1596/2011, como por la ley 27/2011, al incorporar ambas normas en su ordenación la expresión “contingencias profesionales”, que hoy lógicamente se mantiene 251.c) del TRLGSS.

única de la entidad gestora o colaboradora, respecto a las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, que como vimos son todas las derivadas de accidente de trabajo, enfermedad profesional y riesgo durante el embarazo y la lactancia.

Si bien parece obvio entender que la inaplicación del sistema de responsabilidades del artículo 167 del TRLGSS –que lleva implícita las normas vigentes con rango reglamentario de la LSS.1966 y la doctrina jurisprudencial aplicable– unido al reconocimiento directo de las prestaciones en las contingencias profesionales, tiene efectos universales, conviene ejemplificar su alcance, con un doble objetivo, a saber, identificar las reglas que no son aplicables a las contingencias profesionales y que, a su vez, sí son aplicables a las contingencias comunes.

En el orden referido decae la aplicación –con el doble alcance anunciado– de los instrumentos de moderación o modulación de la responsabilidad empresarial, puesto que ya no existe. Así, por un lado, decae la importante construcción jurisprudencial sobre la valoración de los incumplimientos en materia de cotización, diferenciando si se trata de incumplimientos empresariales transitorios, ocasionales o involuntarios, o, por el contrario, se trata de incumplimientos definitivos y voluntarios, rupturistas o expresivos de la voluntad empresarial de no cumplir con su obligación de cotización⁴². Y por otro, igualmente pierde valor la doctrina sobre la infracotización⁴³. Junto a ellos, también decae el indeterminado periodo de imputación de responsabilidad empresarial.

⁴² En la STS 20 de enero de 2003 (RJ 2004\1332) podemos encontrar una sistematización bastante exhaustiva del criterio seguido por la jurisprudencia hasta ese momento: “La Sala ha mantenido en sus últimos tiempos criterios generales bastante claros, que se concretan en los dos siguientes; a saber: a) Que la responsabilidad en estos casos está en función de la duración de los descubiertos en atención al período de seguro correspondiente al trabajador afectado, de forma que sólo cuando el período en descubierto es "expresivo de la voluntad empresarial de no cumplir con sus obligaciones de cotizar" debe imputarse esa responsabilidad prestacional a la empresa, lo que no se producirá cuando se trate de "incumplimientos transitorios, ocasionales o involuntarios" en cuanto que por serlo no obedecen a una voluntad de incumplir aquella obligación legal de cotizar, sino a otras circunstancias accidentales no constitutivas de incumplimiento determinante de responsabilidad. La Sala ha distinguido, en definitiva, entre incumplimiento doloso o incumplimiento negligente o fortuito, siendo en tal sentido como en diversas sentencias ha considerado que la empresa era responsable - así en STS 1-2-2000 (Rec.- 694/99) en que el descubierto era sólo de siete meses pero eran los únicos siete meses de relación laboral del trabajador con la empresa -; STS 21-2- 2000 (Rec.-71/99) en que la falta de cotización alcanzaba a un año y diez meses; STS 18-9-2000 (Rec.-3745/99) en un supuesto en el que el período de descubierto fue superior a dos años; STS 15-12-2000 (Rec.- 4348/99) contemplando casi cuatro años de descubierto; STS 5-2-2001 (Rec.- 2122/00) con cerca de tres años de descubiertos; STS 12-2-2001 (Rec.-131/2000) con un descubierto de dos años y tres meses; STS 5-3-2991 (Rec.-4606/99) en el que la empresa sólo había abonado un mes dentro del período de los doce meses anteriores que eran los únicos trabajados desde que había sido dado de alta en la empresa; STS 20-3- 2001 (Rec.- 594/00) con más de doce años en descubierto; STS 21-3-2001 (Rec.- 2187/2000) con más de dos años de descubiertos; STS 5-4-2001 (Rec.-1838/2000) con más de cinco años de descubierto; STS 28-6- 2001 (Rec.- 3412/00) contemplando treinta y cuatro meses de falta de cotización; o STS 17-9-2001 (Rec.-1824/2000) con descubiertos de más de dos años inmediatamente anteriores al accidente. Siendo importante, como puede apreciarse, no solo la duración del incumplimiento sino su duración proporcional al período de aseguramiento y su relación de inmediatez temporal con el accidente...”

⁴³ Este criterio es conforme a la reiterada jurisprudencia dictada en materia de responsabilidad empresarial por infracotización, de la que podemos citar la sentencia del Tribunal Supremo de 26-11-2012 (Rec. 3614/2011), específicamente referida a materia de diferencias de cotización, que resumió: "...siguiendo la doctrina de esta Sala contenida, entre otras, en la sentencia de contraste, sentencia de 4 de octubre de 2006 (RJ 2006, 9038), Rec. 1798/05, que debe ser respetada por razones de seguridad jurídica y por no apreciarse razón alguna que aconseje un cambio jurisprudencial. La citada sentencia establece: "La regla general que se desprende de los (...)

De esta forma, sea cual sea el periodo descubierto y la adaptación entre la cotización y el salario, la entidad responsable deberá reconocer y hacer frente al pago de la prestación calculada conforme a las cotizaciones realizadas o las que debió realizar el titular del hogar familiar, si fueran superiores.

En la medida en que la única responsabilidad del empresario infractor, y sin perjuicio de la correspondiente sanción, es el abono de las cotizaciones debidas y no prescritas en su vinculación con el salario debido, hubiera parecido razonable actuar sobre los plazos prescriptivos de las cotizaciones u otro instrumento similar que impida el fraude y garantice la recaudación. La eliminación del sistema de responsabilidades en materia de prestaciones –aunque sea parcial como en el Sistema Especial que analizamos– debe ir vinculado al establecimiento de elementos de garantía sobre la exigibilidad de las cotizaciones y así lo ha propuesto la doctrina ofreciendo instrumentos razonablemente adecuados⁴⁴.

2.3. Luces y sombras sobre la finalidad de la reforma

Desde la perspectiva de su construcción jurídica, el nuevo sistema de responsabilidades por contingencias profesionales determina, como reconoció la doctrina⁴⁵, que se desvinculen las exigencias impuestas al empresario (afiliación/alta y cotización) del derecho del trabajador a obtener la prestación correspondiente del sistema público, rompiendo así el *sinlagma* tradicional y separando las relaciones entre la seguridad social y empresario y la seguridad social y el trabajador. Sin duda, esta construcción encaja de forma más ortodoxa con el mandato constitucional del artículo 41 CE.

mencionados preceptos es la de la responsabilidad directa del empresario que haya incumplido sus obligaciones con la Seguridad Social, entre ellas las de cotización, sin perjuicio del anticipo por parte de la entidad gestora correspondiente. Ante la falta de desarrollo reglamentario de los arts. 126 y 127 de la LGSS (RCL 2015, 1700), la jurisprudencia a entendido vigentes los arts. 94, 95 y 96 de la Ley de la Seguridad Social de 1966, integrados por la interpretación que dicha jurisprudencia ha realizado de tales preceptos. Y así como para el caso de falta de ingreso de las cotizaciones (art. 94.2 b), el número 4 del siguiente art. 95 dispone que "podrá moderarse reglamentariamente el alcance de la responsabilidad empresarial cuando el empresario ingrese las cuotas correspondientes a la totalidad de sus trabajadores.", nada se especifica para el supuesto de que se cotice por una base inferior a la que corresponda (infracotización), salvo lo dispuesto en el art. 94.2 c, que determina el alcance de la responsabilidad empresarial en este supuesto en el abono a su cargo de "la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada por el trabajador y la que corresponde asumir a la Seguridad Social por las cuotas efectivamente ingresadas". Por ello, la doctrina de esta Sala ha ido fijando los supuestos en que procede atemperar la responsabilidad empresarial, distinguiéndose según se trate de prestaciones derivadas de accidente laboral o de enfermedad común, y en función de la repercusión del incumplimiento empresarial sobre los requisitos de acceso a la protección, señalando que esa moderación de la responsabilidad para cuando la infracción de cotización resulta esporádica, no grave ni reiterada, se aplica a los supuestos de descubiertos en la cotización, pero no, salvo casos excepcionales, a los supuestos concretos de infracotización a la Seguridad Social (véase nuestra sentencia de 16 de junio de 2005 (RJ 2005, 7324), recurso n.º 3332/03). Conclusión que tiene su lógica puesto que la moderación de la responsabilidad en caso de infracotización va ínsita en la determinación de su alcance a cargo del empresario, que abarca solamente la diferencia entre la cuantía total de la prestación causada".

⁴⁴ Algunas de las propuestas referidas en el texto pueden verse en TORTUERO PLAZA, J.L. "O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario" (El derecho del trabajador a las prestaciones vs. la conducta fraudulenta del empresario)... *op. cit.* págs 80 y ss.

⁴⁵ Un estudio completo de estas teorías y sus implicaciones, en BLASCO PELLICER, A. "Configuración dogmática del sistema de responsabilidades..." *op. cit.* págs. 78 y ss.

Esta nueva ordenación deja fuera todos los elementos de construcción legal y jurisprudencial de la responsabilidad empresarial, aunque limitada a las contingencias profesionales, lo que quiere decir que en materia de contingencias comunes sigue siendo aplicable el régimen de responsabilidad general.

Es complejo entender las razones que han motivado esta ordenación tan singular que transforma radicalmente el sistema de responsabilidades, únicamente para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales –o mejor dicho para las contingencias profesionales– y solo para el Régimen (Sistema especial) de Empleados de Hogar. Podría pensarse que lo acotado constituía una especie de “laboratorio de pruebas” para su futura extensión o universalización, sin embargo, transcurridos más de seis años desde su implantación, ninguna reforma se ha producido. Postergada, de momento la referida justificación, múltiples pueden ser las posibles explicaciones. Ya me referí a la protección de la trabajadora. De igual forma pudo estar presente la singular posición del empresario (titular del hogar familiar) y su capacidad económica para responder a la responsabilidad en materia de prestaciones. No obstante, no debemos obviar el perfil del sujeto incumplidor, titular del hogar familiar con ingresos suficientes –clase media/alta– para poder contratar la empleada de hogar, así como la finalidad de situarse en la actividad irregular, bajos salarios, anulación de derechos...⁴⁶. En este espacio la conducta del empleador del hogar no difiere de la del resto de los empresarios. En todo caso, la justificación vinculada a la capacidad económica del empleador se diluye –aunque sea parcialmente– al mantenerse el régimen general de responsabilidad derivado de contingencias comunes.

Por lo que refiere a la selección de las contingencias de carácter profesional, también cabe realizar algunas consideraciones.

Tradicionalmente, las referidas contingencias han sido cubiertas con el máximo nivel de perfeccionamiento, siendo aplicables la condición de alta de pleno derecho y su derivada, la denominada automaticidad absoluta de las prestaciones. Ambas figuras tienen como finalidad proteger al trabajador en los supuestos de contingencias profesionales y ante los incumplimientos del empresario respecto a las obligaciones de afiliación, alta y cotización. No obstante, este mecanismo de protección no libera al empresario de sus responsabilidades. En este sentido, el artículo 166.4 del TRLGSS establece que “los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación de este Régimen General se considerarán, de pleno derecho, en situación de alta a efectos de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y desempleo, aunque su empresario hubiera incumplido sus obligaciones”. Igualmente, y sin perjuicio del anticipo de las prestaciones por parte de la entidad correspondiente, el artículo 94.2.a) de la LSS.66, tras determinar la responsabilidad del empresario advierte que “sin que le exonere de responsabilidad el alta presunta de pleno derecho establecida (...)”.

⁴⁶ Esta identidad es resaltada por PANIZO al advertir sobre “... las singularidades económicas del colectivo de personas que llevan a cabo su actividad en el hogar familiar, así como la generalización de la precariedad y la economía informal, ponían de relieve la existencia de una inequidad social, que estaba acrecentada por la debilidad de su cobertura, proyectándose, de manera especial, en la población inmigrante” PANIZO ROBLES, JA. “La Seguridad Social de las personas que prestan servicios en el hogar familiar: la incorporación de un sistema especial en la estructura del sistema de la Seguridad Social”, op. cit., con cita de VILLAR CAÑADAS, I. M.: “Seguridad Social e igualdad por razón de género tras la Ley 27/2011 de reforma de las pensiones: el Sistema Especial Empleadas/os de Hogar”. Relaciones Laborales. Nº 18/2011.

La extensión de la acción protectora del Régimen (Sistema especial) de Empleado de Hogar, incorporando la protección por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, llevaba implícito –ya lo era para las contingencias profesionales de riesgo durante el embarazo y la lactancia– la regla de aplicación del sistema de responsabilidades del empresario con los instrumentos de perfeccionamiento referidos, alta de pleno derecho y automaticidad absoluta de las prestaciones. Por tanto, en estos términos la protección del empleado quedaba asegurada pero el empresario incumplidor no queda liberado de su responsabilidad, debiendo responder al pago de las prestaciones anticipadas por la entidad gestora y en su caso constituir en la TGSS el capital coste necesario para que se proceda con él al abono de las correspondientes prestaciones. Este sistema de responsabilidad decae con la no aplicación del artículo 167 TRLGSS, en los términos del artículo 251.c). Sistema que es sustituido por el “reconocimiento directo de las prestaciones que correspondan” de conformidad con el artículo 4 del R.D. 1596/2011.

Las dos modalidades descritas aplicables a las contingencias profesionales, alta de pleno derecho y automaticidad absoluta de las prestaciones para todos los trabajadores por cuenta ajena y reconocimiento directo de las prestaciones para las trabajadoras del Sistema Espacial de Empleados de Hogar, tienen elementos convergentes. El punto de partida es la ausencia de afiliación, alta y cotización, lo que normalmente va asociado a la prestación de servicios en régimen irregular. Pues bien, en ambos supuestos y una vez actualizado el accidente de trabajo –por ejemplo– de la trabajadora “supuestamente protegida en el nivel máximo” deberá acreditar la existencia de su relación laboral con el empleador, como determinante de su inclusión en el régimen correspondiente de la seguridad social, que generalmente concluirá con una sentencia firme en sentido positivo o negativo. Junto a esta peregrinación judicial, aparece la segunda, acreditar que el accidente sufrido por el trabajador es de trabajo⁴⁷. Durante todo este calvario, el trabajador sometido a trabajo irregular, sin recursos económicos, obligado a transitar por el largo proceso judicial y con el máximo nivel de protección, se encuentra desprotegido.

Parece claro, como ya advirtió la doctrina⁴⁸, que la construcción normativa ofrece tan solo una “imagen teórica de protección” que únicamente se consolida en una segunda fase, esto es, cuando queda acreditada la existencia de la relación laboral y el carácter profesional

⁴⁷ Aunque referidas a la anterior regulación, son ilustrativas las reflexiones de GARCÍA VIÑA, que ponen de manifiesta la complejidad en la identidad de los elementos que condicionan la calificación jurídica, GARCÍA VIÑA, J.: ¿Cómo ha de ser la regulación futura de los empleados domésticos?. *Tribuna Social*. Nº 207. 2008, así como los análisis jurisprudenciales al hilo de la calificación jurídica que realiza en *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados de hogar*, Comares, 2009, págs. 16 y ss. En esta misma línea al hilo de la STSJ de Navarra de 15 de junio de 2001, citada y comentada en SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L.: “El papel de la jurisprudencia en el desarrollo jurídico del servicio doméstico”. *Tribuna Social*. Nº 207. Marzo 2008; así como en relación a la STS de 21 de octubre de 2008, ver el análisis de GARCÍA PAREDES, M.L.: “Relación laboral especial de empleados de hogar. Requisitos”. *Actualidad Laboral*. Febrero. 2009.

⁴⁸ Un ejemplo paradigmático es el contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2015, RUCD 703/2014 (JUR 2015, 189347), comentada por TORTUERO PLAZA, J.L. en la Sección de Diálogos con la Jurisprudencia, *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*, núm. 53, 2017, págs. 65-68, quien afirma que “La conducta ilícita y reprochable del empresario deja al trabajador accidentado «solo ante el peligro» y le convierte en protagonista de su propio destino. A partir del siniestro comienza el calvario judicial, calificación de la relación jurídica, calificación del siniestro, como laboral o no, búsqueda del aparato protector, vinculación de la protección a la calificación del siniestro... Calvario al que además se incorporan, como sujetos añadidos con talante no pacífico, las entidades encargadas de proporcionar la protección del trabajador”, pág. 65.

del siniestro. Podríamos pensar que el reconocimiento directo de las prestaciones –sin vinculación, por tanto, al régimen de alta de pleno derecho y automaticidad absoluta– previsto en el Sistema especial de empleados de hogar salva el calvario/peregrinar referido, al separar e individualizar la relación entre la trabajadora y la seguridad social en la materia que nos ocupa. Sin embargo, esto es solo un espejismo. En efecto, las puertas de entrada están, primero, en la delimitación del ámbito de aplicación del R.D. 1620/2011 regulador de la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar, lo que determinará su inclusión en el Sistema Especial, y segundo, la calificación de accidente como de trabajo. Por tanto, calvario y desprotección están aseguradas hasta alcanzar las calificaciones jurídicas referidas tanto a la relación laboral, como al carácter profesional de la contingencia, siendo las víctimas en origen las trabajadoras obligadas a situarse en el trabajo irregular⁴⁹.

Con carácter general y, consecuentemente, para todo el Sistema, deberían flexibilizarse los términos exigibles para garantizar la protección desde el momento inicial y sin perjuicio de los oportunos ajustes posteriores –calificaciones referidas–, dada la caracterización de los trabajadores situados obligatoriamente en la irregularidad⁵⁰. Si bien la mejora en la ordenación jurídica es notable, la singularidad de los términos y espacios –exclusivos y excluyentes– en que se produce la prestación de servicios⁵¹, no termina de encontrar una fórmula de garantía adecuada y proporcional.

En este orden, sería perfectamente posible establecer con carácter general, esto es, para todos los trabajadores – y especialmente para las trabajadoras del Sistema especial, dadas las dificultades de prueba– un sistema de anticipo que diera contenido real de protección inmediata y en tanto se producen las oportunas calificaciones jurídicas, a las consecuencias de los siniestros que afectan a los trabajadores situados obligatoriamente en la irregularidad.

⁴⁹ Aunque mucho hemos avanzado, “dentro de las actividades comprendidas bajo el término trabajo informal unido a trabajo feminizado podemos citar tres grandes categorías: ...las trabajadoras domésticas...” QUESADA SEGURA, R. “Género y trabajo informal”, en AA.VV. Derecho Social y trabajo informal (Directores: MONEREO PEREZ y PERÁN QUESADA) Edit. Comares, 2016, pág. 169. En el mismo sentido BARCELÓN fotografía el colectivo al afirmar que “se trata, además, de un sector fuertemente feminizado y que, en la actualidad, cuenta con un importante número de trabajadoras en situación de precariedad, propiciado, en gran medida, por el alto volumen de empleadas de hogar en situación irregular; lo que las sitúa extramuros de cualquiera de los instrumentos de control, laborales y de seguridad social”. BARCELÓN COBEDO, S.: “La relación laboral del hogar familiar tras el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre.”, op. cit. pág. 50.

⁵⁰ En este sentido TORTUERO, afirma que “Aunque con buena intención, el precepto de la LGSS se quedó corto, en la medida en que limita indirectamente el espacio protector, al referirse a «...los trabajadores comprendidos en el campo de aplicación del régimen general...», dejando fuera (o exigiendo una primera o previa calificación para su integración en...) a los trabajadores instalados en la marginalidad por decisión y conveniencia del empleador. No parece que la pomposidad de las viejas expresiones contenidas en la LGSS (alta de pleno derecho y su efecto la automaticidad absoluta de las prestaciones) con una finalidad protectora absoluta en los riesgos con conexión profesional, ante los incumplimientos empresariales, vengam condicionados por la exigencia de una sucesión de calificaciones previas, laboralidad y accidente de trabajo. Esta interpretación minimiza sus efectos y los desvincula del estado de necesidad a proteger. En cualquier caso, el espíritu del «alta de pleno derecho» debe ser interpretado como principio informador, al tiempo que impone obligaciones «activas» para la entidad responsable”, TORTUERO PLAZA, J. L. en Sección de Diálogos con la Jurisprudencia, *Revista del Consejo General de Graduados Sociales*, op.cit. pág. 66.

⁵¹ Así se observa en el meticuloso y detallado estudio, normativo, jurisprudencial y teórico realizado por RUANO ALBERTOS, S. *El régimen jurídico de los empleados de hogar...op. cit.* págs.43-69.

A modo de conclusión, podemos afirmar que, una vez centrados los espacios de desprotección del trabajador, el principal objetivo de la reforma fue liberar al empleador de las responsabilidades económicas vinculadas a los incumplimientos de sus obligaciones, tanto en materia de relación jurídica y cotización, como en materia de riesgos laborales, al menos en lo referente al recargo de prestación, del que ya advertimos sobre su posible consideración de *contra legem*. Así, las responsabilidades del empleador se circunscriben a la deuda por cotizaciones no prescritas, incluidos los recargos e intereses, así como a la correspondiente sanción en los términos de la LISOS⁵².

Con todo y como ya hemos dicho, el alcance conclusivo es limitado, ya que se mantiene la aplicación del sistema general de responsabilidades en orden a las prestaciones para todas las contingencias no profesiones o de carácter común, donde la aplicación de los instrumentos de perfeccionamiento –alta de pleno derecho y automaticidad– quedan minusvalorados.

⁵² En similares términos se pronuncia TORTUERO PLAZA, al afirmar que “Por tanto, está claro que, sin perjuicio del importantísimo componente teórico o de modelo que construye la norma –no sé si era su intención-, su finalidad no es otra que liberar al titular del hogar familiar de la carga de la responsabilidad en materia de prestaciones, reconduciendo su espacio al mero cumplimiento de sus obligaciones con los efectos derivados, cotizaciones, recargos, intereses, sanciones administrativas...” en TORTUERO PLAZA, J.L. “O Derecho do traballador ás prestacións versus a conduta fraudulenta do empresario” (El derecho del trabajador a las prestaciones VERSUS la conducta fraudulenta del empresario)... *op. cit.* pág.60