Crónica de Actualidad de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social

Laborum

Definición y ejecución de actuaciones de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el ámbito de las empleadas del hogar. Repercusiones de la interpretación de las normas laborales y de seguridad social aplicables a este sector

Definition and execution of actions of the Labor and Social Security Inspectorate in the field of domestic employees. Repercussions of the interpretation of labor and social security regulations applicable to this sector

ROMÁN GARCÍA OLIVER *Inspector de Trabajo y Seguridad Social*
Director Territorial de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Aragón
https://orcid.org/0000-0002-8528-6129

Cita sugerida: GARCÍA OLIVER, R., "Repercusiones de la interpretación de las normas laborales y de seguridad social aplicables a este sector". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum. 28* (2021): 217-238.

Resumen

Las competencias de la ITSS en España en materias de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social son manifestación de su carácter generalista y permiten definir y ejecutar con éxito actuaciones de lucha contra la precariedad de las personas empleadas en el hogar familiar desde una perspectiva global. La demanda social para la mejora de las condiciones laborales de este colectivo feminizado exige de los poderes públicos una acción decidida. La campaña desarrollada por la ITSS ha puesto de relieve problemas de interpretación de las normas y dificultades técnicas para su aplicación. La combinación de una labor previa de divulgación y asistencia técnica y los controles posteriores permiten la regularización de relaciones laborales y han contribuido a la mejora de las herramientas puestas a disposición de los empleadores y personas trabajadoras para realizar sus trámites de seguridad social y cumplir con los mínimos legales exigibles.

Palabras clave

Empleadas del hogar; Actuaciones de inspección; Trabajo precario; Interpretación normas; Gestión de la Seguridad Social

Abstract

The Labor and Social Security Rights powers of the Spanish Bureau of Labor and Social Welfare (ITSS) are testament to its general nature and allow for the definition and successful execution of actions to combat the precariousness of household employees from a global perspective. Social demand for the improvement of the working conditions of this feminized group requires decisive action from public powers. The campaign developed by the ITSS has highlighted problems of interpretation of the rules and the technical difficulties of their application. The combination of work without prior disclosure and technical assistance with subsequent controls allows for the regularization of labor relations and has contributed to the improvement of the tools available to employers and employees to carry out social security procedures and to comply with legal requirements.

Keywords

Household employees; Actions of inspection; Precarious work; Interpretation of standards; Management of Social Security

1. LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LAS PERSONAS EMPLEADAS EN EL HOGAR FAMILIAR. EL DETONANTE DE UNA ACTUACIÓN DE INSPECCIÓN

El Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social (OEITSS)inició en enero de 2021 un plan de actuación en el sector del hogar con la finalidad de velar por el cumplimiento de las

obligaciones básicas relacionadas con el salario que debe ser abonado a las personas empleadas al servicio del hogar familiar y las cotizaciones realizadas por los empleadores.[1]

En el marco de las competencias atribuidas por el art. 12.1 a) y c) de la Ley 23/2015, (BOE de 21 de julio), la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, como su propio nombre indica, debe vigilar y exigir de forma integral y bajo los principios de unidad de función y de actuación inspectora, el cumplimiento de las normas laborales, como las de abono del salario debido y la correcta formalización de los contratos de trabajo, y de las normas de Seguridad Social, entre las que se encuentran las que afectan a las obligaciones de alta, bajas, variaciones de datos y cotización.

La combinación de obligaciones legales en materia de Trabajo y de S. Social se manifiesta con especial intensidad en la configuración de las relaciones laborales especiales del servicio del hogar familiar y la aplicación de su sistema especial de cotización de empleados del hogar (SEEH). Las actuaciones iniciadas ponen de manifiesto con especial claridad algunos de los principios y bondades sobre los que se asienta el modelo generalista de Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS) configurado en nuestro país, y reafirmado por la Ley 23/2015, que sitúa en el centro de su actividad al "sujeto o situación laboral", concebidos como un todo, en el que confluyen diferentes problemas o incumplimientos interrelacionados y que, lógicamente, deben ser atendidos desde una perspectiva global y holística.

En un contexto social, laboral, normativo y tecnológico cada vez más complejo, se acentúan las debilidades de las personas con menores "recursos", entendidos estos en sentido general. A pesar de las herramientas de las que nos dotamos como sociedad para intentar atender todas nuestras necesidades y hacer cumplir las normas aplicables, las Administraciones Públicas tienden a establecer, con mayor o menor éxito, sistemas de gestión que guían y conducen sus relaciones con los administrados, haciéndose en muchos casos más lejanas, complejas e inaccesibles de lo que deriva de los propios mandatos normativos y, sobre todo, de lo que demandan los ciudadanos como destinatarios de las mismas.

Esta situación se ha acentuado especialmente a raíz de la pandemia Covid-19, con manifestaciones igualmente claras en el ámbito de los organismos públicos relacionados con el ámbito laboral. Los ciudadanos demandan normas claras e interpretaciones y soluciones prácticas, accesibles, ágiles, comprensibles y coordinadas entre las diferentes administraciones implicadas.

Las personas que prestan servicios en el hogar familiar, en su mayoría labores domésticas y de cuidado de menores, mayores y dependientes, constituyen un colectivo que padece con especial intensidad los efectos perjudiciales de las crisis económicas o sociales en la medida en que sus condiciones de trabajo se ven alteradas o minoradas cuando cambian igualmente las condiciones de los empleadores.[2]

El estudio de la situación de este colectivo, como punto de partida de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, ha puesto de manifiesto la existencia de condiciones laborales que deben ser mejoradas. El análisis realizado por la Oficina Nacional de Lucha contra el Fraude integrada en la ITSS, ha permitido detectar que la información facilitada por los empleadores desde el año 2012 mediante los trámites ante la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) no tenía en muchos supuestos un contenido adaptado a la normativa vigente y arrojaba dudas sobre las condiciones salariales y contractuales reales.

[1] Difusión de la campaña en la web de la ITSS https://www.mites.gob.es/itss/web/Documentos/CAMPANA_Servicio_HOGAR/index.html

[2] Estudio: TRABAJO DOMÉSTICO LA "SOLUCIÓN" DEL GOBIERNO A LOS RECORTES DEL ESTADO DE BIENESTAR. UGT. VICESECRETARÍA GENERAL Departamento de Migraciones.
Documento: DECÁLOGO DE REIVINDICACIONES PARA TRABAJADORAS DEL HOGAR. CCOO. Construcción y servicios.

Dado el periodo transcurrido desde su integración en el Régimen General, se apreció la necesidad de realizar una labor previa de información y ”asistencia técnica individualizada” y de investigación posterior mediante actuaciones de inspección ordenadas de forma gradual, para conseguir dos objetivos fundamentales: el pago a las personas trabajadoras de los salarios mínimos que deben ser respetados y que sus bases de cotización a la Seguridad Social se correspondan con los mismos, permitiendo su adecuación a efectos de pago de cotizaciones y devengo de prestaciones de la Seguridad Social.

La ausencia de una representación sindical organizada de este colectivo que pueda poner de manifiesto o canalizar sus dificultades y el escaso volumen de denuncias que se presentan, por razones obvias relacionadas con la especial configuración de la relación laboral, exigen que el OAITSS incluya de oficio entre sus planes de actuación las acciones orientadas a la protección de los derechos de las personas que desarrollan esta actividad.

Más allá de los estudios publicados o de los indicadores que pudieran ser analizados para justificar una actuación de control generalizada, en el año 2020, con ocasión de la crisis asociada a la Pandemia de la Covid-19, se produce un “detonante” que permite detectar y visibilizar de manera más intensa y general algunas de las deficiencias de salarios o cotizaciones indicadas que afectaban a estas personas. Mediante el Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19,(BOE de 1 de abril),se implantan diferentes medidas para la protección de los colectivos más vulnerables afectados por la pandemia, incluyéndose al colectivo de las empleadas del hogar. Estas personas no disponen de derecho a la prestación por desempleo y habían resultado afectadas por la pérdida del empleo o por la reducción de su actividad asociada a las restricciones que conllevaba en aquel momento el estado de alarma declarado.

Se reguló un subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el SEEH de carácter temporal que constituyó la primera ocasión en que se configura una “prestación” económica de esta naturaleza asociada al cese o a la reducción involuntaria de la actividad de este colectivo. Debe recordarse que las personas al servicio del hogar están integradas en un sistema especial del régimen general de la S. Social desde el 1 de enero de 2012 (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. BOE de 2 de agosto), pero sin incluir en la acción protectora la prestación o subsidio por desempleo regulados en los artículos 262 y ss. De la LGSS.

La articulación de este subsidio exigió concretar la forma de determinar la base reguladora para su cálculo y en caso de suspensión y reducción temporal de la jornada, el porcentaje y el periodo. Estos elementos, que en una prestación de desempleo “ordinaria” se relacionan de forma intrínseca con la base de cotización del trabajador y los salarios percibidos, no podían aplicarse como tales en un sistema especial de cotización que se basa en la aplicación de una base fija en función de un escalado de tramos de salarios abonados, y desconociéndose la afección real de la disminución de la actividad, que se realiza en el seno de un domicilio particular.

Para salvar estas dificultades se configuró un sistema de tramitación basado en una declaración responsable realizada por el empleador en la que debía constar la información básica para concretar la afección real al salario y a la jornada, permitiendo a las personas empleadas contrastar las condiciones indicadas en las declaraciones con su propia realidad, en base a las nóminas entregadas, la ausencia de ellas, o las discrepancias entre el salario realmente percibido y el declarado en este documento a efectos del subsidio extraordinario.

Con posterioridad, la tramitación de los subsidios, que se calculaban mediante la aplicación del porcentaje del 70% sobre la “base reguladora” total o parcial afectada por la suspensión o reducción de la actividad, puso de manifiesto que las cuantías percibidas no se correspondían en algunos supuestos con las bases de cotización que debían tomarse en consideración o los salarios que se percibían.

En resumen, la aplicación de este subsidio extraordinario permitió detectar y exteriorizar discrepancias entre los datos que se habían trasladado a la S. Social por parte de algunos empleadores, o que las personas trabajadoras estaban percibiendo salarios inferiores al SMI, afectando igualmente a la cuantía del subsidio.

Esta realidad puso de nuevo sobre la mesa la reflexión y el análisis sobre el funcionamiento del sistema especial de cotización implantado desde el año 2012, y las deficiencias del mismo, así como la reivindicación de diferentes colectivos para proteger los derechos de las personas empleadas al servicio del hogar, incluidos los de aquéllas que se encontraban en situación irregular, por ausencia de autorización para trabajar o de alta en la S. Social.[3]

En este escenario es preciso realizar una serie de consideraciones y analizar con más detalle el funcionamiento del sistema de cotización aplicado a las empleadas del hogar. No se trata de realizar un estudio del marco normativo general, ya conocido, sino de confrontar elementos del mismo con su aplicación práctica. Especialmente la interpretación de algunos conceptos jurídicos sobre contratación y salario mínimo que sirven de base para la concreción de las reglas de cotización y la forma en que se produjo su traslación a los sistemas de gestión y herramientas implantadas por la Administración de la S. Social.

Estos aspectos han generado en los empleadores dudas y problemas aplicativos del SEEH, que se unen al grado de dificultad de los trámites que deben ser realizados directamente por ellos o por las o personas trabajadoras, pudiendo repercutir en los derechos laborales y de S. Social y en la forma en que se configuran las relaciones laborales.

La definición de una actuación programada en esta materia pone de manifiesto con toda su intensidad la estrecha relación entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la S. Social, y la necesidad de una adecuada interpretación ajustada al marco legal de los conceptos y obligaciones en los dos ámbitos normativos que confluyen en este sistema especial de cotización. Por ello, la posible existencia de "diversidad de miradas" desde organismos con competencias diferenciadas, como la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (órgano de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas, y la Tesorería General de la S. Social(órgano de gestión y control recaudatorio) debe resolverse en favor del objetivo común en el que confluyan ambas instituciones, trasladar a los interesados y ciudadanos unos criterios ajustados a derecho, inteligibles, y que permitan conocer las consecuencias reales de sus actos cuando se configura una relación laboral especial de esta naturaleza.

Los problemas indicados se han prolongado hasta mayo de 2021, momento en el que, coincidiendo con el impulso generado por las actuaciones de la ITSS, la TGSS ha implantado un nuevo portal general de tramitación más sencillo e intuitivo denominado "import@ss", destinado a las personas "no profesionales" a través del cual se pueden realizar los trámites correspondientes al sistema especial del hogar familiar y que contribuye igualmente a paliar algunas de las carencias anteriores.

Es necesario analizar los elementos que, con mayor o menor intensidad, han repercutido hasta la fecha en la aplicación de las normas sobre cotización a la S. Social, y que constituyen la base para el diseño de una actuación general impulsada por la ITSS. Partiendo de una premisa clara, como fue la integración progresiva de este colectivo en el Régimen General de la Social, el sistema aplicado ha tenido complejidad para su comprensión y aplicación práctica por los empleadores, afectando a la consecución efectiva de algunos de los objetivos que se pretendían, como aflorar todos los empleos realmente existentes y mejorar las condiciones laborales y de S. Social de las personas empleadas.

[3] MUÑOZ MOLINA, J., "Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar". *Relaciones Laborales* 4, abril de 2013, Nº 4, 1 de abr. de 2013.Editorial WoltersKluwer.

2. LA ESPECIAL CONDICIÓN DE "EMPLEADOR" EN EL HOGAR Y SU REPERCUSIÓN SOBRE LOS TRÁMITES OBLIGATORIOS DE S. SOCIAL

De conformidad con el artículo 1 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE de noviembre), se considera empleador al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Se excluye expresamente de esta relación especial, entre otras, a las concertadas por personas jurídicas, de carácter civil o mercantil, aun si su objeto es la prestación de servicios o tareas domésticas, que se regirán por la normativa laboral común.

Este "empleador" es el responsable de realizar los trámites de solicitar su inscripción en la S.Social, cursar el alta, baja y variaciones de datos en el sistema especial e ingresar las cotizaciones correspondientes, estando excluido de la obligatoriedad general de darse de alta en el sistema RED que existe para el Régimen General. (sistema de remisión electrónica de datos en el ámbito de la Seguridad Social). (Artículo 10,1 7º del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero. BOE de 27 de febrero).

La exclusión del sistema RED no evita que deban utilizarse canales telemáticos, puesto que los trámites están disponibles a través de la Sede Electrónica de la SS. Debe recordarse que durante el periodo más intenso de la pandemia de la Covid-19 no ha sido posible realizar trámites presenciales en las oficinas de la TGSS, debiendo utilizarse exclusivamente la modalidad telemática.

A pesar de la implantación de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la sociedad, la especialidad de los empleadores titulares de los hogares que son responsables de cumplir con las obligaciones de SS, (la mayoría, aunque se permita a las personas empleadas ocupadas hasta 60 horas/mes) dificulta en gran medida el conocimiento de las gestiones a realizar y su tramitación efectiva mediante los sistemas de acceso existentes hasta la actualidad, especialmente entre el colectivo de personas dependientes. Igualmente, la difícil comprensión de los conceptos que se manejan, y especialmente de sus implicaciones, afectan a la conciencia de la obligación de realizar trámites de "variaciones de datos", para la actualización de los aspectos que tengan repercusión sobre las cotizaciones, como los cambios del salario o las modificaciones en la jornada.

No se puede pretender que la profesionalización inherente a las gestiones de SS realizadas por las "empresas ordinarias" se manifieste con el mismo grado de intensidad en un colectivo de empleadores muy variado, siendo habitual el recurso constante a ayudas externas, profesionales o no, para realizar los trámites.

Incluso entre los "actores" y los profesionales el mundo laboral han sido y son frecuentes y reiteradas las discusiones, comentarios y dudas sobre las gestiones realizadas, siendo un ejemplo palpable de las implicaciones que esta situación ha podido generar desde el año 2012 hasta la actualidad.

La obligación de cumplimiento de normas más o menos complejas no está reñida con la necesidad de que la Administración sea accesible y con la simplificación de los trámites, ni con la necesidad de actuaciones de concienciación y difusión para garantizar y acomodar las conductas a las mencionadas obligaciones.

Tras la implantación de este Sistema Especial, inicialmente mediante trámites presenciales y documentados, no han existido hasta la actualidad acciones específicas orientadas a la mejora de los mismos y de la calidad de la información incorporada por los empleadores.

Este hecho es relevante en la medida en que el sistema diseñado no permite actualizaciones automáticas de las bases, como ocurre con el R. General mediante la aplicación de las bases mínimas anuales, y por las repercusiones que las sucesivas actualizaciones del SMI producidas, especialmente desde enero de 2016.

Debe recordarse que los incumplimientos asociados a cualquier aspecto laboral y de S.Social, como no cursar el alta de un empleado, no pagar el salario mínimo exigible, realizar más horas de las declaradas o no comunicar las variaciones de datos con repercusión en las cotizaciones generadas, tienen importantes consecuencias sancionadoras, con la misma intensidad para un "titular del hogar familiar" que para un empleador ordinario o empresario, pero con mayor repercusión real, en la medida en que un régimen económico familiar no se estructura como una actividad empresarial ni tiene la misma dimensión.

Tras la implantación durante 2012, el sistema especial para empleados de hogar alcanzó ya en junio de 2013 la cifra de 426.963 trabajadores de alta en promedio en ese mes, cifra que se mantiene de promedio hasta enero de 2017. Es decir, el volumen de trabajadores en situación de alta se mantuvo más o menos estable hasta diciembre de 2016, existiendo ya elementos suficientes para detectar en este periodo las posibles dificultades o la realidad de las gestiones realizadas en materia de cotizaciones, como los salarios declarados, las jornadas y horas registrados, los tramos de cotización aplicados y las actualizaciones o variaciones de datos en función del volumen indicado y las normales incidencias y cambios que se producen en este sector de actividad.

Los datos registrados en la S. Social constituyen para este colectivo el principal indicador de actividad permitiendo, si se considera necesario, realizar análisis tanto desde una perspectiva de gestión, como cotización, recaudación, etc., como para la detección de indicadores e irregularidades, precariedad o fraude, mediante una perspectiva más global, en la medida en la que debe incorporar información de contratación, salarios o jornada.

3. PARTICULARIDADES DEL SISTEMA DE COTIZACIÓN. IMPLICACIONES DE LA APLICACIÓN DE BASES POR TRAMOS

El sistema de cotización implantado por la Ley 27/2011 ya citada, que sigue vigente en la actualidad, se basó en una aplicación de bases fijas en función de unos tramos de retribuciones abonadas, que debía aproximarse progresivamente al Régimen General, previsto inicialmente para 2019, ampliado posteriormente hasta diciembre de 2022.[4]

A diferencia del régimen general en el que existe una correspondencia entre los salarios devengados y las bases por las que se cotiza, este peculiar sistema de bases por tramos dificultó desde el principio su comprensión y explicación, al tener que trasladarse a los empleados verbalmente y mediante la nómina que los salarios reales abonados no eran realmente por lo que se cotizaba, siendo esta cantidad concretada por la S. Social, lo que afectaba igualmente a las prestaciones devengadas, calculadas sobre la base de cotización "predeterminada".

Las bases de cotización por tramos se han actualizado en sus cuantías y en el número de tramos. En 2021 conservan una desviación al alza respecto de la media en cada uno de los tramos definidos. Es decir, existen más salarios que cotizan por una base superior a la cuantía de estos que los que se corresponden con bases fijas inferiores, penalizando a un volumen de empleadores superior, que se corresponde con los tramos de horarios inferiores.

Con los tramos vigentes desde 2019, en los siete primeros tramos de bases, que alcanzan hasta la jornada completa (la SS la refiera a 160 horas/ mes), el promedio de salario que se sitúa por debajo de la base fijada en cada tramo se sitúa en los 118 euros. (Ejemplo: en los tramos 1 a 7 la diferencia entre el mínimo en cada uno y la base fijada asciende a las siguientes cantidades: 206; 100; 99; 98; 98; 97;136. Mientras que la diferencia entre la base fija y el importe superior del tramo se sitúa en: 34; 35; 36; 37; 37; 37; 0).[5]

[4] LGSS. Disposición transitoria decimosexta. Redacción por Real Decreto-ley 35/2020, de 22 de diciembre. (BOE 23-12-2020) .

[5] Art.14. Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2019. (BOE 2-02-2029)

Por otro lado, en el año 2018 se introdujo otro elemento de incertidumbre sin una razón legal desde la perspectiva de las cotizaciones a la seguridad social, al figurar en la tabla de bases aprobada una relación de horas máximas. Se trata de un aspecto que, por su carencia de fundamento, no fue tomado en consideración por la ITSS pero que produjo los efectos que se indican a continuación.

La fijación de las horas máximas en cada tramo conllevaba necesariamente una correspondencia teórica entre las horas y el importe o salario por hora de trabajo utilizado como referencia, ya que los tramos se configuran por los salarios reales devengados. El sistema de bases por tramos se basa en tramos de salarios "abonados", pero se estructura hasta alcanzar en el tramo 7 una cuantía máxima equivalente al SMI mensual calculado para 12 meses con las pagas extraordinarias incluidas (ejemplo: 2017: 825,66; 2018: 858,60; 2019:1.050,01).

De la correlación entre el número máximo de horas y el salario máximo de cada tramo, se obtenían cuantías de un "importe/ hora de trabajo" equivalente al mismo importe fijado en el DSMI si los empleadores abonaban el SMI en función de las horas trabajadas. Las cuantías máximas de cada uno de los tramos arrojan las siguientes cuantías del importe teórico por hora trabajada: 7,06; 7,08; 7,08; 7,01; 7,03; 7,03; 6,56; 7,15; 8,09). Esta referencia horaria se introdujo para el año 2019, con un SMI situado en 900 euros, y que fijaba en su artículo 4 en 7,04 euros por hora efectivamente trabajada el salario mínimo de los empleados que trabajasen por horas, en régimen externo, que incluye todos los conceptos retributivos.

La correspondencia del importe por hora trabajada por todos los conceptos para los tramos más importantes con el importe indicado en el Decreto por el que se aprueba el SMI generó un intenso debate, que aún se mantiene, sobre el salario mínimo por hora trabajada, los conceptos que incluía y los efectos en materia de cotización, en la medida en que las subidas del SMI producidas desde el año 2016, y especialmente la de 2019 (+22,3%) había producido una mayor correspondencia o aproximación entre las retribuciones pactadas y la cuantía del SMI.

Además del debate técnico-jurídico muchos empleadores y profesionales temieron por las posibles implicaciones y se sentían obligados indebidamente a calcular el salario/ hora pactado para contrastarlo con el del DSMI utilizado por la TGSS como "elemento de referencia" para todos los tipos de contratación. Podían considerar que, si su cálculo sobre el precio hora pactado no era el que resultaba del cuadro señalado, (por ejemplo, si abonaban las vacaciones de forma separada y mantenían el alta en la Seguridad Social de la persona ocupada igualmente en este periodo), la Administración de la S. Social aplicaría de oficio la base correspondiente a un tramo superior, aunque los salarios realmente abonados fueran inferiores y correctamente calculados.

(Ejemplo de la duda que generó entre los empleadores: en el año 2019 el importe mínimo correspondiente al SMI mensual si se abonaban las vacaciones aparte y se mantenía el alta, ascendía a 1.050 euros/mes.: (900x14/12), por lo que si se pactaba un salario fijo mensual referenciado al SMI de 373,92 euros por 57 horas de trabajo al mes,(% de jornada del 35,62) se correspondía con el tramo 2, que alcanza hasta los 375 euros de salario y así se comunicaba al cursar el alta o la variación de datos a la TGSS. No obstante, a este tramo se le atribuye un límite de horas de 53. Dado que en 2020 y 2021 se han mantenido los tramos, pero el SMI se incrementó en el año 2020, la correspondencia con el importe por hora trabajada ya no es la indicada pero aún se produce el desajuste indicado.) (Para el mismo supuesto del ejemplo se produce con 54 horas de trabajo pactadas y declaradas y su SMI equivalente).

Otro elemento que generó problemas iniciales es la obligatoriedad de incluir la parte proporcional de pagas extraordinarias a efectos de la determinación de la retribución mensual del empleado de hogar. De conformidad con las diferentes órdenes de cotizaciones anuales el importe percibido mensualmente en base al acuerdo de salarios deberá ser incrementado, conforme a lo establecido en el artículo 147.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con la parte proporcional de las pagas extraordinarias que tenga derecho a percibir el empleado. (Artículo 14.1 de la Orden TMS/83/2019, de 31 de enero, que sigue en vigor). Esta obligación no se incluyó

de forma expresa en la Ley 27/2011, pero se incorpora en todas las Órdenes anuales de cotización. No obstante, en los documentos de difusión que se confeccionaron no se mencionaba de forma expresa. En este marco muchos empleadores que cursaron las altas iniciales entre los años 2012 y 2014 no tenían muy claro este aspecto, declarando de forma exclusiva el salario mensual abonado sin la parte de las pagas extras. Las particularidades de la implantación de este sistema especial y la inercia que caracteriza a este tipo de relaciones unida a la falta de conciencia de la obligación de realizar variaciones de datos permitió que se mantuviera en el tiempo declarando, a efectos de cotización, salarios inferiores a los que debían computarse según los criterios aplicables.

4. EFECTOS DE LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR DEL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL VIGENTE

La ausencia de convenio colectivo determina que el salario mínimo interprofesional aprobado se convierte en el "salario suelo" que debe ser respetado en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. El artículo 8 del RD 1620/2011, remarca que este salario es aplicable para estas personas y contempla igualmente una cláusula específica de actualización anual en defecto de acuerdo entre las partes que es desconocida o inaplicada directamente, al contemplar "*un incremento salarial anual igual al incremento salarial medio pactado en los convenios colectivos según la publicación de la Subdirección General de Estadística del Ministerio de Trabajo e Inmigración del mes en que se completen doce consecutivos de prestación de servicios."*

La aplicación normal de salarios superiores proporcionales para los supuestos de ocupaciones esporádicas o para jornadas de escasa duración semanal o mensual, y más ajustados para las contrataciones de mayor jornada y duración, se vio afectada por las revisiones producidas en las cuantías del SMI desde el año 2016. Desde diciembre de 2015 hasta enero de 2020 se pasa de un SMI mensual de 648,6 euros a 950 euros, con un incremento en 3 años de 301,4 euros, un 46,4%.[6]

En el mismo periodo se fueron actualizando las bases de cotización a la S. Social fijadas por tramos y los salarios que comprendían los mismos, por lo que a la actualización salarial obligatoria por ley debía sumarse las actualizaciones en las cuotas a ingresar.

Esta situación llevó a un mayor ajuste en los salarios reales abonados a las personas empleadas, que se acomodaban mucho más al SMI aprobado. Igualmente motivó que los empleadores prestaran mayor atención a los "costes totales", incluidas las cuotas a la S. Social. En muchas ocasiones el ajuste además conllevaba la reducción de la jornada efectivamente pactada, por imposibilidad de hacer frente a los mencionados incrementos.

A título de ejemplo, para una jornada a tiempo parcial de 15 horas de trabajo semanales el importe total del coste de salarios en el caso de abonar de forma estricta el SMI pasó de 283,76 a 415,62, euros/mes, con la prorrata de pagas extras incluida. En 2015 la base correspondiente por tramo era de 243,11 euros y en 2020 de 474, arrojando una cuota total incluidas las de la empresa y del trabajador y sin aplicar la bonificación del 20% de 62,72 euros en 2015 y de 141,25 euros en 2020.Una vez descontado del salario bruto del trabajador su aportación, los costes totales de salarios y cuotas a la Seguridad Social pasaron de 336,51euros/mes en 2015 a 534,59 euros/mes en 2020, lo que supone un incremento del 58,86%.

El estudio de las bases de datos de la TGSS por parte de la ITSS determina que los salarios declarados a efectos de concretar las bases de cotización en muchos supuestos no se habían actualizado, no sólo tras los incrementos indicados, sino también desde la incorporación en el sistema especial en 2012. Es decir, algunos empleadores no habían cumplido con su obligación legal de realizar las variaciones de datos ante la TGSS y existían situaciones "congeladas" desde hacía varios años.

[6] LLOMPART BENNÁSSAR, M., "La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social". *Trabajo y Derecho* 57/2019 (septiembre), Nº 57, 1 de sep. de 2019, Editorial WoltersKluwer.

Las conclusiones que se pueden extraer son que, o bien no se respetaba el salario mínimo interprofesional, lo que exige una labor de contraste con la realidad de los salarios abonados, o bien se abonaba el mismo, pero no se había actualizado la información a la TGSS. Y en ambos supuestos las bases de cotización aplicadas eran inferiores a las que procedían, afectando tanto a los ingresos reales como a las prestaciones devengadas en la medida en que los tramos de cotización aplicados no fueran los correctos.

Si se analizan los datos de evolución de la afiliación con alta en promedio mensual en el SEEH desde 2012 registrados por el Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones se observa que, tras la integración progresiva en el mismo en 2012, en el año 2013 se alcanzó un promedio anual de 422.563 personas trabajadoras afiliadas y que el volumen se va incrementando hasta el año 2015 alcanzando la cifra máxima en el mes de junio de 2015 las 433.362. A partir de 2016 el volumen comienza a descender coincidiendo con los incrementos del SMI. El promedio mensual en cómputo anual en el año 2016 se situó en 429.021 afiliados; 424.362 afiliados en 2017; 415.615 afiliados en 2018; 402.516 en 2019; 381.261 en 2020; y, hasta abril de 2021, año en el que no se ha incrementado el SMI el promedio está en 383.614. El mes con volumen de afiliados más bajo desde enero de 2013 es agosto de 2020, con 373.938 personas en alta, 59.424 menos que el mes con mayor afiliación, 433.362, de junio de 2015.[7]

Si la disminución cuantitativa en términos de afiliación relacionada con los incrementos del SMI, especialmente en 2019 y 2020, puede situarse entre el 11% y el 18%, también se produjo una reducción o ajuste de salarios, por lo que las cuantías realmente abonadas se aproximaron al SMI o incluso pueden estar por debajo.

En este contexto adquiere mayor relevancia la forma de cálculo del SMI y la interpretación que se ha realizado del art. 4.2 del DSMI, que ha llevado a establecer una interrelación inadecuada entre la forma de concreción y cuantificación del SMI y la determinación de la jornada pactada. Como se indicará a continuación el DSMI no configura ninguna "modalidad" contractual específica, y el hecho de que concrete el salario mínimo mediante un importe por hora por todos los conceptos no conlleva que sea trasladable a todos los supuestos de contratación a tiempo parcial en el hogar familiar, ni que obligatoriamente cuando se pacte un tiempo de trabajo fijado "por horas" se excluya una remuneración fija o estable de forma mensual.

Esta interpretación en el ámbito "laboral", no debía tener implicaciones en el ámbito de la S. Social, puesto que las reglas de cotización son claras en cuanto a considerar para determinar las bases el salario bruto con inclusión de las pagas extraordinarias.

Sin embargo, desde la perspectiva de las personas empleadoras, al incremento del coste del SMI se añadieron las consideraciones y las dudas derivadas de las referencias horarias por tramos de salarios abonados y que, según lo indicado, conllevaban la aplicación por la entidad gestora de un importe por hora trabajada inadecuado para los supuestos de contratos formalizados a tiempo parcial en los que se mantenía el alta durante las vacaciones generadas y se pagaban las mismas de forma separada, lo que conllevaba la existencia de una posible doble cotización si se aplicaba de forma estricta.

5. CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL Y DETERMINACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR QUE TRABAJEN POR HORAS, EN RÉGIMEN EXTERNO

Llegados a este punto del análisis es necesario abordar con más detalle otro aspecto "laboral" que, según su interpretación, introduce mayor confusión, afectando también a la forma de tramitar las altas y las variaciones de datos en la Seguridad Social.

[7] Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Datos estadísticos. Serie de afiliación Media por regímenes 2001 - 2021 (abril).
https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas

La configuración de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar por el RD 1620/2011 estableció de forma clara la aplicación de la normativa general en materia de contratación al indicar que el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo, así como la aplicación supletoria de la normativa laboral común.

No se configura en esta norma una modalidad de contrato de trabajo específica, por lo que todos los supuestos en los que las personas son empleadas por una jornada inferior a la máxima de 40 horas semanales de trabajo efectivo constituyen contratos de trabajo a tiempo parcial, de conformidad con el art. 12 del Estatuto de los Trabajadores, debiendo formalizarse por escrito por mención expresa de este precepto. Incluso el artículo 9.3bis del RD 1620/2011 concreta la única especialidad para los trabajadores contratados a tiempo parcial, a los que no serán de aplicación las obligaciones de registro de la jornada establecidas en el artículo 12.5.h) del Estatuto de los Trabajadores.

El contrato a tiempo parcial puede celebrarse con carácter temporal o indefinido y concretar cualquier tipo de jornada en función de las necesidades de ambas partes, debiendo incluir, tal y como indican los modelos establecidos, "el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas, así como el modo de su distribución según lo previsto en convenio colectivo".

El porcentaje de "parcialidad" que se deriva de la jornada pactada es el que determina igualmente el porcentaje de salario devengado respecto del salario comparable a jornada completa.

En todo caso la forma de concreción de las horas de trabajo, que queda al arbitrio de las partes en cuanto a la delimitación del periodo de referencia, nos lleva a dos consideraciones relevantes en el servicio doméstico. Por un lado, el concepto de "trabajo por horas" en régimen externo utilizado a efectos retributivos y, de forma equívoca o inadecuada, en materia de "contratación" y la aplicación de las reglas de gestión de la S. Social. Y por otro, la determinación del coeficiente de parcialidad, ya sea para concretar la relación entre las horas pactadas y la jornada de referencia, o para computar y acreditar los periodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones, que se analiza en el siguiente apartado.

El contrato de trabajo a tiempo parcial, modalidad utilizada en todos los sectores de actividad, conlleva a efectos de Seguridad Social la delimitación del porcentaje de jornada por relación con la jornada de referencia, legal o pactada. Este porcentaje permite para las relaciones laborales ordinarias incluidas en el Régimen General de la S. Social, además de concretar los devengos retributivos, el contraste con las bases de cotización mínimas exigibles, y, en su caso la actualización o control automatizado de las mismas por aplicación de las normas de cotización ordinarias del régimen general.

Partiendo de la existencia de una única modalidad contractual a tiempo parcial igualmente aplicable a estas relaciones especiales, en las que se utiliza como referencia la jornada máxima de 40 horas semanales, y reconocido el derecho a 30 días anuales de vacaciones, la norma utiliza el concepto de "empleados que trabajen por horas, en régimen externo", pero exclusivamente en el artículo referido a las retribuciones para concretar en un supuesto concreto cuál debe ser su salario de referencia.

El artículo 8 del RD 1620/2011 establece que el Salario Mínimo Interprofesional es aplicable en el ámbito de esta relación laboral especial, percibiéndose a prorrata si se realizase una jornada inferior a la jornada completa y fija del derecho a dos gratificaciones extraordinarias. Por ello para el año 2021 el SMI de referencia es de 950x14= 13.300 euros. Al mantenerse el alta durante el periodo de vacaciones el salario mínimo mensual a jornada completa se sitúa en 950 euros por cada mes, incluido el de vacaciones y dos pagas extras de la misma cuantía o la parte proporcional. (Ejemplo: si se pacta una jornada de 15 horas semanales/ 60 horas/mes y una retribución mensual el porcentaje de jornada respecto de la máxima ordinaria, que determina el salario mínimo que debe

ser respetado, se sitúa en el 37,5%, por lo que para este supuesto el salario mínimo mensual asciende a 365,25 euros/mes.)

En su apartado 5 el mencionado artículo 8 concreta que "*para la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que se fije en el real decreto por el que se fija anualmente el salario mínimo interprofesional para los trabajadores eventuales y temporeros y empleados de hogar, que incluye todos los conceptos retributivos; este salario mínimo se abonará íntegramente en metálico, en proporción a las horas efectivamente trabajadas".*

En el contexto legal indicado, esta concreción, que se incluía igualmente en la regulación anterior a 2011, sólo puede ser interpretada según su propio contenido considerando dos aspectos. Por un lado, como una remisión al decreto anual por el que se fija el SMI, a efectos de cuantificar el salario de referencia. Y por otro lado, el uso de la expresión *"empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo",* sólo a efectos retributivos, como la concreción de una modalidad de determinación de la jornada pactada. En todo caso, con carácter general, la contratación a jornada completa no se identifica con un trabajo por "horas", por lo que en la mayoría de las ocasiones se corresponderá con ocupaciones a tiempo parcial, en términos de "contratación".

Para comprender la situación es necesaria una breve referencia a los cambios operados en la redacción el DSMI y su relación con las personas empleadas del hogar familiar, ya que no es hasta el decreto de 1986 cuando incluye la referencia a las mismas.

El DSMI incluye una redacción invariable desde el año 1983 (Artículo 6 Real Decreto 100/1983, de 10 de enero) en la que, después de fijar el SMI general, concreta la forma de percibir el mismo por parte de los trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no excedan de ciento veinte días. Dada la temporalidad de las ocupaciones de estas personas, asociada a las campañas agrícolas de temporada, se precisa solamente la forma de percibir el salario mínimo, es decir, regula la forma de abono del mismo, no una cuantía diferente, incluyendo la parte proporcional de la retribución de los domingos y festivos, y de las dos gratificaciones extraordinarias, en la medida en que para ocupaciones inferiores a 4 meses podían incluso no formalizarse los contratos por escrito y el hecho habitual en esta actividad de pactar un salario por día o por hora, exigía la cuantificación diaria por jornada de trabajo del salario mínimo.

Además, en el año 1983 (en el Decreto de 1982 no figuraba) se introdujo igualmente para los temporeros una aclaración referida a las vacaciones para evitar confusiones, concretando que la retribución correspondiente a las vacaciones generadas se percibirá conjuntamente y de manera proporcional con la cuantía señalada por jornada legal, pero sólo en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el periodo de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato. En los demás casos, la retribución del periodo de vacaciones se efectuará de acuerdo con el artículo 38 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás normas de aplicación.

Con este marco normativo salarial claramente definido por el decreto de SMI, en el año 1985 se aprueba la regulación de la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar por Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que incluyó en su artículo 6.5 que *"para la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas, en régimen externo, el salario mínimo de referencia será el que se fije la remisión expresa en la normativa correspondiente con carácter general para los trabajadores eventuales y temporeros, que incluye todos los conceptos retributivos; este salario mínimo se abonara en proporción a las horas efectivamente trabajadas.*"

Esta norma laboral tampoco concretaba una modalidad de contratación específica que fuera concebida como "trabajo por horas", y en caso de no utilizar alguna de las modalidades o duraciones previstas en el estatuto de los trabajadores, se limitaba al año la duración del contrato temporal.

La normativa de Seguridad Social, como no puede ser de otra manera, no regulaba ningún aspecto relacionado con la contratación. El artículo 49 del RD 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, vigente hasta la incorporación del colectivo en el Régimen General, aludía a la prestación de servicios a tiempo parcial en base a contratos indefinidos o de duración determinada formalizados al amparo del ET, exclusivamente para concretar que se considerarán servicios prestados a tiempo parcial los que se presten durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que estableciera al respecto el "Ministro de Trabajo e Inmigración". Y ello para atribuir de forma directa a las personas trabajadoras la obligación de solicitar la afiliación, el alta y la baja en el Régimen Especial de Empleados de Hogar, en lugar de ser responsabilidad de los empleadores.

En el año 1986, estando ya vigente el RD 1424/1985 por el que se regulaba la relación laboral de carácter especial, y por aplicación de la remisión expresa indicada del artículo 6.5 de este Decreto, el Real Decreto 2474/1985, de 27 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 1986, incorporó por primera vez un apartado a continuación de la regulación indicada para los temporeros. Recogiendo el concepto de "empleados de hogar que trabajen por horas" del RD 1424/1985, fijaba como referencia los salarios mínimos correspondientes a una hora efectivamente trabajada para estas personas teniendo en cuenta el importe de las gratificaciones extraordinarias mínimas.

Por tanto, la concreción de su SMI de referencia en el año 1986 se realizó en las mismas condiciones que para los trabajadores temporeros ya indicadas, pero fijando el mismo en un valor por hora efectivamente trabajada, y no por jornada diaria, sin mayor aclaración.

De acuerdo con el contenido literal del DSMI y su lógica interpretativa hasta la actualidad, el SMI se concibe en primer término como "suelo de contratación", convirtiendo en ilegal prestar trabajo de forma dependiente y por cuenta ajena por debajo del mismo. Desde el punto de vista jurídico constituye uno de los supuestos de mínimos de derecho necesario, inderogable "in peius". Así se concreta por la jurisprudencia y se ha remarcado por la Dirección General de Trabajo en su respuesta de 6 de mayo de 2019 a la consulta específica respecto de los empleados de hogar y temporeros remitida por el OEITSS.

Las cuantías mínimas recogidas en el artículo 1 del DSMI son cantidades que se aplican en todo caso para cualesquiera actividades en la agricultura, en la industria y en los servicios sin distinción de edad o sexo, por lo que tampoco el Decreto establece salarios, cualquiera que sea la forma de denominación o concreción, superiores a los que se contienen en el mencionado precepto. Igualmente se percibe a prorrata si se realizase una jornada a tiempo parcial.

Por ello las reglas contenidas en el artículo 4 para trabajadores eventuales y temporeros y para empleados del hogar no dejan de ser una aplicación de las generales previstas en los artículos precedentes, pero con la adición para el primer colectivo en el salario diario previsto en el artículo 1, de la parte proporcional de domingos y festivos y de dos pagas extraordinarias de 30 días y para el colectivo de empleados del hogar, además la parte proporcional a las vacaciones, pero sólo en determinados supuestos y no con carácter general para todos estos.

A estos efectos el Real Decreto 1888/2011, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2012 incluyó un nuevo contenido aclaratorio en la redacción del apartado 2 del artículo 4, en el que se concreta el precio de la hora efectivamente trabajada para los empleados del hogar que trabajen por horas en régimen externo, al precisar *"que incluye todos los conceptos retributivos",* considerándose incluida por tanto la parte proporcional del importe de las vacaciones. Esta precisión, que no estaba en anteriores decretos, contribuyó a clarificar la diferencia cuantitativa en el cálculo del valor hora que para este colectivo se realizaba, incluyendo todos los conceptos, a diferencia de la determinación del salario por jornada legal en la actividad que en el

número 1 se realiza para eventuales y temporeros concretos en el que no se incluye la parte proporcional de las vacaciones.

Realizada esta aclaración y el análisis de la evolución normativa, que debería cerrar las dudas interpretativas, la concreción de este salario por hora para empleados de hogar que presten servicios por horas en régimen externo no conlleva necesariamente que siempre se deba pactar el abono de la parte proporcional de vacaciones incluida en los devengos periódicos, ya sean por hora, por semana o por mes.

No puede olvidarse que, tal como se ha indicado, la relación laboral especial para este colectivo no contempla reglas especiales en materia de vacaciones, más allá de su cuantificación y la forma de su disfrute, por lo que, al igual que se concreta para los eventuales del artículo 4.1 del DSMI lo habitual debería ser abonar las vacaciones sólo en los supuestos en que no existiera coincidencia entre el periodo de disfrute de las vacaciones y el tiempo de vigencia del contrato, o pactar su abono incluido en el importe/ hora sin perjuicio de su disfrute según la dinámica de la relación laboral. Con carácter general la retribución del periodo de vacaciones se efectuará de acuerdo con el artículo 38 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás normas de aplicación.

De ahí que los empleados de hogar que "trabajen por horas", en régimen externo, siempre están amparados por un contrato de trabajo a tiempo parcial y sólo se puede llegar a pactar el pago de las vacaciones cuando por razón de la escasa duración del contrato, no fuera posible fijar su disfrute, al no ser no sustituibles por compensación económica, según el artículo 38 ET, de aplicación supletoria a esta relación laboral. La compensación solo cabe cuando no es posible el disfrute del descanso antes de la finalización de la relación laboral, de conformidad con lo previsto en el artículo 11 del Convenio 132 OIT y el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CEE.

Cuestión diferente es que determinadas ocupaciones pactadas contemplen jornadas a tiempo parcial de carácter variable según las necesidades del empleador, que obliga necesariamente, tras una fijación inicial de las horas, bien a la realización mensual de variaciones de datos en función de las modificaciones producidas en la jornada al amparo, o bien a la concreción de la jornada máxima en el periodo de referencia y realizar una distribución irregular de la jornada según las necesidades, pero pactando una retribución fija. Este supuesto de variaciones de las horas prestadas es similar a la que puede acaecer para otro tipo de relaciones laborales ordinarias que recurren al contrato a tiempo parcial. Pero siempre que se prolongue en el tiempo, con posibilidad de disfrutar el periodo de vacaciones, éstas deben disfrutarse estando prohibida su compensación en metálico.

Otra modalidad de ocupación sería el empleo esporádico para unas horas puntuales de trabajo, con alta y baja en la S. Social, cuyo contrato no podría amparar el disfrute de las vacaciones y lógicamente es posible pactar el abono del salario por todos los conceptos con la inclusión de su cuantía, siendo normal en estos supuestos que el importe por hora acordado es muy superior a las relaciones laborales más o menos estables y con mayor ocupación.

También puede llegar a considerarse que la prestación de "servicios por horas" se vea reflejada en la intención de ocupar a una persona "a demanda", es decir, cuando en función de la necesidad o voluntad del empleador, se proceda a ocupaciones esporádicas o intermitentes. A estos efectos debe recordarse que, aplicándose las modalidades contractuales ordinarias, éstas deben ser causales, y que exigiría la formalización de contratos y altas y bajas sucesivas o necesariamente se trataría de un contrato a tiempo parcial en el que debe concretarse una jornada concreta con independencia de las posibles variaciones posteriores, como ya se ha indicado.

Finalmente, nada impide que, contemplándose y respetándose el derecho a las vacaciones correspondientes, las partes hayan pactado un salario por horas o mensual, con independencia de cómo se abone, incluyendo en el mismo el importe proporcional de aquéllas, conllevando el disfrute real de las mismas cuando se acuerde, pero sin pago de salario durante las mismas, al haberse ya ingresado en los meses de actividad, y manteniéndose el alta en la S. Social.

Este supuesto exige que quede claro el acuerdo indicado en el contrato y los conceptos salariales que se incluyen en la retribución bruta así como su forma de abono (cláusula cuarta del modelo de contrato)[8], puesto que el abono de una cantidad superior a la que correspondería sin el pago de las cantidades indicadas, como puede suceder igualmente con el pago prorrateado de las dos pagas extraordinarias, puede llevar a confusión entre las partes y a considerar por el trabajador que es un salario pactado superior y que además del mismo en el periodo de vacaciones se procedería al pago de la cantidad correspondiente.

La conclusión que se obtiene de lo indicado es que los empleados del hogar tienen garantizado el mismo SMI que el resto de los trabajadores y que, se pacte o no el pago de la parte proporcional de las vacaciones, se genera el derecho a las mismas y deben ser disfrutadas, manteniéndose el alta en la S. Social en el periodo correspondiente. Sólo excepcionalmente la corta duración de la ocupación o la rescisión del contrato puede motivar la baja sin su disfrute.

Considerando el mes de agosto como el más frecuente para el disfrute de las vacaciones el análisis de las series de promedio de altas en este mes desde el año 2013 hasta 2020 sólo arroja una media de disminución de altas respecto de los meses de julio del -0,66% (2.769 trabajadores), por lo que, a falta de análisis más profundos, no puede apreciarse que los empleadores opten por las bajas sistemáticas en un mes puramente vacacional. En el caso de que se produjera este efecto la situación puede ser detectada por la ITSS, que ya utiliza este indicador en otros sectores, por lo que motivaría el inicio de actuaciones de comprobación.

El traslado de estas normas y posibilidades a la realidad genera ciertas dificultades si no se alcanzan acuerdos o pactos claros entre las partes. Con independencia del contrato a tiempo parcial formalizado, en el supuesto en que se pacte el salario por un precio hora concreto, incluyendo cantidades superiores al SMI y todos los conceptos, los empleadores podrían pensar que no tienen que pagar las vacaciones y, o bien no cursarla baja en la S. Social, o bien cursar la baja durante las mismas de forma indebida, continuando la relación laboral con posterioridad con una nueva alta.

En todo caso debe diferenciarse la discusión sobre la forma de pago de los salarios devengados, de las normas que se aplican en materia de cotización. De hecho, en muchas de las sentencias que se dictan por reclamaciones de cantidad o despido, se plantea la interpretación de las cláusulas salariales incluidas en los contratos para concluir si se devengaban o no junto con el salario abonado la parte proporcional de las pagas extras y de las vacaciones, sin entrar en los efectos que hay podido producir en materia de cotizaciones a la S. Social.[9]

6. APLICACIÓN DE LOS CONCEPTOS LABORALES AL SISTEMA ESPECIAL DE COTIZACIÓN

La discusión sobre los conceptos indicados se ha reiterado año tras año en ámbitos profesionales, como el de los graduados sociales y gestores, que suelen realizar los trámites de los empleadores, y entre los propios empleadores, en la medida en que, a pesar de las conclusiones indicadas, la actualización del SMI, de las bases o de los tipos aplicables volvía a motivar el debate y las dudas.

A ello se une el hecho de que la concreción de esta interpretación en las reglas sobre cotización en el SEEH no ha sido coherente hasta la actualidad, lo que podía originar el riesgo, en supuestos limite, de doble cotización.

[8] Ejemplo: modelo de contrato por obra o servicio a tiempo parcial disponible en la web del SEPE: https://www.mites.gob.es/es/portada/serviciohogar/modelos

[9] Ejemplos de sentencias: Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 6ª, Sentencia 482/2013 de 24 jun. 2013, Rec. 688/2013; Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 147/2021 de 3 Feb. 2021, Rec. 3280/2018.

La interpretación en la administración de la Seguridad Social no era incorrecta. Ya desde el 23 de abril de 2013 las Direcciones Provinciales de la TGSS habían recibido una comunicación desde la Subdirección General de Afiliación, Cotización y Gestión del Sistema RED, en la que se aclaraban los conceptos indicados, en base a la respuesta dada por la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, concretándose que el trabajo por horas a efectos del abono de todos los conceptos, incluidas las vacaciones, sería aquél en el que se hubiera pactado de forma expresa en el contrato esta modalidad de retribución, y que mientras el contrato subsista debe cotizarse por todos los meses, incluido el de vacaciones, debiendo evitarse la doble cotización cuando ya se han incluido en las bases mensuales las vacaciones.

A estos efectos y para evitar la doble cotización se sugería que el importe total de la retribución estimada en el año se dividiera por 12 o por los meses de referencia, para concretar la retribución mensual a efectos de concretar las bases de cotización aplicando los tramos del sistema especial.

Esta solución, que es lógica y coherente de conformidad con lo ya indicado, conlleva una doble disociación que debe ser explicada y trasladada a los empleadores y a los trabajadores. Por un lado, la diferencia entre la forma de pagar y pactar los salarios, y la forma de calcular las bases mensuales, que en el caso de pagarse las vacaciones junto con el precio hora, lleva a mantener en alta al trabajador en el periodo vacacional, pero sin percibir emolumentos. Y, por otro lado, la diferencia que por mandato del nuevo sistema especial transitorio se produce entre las retribuciones mensuales con las prorratas de pagas extras y la base realmente aplicada por tramos que determina la cuota real a ingresar.

Además, todos estos conceptos deben trasladarse al contrato y a la nómina de forma comprensible, de manera que no genere desconfianza en la configuración de la relación laboral.

La aplicación de las obligaciones que se derivan de la normativa laboral (contratos y salarios), encuentran su dificultad cuando se deben aplicar las reglas de cotización especiales fijadas para este sistema especial. Como se ha señalado, la base de cotización se concreta en dos operaciones. Primero se cuantifica el salario bruto incluida la prorrata de las dos pagas extraordinarias. Por ejemplo, si se abona el SMI de 2021 serían 1.108, 33 euros/mes a jornada completa, 554,16 euros a media jornada o a 415,62 euros/mes en el ejemplo anterior con una jornada a tiempo parcial de 15 horas a la semana. En segundo lugar, estas cantidades se trasladan a los tramos de bases fijados para concretar la base fija aplicable, que no se corresponde con el salario bruto indicado.

Respecto del cálculo dela base de cotización ya se ha comentado que la inclusión de la referencia de las horas máximas en cada tramo, al corresponderse con un importe de la hora de trabajo con todos los conceptos incluidos, podía generar la idea de que en todos los supuestos, con independencia del tipo de contrato formalizado o la forma de abono pactada, la garantía del SMI implica necesariamente el abono del importe equivalente al fijado en el artículo 4.2 del Decreto de SMI, por todos los conceptos y por todas las horas trabajadas.

Esta confusión puede haber operado también en el momento de realizar los trámites iniciales o las variaciones de datos. Es comprensible y exigible que un empleador sepa claramente la cantidad que debe respetar partiendo del SMI establecido, ya se fije por horas o se abone con carácter mensual, pero, por una mala interpretación, podía considerarse obligado a elevar unas cuantías que conllevaban indebidamente excesos de cotización en algunos supuestos. Especialmente en los más comunes en los que la relación laboral se mantiene en el tiempo y contempla el pago o no de las vacaciones en el mes de su disfrute, pero mantiene el alta en la S. Social, por lo que puede producirse una doble cotización, en salarios reales muy próximos al SMI, por el mismo concepto que ya se identificó en el año 2013.

El análisis indicado lleva a la conclusión de que no se realizaba una traslación adecuada de las normas laborales al sistema especial de cotización, lo que se evidenciaba en las herramientas

para el cálculo interno de las cuotas que se utilizaban para apoyo de la gestión. Éstas partían de la aplicación del importe de la hora trabajada por todos los conceptos regulada en el DSMI (en la actualidad 7,43 euros) aplicada a todas las horas del mes declaradas por el empleador, de manera que en el caso de que se aplique el importe del salario por mes excluida la parte proporcional de las vacaciones la conclusión interna que arrojaban es que no se está respetando el SMI.

Esta situación se acentuó en el año 2013. Hasta esa fecha, la aplicación de este importe por hora trabajada se limitaba para los supuestos de contratos hasta 120 días de duración, (al asimilarse de forma literal con la situación de los trabajadores eventuales o temporeros). Desde el año 2013 se procedió a implantar con carácter generalizado el criterio señalado.

7. CONFIGURACIÓN DE LAS HERRAMIENTAS DE GESTIÓN DE LA S. SOCIAL. INFLUENCIA SOBRE LA INFORMACIÓN TRANSMITIDA POR LOS EMPLEADORES

El cumplimiento de las obligaciones de S. Social de los empleadores se articula mediante el acceso y la realización de los trámites obligados de forma presencial o telemática. En todo caso el registro de la información se realiza en herramientas de gestión y bases de datos que deben estar configuradas para dar cabida en términos de "legalidad" a las mencionadas obligaciones.

Muchos de los empleadores siguen realizando los trámites de forma presencial, tal y como se realizaron la mayoría tras la implantación del SEEH en 2012. Las altas iniciales o las variaciones de datos deben considerar los elementos indicados a los efectos de configurar y registrar los contratos de trabajo, que se presentan ante la propia TGSS, como situación excepcional al resto de empleadores, y para determinar el número de horas de trabajo pactadas, así como la remuneración bruta declarada a efectos de determinar la base de cotización a la S. Social.

La realización de estos trámites sin el conocimiento adecuado puede conllevar el registro de información equívoca o que no se corresponde con las obligaciones mínimas exigibles. Por otro lado, no todos los empleadores son conocedores de sus obligaciones o, más bien, de la obligación de adaptar la información transmitida a la S. Social cuando varían algunas de las condiciones de la relación laboral, especialmente el salario cuando cambia o cuando debe cambiar por obligación legal (SMI), o los cambios en la jornada o números de horas realizados. Este desconocimiento se produce a pesar de la información que con carácter anual se difunde mediante dípticos o en los diferentes foros especializados, con las normas de cotización. "La cultura" de las variaciones de datos y de la necesidad de traslación a través de los trámites de S. Social no es fácil concretarla en personas que no están familiarizadas con estos conceptos, por su complejidad, y por la ausencia de la lógica empresarial exigible en cualquier otro ámbito profesionalizado.

A pesar de que en la práctica se puedan estar respetando los derechos básicos asociados al salario y a las horas de trabajo realizadas, se producen discrepancias con los datos trasladados a la SS o ausencia de actualización. De hecho, muchas de las altas iniciales que se tramitan no se han visto alteradas en varios años coincidentes con los de mayor incremento del SMI, con o sin intencionalidad, generándose diferencias de cotización que no han sido actualizadas.

La interpretación indicada de la aplicación del SMI ha condicionado los trámites realizados de forma presencial por los empleadores mediante la presentación del modeloTA.2/S-0138. Inicialmente porque no se aplicaban criterios específicos para la incorporación de las cantidades indicadas ya que se trata de declaraciones de parte que, en caso de inexactitud, deberían ser constatadas a posteriori y concretar en su caso los efectos en materia de cotizaciones. En el caso de realizarse los trámites de forma telemática, por la posible aplicación de criterios automáticos de validación que conducían a la misma situación.

En primer lugar, el alta o variación de datos no permite registrar el concepto de contrato a tiempo parcial, de manera que quede constancia de la parcialidad de la jornada efectivamente realizada. Para el resto de trabajadores no incluidos en el SEEH se calcula el coeficiente de

parcialidad ordinario asociado a la jornada, por aplicación del artículo 247 LGSS. El registro de este aspecto permite concretar el porcentaje de la jornada realizada a tiempo parcial respecto de la jornada realizada por un trabajador a tiempo completo comparable y se aplicará sobre el período de alta con contrato a tiempo parcial, siendo el resultado el número de días que se considerarán efectivamente cotizados en cada período.

Para los supuestos de trabajos a tiempo parcial, la mayoría de los empleados del hogar, a los que se les abona un salario pactado mensualmente, el registro de un coeficiente similar a efectos de concreción de la jornada a tiempo parcial permitiría directamente la actualización de las retribuciones declaradas en el caso de que se incrementara el SMI y éstas quedasen por debajo sin haberse adaptado la jornada por el empleador. Y ello sin perjuicio de la especialidad que concurre en la aplicación del coeficiente a efectos de cómputo de periodos cotizados para el devengo de prestaciones.

En segundo lugar, el empleador tenía que registrar cuatro datos obligatorios para poder completar el trámite con éxito, el salario bruto/mes, las horas semana, las horas mes y el precio hora. El salario bruto se corresponde, aplicando las normas de cotización, con el salario más la parte proporcional de las dos pagas extras. Las horas semana y las horas mes, exige concretar su cuantía bien estable o bien el promedio estimado en cómputo de las que se van a realizar, con independencia de que puedan variar de una semana a otra. A estos efectos y con los mismos parámetros que utiliza la S.Social en su orden de cotización, que "sitúa" la jornada completa en cómputo mensual en 160 horas (4 semanas), la traslación de las horas a la semana exige al empleador necesariamente su multiplicación por cuatro para concretar las horas al mes, aunque en la realidad la aplicación de un "porcentaje de jornada" pactado no arroje ni todas las semanas ni todos los meses el mismo número de horas, ni la norma la fija en 160 horas al mes.

De hecho, los criterios internos que aplica la TGSS para la traslación de las horas a la semana declaradas a las horas al mes exigen su multiplicación por 4,2, obteniendo una proyección de horas mes aún superior a la indicada y que, de multiplicarse por el importe de hora trabajada del artículo 4.2 DSMI arroja un salario mínimo mensual teórico mayoral establecido normativamente.

Por último, el empleador debía concretar el importe por hora de trabajo, lo que no resulta fácil o es muy posible que no se pacte el precio/ hora sino un importe mensual. Al ser un campo obligatorio, el empleador normalmente realiza la división entre el importe bruto mensual y las horas mes declaradas. Y en este punto es en el que se encontraba a efectos prácticos el problema expuesto respecto del cálculo del importe mínimo por hora de trabajo. La cantidad resultante no podía registrarse por importe inferior a 7,43 euros/ hora para 2021, cuando esta cantidad solo puede operar a efectos retributivos para en el trabajo por horas. Para el resto de supuestos el importe mínimo admisible debía ser 6,93, sin incluir la parte proporcional de las vacaciones para evitar la doble cotización.

La necesidad de comunicar este importe/ hora llevaba en algunos casos al empleador a mantener el salario bruto, pero a reducir el número de horas declarado para ajustarse al precio hora "exigido". Con el sistema de cotización implantado y las particularidades del coeficiente de parcialidad del SEEH esta práctica de reducir las horas declaradas, hasta que no se modifique el coeficiente de parcialidad especial vigente, no afectaba a la base de cotización, que se fija exclusivamente en atención al salario bruto y que, al mantenerse, queda dentro de los márgenes de referencia de la orden de cotización. La consecuencia es que el empleador se veía obligado a declarar datos que no son reales y que no se corresponden con las horas pactadas, solamente a efectos de cumplir con los trámites obligatorios y con independencia de la confección y pago posterior de las nóminas.

Además de los datos y trámites indicados correspondientes al empleador la TGSS está obligada a calcular el coeficiente de parcialidad a efectos de cómputo de periodos cotizados para el devengo de prestaciones. La aplicación del mismo para los trabajadores ordinarios se contempla en

el artículo 247 LGSS ya citado, y al tratarse de una regla proporcional entre la jornada realizada y la jornada de referencia, el coeficiente es fácilmente comprensible y trasladable igualmente para la determinación del salario mínimo exigible en los contratos a tiempo parcial. (Ejemplo: un contrato de 20 horas semanales con una jornada máxima anual de referencia del ET, arroja un coeficiente de parcialidad del 50% o 500 por mil).

No obstante en el SEEH se aplica lo dispuesto en el número 2 de la Disposición transitoria decimosexta de la LGSS: "*Desde el año 2012 hasta el año 2022, a efectos de determinar el coeficiente de parcialidad a que se refiere la regla a) del artículo 247, aplicable a este Sistema Especial para Empleados de Hogar, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1.a) de esta disposición, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios.*"

Se configura un coeficiente que no está relacionado con la jornada efectivamente realizada. Se asocia con la base que corresponde aplicar según las reglas del sistema especial, diferente por tanto de los salarios brutos, y se divide por el importe la base mínima horaria, que en el caso de tratarse de ocupaciones "a tiempo parcial", inferiores a la jornada completa declarada de 160 horas mes, sería la base mínima horaria del Régimen General aplicable a los contratos a tiempo parcial, tal y como se concreta en las instrucciones internas de la TGSS. (Ejemplo: aplicando el mismo a una jornada de 20 horas a la semana (50% de la jornada) con un salario ajustado al SMI de 554,16 euros, que arroja una base para el año 2021 de 608 euros/mes, y con una base mínima horaria a tiempo parcial de 6,33, el coeficiente resultante es de 96,05 horas teóricas y coeficiente de 60% o 600 por mil. (salario 554,16=>base 608=> (608/6,33)/160x1000= 600).

Se comprueba la diferencia entre el porcentaje de jornada y salario del 50%, fácilmente reconocible, y el 60% que finalmente se calcula correspondientes a 96,05 horas teóricas/mes en lugar de las 80 horas reales.

Esta información figura en las bases de datos de la TGSS y es accesible por parte de los funcionarios de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, junto con el resto de información, al objeto de diseñar o ejecutar actuaciones de inspección, por lo que su especialidad y las dificultades de interpretación se añaden a las ya indicadas. En caso de desconocimiento, al compararse este coeficiente de parcialidad con los salarios reales declarados, puede intentar trasladarse con el mismo criterio del artículo 274 LGSS para los trabajadores ordinarios y generar dudas sobre si los salarios son correctos por no haberse actualizado y debería iniciarse alguna actuación para comprobación de esta "aparente" discordancia, al figurar exclusivamente las horas declaradas, pero no el porcentaje de jornada real.

8. ESCENARIO Y DEFINICIÓN DE ACTUACIONES POR LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

La compleja configuración de la situación expuesta es la que necesariamente ha sido analizada por la ITSS con carácter previo al diseño e impulso de actuaciones en este sector. Cualquier actuación programada de la ITSS debe orientarse a la eficacia y la calidad en la prestación del servicio a los ciudadanos (artículo 2 a) LOSITSS), y un enfoque simplista basado exclusivamente en el impulso de inspecciones masivas o indiscriminadas no sólo limita los resultados obtenidos, sino que constituye una carga innecesaria para los empleadores y ciudadanos.

Igualmente, el escenario descrito permite diversos enfoques en la intensidad de las herramientas de la ITSS que deben ser desplegadas. Las deficiencias y la inercia generada en el sector de empleados del hogar desde 2012 hasta la actualidad exigía necesariamente cubrir inicialmente la laguna asociada a la carencia de información producida y las discrepancias identificadas entre la realidad y la información de los empleadores sobre los dos aspectos más

importantes en los que se manifestaban, el obligado respeto de los salarios mínimos garantizados por norma, y la adecuación de las bases de cotización.

Por ello el OAITSS concibió un programa para regularizar la situación laboral del sector de empleadas de hogar, especialmente feminizado y afectado por la precariedad. El plan se desarrolla desde comienzos de 2021 en varias fases e incluye una batería de medidas que incluyen la información, divulgación, invitación a las correcciones voluntarias e inspecciones individualizadas, además de la obtención de otros indicadores que pudieran detectar supuestos de incumplimientos y la atención preferente a las denuncias para aflorar empleos no declarados.

Se trata de una acción concebida de forma integral de la que se da publicidad e información en la web de la ITSS y del Ministerio de Trabajo y Economía Social, incluyendo un video divulgativo, preguntas frecuentes y las medidas en las que se estructura.

La complejidad técnica de los aspectos indicados ha motivado la realización de un notable esfuerzo de comunicación por parte de la ITSS para que los empleadores conozcan y actualicen sus obligaciones ilustrando incluso sobre los canales que existen y las herramientas para acceder a los trámites que corresponden a la TGSS.

Por otro lado, la identificación de posibles supuestos de precarización de condiciones, salarios inferiores al SMI e infracotización ha exigido la consolidación de la interpretación de los conceptos laborales aplicables a esta relación laboral especial y sus efectos sobre las cotizaciones. El análisis de la información se ha realizado exclusivamente basada en parámetros de legalidad como premisa para selección de las actuaciones, evitando que la información generada y registrada de forma equívoca o aplicada en base a los parámetros y criterios de gestión enunciados condujera a actuaciones innecesarias o alejadas del objetivo de detección de situaciones de precariedad real.

El valor de una labor inspectora de vigilancia y exigencia del cumplimiento de las normas radica en el examen jurídico previo del problema a examinar o de la información disponible, como requisito necesario para el diseño de sistemas de análisis masivo de información mediante técnicas de minería de datos y para el estudio posterior de los datos extraídos.

A través de este tipo de actuaciones la ITSS consolida un modelo que combina, cuando la situación lo justifica, la actuación de asistencia técnica e impulso para el cumplimiento de las normas, con la de vigilancia directa. Para las personas empleadas del hogar se manifestó como prioritaria la necesidad de poner especial énfasis en la corrección de deficiencias de S. Social que se habían acumulado durante un largo periodo de tiempo y en la necesaria aplicación del SMI, tras los incrementos de los últimos años.

La obligación de combatir el empleo no declarado total o parcialmente y la precarización de las condiciones de trabajo es inherente a la naturaleza y funciones de la ITSS, que incorpora en sus programas anuales actuaciones para combatir la economía irregular en todas sus manifestaciones laborales y en todos los sectores de actividad.

Con las actuaciones impulsadas en el sector del hogar familiar el OAITSS avanza en línea con lo indicado por la Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE (2015/2094(INI))[10]que considera esencial luchar contra el trabajo precario y no declarado en este sector, expresa la necesidad aplicar más y mejores maneras de prevenir, detectar y combatir los numerosos casos de empleo no declarado en el sector del trabajo doméstico y unos mecanismos de control e inspecciones laborales mejores y más ágiles.

[10] P8_TA(2016)0203. Trabajadoras domésticas y cuidadoras en la UE. Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de abril de 2016, sobre las trabajadoras domésticas y las cuidadoras en la UE (2015/2094(INI))

Igualmente, la ITSS se anticipa a los trabajos que se prevén impulsar en este sector para periodo 2021-2022 en el seno de la Plataforma europea contra el trabajo no declarado creada en el seno de la Comisión Europea.[11]

9. CONSECUENCIAS INMEDIATAS. MEJORAS EN LA GESTIÓN DEL SEEH

Las actuaciones iniciadas por ITSS, aún no finalizadas, están arrojando ya sus primeros resultados. En una primera fase consistente en la notificación a 47.749 empleadores a jornada completa de la obligación de respetar la cuantía del SMI, se ha conseguido que, de manera voluntaria, se hayan regularizado salarios por importe de 6,9 millones de euros.[12]

Los empleadores que han reconocido que el salario comunicado era inferior al mínimo exigible han realizado las variaciones de datos correspondientes a la TGSS. Esta acción ha beneficiado a 28.904 personas empleadas.[13]

Igualmente se han actualizado las bases de cotización derivadas por importe de 5,9 millones de euros.

Las actuaciones tendrán continuidad para otros supuestos utilizándose la misma metodología. En caso de no adaptarse los datos comunicados a los mínimos legales exigibles la ITSS decidirá la apertura de inspecciones individualizadas para analizar caso a caso, debiendo recordarse las posibles consecuencias sancionadoras o de exigencia de cotizaciones que pueden producirse para los empleadores que incumplan las normas aplicables, ya sean laborales, de S. Social o en cualquiera de las materias sobre las que actúa la ITSS.

Por otro lado, coincidiendo con el desarrollo de esta acción la TGSS ha puesto a disposición de los ciudadanos un nuevo portal para la realización de trámites telemáticos, denominado "import@ss", que incluye con una metodología más clara e inteligible y accesible desde los dispositivos móviles, la posibilidad de realizar los trámites relacionados con el SEEH.

La configuración del mismo, en sus pasos y entrada de información, se adecúa ya a la interpretación y aplicación correcta de los conceptos laborales anteriormente indicados, por lo que se evitan tanto los problemas de la complejidad asociada a la herramienta anterior existente en la sede electrónica, como los de comprensión y de traslación de los datos de la contratación para la determinación de las bases de cotización aplicables.

Igualmente es destacable la incorporación de un simulador que permite practicar y conocer el importe de las cuotas a ingresar en función del tipo de contratación, el salario pactado y las horas de trabajo.

El efecto real más importante es que, con independencia de que el empleador abone los salarios por meses o por horas, el importe del salario pactado exigirá siempre la misma base de cotización para el mismo número de hora de trabajo o de "porcentaje de jornada".

Esta situación, tras el largo periodo de incertidumbre expuesto, pone de manifiesto la importancia de la adecuada correspondencia entre las normas laborales y de seguridad social, correctamente interpretadas, y su aplicación práctica, para la que deben utilizarse herramientas que respondan igualmente a criterios de legalidad.

Finalmente, no cabe duda de que la lucha contra la precariedad, en su manifestación más grave, exige la detección del fraude consistente en el empleo no declarado o trabajo oculto de multitud de empleadas del hogar que se mantiene en nuestros días.

[11] European Platform tackling undeclared work Work Programme 2021-2022

[12] Datos a 23 de marzo de 2021. Fuente: Dirección General del OAITSS.

[13] https://elpais.com/economia/2021-04-09/la-inspeccion-de-trabajo-regulariza-la-situacion-de-30000-empleadas-del-hogar.html

Además de los datos de disminución del número de personas afiliadas desde el año 2016, y las diferencias constantes entre los datos declarados y los datos derivados de las encuestas de población activa, numerosos estudios ponen de manifiesto esta realidad.[14]

Es aquí donde se debe de realizar un mayor esfuerzo en el futuro, y donde existen mayores dificultades de detección, en la medida en que la prestación de servicios se produce en el hogar familiar. La mayoría de los países en los que se recurre a estos servicios mediante contratación directa de los empleadores se producen los mismos problemas de identificación.

En todo caso las denuncias que se presentan ponen de manifiesto que, a pesar de las dificultades, la ITSS tiene capacidad y facultades que, adecuadamente desplegadas, permiten comprobar de forma efectiva la prestación de servicios. El reto se encuentra en la implantación de nuevas herramientas e indicadores de detección, que se están a analizando en este momento. También la incorporación definitiva al Régimen General de la S. Social prevista para 2023, y una previsible recuperación económica dibujarán un escenario que quizás nos alumbre vías de lucha contra el fraude en este sector más exitosas y una mejora progresiva de las condiciones de trabajo de las personas empleadas.

10. BIBLIOGRAFÍA

SENDÍN BLÁZQUEZ, A. *El Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar: cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*. Investigación financiada mediante subvención recibida de acuerdo con lo previsto en la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo (subvenciones para el Fomento de la Investigación de la Protección Social –FIPROS–). Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A. "El Sistema Especial de Seguridad Social para Empleados de Hogar". *Actualidad Laboral* 21-22, diciembre 2011, Nº 21, 1 de dic. de 2011, Editorial Wolters Kluwer.

MIÑARRO YANINI, M. "La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable". *Relaciones Laborales* n.º 4/2012, de 15 de febrero de 2012, Nº 4, 15 de feb. de 2012, Editorial Wolters Kluwer.

SELMA PENALVA, A. "Novedades en el Régimen de Seguridad Social de los Empleados de Hogary su comparación con las propuestas de reforma anteriormente anunciadas". *Actualidad Laboral 2*-Quincena 16 al 31 de enero de 2012, Nº 2, 16 de ene. de 2012, Editorial Wolters Kluwer.

MUÑOZ MOLINA, J. "Nueva regulación del régimen laboral y de seguridad social de los empleados del hogar". *Relaciones Laborales* 4, abril de 2013, Nº 4, 1 de abr. de 2013, Editorial Wolters Kluwer.

LLOMPART BENNÀSSAR, M. "La subida del salario mínimo interprofesional: repercusiones en la esfera laboral y de seguridad social". *Trabajo y Derecho* 57/2019 (septiembre), Nº 57, 1 de sep. de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

CRITERIO TÉCNICO 104/2021 SOBRE ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL EN RIESGOS PSICOSOCIALES

El día 13 de abril de 2021, el Director del Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social aprobó el Criterio Técnico 104/2021 de la ITSS sobre riesgos psicosociales. Dicho Criterio Técnico es una actualización de anteriores directrices sobre esta materia como las contenidas, entre otras, en la Guía sobre actuaciones inspectoras en riesgos psicosociales que se elaboró en 2012 con motivo de la campaña del Comité de Altos Responsables de Inspección de

[14] https://www.ugt.es/ugt-reclama-una-transformacion-total-de-la-situacion-de-las-empleadas-de-hogar

Trabajo de la Unión Europea (SLIC, en sus siglas en inglés) en todos los Estados de la Unión Europea sobre esta materia y cuya vigencia aún permanece.

El principal motivo de esta actualización ha sido la adopción por el SLIC de la Guía sobre la inspección de la evaluación de riesgos psicosociales que fue aprobada en 2018 y que fue, a su vez, el resultado de la aplicación de los programas de acción de la Comisión Europea en su comunicación de 10 de enero de 2017 sobre modernización de los sistemas de seguridad y salud en la Unión Europea.

La novedad más importante de los criterios de la Comisión Europea y las Guías del SLIC fue la inclusión de la igualdad y la diversidad como valores transversales del ordenamiento europeo, valores que también debían ser desarrollados en las políticas de seguridad y salud en el trabajo.

Tanto la Guía del SLIC como el CT 104/2021 prevén que en la evaluación de riesgos psicosociales se debe hacer un análisis de los datos teniendo en cuenta el sexo, la edad, la condición de fijo o temporal y el origen cultural, entre otros criterios, sin que esto deba interferir en absoluto con el diagnóstico que precede a los planes de igualdad de género de las empresas. Por el contrario, este análisis puede contribuir a enriquecer dichos planes añadiendo una valiosa información que de otro modo difícilmente se obtendría, ya que las técnicas de los diagnósticos y las evaluaciones de riesgos psicosociales están basadas en modelos teóricos diferenciados.

El Criterio abarca todos los riesgos psicosociales, pero deja fuera los relativos y al acoso y la violencia en el trabajo y el riesgo de atraco que ya fueron objeto respectivamente de los Criterios Técnicos 69/2009 y 87/2011 cuya vigencia continua en todo aquello que no se oponga al reciente Criterio. La probable ratificación del Convenio 190 OIT sobre Acoso y Violencia en el Trabajo y la consiguiente legislación que debe servir posteriormente para implementarlo hace aconsejable que los criterios técnicos sobre esta materia queden a expensas de lo que se determine en ese proceso.

Por otra parte, el Criterio comprende todas las posibles actuaciones inspectoras sobre estos riesgos que se clasifican en actuaciones de control de la gestión preventiva, las actuaciones motivadas por denuncias sobre exposición real a estos riesgos y los daños a la salud y accidentes de trabajo motivados por dicha exposición.

Respecto a la gestión se hace hincapié en los requisitos que debe cumplir la evaluación para ser considerada acorde con las exigencias de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y el Reglamento de Servicios de Prevención insistiendo en la necesidad de que el método de evaluación reúna las condiciones de fiabilidad exigidas y que no se sustituya por cuestionarios de satisfacción o clima laboral siguiendo el criterio marcado por la sentencia 101/2016 de 16 de febrero del Tribunal Supremo.

En la intervención ante los casos de estrés laboral, la nota principal es el papel de la Inspección en vigilar la conducta de diligencia debida de las empresas en el tratamiento de las situaciones de estrés laboral velando por la adopción de medidas eficaces para su afrontamiento.

Y, por último, en la investigación de los daños a la salud provocados por la exposición a los riesgos psicosociales, se establece que la Inspección debe determinar en sus actuaciones tanto el nexo de causalidad de la lesión con el trabajo como en su caso la posible imposición del recargo de prestaciones en caso de mediar una conducta infractora por parte de la empresa.

A modo de conclusión, la actualidad de los riesgos psicosociales y la conveniencia de este criterio técnico viene marcada por la tendencia hacia la digitalización, el trabajo a distancia y el teletrabajo que van a tener como consecuencia que los riesgos psicosociales sean los predominantes en estos nuevos tipos de actividad como ya lo son de hecho en otros sectores relevantes de nuestra economía en los que la relación interpersonal con los usuarios o clientes suponen el principal factor de riesgo laboral, tal y como ocurre en la enseñanza, el comercio o la hostelería.