

La extinción del contrato de trabajo doméstico

Fermín Gallego Moya



Derecho del Trabajo
y Seguridad Social

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Director

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad Rey Juan Carlos (s.e.) y Magistrado de la Sala IV
del Tribunal Supremo

Yolanda Cano Galán, Profesora Titular de la Universidad Rey Juan Carlos.

María Emilia Casas Baamonde, Catedrática de la Universidad Complutense,
presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad
Social y expresidenta del Tribunal Constitucional.

Susana Rodríguez Escanciano, Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad
Social, Universidad de León.

Joaquín García Murcia, Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

Antonio Ojeda Avilés, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social,
Universidad de Sevilla.

Lourdes López Cumbre, Catedrática de la Universidad de Cantabria.

Eduardo Rojo Torrecilla, Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Carmen Sánchez Trigueros, Catedrática de la Universidad de Murcia.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

FERMÍN GALLEGO MOYA

19

COLECCIÓN DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
MADRID, 2023

Primera edición en esta colección: septiembre de 2023



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

© De los contenidos, su autor
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO BOE:

(Papel): 090-23-137-0

(PDF): 090-23-138-6

(ePUB): 090-23-139-1

ISBN: 978-84-340-2948-4

Depósito legal: M-28500-2023

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

A Pepe Marín

ÍNDICE

	Páginas
1. LA ESPECIALIDAD DEL EMPLEO DOMÉSTICO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO	13
1.1 Planteamiento	13
1.2 Perspectiva Internacionalista. El Convenio 189 de la OIT sobre Trabajo Doméstico	17
1.3 El «problema» de la negociación colectiva	21
2. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO A INSTANCIAS DE LA PERSONA EMPLEADORA: EVOLUCIÓN Y RÉGIMEN VIGENTE	29
2.1 Evolución	29
2.1.1 Situación originaria: enfoque civilista y evolución posterior ...	29
2.1.2 La inclusión en el marco laboral: el Estatuto de los Trabajadores y su primer desarrollo mediante Real Decreto 1424/1985	33
2.1.3 El inicio hacia la confluencia con el régimen común: el Real Decreto 1620/2011	43
2.1.3.1 Balance de las innovaciones	45
2.1.3.2 El protagonismo del desistimiento en la extinción.	50
2.1.4 El último acercamiento al régimen extintivo común: el Real Decreto-Ley 16/2022	54
2.1.4.1 La nueva modalidad extintiva	60
2.1.4.1.1 Contenido material: dos causas «objetivas» y una «subjetiva»	61
2.1.4.1.2 Requisitos formales	64

	Páginas
2.2 Régimen vigente	67
2.2.1 Panorama del «nuevo esquema» extintivo: remisión al marco general, con creación de causas específicas y exclusión de las incompatibles	67
2.2.2 El despido por causas objetivas	68
2.2.2.1 Delimitación de causas. Ineptitud sobrevenida y falta de adaptación al puesto	68
2.2.2.2 Aspectos formales y materiales	72
2.2.3 El despido disciplinario. Singularidades en el marco del empleo doméstico	72
3. LAS CONSECUENCIAS DE UNA EXTINCIÓN UNILATERAL ANTIJURÍDICA	85
3.1 La improcedencia del despido sin opción empresarial	85
3.2 La nulidad del despido	90
3.2.1 El reforzamiento normativo de la igualdad y la no discriminación por causa de enfermedad	95
3.2.2 Despido tras videovigilancia. Límites y calificación	102
3.2.3 El difícil «encaje» de la readmisión una vez declarada la nulidad	109
3.2.3.1 Planteamiento tradicional contrario a la readmisión, con aceptación progresiva de los salarios de tramitación, incremento de la indemnización y reparación adicional por daño moral	110
3.2.3.1.1 Descarte sin fisuras de la readmisión	110
3.2.3.1.2 La necesidad de incrementar la indemnización	115
3.2.3.1.3 Inclusión de los salarios de trámite y fijación del «dies ad quem»	117
3.2.3.1.4 La reparación del daño causado por la decisión declarada nula	121
3.2.3.2 El «valor» de los derechos fundamentales como reclamo para la readmisión	126
3.2.3.3 La conveniencia de un pronunciamiento casacional	130

	Páginas
4. LA EXTINCIÓN <i>AD NUTUM</i> DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA ...	133
4.1 Evolución legislativa del período de prueba en el empleo doméstico ...	134
4.1.1 Antecedentes	134
4.1.2 La presunción de su existencia en el Real Decreto 1424/1985 ...	135
4.1.3 Mayores exigencias en el Real Decreto 1620/2011	137
4.2 Incidencia del Real Decreto-Ley 16/2022. Consecuencias de la eliminación del desistimiento	140
4.3 El control de constitucionalidad	142
5. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DE LA PERSONA TRABAJADORA	149
5.1 Extinción basada en el incumplimiento grave y culpable de la persona empleadora	149
5.2 La dimisión y el abandono	154
6. LA EXTINCIÓN POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES	163
6.1 Fuerza mayor	163
6.2 Desaparición de los contratantes	164
7. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR LAS CAUSAS VÁLIDAMENTE CONSIGNADAS	171
8. PRESTACIONES APAREJADAS A LA EXTINCIÓN: COMPENSACIÓN ECONÓMICA ANTE EL DESEMPLEO Y PROTECCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL	177
8.1 La tradicional exclusión	177
8.2 Las normas excepcionales durante la pandemia sanitaria	184
8.3 El impulso de la jurisprudencia comunitaria	187
8.4 Protección social específica	195
9. RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES FINALES	207
BIBLIOGRAFÍA	223
ANEXO. RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS	235

LA ESPECIALIDAD DEL EMPLEO DOMÉSTICO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR EN LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO

1.1 PLANTEAMIENTO

Cuando el legislador decide configurar como régimen especial un sector concreto de la actividad, está diferenciándolo hondamente del marco común, en aspectos varios, entre los que puede encontrarse, es obvio, la propia extinción¹ de dicha relación laboral singular (sus causas, sus procedimientos y sus consecuencias).

Precisamente, el régimen extintivo puede considerarse la especialidad más destacable y polémica de la regulación del empleo doméstico desde su plena laboralización², siendo visible el intento progresivo del legislador por homogenizar y acercar aquella regulación a las reglas de la extinción común, corrigiendo aquellos aspectos que la propia evolución de la sociedad y del derecho señalan como más cuestionables³.

¹ Tras la lectura de decenas de sentencias, para la elaboración del presente trabajo, es indiscutible que, de entre las condiciones laborales y vicisitudes que pueden afectar a la relación especial, es la extinción la que mayor litigiosidad genera.

² BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada «Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019, pág. 251.

³ Tendencia más visible desde el momento en que la irrupción de las ETTs, de las empresas y cooperativas dedicadas a la prestación de servicios domésticos, y la intensiva utilización de cuidadores profesionales y no profesionales al amparo de la Ley de Dependencia, contribuyen a cuestionar la especialidad del trabajo en el ámbito doméstico, tal y como advierte BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada, «La extin-

Uno de los lugares (más) comunes del laboralismo es el que apunta a la sobrada y justificada conveniencia de categorizar como especial el servicio que se presta, por cuenta ajena, para el titular del hogar familiar, especialidad que es, precisamente, la que ha venido justificando su régimen extintivo diferenciado. Los motivos son obvios, y se han destacado, por toda la doctrina, a modo de «mantra» que no parece admitir discusión⁴.

Por una parte, y dicho de manera gruesa, el titular del hogar familiar no es un empresario ni un profesional liberal; no lleva a cabo una actividad económica, no presta un servicio, por lo que opera una especie de presunción de ingresos reducidos, al no llevar aparejada su actividad la obtención de lucro. Por ello trasluce la idea en la sociedad de que quizás no debería exigírsele cotizar, retribuir, ni indemnizar como si de un empresario al uso se tratase. Por otra, la prestación se lleva a cabo en el domicilio, lugar inviolable (hasta para la propia Inspección de Trabajo), en el que habita el empleador y, normalmente, sus familiares, cuya esfera personal (intimidad personal y familiar, privacidad, honor, propia imagen...) queda garantizada por normas constitucionales; las mismas que, por supuesto, protegen al empleado (lo que ocurre es que éste, en su condición de parte más débil, suele estar más dispuesto a exponerlas, en pro de mantener el vínculo laboral). Derivadamente, la relación laboral debe basarse en una confianza máxima cuya ruptura determina, casi como presupuesto inatacable, la «imposibilidad» de mantener vivo aquel vínculo.

Esta percepción unívoca, que a la postre es la que justifica un régimen extintivo desigual, se ha mantenido en todos los textos que han venido regulando la relación especial. Así, el RD 1424/1985, hacía referencia expresa a «las peculiaridades que se derivan de una actividad prestada en el ámbito del hogar familiar, el cual actúa como factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común prevé la norma, ya que ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, equilibrando el respeto a los derechos laborales básicos de los trabajadores con la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo, no cabiendo tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar».

ción de la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51/2018, pág. 85.

⁴ En diversos pronunciamientos, nuestro Tribunal Constitucional (véase SSTC 26/1984 y 268/1993) llegó a afirmar: «no parece que sea menester utilizar mayor esfuerzo dialéctico para poner de relieve la realidad de la singularidad del tipo de trabajo doméstico, lo que no puede seriamente ponerse en duda».

En línea continuista, el RD 1620/2011, volvía a focalizar su atención en dos elementos esenciales: el primero, «el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado»; y, en segundo lugar, y considerado «corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo». Como consecuencia de lo anterior, la remisión que la norma de 2011 hace al art. 49 ET, advierte del mantenimiento del desistimiento «como modalidad específicamente aplicable a esta relación laboral especial»⁵.

Es obvio que los once años transcurridos hasta la actual reforma, operada por el RD Ley 16/2022, no han provocado un cambio de las circunstancias en que se presta el citado servicio, pero sí han contribuido a un importante cambio de mentalidad en relación a la incidencia que dichas singularidades deban tener en la definición de las reglas extintivas, de manera que las mismas pueden ser alteradas (como así ha sucedido), pese a que los presupuestos de especialidad de la relación laboral sigan, en cierto modo, inalterables.

En este sentido, el RD Ley 16/2022 asume que «la prestación de servicios en el hogar familiar ha sido históricamente objeto de tratamiento diferenciado respecto al resto de actividades laborales», y que hay, ciertamente, «peculiaridades relevantes en este tipo de actividad laboral derivadas de que la persona empleadora no tiene entidad empresarial, de que la prestación de servicios se produce en un ámbito privado, de la alta variabilidad en las jornadas (desde el tiempo parcial muy reducido a la jornada completa), de la pluralidad, en determinados supuestos, de personas empleadoras y de otras circunstancias». Pese a ello, existe una conciencia de que debe progresarse hacia la equiparación con las personas trabajadoras por cuenta ajena... en el ámbito del sistema extintivo de la relación laboral», de manera que aquellos factores diferenciadores únicamente condicionen la configuración de la normativa aplicable a las personas que desarrollan esta actividad, «en la medida en que tengan una incidencia real

⁵ Desistimiento que se ha identificado como la «mayor modificación» del régimen extintivo respecto a la relación laboral común, pues «si en ésta la extinción por voluntad del empresario requiere la concurrencia de una causa justificativa de la decisión empresarial, en la relación especial se introduce una fórmula extintiva no causal, lo que desestabiliza todo el régimen protector en materia de extinción». Así lo indica GARCÍA TESTAL, Elena, «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España: un régimen jurídico injustificablemente diferenciado», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, vol. 9, núm. 2/2019, pág. 282.

en la prestación de los servicios». De manera que se pueda «conjugarse el mantenimiento de las diferencias, allí donde estas encuentran una justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que su razón de ser ya no encuentra por más tiempo motivo, de manera que se logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común»⁶.

Reconocido este sencillo esquema, podría decirse, sin embargo, que por reducido que pueda ser un lugar de trabajo «ordinario», y por mucho que en el mismo únicamente compartan espacio minúsculo la persona empleadora y empleada, dicho espacio nunca será un hogar, ni en él se desarrollará la vida personal y familiar que reclama garantías de privacidad e intimidad. Diferencias que se agrandan si pensamos en aquella prestación que se lleva a cabo en régimen interno, en el que la intimidad y privacidad propias de la esfera personal, no sólo alcanzan al titular del hogar familiar sino a la propia persona interna.

En este contexto, no es sencillo «aislar» la objetividad de una acción, de la subjetividad en la percepción de la misma por la persona empleadora que ha de adoptar la decisión extintiva. Dificultad que, tradicionalmente se ha saldado en esta relación especial, a favor aquella, dotándola de un mecanismo, marcadamente desequilibrador, a través del cual, desistir del vínculo laboral sin necesidad de alegar causa; en realidad, no importa cuál sea la causa. Lo relevante es que una de las partes (aunque sabemos que casi siempre el titular del hogar familiar) ya no se encuentra «cómodo» compartiendo dicho espacio de intimidad con una persona a la que, con poco coste económico, puede expulsar de dicho ámbito privado.

El porqué de dicha prerrogativa, casi privilegio, también tenía que ver con la fragilidad socioeconómica de un colectivo infravalorado, incapaz de reclamar una igualdad jurídica, desde su propia (y afortunadamente, cada vez menos admitida) desigualdad; esa que los convirtió, desde el principio, en trabajadores «de segunda», beneficiarios de derechos laborales diezmados, cuando no inexistentes.

⁶ Como destaca FERNÁNDEZ COLLADOS, Belén, «Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de seguridad social», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210/2018, Aranzadi), las tareas a realizar por un cuidador no profesional, un asistente personal y un empleado de hogar, aún con ciertos matices, en la práctica son muy similares, encontrándose la divergencia en el régimen jurídico aplicable, que depende básicamente de que exista o no una relación que pueda ser calificada como laboral, y en este último caso, que ésta pueda ser considerada como cuidados no profesionales en el entorno familiar, o como asistencia personal conforme a la Ley de dependencia; cuando se desempeñen servicios de cuidados a una persona dependiente y exista una relación laboral (básicamente por ser retribuida en vez de subsidiada por dicha Ley), podrá establecerse una relación especial del servicio del hogar familiar.

En este contexto, la reforma del RD 1620/2011, operada por RD-Ley 16/2022, con la equiparación extintiva en torno al artículo 49 ET y la supresión del «viejo» desistimiento, habría debilitado aquellos postulados diferenciadores, cuasi dogmáticos, que, aun así, siguen en pie, entre otros, gracias al muro de contención que sigue impidiendo el paso a la readmisión forzosa en supuestos de nulidad.

1.2 PERSPECTIVA INTERNACIONALISTA. EL CONVENIO 189 DE LA OIT SOBRE TRABAJO DOMÉSTICO

En un estudio publicado por la OIT en el año 1970, relativo a la condición de los trabajadores domésticos en el mundo, se ponía de manifiesto que aquellos estaban «especialmente desprovistos de protección jurídica y social, y sujetos a «explotación», sin que la mayor parte de países atendieran a sus «intereses legítimos y bienestar».

Si partimos de que un «trabajo decente» es aquel que se desempeña con una «calidad aceptable», exigiendo la convergencia de cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo, el empleo, la protección social y el diálogo social⁷, resulta difícil determinar si las peculiaridades propias del servicio doméstico, entre las que se encuentra la forma de extinguir el vínculo laboral, cumplen plenamente tales condiciones⁸.

En este ámbito, ha sido denunciada (hasta su reciente aceptación) la pasividad de nuestro legislador y su poco interés por cumplir las normas internacionales, habiéndose percibido como inaplazable⁹ la adhesión al Convenio núm. 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos, de fecha 16 de noviembre de 2011¹⁰.

⁷ SOMOVÍA, Juan, «El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana», OIT, 2014.

⁸ ORDÓÑEZ CASADO, M.ª Inmaculada, «El servicio doméstico desde la perspectiva del concepto de «trabajo decente» propuesto por la OIT», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, pág. 209.

⁹ Algunos autores, como GRAU PINEDA, Carmen, «El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Doc. Labor*, núm. 116, 2019, vol. 1, pág. 59, señalaban, en el año 2019, que era «difícil de entender cómo un Estado Social y Democrático de Derecho como España ha optado por quedarse de brazos cruzados y mantenerse al margen de este movimiento mundial».

¹⁰ No obstante, hay que reconocer que el número de países que lo han ratificado es muy reducido, faltando muchos de los considerados desarrollados.

Dicho Convenio, primero que la OIT dedicaba específicamente a este colectivo¹¹, se adoptó en el seno de la centésima reunión de la Conferencia Internacional de la OIT, y representó la culminación de un movimiento internacional dirigido a «convertir» el empleo del hogar en un trabajo decente, dándole así «valor social y económico, con el fin de contribuir a hacer efectivas las aspiraciones de las personas en su vida laboral, cuestión fundamental del concepto evolutivo del trabajo decente»¹².

Para el Convenio, «trabajador doméstico» (art. 1) es toda persona, de género femenino o masculino, que, de manera no ocasional ni esporádica, realiza un trabajo doméstico en el marco de una relación de trabajo; siendo el «trabajo doméstico» aquel que se realiza en un hogar u hogares para los mismos».

La relevancia del Convenio fue anteponer al progreso económico y a la concepción del trabajo como «mercancía», la necesidad de adecuar la prestación de servicios de un colectivo que mantenía una vulnerabilidad social y jurídica inaceptables, proporcionando un marco internacional de normas mínimas y específicas para estas personas trabajadoras, en materia laboral y de Seguridad social, que permitiera corregir las deficiencias históricas que caracterizan a un sector, considerado en gran número de países dentro de la economía informal, y al que se ha calificado como una de las formas de empleo más precarias, inseguras, desprotegidas y peor remuneradas¹³. De esta forma, el Convenio «adopta el valor de las grandes declaraciones de principios al garantizar, respecto a los trabajadores domésticos, la prestación de sus servicios en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana»¹⁴

En nuestro país, dichas condiciones han de garantizarse, huelga indicarlo, a toda persona trabajadora que, con independencia de su nacionalidad, preste servicios domésticos, teniendo el Convenio 189 una relevancia cierta para el colectivo de mujeres inmigrantes, para las cuales, trabajar en el servicio domés-

¹¹ «El conjunto de normas internacionales del trabajo elaboradas por la OIT antes de 2011, solo abordaron las condiciones de las personas trabajadoras domésticas de forma parcial, pues aunque diversos Convenios y Recomendaciones de la OIT se aplicaban de manera formal a aquellas, no tenían en cuenta ni las características específicas de su relación laboral, ni sus especiales necesidades de protección» (VELA DÍAZ, Raquel, «Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011 (núm. 189)», *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019, pág. 1522).

¹² VELA DÍAZ, Raquel, «La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre trabajadores domésticos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017, pág. 299.

¹³ VELA DÍAZ, Raquel «Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011», *op. cit.* pág. 1517.

¹⁴ QUESADA SEGURA, Rosa, «La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n.º 189 de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 27, 2011, pp. 2-4.

tico es una de las pocas opciones laborales que encuentran al llegar a nuestro país. De esta forma, junto a los factores de vulnerabilidad inherentes a la feminización y la segregación ocupacional, concurre también el factor etnización¹⁵.

Y aunque el Convenio 189 no es un instrumento «dirigido» a regular la migración laboral, lo cierto es que sus disposiciones, complementadas con las de la Recomendación 201, tienen un efecto indirecto sobre la misma, al abordar la situación de vulnerabilidad de este colectivo mediante disposiciones protectoras de distinto alcance. La primera de ellas (incorporada a su artículo 8), establece la obligación del legislador nacional de asegurar que el trabajador doméstico migrante reciba por escrito, con carácter previo a su incorporación, una oferta de empleo o contrato de trabajo que sea ejecutorio en el país receptor, y que incluya las condiciones de empleo señaladas en el artículo 7¹⁶; entre ellas se encuentran, en lo que a nosotros concierne, las relativas a la terminación de la relación de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar la persona trabajadora y empleadora. De esta forma, no solo se considera esencial que toda persona trabajadora que vaya a migrar con la finalidad de prestar servicios en el empleo doméstico, reciba por escrito¹⁷ su oferta de empleo o contrato en el que conste detallado su objeto, sino que también habrá de conocer previamente las circunstancias que podrán dar lugar a la terminación de su relación laboral¹⁸ y, en su caso, con cuánta antelación habrá de ser comunicada dicha decisión extintiva.

¹⁵ Sobre «discriminación múltiple», véase SANZ SÁEZ, Concepción, «La discriminación en contra de las empleadas de hogar como forma de manifestación de las discriminaciones múltiples», *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018.

¹⁶ Todo Miembro deberá adoptar medidas para asegurar que los trabajadores domésticos sean informados sobre sus condiciones de empleo de forma adecuada, verificable y fácilmente comprensible, de preferencia, cuando sea posible, mediante contratos escritos en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, que incluyan en particular: (a) el nombre y los apellidos del empleador y del trabajador y la dirección respectiva; (b) la dirección del lugar o los lugares de trabajo habituales; (c) la fecha de inicio del contrato y, cuando éste se suscriba para un período específico, su duración; (d) el tipo de trabajo por realizar; (e) la remuneración, el método de cálculo de la misma y la periodicidad de los pagos; (f) las horas normales de trabajo; (g) las vacaciones anuales pagadas y los períodos de descanso diarios y semanales; (h) el suministro de alimentos y alojamiento, cuando proceda; (i) el período de prueba, cuando proceda; (j) las condiciones de repatriación, cuando proceda; y (k) las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo, inclusive todo plazo de preaviso que han de respetar el trabajador doméstico o el empleador.

¹⁷ Como indica VELA DÍAZ, Raquel, «La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas del hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre los trabajadores domésticos», *op. cit.*, pág. 288, la forma escrita, además de ser el medio de prueba más idóneo del contrato de trabajo por el que han sido empleados, constituye un elemento esencial de garantía de los derechos de estos trabajadores domésticos y, a su vez, una forma de evitar posibles fraudes y abusos, máxime cuando se deja a la autonomía de las partes la fijación de aspectos relevantes de las condiciones de trabajo.

¹⁸ Con previsión del derecho a la «repatriación» tras finalizar el contrato por el que fueron empleados.

La segunda disposición, también tiene una especial importancia en relación a las personas empleadas del hogar extranjeras, que a menudo trabajan como internas en el hogar familiar; en efecto, el artículo 9, además de garantizar la libre circulación y el derecho de aquellas a conservar su documentación de viaje e identidad, reconoce su libertad para alcanzar libremente un acuerdo con la persona empleadora sobre si residirá o no en el hogar para el que trabaja.

Por último, en lo que a agencias de colocación privadas se refiere, el artículo 15 recoge una serie de medidas para prevenir posibles prácticas abusivas, con incidencia especial en el colectivo migrante; entre ellas, «adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas, tanto en su jurisdicción como, cuando proceda, en colaboración con otros Miembros, para proporcionar una protección adecuada y prevenir los abusos contra los trabajadores domésticos contratados o colocados en su territorio por agencias de empleo privadas»; garantía reforzada con la previsión, cuando se contrate a estas personas en un país para prestar servicio en otro país, de «concertar acuerdos bilaterales, regionales o multilaterales con el fin de prevenir abusos y prácticas fraudulentas en la contratación, la colocación y el empleo».

En cuanto a la extinción de la relación laboral, hay que advertir que el Convenio 189 no contiene una regulación específica de la misma, aunque sí contiene una disposición, el artículo 7, letra k, que, tangencialmente se refiere a ésta, al incluir «las condiciones relativas a la terminación de la relación de trabajo» entre aquellas sobre las que debe proporcionarse información al empleado del hogar. Tampoco la Recomendación núm. 201, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos repara en el ámbito extintivo, si bien también contiene una referencia indirecta, en la núm. 18, a que, «en caso de terminación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador, por motivos que no sean faltas graves, a los trabajadores domésticos que se alojan en el hogar familiar en que trabajan, se les debería conceder un plazo de preaviso razonable y tiempo libre suficiente durante ese período para permitirles buscar un nuevo empleo y alojamiento».

Seguramente, como apunta algún autor, lo que pretende el Convenio 189 es promover un marco estatal de condiciones mínimas de trabajo y seguridad social equiparables a los trabajadores ordinarios, junto con un sistema de protección judicial y tutela administrativa, regulando de manera minuciosa determinados derechos, pero ignorando otros aspectos (por remisión a la regulación de cada Estado) sobre los que resulta más conflictiva una regulación generali-

zada¹⁹. Sin duda, la extinción, es uno de estos aspectos más difíciles de homogenizar, y donde su regulación es más variada, dependiendo del enfoque de cada país.

Desde otro punto de vista, la ausencia de reglas específicas sobre la extinción del contrato, tanto en el Convenio 189 como en la Recomendación 201 (a excepción de la referencia al preaviso en sus artículo 7 y apartado 18 respectivamente), también podría legitimar posturas que, contrariamente, apuntaran a que la especialidad de la relación no tiene porqué determinar diferencias en este ámbito.

Con todo, sabemos que el Convenio 158 OIT permite excluir de su aplicación a esta categoría de personas trabajadoras²⁰, algo que la mayoría de países ratificadores habría hecho, incluida España hasta fechas muy recientes (según se indicará).

1.3 EL «PROBLEMA» DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Huelga decir, que (destacadamente) en materia extintiva, el papel de los Convenios colectivos es crucial, definiendo, concretando y adaptando el régimen sancionador a las singularidades de la actividad regulada, afirmación perfectamente extrapolable al sector del empleo doméstico que, sin embargo, no tiene aplicación práctica. En efecto, partiendo del reconocimiento que el artículo 7 RD 1620/2011 hace, para el colectivo que regula, de los derechos contenidos en la propia norma reglamentaria y en los artículos 4 y 5 del Estatuto de los Trabajadores, así como de lo dispuesto en el propio artículo 2.2. ET²¹, podemos afirmar que, entre los derechos básicos del personal que presta servicios en el hogar familiar, se encuentran la libre sindicación, la negociación colectiva, la adopción de medidas de conflicto colectivo, la huelga, la reunión y la información, consulta y participación, con el alcance que para cada

¹⁹ QUESADA SEGURA, ROSA, «La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n.º 189 de la Organización Internacional del trabajo», *op. cit.*, pp. 2-4.

²⁰ El artículo 24 permite a los países firmantes, en su apartado 2, tomar medidas para excluir de la aplicación del Convenio 158 o de algunas de sus disposiciones a ciertas categorías de personas empleadas cuyas condiciones de empleo se rijan por disposiciones especiales que en su conjunto confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé este Convenio»; mientras que su apartado 3, faculta la toma de decisiones para excluir de la aplicación del Convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea.

²¹ Según el cual, la regulación de las relaciones laborales especiales «respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución», entre los que se encuentra (artículo 37.1) la negociación colectiva.

uno de los mismos disponga la normativa específica. Por su parte, la norma que reglamenta la relación especial, viene a integrar, en el sistema de fuentes que han de regular obligaciones y derechos de esta relación especial (artículo 3), al convenio colectivo.

Ahora bien; siendo ello cierto²², también lo es que el RD 1620/2011 no ha tenido demasiado interés por «regular»²³ expresamente aquellos derechos, lo que dificulta su ejercicio, acrecentadamente, por las señaladas peculiaridades de esta relación especial. En otras palabras, el escaso ejercicio de derechos colectivos por estas personas trabajadoras no deriva de una inexistente prohibición legal, sino de que «las dificultades para su ejercicio no han sido resueltas por la norma reglamentaria»²⁴.

A este respecto, el Convenio 189 OIT contempla, en su artículo 3.2, la obligación de todos sus Miembros de adoptar, en lo que respecta a los trabajadores domésticos, las medidas previstas en su texto para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, entre los cuales se encuentran (Letra a) la «libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva»; para ello (artículo 3.3.) deberán proteger el derecho de los trabajadores domésticos y de los empleadores de trabajadores domésticos a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes y, con la condición de observar los estatutos de estas organizaciones, a afiliarse a las mismas.

Pese a que el anterior reconocimiento explícito de tales derechos de representación y acción sindical suponga una dignificación del sector, lo cierto es que en la mayoría de países la organización colectiva y la representación de las personas empleadas del hogar apenas es significativa, convirtiéndose la autonomía de la voluntad en fuente principal de regulación de las condiciones de trabajo, más allá de las disposiciones legales de aplicación necesaria.

En España, pese a que, como se ha apuntado, nuestro ordenamiento interno no contemple ninguna restricción al ejercicio de derechos colectivos por parte de las personas empleadas en el hogar, es evidente que las condiciones de

²² Recordemos que la normación reglamentaria de 1985 no reconocía expresamente el convenio como fuente, ni tampoco la aplicación del artículo 4 ET, por lo que la entrada de la negociación colectiva en aquel marco normativo venía de la mano de la Disposición Adicional que declaraba la supletoriedad de la norma común en aquello que resultase compatible.

²³ Para RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, ROSA, «La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales», *Universitat Rovira i Virgil*, Tarragona, 2004, pág. 318, «el RD 1620/2011 continúa, como la legislación anterior, sin hacer ninguna referencia a los derechos colectivos de estas trabajadoras, o, dicho de otro modo, ni los prohíbe, ni los reconoce».

²⁴ SANZ SÁEZ, CONCEPCIÓN, «Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Relaciones Laborales Lan-Harremanak*, núm. 45, 2021.

aislamiento en que prestan sus servicios, así como la impermeabilidad del hogar familiar al fenómeno sindical, dificultan sobremanera el ejercicio de los derechos de asociación, representación y negociación colectiva, pudiendo censurarse que tales dificultades para su ejercicio no hayan sido contempladas por la normativa reglamentaria, adaptándola a las condiciones de trabajado de este sector.

Más aún cuando las razones endémicas de la ausencia de negociación colectiva en este ámbito son bien conocidas: la parcialidad de las contrataciones; la coincidencia, en muchas ocasiones, del centro de trabajo con el domicilio de la persona empleada; el porcentaje de empleo migrante; el aislamiento en que prestan sus servicios; la imposibilidad de alcanzar una representación unitaria; etc. En definitiva, la precariedad, irregularidad y desprotección social que caracteriza el empleo en este sector, hace que el ejercicio de los derechos colectivos por las personas trabajadoras domésticas sea escaso²⁵.

En efecto, la práctica negocial en este sector es inexistente, lo que afecta claramente a la protección frente a la extinción del contrato, siendo una de las principales causas de esta problemática, la dificultad que plantea el control de la representatividad en este ámbito. Y es que la selección y concreción de los sujetos de la negociación resulta muy complicada, por la falta principalmente de una organización empresarial de empleadores del hogar familiar –y, si fuera el caso, cómo medir su representatividad– y, en segundo lugar, porque al personal del servicio doméstico, a pesar de poder estar afiliado a un sindicato más representativo o poder constituir sus asociaciones, le resulta muy complejo hacer valer estos derechos²⁶.

En este sentido, ante la dificultad de sentar en la mesa de negociación a las partes que han de alcanzar el deseado instrumento convencional, se ha apuntado la solución de atribuir la representación de las personas empleadas del hogar familiar a los sindicatos más representativos, habida cuenta de que al estar ante un colectivo laboral no homogenizado, sino fragmentado, aislado y desigual, es muy difícil poder organizar y entablar acciones colectivas, siendo dicha dispersión de las personas empleadas del hogar el mayor reto al que se

²⁵ NIETO ROJAS, Patricia, «Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT», *Revista Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019, pág. 401.

²⁶ MENÉNDEZ CALVO, Remedios, «Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, I Congreso Vasco de Empleo Doméstico, Vitoria-Gasteiz, 2020. La autora añade a la anterior consideración un nuevo problema relativo a la determinación del convenio colectivo aplicable, en términos de ámbito funcional: ¿cómo delimitar las actividades incluidas en el potencial convenio colectivo para el personal contratado en un hogar, a la vista de las que están expresamente excluidas por el RD de 2011?

enfrentan quienes pretendan asumir su representación; de otro lado, a la escasa movilización colectiva de las personas empleadas del hogar hay que añadir la ausencia de una contraparte empresarial con la que poder negociar sectorialmente, al no existir, tampoco, asociaciones patronales en este sector, optándose, también en este caso, por atribuir dicha legitimación en función de la mayor representatividad, a nivel estatal o autonómica ²⁷.

A lo que aún habría que añadir el aspecto de voluntad, pues «la posibilidad de negociar un convenio colectivo, estatal o autonómico, referido a las trabajadoras domésticas, no significa que éste vaya a existir necesariamente, ya que se requiere que tanto los sindicatos más representativos como las asociaciones empresariales más representativas también sean proclives a su existencia»²⁸.

Por todo ello, no resulta suficiente considerar los derechos fundamentales como una pura referencia constitucional, sino que es necesario «trasladar al plano normativo infraconstitucional la traducción de tales derechos fundamentales a los diferentes aspectos» propios de esta relación especial²⁹, siendo esencial la búsqueda de fórmulas efectivas que permitan a los sindicatos³⁰ canalizar las demandas y aspiraciones legítimas del colectivo³¹, promoviendo acciones colectivas que, además de influir en la progresiva mejora de las condiciones «legales» de trabajo³², culminen, más pronto que tarde, en la suscrip-

²⁷ NIETO ROJAS, Patricia, «Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT», *op. cit.*, pág. 403. La autora se plantea la idoneidad de atribuir esa representación *ex lege* a los sindicatos más representativos, tal y como ocurrió en relación a las empresas de trabajo temporal cuando se aprobó su normativa reguladora.

²⁸ BARCELÓN COBEDO, Susana, «La relación laboral del servicio del hogar familiar tras el RD 1620/2011, de 14 de noviembre. Con una breve aclaración sobre la protección social», *Revista ARANZADI DOCTRINAL*, núm. 1/2012, pág. 6.

²⁹ RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rosa, «La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales», *op. cit.*, pág. 402.

³⁰ Indirectamente, tal representación sí se habría asumido, por ejemplo, en las mesas de diálogo en las que los sindicatos UGT y CCOO instaron al Gobierno de nuestro país a la ratificación del Convenio 189 OIT.

³¹ De momento, la acción sindical como colectivo específico de trabajadores del hogar es escasa, pero no debemos decir que inexistente, pues, tras algunas experiencias autonómicas, como la del Sindicato catalán SINDIHOGAR (Sindicato independiente de las trabajadoras del hogar y los cuidados), creado en 2011 «ante la inexistencia de una organización independiente, con perspectiva de género, clase y raza de orden jurídico sindical», se han llegado a constituir organizaciones sindicales de ámbito estatal, como sucede, en 2020, con el Sindicato SINTRAHOCU (Sindicato de Trabajadoras de Hogar y Cuidados). Y es muy gratificante observar cómo, en poco tiempo, parte de las reivindicaciones y exigencias que dichas organizaciones definían en sus programas de actuación («Ratificación del Convenio 189 de la OIT»; «Derecho a la prestación por desempleo»; «Derogación del despido por desistimiento de la persona empleadora»), han sido conseguidas.

³² A este respecto, y a modo de ejemplo, durante el mes de mayo de 2023, la vicepresidenta segunda del Gobierno y Ministra de Trabajo y ECONOMÍA SOCIAL, Yolanda Díaz, mantuvo reuniones, entre otros sindicatos y asociaciones, con colectivos de trabajadoras de hogar y del servicio de ayuda a domicilio

ción de convenios colectivos sectoriales, con mayor motivo ahora que España ha ratificado el Convenio 189 OIT, que pudiera justificar un mayor interés por la materia³³. Solo con una regulación convencional adecuada podrá conseguirse que la eufemística «autonomía de las partes» no equivalga a la de «una parte».

En otras palabras, la negociación colectiva tiene que adaptarse, necesariamente a la «especial situación del servicio doméstico», lo que puede ayudar, además de ampliar el marco de cobertura laboral, a completar la visión social de la sostenibilidad del sistema de relaciones laborales (Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2030), por medio de la equiparación de derechos legales y convencionales entre distintas formas de relación laboral. Mientras tanto, la ausencia de un convenio colectivo sectorial aplicable, podría estar poniendo trabas a unas condiciones dignas y decentes para las personas empleadas domésticas, por lo que urge debatir sobre la viabilidad de un convenio colectivo³⁴.

No obstante, en lo que a extinción del contrato del empleo doméstico se refiere, hemos de reconocer que el RD Ley 16/2022 ha venido, de alguna forma, a colmar ciertas expectativas de mejora que algunos supeditaban, necesariamente, a la negociación de un convenio colectivo sectorial. En este sentido, durante la celebración del I Congreso Vasco de empleo doméstico, los días 3 y 4 de octubre de 2019, en la Cámara de Comercio de Bilbao, se planteaban³⁵ ciertas vías de mejora convencional del régimen extintivo del RD 1620/2011 que, como veremos, han sido efectivamente consideradas en la reforma de 2022. Así, se proponía: a) en cuanto a la extinción del contrato prevista en el artículo 11, negociar al alza su cuantía, al no corresponderse con la legalmente

SEDOAC, Territorio Doméstico, SINTRAHOCU, sindicato SAD y de la plataforma unitaria, AUXAD para abordar la nueva normativa en materia de prevención de riesgos laborales; la finalidad: elaborar una nueva «norma fundamental (modificando para ello el RD 486/1997, de 14 de abril) que permitirá proteger los derechos de miles de trabajadoras de ayuda a domicilio y del hogar» tal y como mandata la Estrategia de Seguridad y Salud en el Trabajo 2023-2027 acordada en el marco del Diálogo Social con las organizaciones sindicales, empresariales y comunidades autónomas.

³³ Dado que el artículo 3.2. establece (política proactiva) que «todo Miembro deberá adaptar, en lo que respecta a los trabajadores domésticos, las medidas previstas en el presente Convenio para respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo, a saber: (a) la libertad de asociación y libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva». Añadiendo, el artículo 3.3. que tales Miembros «deberán proteger el derecho de los trabajadores domésticos y de los empleadores de trabajadores domésticos a constituir las organizaciones, federaciones y confederaciones que estimen convenientes y, con la condición de observar los estatutos de estas organizaciones, a afiliarse a las mismas».

³⁴ REMEDIOS MENÉNDEZ CALVO, «Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos», *op. cit.*, pág. 36.

³⁵ REMEDIOS MENÉNDEZ CALVO, «Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos», *op. cit.*, pp. 38 y 39.

prevista para el resto del personal asalariado; b) en cuanto al preaviso por extinción y dimisión o desistimiento, también podría revisarse por convenio colectivo; y c) podría regularse convencionalmente una cláusula sobre la forma de ejecución de la extinción en el caso del personal interno a fin de una mayor tutela, así como fijar un mayor control de las extinciones con carga discriminatoria como, por ejemplo, el de las trabajadoras embarazadas.

Algunos autores, además, consideraban que el régimen jurídico de la relación laboral especial permitía identificar «espacios innegablemente abiertos a la negociación colectiva», como podían ser la incorporación del régimen jurídico del desistimiento indemnizado de la persona trabajadora, o la integridad de la relación laboral, como son las tareas y la clasificación profesional, la jornada y el horario, retribuciones, permisos y licencias, la prevención de riesgos laborales, la prevención del acoso sexual, acoso por razón de sexo, *mobbing*, la conciliación familiar, entre otros»³⁶. Parte de estas reivindicaciones, como hemos adelantado, han visto la luz en el texto legal.

Sin embargo, en algunos países³⁷ de nuestro entorno, los convenios colectivos sí forman parte del marco regulador del empleo doméstico; tal es el caso de Francia, Alemania o Italia.

Con respecto a Francia existen varios convenios colectivos nacionales; uno, negociado en 1999, que incluye a las personas trabajadoras empleadas directamente por los hogares. Otro, que entró en vigor en 2012, aplicable a las contratadas por agencias sin ánimo de lucro; y un tercero, en vigor desde noviembre de 2014, que incluye al personal laboral contratado por una empresa privada. Tales convenios colectivos se aplican a todos los empleadores y personas trabajadoras domésticas, ya pertenezcan a una asociación de empresarios o a un sindicato.

En Alemania existe una larga tradición de negociación colectiva entre el sindicato NGG y la organización de empleadores DHB NetzwerkHaushalt (Red de hogares), que data de los años cincuenta, y que se ha plasmado en diversos convenios estatales federales (que incluyen la regulación de condiciones de trabajo afectantes a la jornada, periodos de descanso y vacaciones) y regionales (sobre los salarios relativos a las cualificaciones), si bien se da la circunstancia de que dichos convenios únicamente se aplican a los afiliados y

³⁶ SANZ SÁEZ, Concepción, «Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores», *op. cit.*, pág. 18.

³⁷ La información general que ofrecemos se extrae del estudio de MATTER, Celia, «Los trabajadores domésticos en Europa se organizan», *Federación Europea de Sindicatos de los sectores de la alimentación, la agricultura y el turismo* (EFFAT), 2015, Proyecto cofinanciado por la Unión Europea, pp. 29 y 30.

asociados a tales organizaciones, lo que determina su afectación a un número relativamente reducido de personas trabajadoras del hogar.

En Italia, con experiencia en la negociación de convenios nacionales (1974, 2007 y 2013), se firmó, con fecha 1 de octubre de 2020, un nuevo Convenio Colectivo Nacional sobre la regulación de la relación de Trabajo Doméstico, estipulado entre asociaciones de empleadores (FiDALDO y DOMinA) y organizaciones sindicales de trabajadores (FiLCAMS, FiSASCAT, UiLTuCS y FEDERCOLF), cuyo ámbito de aplicación (artículo 1) son los asistentes familiares remunerados (limpieza doméstica, cuidadores, y otros perfiles profesionales referidos), involucrados en el funcionamiento de la vida familiar y la convivencia familiar estructurada.

El citado convenio, y en lo que a «terminación de la relación laboral y preaviso» se refiere (artículo 40), establece que la relación laboral puede ser rescindida por cualquiera de las partes, respetando unos determinados días de preaviso, entre 8 y 30, en función de la jornada y antigüedad (pudiendo llegar a 60 días en caso de conserjes privados, encargados de villas y otros empleados que utilizan alojamiento independiente con sus familias propiedad del empleador y/o puesto a disposición por el mismo); y que ante la falta de preaviso o su insuficiencia, corresponde a la parte que cesa en el contrato abonar una indemnización igual a la remuneración correspondiente al plazo de preaviso no concedido.

Por otra parte, los incumplimientos tan graves que no permitan ni siquiera la continuación temporal de la relación laboral pueden dar lugar al despido sin preaviso. Por su parte, la persona empleada que renuncia por justa causa tiene derecho a la indemnización por falta de preaviso; y, en caso de fallecimiento del empleador, la relación podrá ser extinguida cumpliendo los plazos de preaviso señalados en este artículo.

Cuando la relación laboral se extinga por notificación de despido, la persona empleadora, previa solicitud por escrito de la empleada, estará obligada a proporcionar una declaración escrita que acredite que se ha producido el despido.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO A INSTANCIAS DE LA PERSONA EMPLEADORA: EVOLUCIÓN Y RÉGIMEN VIGENTE

2.1 EVOLUCIÓN

2.1.1 **Situación originaria: enfoque civilista y evolución posterior**

En la actualidad, todos los debates abiertos en torno a la figura del trabajo doméstico se centran en la oportunidad y/o conveniencia de extender a este colectivo, en plenitud, el status jurídico que las relaciones laborales comunes tienen garantizado; siendo los condicionantes económicos que acompañan a la figura de la persona empleadora los que, por motivos evidentes, ralentizan dicha equiparación. Nadie discute, es obvio, el carácter laboral del vínculo, y muchos son los que empiezan a cuestionar, debilitándola conceptualmente, aquella especialidad que aún justifica el mantenimiento como régimen separado del ordinario.

No obstante, la laboralidad que ya nadie cuestiona y el cada vez mayor consenso en torno a la necesaria confluencia con el marco estatutario, no han sido logros sencillos, sino resultado de un largo proceso evolutivo que ha ido acompañado del no menos dificultoso camino hacia la dignificación y reconocimiento de este oficio.

En el origen de la regulación jurídica de esta figura, el Código Civil de 1889, que reguló escuetamente el contrato de arrendamiento de servicios

(arts. 1583 a 1587), incluyendo a «criados» y trabajadores asalariados en esta modalidad contractual, dedicaba su artículo 1584 a la resolución del vínculo, catalogado como «servicio personal», que prestaba el «criado doméstico» a su amo o a la familia de éste, garantizando que, en caso de despido sin causa, el empleado recibiría, además del salario devengado hasta la fecha del cese, una cantidad equivalente a quince días más de sueldo. El precepto incorporaba una regla procesal, a modo de presunción *iuris tantum*, según la cual, el empleador habría de ser creído, salvo prueba en contrario, sobre la cuantía del salario pactado, así como sobre la efectividad del pago realizado¹.

Con la citada previsión, hay quien consideraba que la relación entre la persona empleada doméstica y su empleadora «estaba perfectamente delimitada en el plano jurídico»², no necesitándose un abordaje de la misma desde el flanco laboral. De hecho, varias normas de principios del siglo xx excluían a este colectivo de los beneficios que, paulatinamente, iban aparejándose a los trabajadores ordinarios, tal y como sucedió con la Ley de descaso dominical, de 3 de marzo de 1904, o con la Ley reformada de Accidentes de trabajo de 10 de enero de 1922, cuyo Reglamento de aplicación, de fecha 29 de diciembre de 1922, excluía, de entre los trabajos que daban lugar a responsabilidad del patrono, el servicio doméstico³. Previsión que se mantuvo en el Código de Trabajo de 1926⁴, cuyo artículo 147, al delimitar qué se debía entender por «obreros» a efectos de competencia jurisdiccional laboral (Tribunales Industriales), excluía a aquellas personas «cuyos servicios sean de índole puramente doméstica».

La única excepción a esta larga lista de exclusiones cabe hallarla en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, cuyo artículo 2 vino a incluir, de forma expresa⁵, en su ámbito de aplicación, a los servidores domésticos; no obstante,

¹ «El amo será creído, salvo prueba en contrario: 1.º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico. 2.º Sobre el pago de los salarios devengados en el año corriente.

² DE LA VILLA GIL, LUIS ENRIQUE, «La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar», *Documentación laboral*, Número monográfico, 1985, pág. 189.

³ En efecto, el artículo 3 del Real Decreto 29 de diciembre de 1922, venía a aclarar que «Los efectos del artículo 3 de la ley no serán aplicables al servicio doméstico», detallando que, por servicio doméstico, se entiende el que «se preste mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro, para trabajar en una casa o morada particular, al servicio exclusivo del contratante, de su familia, de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio del amo o fuera de él».

⁴ Pese a que en la definición de «contrato de trabajo» contenida en su artículo 1.º, no se establecían excepciones (al entenderse por tal «... aquel por virtud del cual un obrero se obliga a ejecutar una obra o a prestar un servicio a un patrono por precio cierto»).

⁵ Artículo 2.º El objeto del contrato a que se refiere esta Ley es todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones, incluso el doméstico.

la asimilación a trabajadores asalariados que efectuaba el Código republicano no fue absoluta, en la medida en que varias normas promulgadas durante la II República siguieron exceptuando de su ámbito subjetivo de aplicación a los empleados del servicio doméstico, tal y como sucedió con el Texto Refundido de la Ley de Accidentes de Trabajo de 8 de octubre de 1932, o con el Decreto Ley de 1 de julio de 1931, sobre jornada máxima, elevado a rango de Ley el 9 de septiembre de 1931.

Sorprendentemente, la naturaleza laboral del servicio doméstico, establecida en la Ley republicana de 1931, se mantuvo durante los primeros años de la Dictadura franquista, si bien es cierto que buena parte de las normas laborales promulgadas en los últimos años de la década de los treinta y primeros años de la década de los cuarenta, excluyeron de su ámbito de aplicación a los servidores domésticos⁶.

Consecuentemente, mientras estuvo vigente la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, las cuestiones contenciosas entre trabajadores del servicio doméstico y sus empleadores se dilucidaron ante la jurisdicción laboral; primeramente, ante los Tribunales Industriales (cuyas sentencias eran recurribles ante el Tribunal Supremo); y, en la España de Franco, desde 1938, ante las Magistraturas de Trabajo⁷.

Por fin, con el Código de Trabajo de 1944, se deslaboralizó expresamente el servicio doméstico⁸, recuperándose la tónica de mantener absolutamente extramuros del marco laboral a quienes prestaran servicio doméstico para amos de casa que no persiguieran fin de lucro⁹.

⁶ Así, fueron excluidos de la aplicación del Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares establecido por Ley de 18 de julio de 1938; de la obligación de proveerse de la Cartilla Profesional, por Decreto de 3 de mayo de 1940; de la aplicación de seguros sociales del SOVI, por Ley de 1 de septiembre de 1938; de la aplicación de la ley del descanso dominical de 13 de julio de 1940; o de la aplicación del Régimen Obligatorio de Subsidios familiares establecido por Ley de 18 de julio de 1938.

⁷ De imprescindible lectura, la obra de MARÍN MARÍN, JOSÉ, «Orígenes de la Magistratura del Trabajo en España, Especial referencia a su implantación en Murcia (1939-1940)», *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, 2021. En ella da cuenta de varios expedientes de la Magistratura de Trabajo de Murcia, en los años 1939 y 1940, que se conservan en el Archivo General de la Región, promovidos por empleadas del servicio doméstico que acudieron ante este órgano judicial en estos años primeros de la posguerra, cuando la vigencia de la Ley de 1931 les reconocía carácter laboral, antes de que la Ley de 1944 las excluyera expresamente del mismo, reenviándolas de nuevo a la jurisdicción ordinaria. En estos expedientes aparecen reflejadas las condiciones tan especiales de subordinación en que se desenvolvía este trabajo de «sirvientas» o «criadas», como eran llamadas, con ampliadas jornadas de trabajo y exigua retribución.

⁸ Su artículo 2.c establece que el servicio doméstico «no está comprendido en la regulación del contrato establecido por esta ley», mientras que su Cláusula derogatoria viene a derogar la Ley del año 1931 y cuantas disposiciones se opusieran al Decreto.

⁹ En esos primeros años de la posguerra, era habitual que mujeres muy jóvenes, de entornos rurales, «entraran a servir» a casas, es decir, se incorporaban a la familia a cambio de recibir una educación elemental, comida y vestido.

En este sentido, autores de la época¹⁰ se referían al servicio doméstico como una «especial manera de trabajar, una modalidad tan genuina y específica que casi puede decirse que escapa al ámbito del Derecho del Trabajo, para acercarse claramente al familiar», mostrando un «sentimiento afectivo y de benevolencia en su desarrollo», destacando, entre sus caracteres doctrinales, «el suponer entre el que lo presta y aquel en cuyo beneficio se da, no una relación estrictamente laboral, sino una comunidad de vida, de tal índole, que hace al trabajador un auténtico miembro, si no de la familia, por lo menos de la morada del beneficiario de sus servicios». Por tal motivo, se reconocía como práctica casi unánime de las legislaciones, exceptuar expresamente el trabajo doméstico de la protección especial de las leyes de trabajo referentes a jornada, descanso, accidentes, etc.

Por lo demás, las escasas normas proteccionistas del colectivo, se afanaban en marcar la diferente naturaleza jurídica del trabajador, por una parte, y del servidor doméstico, por otra. Así, dado que las restricciones al trabajo de menores contenidas en las normas «laborales» no eran aplicables al ámbito doméstico, el Legislador de 1960 tuvo que promulgar una norma específica, el Decreto 1119/1960, de 2 de junio, por el que prohibía actuar como servidores domésticos «a los menores de catorce años o sometidos a la obligación escolar primaria»¹¹.

Con estos mimbres legales, el régimen extintivo era tan escueto como simple: el amo de casa podía prescindir del servidor doméstico por su mera voluntad, debiendo abonarle quince días de salario únicamente en caso de despido «sin justa causa»¹².

¹⁰ HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Miguel, «Tratado elemental de Derecho del Trabajo», *Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, 1955.

¹¹ El preámbulo de la norma recordaba que la Ley de Contrato de Trabajo prohíbe el trabajo de toda clase a los menores de ambos sexos que no hayan cumplido catorce años, «pero esta disposición no se aplica al servicio doméstico», por lo que «puede entonces surgir la duda de si es lícito o no contratar como servidor doméstico a un joven que no haya llegado a dicho límite de catorce años», duda que el Artículo Primero resuelve al señalar que «los menores de ambos sexos que no hayan cumplido catorce años no pueden ser contratados como servidores domésticos ni por tanto dedicarse a fines de esta índole fuera de la propia morada donde habitan».

¹² Para LUJÁN ALCARAZ, José, «¿Despido improcedente o desistimiento?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3, Aranzadi, 2003, es claro que no constituye desistimiento el despido del criado doméstico, destinado al servicio personal de su amo o de la familia de éste, toda vez que, si el amo despide al criado sin justa causa, debe indemnizarle pagándole el salario devengado y el de quince días más.

2.1.2 **La inclusión en el marco laboral: el Estatuto de los Trabajadores y su primer desarrollo mediante Real Decreto 1424/1985**

El ingreso en el «área tutelada laboral» se produjo con el artículo 2.1.b ET y el RD 1424/1985, de 1 de agosto, mediante una relación laboral especial que conservó buena parte de los rasgos civilistas «privados» originarios, lo que supuso durante muchos años la «ausencia de una verdadera regulación laboral equiparable»¹³.

La diferente regulación y conservación de estos rasgos propios de la autonomía de la voluntad de las partes, se justifica por la propia norma en la necesidad de conciliar la equiparación de las condiciones de trabajo de los trabajadores domésticos al resto de los trabajadores y la consideración de las peculiaridades que se derivan de una actividad prestada en el ámbito del hogar familiar, siendo precisamente el ámbito de la prestación de servicios: el hogar familiar, el factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en la norma, ya que ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, equilibrando el respeto a los derechos laborales básicos de los trabajadores con la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo, no cabiendo tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar.

En materia de extinción del contrato, los artículos 9¹⁴ y 10 del Real Decreto, establecían una serie de causas, la mayoría idénticas al régimen común y otras adaptadas a la especialidad de la relación laboral y esencialmente excluyentes de la aplicación supletoria del ET.

¹³ LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar», *Básicos del Derecho*, Bomarzo, 2012, pág. 5.

¹⁴ Artículo 9. Extinción del contrato. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá: Uno. Por mutuo acuerdo de las partes. Dos. Por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho de manifiesto por parte del empleador. Tres. Por expiración del tiempo convenido, en los términos previstos en el artículo 4 uno, de este real decreto. En el supuesto previsto en este número, simultáneamente a la notificación de la extinción el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización cuya cuantía será equivalente al salario en metálico correspondiente a siete días naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de seis mensualidades. Cuatro. Por dimisión del trabajador, debiendo mediar un preaviso de al menos siete días. Cinco. Por muerte, gran invalidez o invalidez permanente, total o absoluta del trabajador. Seis. Por jubilación del trabajador. Siete. Por muerte o incapacidad del empleador. Ocho. Por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo. Nueve. Por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empleador. Diez. Por despido del trabajador. Once. Por desistimiento del empleador.

Confluían con la regulación laboral ordinaria (habida cuenta, al menos, de su similitud terminológica), la extinción por «mutuo acuerdo de las partes» (núm. 1); por las «causas consignadas válidamente en el contrato» (núm. 2); por «dimisión del trabajador, debiendo mediar un preaviso de al menos siete días» (núm. 4)¹⁵; por «muerte» e «invalidez permanente» (en sus distintos grados de Total, Absoluta y Gran invalidez) y «jubilación» del trabajador (núm. 5 y 6); por «muerte o incapacidad del empleador»¹⁶ (núm. 7), salvo que operase una subrogación contractual¹⁷; por «fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo» (núm. 8); por «voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empleador» (núm. 9); y por «despido» del trabajador (núm. 10).

Era normal, teniendo en cuenta las singularidades en materia de contratación, la diferente regulación de la finalización temporal del vínculo, pues mientras el ET 1980 hacía referencia a la «expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato» como causa extintiva, el RD 1424/1985 contemplaba como causa (núm. 3 del artículo 9), «la expiración del tiempo convenido, en los términos previstos en el artículo 4.1¹⁸ de este Real Decreto», decisión que llevaba aparejada la obligación de abono, simultáneo a la comunicación, de una indemnización al empleado en cuantía equivalente a siete días naturales de salario en metálico por cada año de duración del contrato, con el límite de seis mensualidades¹⁹. Según este artículo, cual-

¹⁵ A diferencia del ET 1980, que exigía un preaviso adaptado a la normativa convencional o a la costumbre del lugar.

¹⁶ Adviértase que en esta primera regulación no se incluye la «jubilación» del empleador como causa extintiva, lo que seguramente se basa en la idea, extendida aún hoy, de que el mismo no se integra en ningún régimen de Seguridad Social por razón de una actividad profesional en la que pueda cesar cumplida una determinada edad legal.

¹⁷ Artículo 8.1 RD 1424/1985. La subrogación contractual por cambio de la persona del empleador solo procederá previo acuerdo de las partes, presumiéndose éste cuando el empleado de hogar siga prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad de éste o la del hogar familiar.

¹⁸ En realidad, la norma debiera referirse al artículo 4.2, que es el que establece que «en defecto de pacto escrito en el que se optase por alguna de las modalidades o duraciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo en este ámbito se presumirá concertado por tiempo determinado de un año, prorrogable tácitamente por periodos igualmente anuales, de no mediar denuncia con anterioridad a su vencimiento, que deberá notificarse al trabajador con una antelación de al menos siete días».

¹⁹ Como señala la STSJ País Vasco 29 de febrero de 2000, Rec. 3129/2009, «la transgresión de ese deber de poner la indemnización a disposición del trabajador en forma simultánea a la comunicación del cese ya tiene previsto un concreto efecto, para el caso de incumplimiento, pues, ante la inexistencia de un mandato que concretamente señale sus consecuencias, habrá de estarse a la regla general dispuesta por nuestro legislador para los casos en que uno incumple sus deberes o los cumple tardíamente: el deudor habrá de indemnizar los daños y perjuicios causados por esa transgresión suya (artículo 1101 CC), lo que en el caso de demora en el cumplimiento de la obligación de pago dinerario se traduce, salvo pacto en contrario, en el abono del interés legal del dinero (artículo 1108 CC). No hay precepto legal que ampare que dicha transgresión conlleve tener que indemnizar como si de un despido se tratara».

quiera de las partes podía resolver el contrato, procediendo a su denuncia coincidente con la expiración del tiempo convenido o, en su defecto, transcurrido el año desde su suscripción o cualquiera de sus prórrogas anuales.

Con respecto a la extinción del artículo 50 ET, no se aparta la norma especial de la general, no obstante lo cual, merecen destacarse dos circunstancias: la primera es la regulación, en el artículo 13 del RD 1424/1985 (titulado «Otras obligaciones del titular del hogar familiar»), de una «dimisión por justa causa» del empleado que podría plantear, a priori, dudas de encaje en el régimen extintivo del precepto estatutario. En efecto, la norma fija la obligación del titular del hogar familiar de cuidar que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene, de manera que la deficiencia grave en el cumplimiento de tales obligaciones será justa causa de dimisión. No obstante el término empleado, parece claro que una interpretación finalista del precepto obligaba a asimilar dicha «dimisión» con el resto de extinciones por voluntad del trabajador fundamentadas en un incumplimiento contractual del empleador y, por ello, incluiría la indemnización prevista en el artículo 9 del RD.

Indemnización –y esta es la segunda circunstancia a destacar– que será la prevista para el «despido improcedente» (por aplicación supletoria del artículo 50.2 ET, ante falta de regulación expresa), pero en cuantía determinada por el artículo 10.1 del RD 1424/1985, esto es, veinte días naturales de salario en metálico²⁰ multiplicados por los años naturales de duración del contrato, con el límite de doce mensualidades.

En cuanto a la fuerza mayor, si bien existen supuestos extraordinarios, fácilmente imaginables, que pueden determinar la imposibilidad de continuar con la prestación de servicios en el entorno laboral, lo cierto es que el legislador, como luego veremos, no siempre ha tenido claro su «encaje» en esta relación especial, dudas a las que contribuye la singularidad de un procedimiento administrativo, gravoso para el titular del hogar familiar, que ha de seguirse ante la Autoridad Laboral, con carácter previo a la extinción. No obstante, la relevancia de esta causa en el esquema resolutorio del contrato ha sido ínfima, habida cuenta la posibilidad «transformadora», *de facto*, en una causa de desistimiento, con el consiguiente ahorro del citado procedimiento y rebaja de la indemnización a abonar.

Como se ha podido apreciar, «en relación con la extinción, el artículo 49 ET y el 9 del RD 1242/1985, regulan en paralelo las causas de cada uno de los

²⁰ La referencia al salario en «metálico» no es menor, habida cuenta de la habitualidad con la que en esta relación especial se retribuye parcialmente el servicio mediante salario en especie.

regímenes respectivos, y el especial se aparta del ordinario en tres casos. Dos de ellos, puramente derivados de la particularidad material de la actividad doméstica. No se prevé despido colectivo ni cese por jubilación del empleador. Sin embargo, la tercera diferencia es una opción legislativa: no se contempla el despido por causas objetivas y se establece la figura del desistimiento empresarial, no sujeto a justificación alguna»²¹.

En efecto, el RD 1424/1985, para el colectivo de trabajadores domésticos, no contempla ni la extinción por «causas objetivas» (artículo 49. Doce ET 1980), ni la aparejada a la «cesación de la Industria, comercio o servicio de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas o económicas (equivalente al despido colectivo), siempre que aquélla haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto en esta Ley» (artículo 49. Nueve ET 1980), sin que ninguna de tales exclusiones, por lo demás, pueda resultar sorprendente.

En efecto, como ha apuntado la doctrina, en realidad, la exclusión (fuerza mayor, despido objetivo y colectivo) tenía otra razón de ser: la existencia en esta relación laboral especial del desistimiento sin casusa, con un régimen mucho más flexible, que hacía innecesarias las causas excluidas²².

Aunque es cierto que con una relación indirecta, hay que significar que según el artículo 8 RD 1424/1985, ni el supuesto de subrogación del empleador, ni el traslado del hogar familiar a una localidad distinta, posibilitaban la extinción contractual por parte de la persona empleada en el hogar. En efecto, el número 1 del precepto («la subrogación contractual por cambio de la persona del empleador sólo procederá previo acuerdo de las partes, presumiéndose éste cuando el empleado de hogar siga prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad de éste o la del hogar familiar»), apuntaba a la prosecución del vínculo por voluntad concurrente, presunta por el transcurso de un breve plazo, pero sin establecer opción extintiva alguna a la persona empleada. Por su parte, el número 2, relativo a los supuestos de «cambio del hogar familiar por traslado de éste a localidad distinta», venía a aplicar el mismo criterio, presumiéndose también la conservación del contrato de trabajo cuando se continuase prestando servicios durante siete días en el nuevo domicilio. No obstante, en relación a este segun-

²¹ OTXOA CRESPO, Isabel, «El incumplimiento de los requisitos del desistimiento en el contrato de servicio doméstico», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 69, parte Presentación, Aranzadi, 1999.

²² DESDENTADO DAROCA, Elena, «El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después: la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2022», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Trabajo y Mujer*, núm. 55, 2023, pág. 197.

do supuesto, y con una redacción muy mejorable, el artículo 10.2, Pfo. 5.^o²³ sí venía a reconocer el derecho de la persona empleadora a desistir del contrato.

Con todo, la particularidad más importante de la regulación extintiva contenida en el RD 1424/1985 es, sin duda, la facultad de «desistimiento» del empleador (artículo 9. Once), en cualquier momento y sin necesidad de indicar causa alguna, decisión simplemente condicionada al cumplimiento de requisitos formales básicos y a la levisima carga de abonar una indemnización menor (equivalente al salario en metálico correspondiente a siete días naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de seis mensualidades), convirtiéndose esta causa singular (compartida con la relación especial de alta dirección) en un factor adicional de desequilibrio²⁴ e inestabilidad laboral en una relación laboral cuya protección mermada define todo el entramado extintivo, también el relativo al despido disciplinario, al que el RD 1224/1985 dedica un tratamiento conjunto con el desistimiento, en su artículo 10.

En efecto, en cuanto al despido disciplinario, el artículo 10.1 exige que se produzca mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, estableciendo que en el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones serán equivalentes al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades. Añade la norma que el incumplimiento por el empleador de los requisitos previstos para formalizar el despido producirá los mismos efectos descritos en el párrafo anterior para los casos de despido improcedente.

Del precepto indicado cabe destacar, en cuanto a la comunicación de cese, la exigencia de «notificación escrita», esto es, de una traslación formal, documentada y recepticia, en la que los hechos imputados habrán de exponerse –se entiende– con el mismo detalle que exige el ET para todos los despidos disciplinarios: haciendo constar «los hechos que lo motiven y la fecha en que tendrá efectos»²⁵, no pudiendo ser tales hechos distintos de las causas de despido integradas en el artículo 54 ET.

²³ «Las indemnizaciones previstas en este número (en el que se regula el desistimiento empresarial) serán de aplicación en los supuestos en que el contrato se extinguiere por cambio del hogar familiar si tal situación derivase de la voluntad del empleador de que no se produzca continuidad del contrato de trabajo, según lo previsto en el artículo 8.dos».

²⁴ Para MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, «Despido disciplinario o desistimiento empresarial en el trabajo al servicio del hogar familiar», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 119/2003, pág. 708, se trata de una «ventaja empresarial considerable».

²⁵ Artículo 55.1. ET.

En su número 3.º, el artículo 10 del RD 1424/1985 regulaba una limitación a la expulsión inmediata del empleado, «endémica» del trabajo doméstico, según la cual no podría dejar sin efecto el empleador el derecho a la residencia de su personal interno, entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, restricción que, sin embargo, apenas garantizaba el derecho de la persona trabajadora, por un doble motivo: el primero, la excepción que la propia norma contempla para el supuesto de que la extinción venga motivada por una falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza; el segundo, la ejecutividad inmediata de la decisión empresarial que únicamente puede ser objeto de un control, judicial y a posteriori, que no lleva aparejado, para mayor inoperancia de esta previsión legal, ninguna consecuencia jurídica en caso de incumplimiento.

A partir de aquí, en caso de reclamación judicial²⁶, la decisión extintiva habría de recibir, para ser procedente, la correspondiente convalidación formal y material. En caso de improcedencia, por motivos materiales o formales²⁷, el precepto se aparta claramente del régimen ordinario mediante una redacción que, sin dar entrada a la opción²⁸ empresarial entre readmisión o indemnización, se limita a indicar que esta última tendrá una cuantía equivalente al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato. Con ello se rebaja considerablemente la indemnización desde un doble parámetro, uno cierto y otro eventual. El cierto, la reducción de 25 días de indemnización por cada año trabajado (dado que en aquel momento eran cuarenta y cinco los días establecidos para el despido improcedente); el eventual, la eliminación de la parte del salario en «especie» a efectos de indemnización por despido.

Derivadamente, en la medida en que no puede imponerse la pervivencia de la relación en contra de la voluntad de las partes (lo que elimina la opción del empleador por la readmisión), tampoco pueden generarse salarios de tramitación, al no poder materializarse una hipotética readmisión que actuaría como *dies ad quem* en el cálculo de los mismos²⁹.

²⁶ El artículo 10.1 contiene una «regulación cerrada de los efectos del despido improcedente, sin remisión alguna a lo dispuesto en el artículo 56 del ET» (STSJ País Vasco 14 de enero de 2003, Rec. 2618/2002).

²⁷ Recordemos que hasta la Ley 11/1994, de 19 de mayo, la consecuencia del incumplimiento de requisitos formales en el despido era la nulidad.

²⁸ Con todo, algún pronunciamiento aislado y poco fundamentado otorgaba al empleador la opción entre readmitir o indemnizar, tanto en despidos nulos como improcedentes, en aplicación –dice– del artículo 10.1 RD 1424/1985 (STSJ País Vasco 29 de febrero de 2000, Rec. 3129/1999).

²⁹ Aunque no sería absolutamente descartable el abono de salarios de tramitación si, producido el despido, e impugnado el mismo, las partes alcanzaran acuerdo conciliatorio de readmisión.

En cuanto a la posible declaración de nulidad, el silencio del RD 1424/1985 al respecto fue interpretado de manera casi unánime por la doctrina como imposibilidad de calificar de esta guisa el cese de la persona trabajadora en el hogar familiar, posición mayoritaria que se mantuvo, al menos en el supuesto paradigmático de cese de empleadas embarazadas, hasta la promulgación de la Ley 3/2007, de Igualdad, que representó un punto de inflexión en la materia.

En efecto, el carácter cuasi-familiar de esta relación chocaría con la imposición legislativa de una readmisión que podría traducirse en una situación de tensión extrema en un entorno sensible, íntimo y reducido, celos que afianzaron inicialmente una posición contraria a admitir la nulidad y, en un segundo momento, la aceptación judicial de la misma, pero limitada en sus efectos, como posteriormente se analizará.

Lo característico del desistimiento, tal y como afirma la STSJ Asturias 12 de mayo de 2006, Rec. 536/2006³⁰, es el subjetivismo con que la Ley permite al empresario decidir «con arbitrio personal» la continuidad o la extinción de su contrato laboral con la empleada doméstica, no ya en función de causas típicas, sometidas a la garantía del control legal, sino con base en sus propios «sentimientos de satisfacción» con el servicio recibido y con todas las difusas e ilocalizables –en abstracto y por su propia naturaleza– circunstancias que determina el hecho de la convivencia de la trabajadora bajo el techo familiar y el grado de intimidad que ello comporta». De ahí que la determinación extintiva no se ha basado en ningún género de incumplimiento típico, grave y culpable (artículo 54.1 del Estatuto de los Trabajadores), es decir, en ninguna causa disciplinaria, que es lo que se distingue esencialmente en el despido, diferenciándose del desistimiento, sino en la simple insatisfacción de la familia empleadora, que, en virtud de ella y sin formular imputaciones concretas susceptibles de subsunción en alguno de los tipos de indisciplina legalmente aptos para justificar el despido, ha decidido prescindir de los servicios de la demandante».

La citada flexibilidad causal no se extiende, sin embargo, al vehículo formal del desistimiento, que debe respetar, para que pueda otorgársele validez, un preaviso proporcional a la duración del contrato: siete días en presta-

³⁰ En un supuesto en el que trabajadora causa incapacidad temporal por accidente no laboral, bajo el diagnóstico de contractura cervical, alegando la existencia de un despido nulo al coincidir su cese con el hecho de precisar una incapacidad temporal para recuperarse. No obstante, la Sala astur desestimará su recurso al entender que, «aunque se considere que la decisión de la empleadora se tomó sencillamente porque la trabajadora había entrado en situación de baja», según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, el despido de trabajadores en situación de incapacidad temporal no conlleva la calificación de despido nulo, debiendo rechazarse la alegación de vulneración de derecho fundamental cuando la decisión del empresario tiene como causa real esa situación.

ciones que no superen el año, y veinte, cuando se supera (sustituible por la indemnización correspondiente a los días no respetados) y la entrega, simultánea a la comunicación de cese, de una indemnización equivalente, como vimos, al salario en metálico de siete días naturales con el tope de seis mensualidades. Habiéndose determinado, mayoritariamente, que el impago de la indemnización, o el error en su cuantía, con independencia del derecho de crédito del empleado doméstico, no determinaban la conversión en despido del desistimiento, manteniéndose, por tanto, las consecuencias derivadas de la naturaleza jurídica de la opción empresarial exteriorizada. Y ello porque los requisitos formales del desistimiento no aparecen en esta primera norma reglamentaria como requisitos «ad solemnitatem»³¹.

Pese a la regulación, diferenciada ya en el RD 1424/1985, entre desistimiento y despido, ambos se «acercan» en el momento de su calificación judicial de improcedencia³². En efecto, la comunicación de despido disciplinario, no seguida de reclamación administrativa y/o judicial, provocará la extinción del contrato sin derecho a compensación alguna por parte del titular del hogar familiar; del mismo modo en que la decisión de desistir del contrato, con mayor acierto material o formal, dará lugar a la misma consecuencia.

A partir de ahí, ambas decisiones pueden ser objeto de impugnación, siendo así que un despido disciplinario podrá calificarse como improcedente si el Juez encargado de resolver la contienda considera que no existe causa habilitante, que la misma no alcanza el umbral de gravedad y/o culpabilidad requerido, o que el acto extintivo adolece de defecto formal no subsanable.

En caso de desistimiento, la validación judicial o no del mismo también depende del cumplimiento de sus requisitos esenciales, surgiendo la duda acerca de cuáles detentan esa relevancia, a efectos de transformar su incumplimiento en despido. Ello obliga a analizar la importancia de la comunicación misma de desistir, del abono simultáneo de la indemnización, y de la concesión del preaviso adaptado a la duración previa del vínculo contractual, pu-

³¹ En tal sentido la STSJ Cataluña 13 de septiembre de 2007, Rec. 4151/2007, que aclara cómo «el incumplimiento de alguno de tales requisitos (en ese caso el importe puesto a disposición en concepto de indemnización era erróneo, por tomarse como antigüedad una inferior), no convierte en despido lo que se manifestó con claridad que era un desistimiento, sino que permite en el plazo anual de prescripción solicitar la indemnización legal correspondiente. Consiguientemente, por esta misma falta de claridad, no es un desistimiento la mera declaración de que el contrato se da por finalizado, sin cumplimiento de los requisitos del desistimiento que lo hagan claramente identificable como tal, lo que por el régimen general de la extinción del contrato constituye un despido. Por ello, al constar en el presente caso con evidencia que la extinción se efectuaba a través del desistimiento, aunque la indemnización ofrecida fuera menor a la legal, ha de estimarse el motivo en el sentido solicitado».

³² GARCÍA LÓPEZ, Rafael, «Extinción del contrato de empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor», *Actualidad Laboral*, núm. 30, 1987, pág. 168.

diendo adelantar ya que sólo la primera de las citadas puede considerarse una exigencia esencial.

En efecto, tras ciertas vacilaciones en la doctrina de suplicación³³, que negaban al incumplimiento formal esencial su carácter transformador del desistimiento ineficaz en despido, el Tribunal Supremo zanjó la cuestión mediante Sentencia de 5 de junio de 2002, Rec. 2506/2001³⁴, al afirmar que, aunque una de las peculiaridades fundamentales del régimen especial radica en que su extinción, desde el punto de vista del dueño de casa, puede tener lugar, tanto por despido como por desistimiento, tal alternativa se sujeta a una exigencia igualmente sustancial: la «claridad», de tal forma que el dueño de la casa puede, desde luego, o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra; y ello por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de veinte días, y le otorga, caso de ser declarado improcedente, una indemnización de 20 días por año de servicio, o está ante un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso (de 7 días como mínimo, que pasan a 20 cuando los servicios superaron el año) y una indemnización reducida (7 días de salario por año de servicios), cuya eventual reclamación se permite durante plazos más dilatados, que además son de prescripción.

Insiste el Alto Tribunal en que el desistimiento lleva consigo un preaviso y una simultánea puesta a disposición de la indemnización reducida, exigencias éstas que no aparecen, en la letra de la ley, como un requisito de sustancia («ad solemnitatem»); pero, o bien el derecho a estos últimos beneficios aparece explícito en las declaraciones del empleador, o bien se deduce con facilidad y certeza de un comportamiento tácito concluyente («facta concludentia»). Lo que desde luego debe rechazarse es que el empleador se limite a decir a la empleada que se marche, y que sea ésta la que tenga que adivinar qué hay tras

³³ La STSJ Andalucía/Málaga 15 de marzo de 1999, Rec. 1772/1998, siguiendo la doctrina del TCT (sentencia de 17 de noviembre de 1987), afirma que el despido al amparo de esta normativa (RD 1424/1985), sólo existe cuando, documentalmente o no, se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al trabajador o, en los términos literales del artículo 10.1 de la aludida norma, por las causas previstas en el ET, en implícita referencia a las que se mencionan en el artículo 54 de dicho Estatuto; por lo tanto, cualquier otra decisión empresarial que suponga el cese del trabajador y no tenga tal motivación causal deberá considerarse como desistimiento empresarial, para lo que no se precisa el cumplimiento de los requisitos a que se refiere el recurso, ni ningún otro, por cuanto la normativa especial que se estudia, contrariamente a lo que para similar supuesto establece el artículo 53.4 del Estatuto, no prevé la nulidad de dicha decisión ni su transformación en una causa extintiva distinta.

³⁴ En este caso, el empleador había indicado a la actora que, debido a una enfermedad de su esposa, prescindía de sus servicios temporalmente, sin mayores explicaciones.

esas palabras: un despido o un desistimiento; y además, si piensa que es un despido, probarlo suficientemente.

Bajo este contexto, concluye el Tribunal que el «silencio» del empleador no puede considerarse un desistimiento, pues, de ser así, transformaríamos el tradicional principio «pro operario», en un novísimo y de inédito cuño principio «pro locatore», aunque se trate de un empleador que convino el pago de un «locarium» o salario con quien trabaja, por regla, en la intimidad del hogar.

Los otros dos requisitos, sin embargo, no alcanzarían la relevancia del analizado. En efecto, el RD 1424/1985 no parece considerar el preaviso como un requisito «constitutivo» del desistimiento, de tal forma que su completa omisión, o la minoración en días, meramente daría derecho a la correspondiente compensación económica; y lo mismo sucedería con la puesta a disposición de la indemnización, a la que, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, con el despido por causas objetivas en el régimen ordinario, no apareja la ley consecuencia explícita de improcedencia.

En este sentido, los tribunales se han preguntado si la falta de entrega de forma simultánea a la de la comunicación de extinción de la pertinente indemnización o su cuantía en términos cuantitativamente inferiores a lo que le hubiera correspondido percibir, llevaría aparejada la ineficacia legal del motivo de extinción por desistimiento decidido, convirtiéndose ante tales deficiencias el cese acordado en un despido improcedente. Y a este respecto, destacan cómo la norma aludida no explicita qué consecuencias deben aplicarse a tal falta de entrega de indemnización, siendo sumamente discutible catalogar como despido improcedente a un acto del empleador definido para ambas partes como un supuesto claro de desistimiento, convirtiéndose tal acto jurídico en otro diferente por el hecho de no poner a disposición efectiva de la trabajadora la indemnización pertinente. Por tanto, la falta de entrega de la indemnización legal por desistimiento a la empleada no convierte sin más el acto de extinción de contrato en un despido improcedente, sino que las discrepancias en el montante indemnizatorio cuando aparece clara la invocación del desistimiento aludido como motivo de extinción conducirían a ratificar dicho acto sin perjuicio del derecho, mediante el ejercicio de la acción por procedimiento ordinario y no de despido, a la reclamación de las diferencias surgidas entre partes sobre dicha cuestión³⁵.

Ahora bien, y esto es importante, la falta del preaviso y/o de la entrega de la indemnización previstas en caso de desistimiento sí que actúan como «hechos que desnivelan la balanza a favor del despido» en aquellos casos en los

³⁵ STSJ Comunidad Valenciana 22 de noviembre de 2006, Rec. 3308/2006.

que no quede claro cuál ha sido la modalidad extintiva escogida, tal y como de manera pacífica interpretaron los tribunales aplicadores de la normativa analizada. De esta forma, en casos en los que no se ha invocado una causa concreta de la decisión extintiva, no cabe presumir que la misma fuera el desistimiento, dada la ausencia de preaviso y ofrecimiento indemnizatorio³⁶. Llegando a afirmarse que aunque los términos de la comunicación se asemejen más a los propios del desistimiento que a los que corresponden a un despido disciplinario (en los supuestos de cese verbal y sin imputación expresa de incumplimiento), la balanza se desnivela a favor de esta opción cuando se advierte que no se preavisó ni se puso a disposición del empleado del hogar la indemnización prevista para el desistimiento³⁷.

2.1.3 El inicio hacia la confluencia con el régimen común: el Real Decreto 1620/2011

Veinticinco años fueron necesarios para que el primer marco regulador del empleo doméstico tras su integración como relación laboral especial por el artículo 2.1b ET fuese sustituido por una nueva norma, el RD 1620/2011, que derogando el RD 1424/1985, venía a modernizar la reglamentación de este colectivo, también en su ámbito extintivo.

Reforma que vino precedida de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que había procedido, en su Disp. Ad. 39.^a, a integrar el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social, habilitando con ello al Gobierno a modificar, en consonancia con esta integración, la regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, para corregir aquellos elementos de la norma de 1985 que más desequilibrios provocaban entre las partes³⁸.

Según la exposición de motivos del RD 1620/2011, el mucho tiempo transcurrido desde la promulgación de aquella norma reglamentaria que contenía el régimen jurídico del servicio doméstico, aconsejaba una revisión en profundidad, para renovar y modernizar diversas instituciones jurídicas que las transformaciones sociales habidas en los últimos tiempos y la evolución natu-

³⁶ STSJ Madrid 1 de julio de 2008, Rec. 1800/2008.

³⁷ STSJ País Vasco 14 de enero de 2003, Rec. 2618/2002 y STSJ Cantabria 10 de agosto de 2006, Rec. 739/2006.

³⁸ PALOMINIO SAURINA, Pilar, «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *Revista de Información Laboral*, núm. 5, Aranzadi, 2012.

ral de las costumbres habían dejado caducas. Con este diagnóstico, la norma dice abordar la modificación del régimen jurídico de la relación laboral especial del servicio doméstico, desde una perspectiva que conjugue el mantenimiento de las diferencias, allí donde estas encuentran una justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de aquellas, cuando se comprenda que su razón de ser ya no encuentra por más tiempo motivo, de manera que se logre una progresiva equiparación del bagaje jurídico de esta relación laboral especial con la común.

Decide, así, el legislador, efectuar una remisión con carácter general al régimen extintivo el Estatuto de los Trabajadores, salvo en lo que resulte incompatible con las singularidades de la relación especial, manteniendo, por supuesto, las especialidades en materia de despido disciplinario, y el protagonismo del desistimiento, como «modalidad específicamente aplicable a esta relación laboral especial» al que dotar de una mayor seguridad jurídica; con respecto a este último, se incluyen dos modificaciones garantistas para las personas empleadas en el hogar: la primera, exigir la comunicación por escrito de la decisión del empleador de desistir de la relación laboral, con manifestación clara e inequívoca de que la causa de la extinción del contrato es el desistimiento y no otra; la segunda, incrementar la indemnización en este supuesto, pasando de siete a doce días por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

Esta remisión, aunque limitada (como veremos), implicaba un cambio sustancial con respecto al esquema anterior del RD 1424/1985, caracterizado por la contemplación de un régimen extintivo particular y excluyente, sin remisión alguna al marco extintivo general.

Pese a ello, el legislador era consciente de la «insuficiencia» de la norma en varios aspectos, incluido el de la extinción contractual, por lo que en la Disposición Adicional 2.^a, 2, previó la constitución, por el Ministerio de Trabajo, de un grupo de expertos al que encargar la realización de un informe, antes del 31 de diciembre de 2012, en el que se abordase la viabilidad de aplicar «plenamente» el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común a la relación especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del texto estatutario; el citado informe, como es sabido, no se llegó a confeccionar.

2.1.3.1 *Balance de las innovaciones*

El RD 1620/2011 operó una modificación limitada, pero relevante, del entramado extintivo definido en su predecesor instrumento reglamentario, siendo muy reconocible alguno de estos cambios que, sin duda, mejoraron la siempre deficitaria protección del colectivo concernido.

En primer término, como se adelantó, se efectúa una remisión expresa a las causas extintivas del artículo 49 ET, de manera que aquellas causas generales, junto a las específicas del nuevo artículo 11 del RD 1620/2011, definirán el marco extintivo de las personas empleadas de hogar, con la única excepción de la fuerza mayor, el despido colectivo y el despido por causas objetivas³⁹, que –según afirma la norma– «no resultan compatibles con la naturaleza» de la relación especial.

La «lógica» de dicha exclusión se encontraría en la extrema dificultad de efectuar ese tipo de despidos en esta relación laboral especial, pues, aunque el empresario es realmente un «empleador» en términos estrictamente laborales (persona por cuya cuenta prestan servicios trabajadores en condiciones de dependencia y ajenidad), no lo es en sentido «económico» (persona que media en el mercado de bienes y servicios, realizando una actividad económica), ni cuenta con una organización productiva⁴⁰. La lógica apuntada se apoya en la improbabilidad, tanto de la superación del umbral de empleados necesario para aplicar normas de extinción colectiva, como de la propia aparición de causas económicas, organizativas o de producción en un sentido empresarial puro⁴¹.

Si bien no es descartable la concurrencia de circunstancias que, teóricamente, sí podrían articularse a través del artículo 52 ET (aunque en este caso, otro tipo de «lógica», determinará en la mayoría de los casos, el acceso al de-

³⁹ Artículo 11.1. La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar se extinguirá conforme a lo previsto en el presente real decreto y en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, excepto por las causas señaladas en las letras h), i) y l) del apartado 1 de dicho artículo, que no resultan compatibles con la naturaleza de la misma.

⁴⁰ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina y PALOMINO SAURINA, Pilar, «La relación especial del personal al servicio del hogar familiar», *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, l coord. Arias Domínguez, A., Sempere Navarro, A. V. (dir.), Cardenal Carro, M. (dir.), volumen 2, *El contrato de Trabajo*, Aranzadi, 2011, pág. 152.

⁴¹ No obstante, la aplicación de esta clase de despidos al trabajo doméstico era defendida por buena parte de la doctrina, sobre la base de que el artículo 1.2. de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a despidos colectivos, no excluía a los empleados de hogar de su ámbito aplicativo, a diferencia de lo que hacía con otros colectivos. Entre otros, AYALA DEL PINO, Cristina («La extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar en España», *Themis, Revista de Derecho*, núm. 75, pág. 46) o CRUZ VILLALÓN, Juan («La aplicación de la directiva sobre despidos colectivos», *Temas Laborales*, núm. 44, 1997, pág. 36).

sistimiento, al exigir éste una menor indemnización). En tal sentido, varios autores denunciaban la inconsistencia, bajo el régimen del RD 1620/2011 anterior a la reforma de 2022, de excluir al artículo 52 ET como presupuesto habilitante del despido de las empleadas del hogar, y ello por entender que varias de las causas que el precepto incluye: básicamente la ineptitud sobrevenida o la falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto, eran perfectamente aplicables a la relación especial⁴²; no obstante, lo cierto es que, como también ha destacado la doctrina de manera unánime, en la práctica dicha resolución derivaría en una extinción vía «desistimiento», más barata y menos formal. En definitiva, «coexistiendo la figura del desistimiento, se desvanecen los límites garantistas del despido objetivo para tales situaciones»⁴³.

Y con respecto a la –para muchos más «lógica»⁴⁴– exclusión de la fuerza mayor, hay quien apunta, como razón segura de la misma, la de evitar a la persona empleadora –titular del hogar familiar que no desarrolla como tal una actividad empresarial– el procedimiento del artículo 51.7 ET, y su constatación por la Autoridad Laboral, así como el abono de la indemnización legal de veinte días por año de servicio»⁴⁵.

Por todo ello, algunos autores, pese a considerar «incomprensibles» desde un punto de vista técnico-jurídico tales exclusiones, podían «comprender» la postura del legislador, vinculando la razón de tales exclusiones al entendimiento de que en todos esos supuestos podía acudir al desistimiento empresarial como fórmula extintiva, sin necesidad de acudir a un procedimiento administrativo o de constatación (como ocurre en el artículo 57.1 ET para la fuerza mayor), o la imposibilidad de negociar los efectos con representantes de los trabajadores (como ocurre en el Artículo 51 ET para el despido colectivo)⁴⁶.

En segundo lugar, el RD 1620/2011, viene a regular y distinguir, con minuciosidad, tanto el despido disciplinario como el desistimiento, actualizando la regulación de ambos supuestos de extinción del contrato, de manera que

⁴² LLORENS ESPADA, Julen, «La extinción del contrato de trabajo doméstico: despido y desistimiento», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, I Congreso Vasco de Empleo Doméstico, Vitoria-Gasteiz, 2020, pág. 174.

⁴³ BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada, «Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral», *op. cit.*, pág. 257. Realmente, asumido el desistimiento como especialidad central de la extinción, no tendría demasiado sentido acudir a las causas del artículo 52 ET, asumiendo tanto su procedimiento como el mayor coste indemnizatorio.

⁴⁴ PALOMINO SAURINA, Pilar, «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *op.cit.*, pág. 30.

⁴⁵ GARCÍA TESTAL, Elena, «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España: un régimen jurídico injustificablemente diferenciado», *op. cit.*, pág. 285.

⁴⁶ GARCÍA TESTAL, Elena «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España: un régimen jurídico injustificablemente diferenciado», *op. cit.*, pág. 285.

quede eliminada cualquier duda en torno a la modalidad de extinción elegida por el empleador.

En relación al despido disciplinario, el artículo 11.2⁴⁷ viene a reglamentar que el mismo se producirá, mediante notificación escrita⁴⁸, por las causas previstas en el ET, aclarando que en caso de declaración de improcedencia por la jurisdicción competente, las indemnizaciones, que se abonarán íntegramente en metálico⁴⁹, serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades; improcedencia que también alcanzará al cese que no se efectuase en la forma indicada.

Reforzar la «formalidad» del acto de desistimiento era una necesidad inaplazable que la reforma de 2011 hubo de afrontar, ya que, como se ha apuntado, y pese a la existencia de alguna posición encontrada, la doctrina judicial mayoritaria minimizaba el efecto que, para la virtualidad extintiva, podía tener no acompañar al acto de desistimiento de sus obligaciones accesorias⁵⁰: expre-

⁴⁷ Artículo 11.2. El despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, y para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones, que se abonarán íntegramente en metálico, serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades. Los supuestos de incumplimiento por el empleador de los requisitos previstos para formalizar el despido producirán el mismo efecto descrito en el párrafo anterior para los casos de despido improcedente.

⁴⁸ Aunque el artículo únicamente exige que el despido se realice «mediante notificación escrita», la aplicabilidad al trabajo doméstico de los requisitos de forma y procedimiento previstos en el ET para esta clase de extinción, «había sido admitida doctrinal y jurisprudencialmente, sin excesivas resistencias», tal y como destaca GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar», *Dykinson*, 2022, pág. 36, haciendo referencia a los trabajos de DESDENTADO DAROCA, Elena, «La nueva regulación del trabajo doméstico cinco años después. Un análisis crítico», *Revista de Derecho Social*, núm. 75, 2016, pág. 70; MIÑARRO YANINI, Margarita, «El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación», Madrid, Editorial Reus, 2013, pág. 63; RUANO ALBERTOS, Sara, «El régimen jurídico de los empleados de hogar», Barcelona, *Atelier*, 2013, pág. 123; o GARCÍA VIÑA, Jordi, «Aspectos laborales, de salud laboral y de seguridad social de los empleados de hogar», Granada, *Comares*, 2009, pág. 108.

⁴⁹ Pese a la literalidad («metálico»), según STSJ País Vasco, 2 de noviembre de 2021, Rec. 1511/2021, ECLI: ES: TSJPV:2021:3177, es válido el pago por transferencia bancaria de la indemnización pues, en este caso puede sostenerse, como hace la STSJ de Andalucía/Sevilla de 16 de junio de 2021, «que la referencia al pago en metálico que contiene la norma se hace por oposición al pago en especie, conclusión que apoya dicha sentencia en el artículo 8.2 RD 1620/2011, descartando que se excluya el abono por transferencia bancaria, talón u otra modalidad similar a través de entidades de crédito, sosteniendo que el art. 11.3 quiere indicar que si una parte del salario abonado es en especie, en el cómputo de la indemnización por extinción de la relación laboral se ha de incluir esta parte para abonarla en su totalidad en metálico».

⁵⁰ Como muestra de lo indicado, la STSJ País Vasco 14 de enero de 2003, Rec. 2618/2002, afirma que el legislador de 1985 no había estimado necesario exigir requisito de forma alguno para la notificación, al otro contratante, del acto de voluntad del que no quiere continuar ya con el vínculo contractual. Y, aunque es cierto que, según el artículo 10.2 del Decreto de referencia, aquél ha de poner la indemnización a disposición del empleado en el momento en que le comunica su decisión, su incumplimiento no trae consigo la falta de validez del desistimiento, ya que ni la norma lo menciona así expresamente ni cabe

sión de causa, preaviso y abono simultáneo de la indemnización legal. Por ello, el artículo 11.3 vino a «afinar» las viejas notas reguladoras del desistimiento, incorporando garantías formales en una modalidad extintiva que no por ello iba a perder su esencia acausal.

De esta forma, con la reforma de 2011, el desistimiento ha de ser comunicado «por escrito» a la persona empleada, debiendo constar en la propia notificación, de manera clara e inequívoca, que se procede a extinguir el contrato por esa «concreta causa». La trascendencia de la reforma estriba en que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 11.4⁵¹, la ausencia de un escrito con tal contenido, dará entrada a la presunción de que el empleador optó por el despido.

En materia indemnizatoria, el RD 1620 contiene dos modificaciones de calado. La primera, «cuantitativa», consistió en elevar el importe de las indemnizaciones⁵² que el empleador que desistía del contrato debía poner a disposición de la persona al servicio doméstico, incrementándose hasta doce días de salario por año de servicio la cantidad otrora limitada a siete⁵³, si bien que manteniendo el límite de seis mensualidades como tope a la indemnización⁵⁴.

La segunda, «cualitativa», consistió en establecer que el hecho de no poner a disposición de la persona empleada las indemnizaciones que le corresponden juntamente con la comunicación del desistimiento, origina la presunción de que el empleador ha optado por su despido, con las consecuencias correspondientes cuando el mismo sea declarado improcedente. Esta mejora garantista viene acompañada, no obstante, de la salvaguarda (importada del régimen estatutario común), según la cual el error excusable en el cálculo de la indemnización no supone que el empleador haya optado por el despido, sin perjuicio de poner a disposición de la persona empleada la indemnización que corresponda⁵⁵.

No hay apenas cambios, sin embargo, en la concesión a la persona empleada de un preaviso que la norma de 2011 sigue fijando en veinte días cuan-

deducirlo de su finalidad, por lo que su trasgresión acarreará, únicamente, la obligada condena del empleador a pagarla, según lo vienen resolviendo mayoritariamente los Tribunales laborales.

⁵¹ Artículo 11.4. Se presumirá que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento, con la aplicación de las consecuencias establecidas en el apartado 2, cuando, en la comunicación de cese que realice, haya incumplimiento de la forma escrita en los términos indicados en el párrafo primero del apartado anterior.

⁵² Artículo 11.3.3.º Simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización, que se abonará íntegramente en metálico, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

⁵³ Lo que, de alguna forma, contribuiría a desincentivar, limitándolo, el recurso a los desistimientos.

⁵⁴ De manera que la cantidad ya no se incrementaría a partir de una antigüedad de 15 años.

⁵⁵ Así pues, desde 2011, la puesta a disposición de la indemnización, simultánea al acto de desistir, alcanza el rango de requisito «constitutivo».

do la relación laboral haya superado la duración del año, y en siete, en caso contrario; tiempo de preaviso que el empleador puede seguir sustituyendo por el abono de una indemnización en metálico equivalente a los salarios correspondientes a los días de preaviso no concedidos.

La pequeña diferencia se encuentra en la licencia de seis horas semanales que, durante el citado período de preaviso, conserva el empleado de hogar para buscar un nuevo empleo. Y ello porque, mientras la redacción de 1985 establecía que durante el periodo de preaviso «el trabajador» tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo; la nueva redacción del artículo 11.3.4.º viene a concretar que durante el citado período de preaviso «el empleado que preste servicios a jornada completa» tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo. De una interpretación literal del precepto se desprende que sólo los trabajadores a jornada completa gozan de dicha licencia, si bien ello no sería muy lógico en una prestación de servicios presidida por la alta parcialidad, lo que debiera permitir una interpretación finalista que ajuste proporcionalmente, en función de la jornada pactada, las horas dedicadas a aquella finalidad legítima.

Por último, el Artículo 11.5 sigue restringiendo, de manera conjunta para el despido y el desistimiento, la posibilidad de ejecutar la decisión extintiva en horario que dificulte el derecho al alojamiento del empleado interno, ya que la citada decisión extintiva, salvo falta muy grave de los deberes de lealtad y confianza, no podrá adoptarse entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente.

Visto lo anterior, puede concluirse, en líneas generales, que el RD 1620/2021 supuso un notable avance respecto de la regulación anterior contenida en el RD 1424/1985, avance que, en materia de extinción contractual puede localizarse, básicamente, en la mejora de la cuantía de las indemnizaciones, así como de su forma de cálculo al tomar como referente el salario total y no sólo el salario en metálico. Y en cuanto al desistimiento del empleador, pese a que persiste en el RD 1620/2011 como vía de extinción de este tipo de relación laboral especial, ofrece una regulación mucho más garantista al exigir formalmente a la persona empleadora una comunicación escrita con la que, de modo claro e inequívoco, muestre a la persona empleada del hogar su voluntad de dar por finalizada la relación laboral. Derivadamente, cuando no se cumpla tal exigencia formal o no se ponga a disposición de esta última la indemnización prevista para el desistimiento, se presumirá que el empresario ha optado por el despido que, calificado como improcedente, dará lugar a que la indemnización a percibir por el trabajador sea más elevada: veinte días na-

turales por año de servicio con el límite de doce mensualidades en lugar de la que le correspondería de tratarse de un supuesto de desistimiento, que sólo alcanza los doce días naturales de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades⁵⁶.

En última instancia, y aunque, como ya se mencionó anteriormente, se enmarque en el ámbito de la «conservación del contrato», más que en el de la extinción propiamente dicha, debemos apuntar la diferencia que el RD 1620/2011 representa, con respecto a su predecesor, en lo que a efecto extintivo se refiere cuando de traslado del hogar familiar se trata. Como vimos, llamaba la atención en la regulación contenida en el RD 1424/1985, que su artículo 8 previese la posibilidad de desistimiento empresarial indemnizado ante el traslado del hogar familiar a una localidad distinta, mientras que tal facultad de extinción indemnizada no se contemplaba para la persona prestadora del servicio doméstico. Pues bien, dicha situación cambia con el RD 1620/2011, proyectándose ahora la facultad extintiva respecto de las dos partes del contrato, de manera que la voluntad de la parte empleada de poner fin al vínculo se acompañe del percibo de la correspondiente indemnización. En efecto, así lo establece el segundo párrafo del artículo 10.2 RD 1620/2011⁵⁷, que permite a la persona empleadora comunicar su decisión al empleado, con derecho a la misma indemnización prevista para los casos en que el desistimiento se promueve por parte de este último⁵⁸.

2.1.3.2 *El protagonismo del desistimiento en la extinción*

Como hemos visto, el régimen extintivo de las personas empleadas del hogar, en lo que a decisión unilateral del empleador se refiere, ha mantenido un claro esquema dual; según el mismo, el empleador podía, por una parte, despedir disciplinariamente, asumiendo, en caso de improcedencia, el riesgo

⁵⁶ BARCELÓN COBEDO, Susana, «La relación laboral del servicio del hogar familiar tras el RD 1620/2011, de 14 de noviembre... *op. cit.*

⁵⁷ En el supuesto a que se refiere este apartado, si el empleador optase por el desistimiento de la relación laboral, deberá comunicárselo por escrito al trabajador, resultando de aplicación en lo demás lo dispuesto en el artículo 11.3. Si fuera el trabajador el que optase por la no continuidad de la relación laboral, deberá comunicar su decisión al empleador y tendrá derecho a la indemnización prevista en el párrafo tercero del artículo 11.3.

⁵⁸ Tanto con la normativa de 1985, como con la de 2011, si la persona empleada del hogar no quiere mantenerse en la relación laboral cuando se produce el cambio del empleador, puede desistir libremente del contrato, sin ningún tipo de indemnización; indemnización a la que, sin embargo, sí tiene derecho, gracias al RD 1620/2011, cuando su decisión extintiva venga motivada por el traslado del hogar familiar a una localidad distinta.

de abonar una indemnización más reducida que la común; por otra, podía optar por un desistimiento, que era acausal, pero con requisitos constitutivos de forma, que implicaban dejar constancia inequívoca de estar utilizando esa vía, preavisar al empleado y abonar una indemnización de doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades (en este caso, el incumplimiento de dichos requisitos determinaba una presunción favorable a que se optaba por el despido).

Bajo este esquema, el protagonismo del desistimiento ha sido incuestionable, dadas las «bondades» que, para el empleador, han sido advertidas por los propios tribunales. Así, se ha puesto en valor al desistimiento como una manera «especial y exclusiva» de finalizar un contrato en las relaciones laborales de los empleados de hogar, «sin tener que alegar ninguna causa ni justificación», esto es, que «cuando el empleador considera que ya no necesita los servicios del empleado de hogar contratado, puede desistir del contrato», pudiendo encontrarnos, entre los «motivos reales detrás de este desistimiento», muchas causas: «que la familia vaya mal económicamente y no tenga dinero para seguir pagando; que la familia quiera empezar a realizar ella misma las labores de la casa; que ya no sean necesarios los servicios porque se han hecho mayores los hijos, o los abuelos ya no viven en la casa; o porque simplemente se quiere contratar a otra persona distinta. Lo cierto es que no hay que dar ningún tipo de justificación, solo cumplir las obligaciones formales y de indemnización con los trabajadores»⁵⁹.

Junto a ello, y pese a que normativamente no se contemplaba, los tribunales también habían llegado a aceptar la nulidad del despido, aunque modulando claramente sus consecuencias.⁶⁰

Lo que hace el RD 1620/2011, esencialmente, es subrayar la línea que distingue el «despido» del «desistimiento», aclarando así las dudas de un empresariado que a partir de ahora, al menos en un plano conceptual, había de acudir al despido disciplinario cuando se encontrase en condiciones de acreditar la comisión por la persona empleada, de una falta de las comprendidas en el artículo 54 ET⁶¹, y desistir del contrato en otro caso. En la práctica, sin embargo, y ante la dificultad de acreditar la causa, el empleador del hogar solía

⁵⁹ STSJ Comunidad Valenciana 10 de diciembre de 2020, Rec. 1895/2020, ECLI: ES: TS-JCV:2020:8465.

⁶⁰ Como más adelante se desarrolla, en lugar de readmitir, se iba a contemplar el abono sustitutorio de una indemnización que conseguiría elevarse de los 20 a los 33 días por año, con entrada paulatina de salarios de tramitación hasta la sentencia que declarase la nulidad y, en su caso, indemnización compensadora de la vulneración del derecho fundamental.

⁶¹ O recogida en catálogo convencional de faltas, en su caso.

acudir al desistimiento, cuyo alcance liberatorio se lograba con tan solo cumplir unos sencillos requisitos para su validez.

De ahí que algunos autores se preguntaran si tenía sentido la regulación de ambas figuras jurídicas, con reflexiones como la que sigue: «Es evidente que el desistimiento presenta una regulación más ventajosa a favor del empresario, ya que no le exige la alegación de ningún tipo de causa y la indemnización a pagar es reducida. De esta manera, en la práctica, cabe observar una cierta fungibilidad entre ambas categorías, dependiendo de la elección del empresario. Por tanto, en la práctica, la utilización de la figura del despido disciplinario sólo tendrá sentido en los supuestos en los que el empresario esté absolutamente convencido de la declaración judicial de despido procedente, en cuyo caso no estará obligado a pagar ningún tipo de indemnización. Es probable que, en caso de existencia de algún tipo de duda, el empresario directamente opte por el ejercicio del desistimiento»⁶².

Sobre la escasa utilidad de estas causas extintivas distintas al desistimiento se ha interrogado la doctrina al preguntarse si ¿realmente el uso desvaído de las modalidades extintivas alternativas al desistimiento ha sido provocado por el protagonismo de aquél?, o, por el contrario ¿es el resultado de la difícil o incierta aplicación del resto de las causas de extinción en esta relación laboral...por la inseguridad sobre los márgenes de la aplicación supletoria del ET en esta materia?⁶³ Llegándose a la conclusión de que el desistimiento venía a cumplir una función integradora de las lagunas e incertidumbres que provocaría la aplicación, en esta relación especial, de las causas de extinción propias del marco común.

Dicho lo anterior, la «transformación» del desistimiento defectuoso en despido es, sin duda, uno de los aspectos de mayor litigiosidad judicial, que no ha desaparecido, aunque sí se ha clarificado, tras la promulgación del RD 1620/2011. Si repasamos los repertorios judiciales, previos y posteriores a dicha norma, observamos como la mayor parte de conflictos resueltos por los órganos de suplicación, obedecían al mismo patrón: comunicación de desistimiento sin respetar los requisitos formales, que se convertía, en la mayoría de los casos, en despido improcedente.

A este respecto, y como se ha apuntado sucintamente en un apartado anterior, originariamente el Tribunal Central de Trabajo estableció y mantuvo la doctrina según la cual los requisitos formales del desistimiento (es cierto que

⁶² GARCÍA NINET, JOSÉ IGNACIO, «Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar», *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006.

⁶³ MIÑARRO YANINI, Margarita, «El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación», *op. cit.*, 2013, pág. 62.

mínimos en aquellos momentos) carecían de carácter constitutivo; se consideraba que, al ser el desistimiento el protagonista indiscutible de la extinción del empleo doméstico, salvo que se alegase expresa y formalmente un incumplimiento laboral de la persona empleada del hogar (necesario para ahorrarse la indemnización legal), había de presumirse que la decisión constituía un desistimiento⁶⁴; de esta manera, el incumplimiento de los requisitos formales del desistimiento (por entonces, puesta a disposición de la indemnización y preaviso), sólo abrían la posibilidad de reclamar las cantidades correspondientes a tal omisión.

La anterior doctrina fue corregida por el Tribunal Supremo que, a partir del año 2002, pretendió equilibrar la balanza entre la posibilidad extintiva empresarial y la seguridad jurídica de la persona empleada del hogar, estableciendo que aun no siendo constitutivos los requisitos de preavisar el desistimiento y poner a disposición del empleado la indemnización correspondiente al mismo, sí se exige claridad sobre la elección efectuada y el derecho a la correspondiente indemnización y preaviso⁶⁵.

Con todo, el seguimiento de la anterior doctrina no fue unánime. Junto a los pronunciamientos, mayoritarios, que subrayaban en coherencia con lo indicado en la anterior doctrina, la relevancia y consiguiente improcedencia del despido por incumplir los requisitos formales de comunicación escrita y puesta a disposición de la indemnización, podíamos encontrar otros que, incomprendiblemente, mantenían la visión pretérita del TCT.

Entre los primeros, la STSJ Madrid 23 julio 2007, Rec. 2635/2007, en un supuesto de despido verbal (el empleador comunica a su empleada que «ya no quería que trabajara más para él»); la STSJ Galicia 29 noviembre 2010, Rec. 719/2007, ECLI: ES: TSJGAL:2010:9990, que ante la comunicación de cese sin mayor indicación, sin preaviso ni puesta a disposición de la indemnización, afirma que la manifestación de prescindir de los servicios no puede calificarse como desistimiento, pues es obligación del empresario definir inequívocamente si está llevando a cabo un despido o un desistimiento y el in-

⁶⁴ Ampliamente tratado en MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, «Despido disciplinario o desistimiento empresarial en el trabajo al servicio del hogar familiar», *op. cit.*, pp. 698 a 703.

⁶⁵ STS 5 junio 2002, Rec. 2506/2002, seguida luego por la STS 27 junio 2008, Rec. 2235/2007, que confirma que «el desistimiento lleva consigo un preaviso y una simultánea puesta a disposición de la indemnización reducida; tales exigencias no aparecen, en la letra de la ley, como un requisito de sustancia (*ad solemnitatem*); pero, o bien el derecho a estos últimos beneficios aparece explícito en las declaraciones del empleador, o bien se deduce con facilidad y certeza de un comportamiento tácito concluyente (*facta concludentia*). Lo que desde luego debe rechazarse, se repite, es que el empleador se limite a decir a la empleada que se marche, y que sea ésta la que tenga que adivinar qué hay tras esas palabras: un despido o un desistimiento; y además, si piensa que es un despido, probarlo suficientemente».

cumplimiento de esta obligación, supone que el acto extintivo deba calificarse como despido; postura mantenida igualmente por la STSJ Andalucía/Málaga 28 octubre 2010, Rec. 1056/2010, ECLI: ES: TSJAND:2010:19467, en un supuesto idéntico.

Como ejemplo de «disidencia», la STSJ Andalucía/Sevilla 14 abril 2009, Rec. 2270/2008, que valida como desistimiento la decisión del empleador del hogar familiar consistente en decirle a la empleada que «su relación había terminado», abonándole el salario correspondiente a los días trabajados del mes en curso; sentencia muy sorprendente porque, tras recoger en la fundamentación jurídica la doctrina del Tribunal Supremo antes señalada, se despacha con la afirmación de que una conducta concluyente de finalizar la relación, sin causa disciplinaria, equivale a un desistimiento.

La anterior discusión perdió su interés cuando el RD 1620/2011, tras regular de forma clara qué requisitos formales habían de acompañar a la decisión de desistir, incorporó, como consecuencia de su incumplimiento⁶⁶, la consideración de aquella extinción como despido improcedente.

2.1.4 **El último acercamiento al régimen extintivo común: el Real Decreto-Ley 16/2022**

No hemos tenido que esperar otros veinticinco años para que, por fin, se acometa una reforma del régimen especial –ahora sí– de indudable mayor calado. El legislador reformista de 2022 «recupera» el objetivo de la antecesora norma de 2011, con el compromiso, eso sí, de ponerlo en práctica. En tal sentido, el «objetivo» programático de equiparar las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar a las del resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, se supedita al descarte simultáneo de aquellas diferencias que no solo no responden a razones justificadas, sino que además sitúan a este colectivo de personas trabajadoras en una situación de desventaja particular y que, por tanto, pueden resultar discriminatorias. Y en tal sentido, cuando las citadas diferencias de trato suponen una reducción del nivel de protección, deben articularse límites en su configuración, que sean

⁶⁶ Artículo 11.4. Se presumirá que el empleador ha optado por el despido del trabajador y no por el desistimiento, con la aplicación de las consecuencias establecidas en el apartado 2, cuando, en la comunicación de cese que realice, haya incumplimiento de la forma escrita en los términos indicados en el párrafo primero del apartado anterior, o bien no se ponga a disposición del trabajador la indemnización establecida en el párrafo tercero de dicho apartado, con carácter simultáneo a la comunicación.

además respetuosos con los derechos fundamentales del colectivo, que no admite una tutela inferior respecto a la prevista para la relación laboral común

El legislador es consciente, y reconoce expresamente, que estamos ante un objetivo que fue formulado hace más de diez años, cuando la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en el ámbito de la Seguridad Social, y el Real Decreto 1620/2011, configuraron un sistema de equiparación progresiva de la normativa laboral y de Seguridad Social, que hasta la fecha no se ha concluido⁶⁷. Motivos por los que urge mejorar la normativa especial y corregir el elemento histórico de desvaloración del trabajo doméstico que, además, afecta mayoritariamente a las mujeres (contribuyendo a la perpetuación de estereotipos y al agravamiento de la brecha de género) y a un alto porcentaje de personas no españolas (con el riesgo de incurrir en discriminación por razón de origen racial o étnico).

No obstante, y pese al afirmado interés del legislador por cumplir aquel compromiso, es también palmario el espaldarazo que, para las reformas que implementa el RD Ley 16/2022, supuso el pronunciamiento comunitario⁶⁸ que en febrero de 2022 afeó a España el mantenimiento de una diferencia discriminatoria e injustificable en la protección por desempleo de las empleadas del hogar, cuyas cotizaciones no aseguraban protección alguna por dicha contingencia.

En este sentido, la propia exposición de motivos de la norma hace referencia profusa a la Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, asunto C 389/20, que establece con rotundidad que «no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea las normas de Seguridad Social que sitúen a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

El legislador no duda en incorporar textualmente el párrafo de la resolución comunitaria según el cual «El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de

⁶⁷ El cambio de gobierno en España tras las elecciones del 20 de noviembre de 2011, y la posterior crisis económica se han apuntado como causas que impidieron poner en práctica dicho objetivo.

⁶⁸ Al igual que sucedió, en otros ámbitos, en relación a la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (véase HIERRO HIERRO, Francisco Javier, «Discapacidad, igualdad de trato y no discriminación. Breve análisis de la directiva 2007/78/CE y de su transposición a nuestro ordenamiento jurídico», *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005, pp. 383-400.

seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo».

Trascendiendo la cobertura prestacional directa, y al hilo de las conclusiones del Tribunal de Luxemburgo, la Exposición de motivos subraya, como factor de coherencia y necesidad de los objetivos de política social, que la exclusión de la prestación por desempleo y de la obligación de cotizar por dicha contingencia implica, además, la imposibilidad de que las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar accedan a «otras prestaciones» de Seguridad Social a las que podrían tener derecho y cuya concesión se supedita a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, de manera que esta mayor desprotección se traduce asimismo en una situación de mayor vulnerabilidad y desamparo. Adicionalmente, al afectar dicho trato diferencial a un colectivo integrado mayoritariamente por mujeres, puede filtrarse más fácilmente el factor de discriminación indirecta por razón de sexo.

Bajo estas consideraciones, la Exposición de motivos del RD Ley 16/2022 trae también a colación dos pronunciamientos relevantes de la justicia comunitaria que vendrían a apoyar la ampliación de coberturas que implementa, por considerar que cualquier trato diferenciado en el ámbito de la Seguridad Social que, aun siendo aparentemente neutro, afecte mayoritariamente a mujeres, se opone a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por ser constitutivo de discriminación indirecta por razón de sexo. Se trata de la STJUE 22 de noviembre de 2012, asunto C385/11 (Elbal Moreno)⁶⁹, y de la STJUE 9 de noviembre de 2017, asunto C98/15 (Espadas Recio)⁷⁰, ambas contra España, en las que se aplicó el mismo criterio de afectación mayoritaria a las mujeres.

⁶⁹ En su sentencia, el Tribunal de Justicia declara que la Directiva sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social se opone a la normativa española, que exige a los trabajadores a tiempo parcial –en su inmensa mayoría mujeres–, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un período de cotización proporcionalmente mayor para acceder a una pensión de jubilación contributiva cuya cuantía ya ha sido reducida proporcionalmente a la parcialidad de su jornada.

⁷⁰ La STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto Espadas Recio (asunto C-98/15), declaró contraria a la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, el artículo 3.4 del RD 625/1985, de 2 de abril, según el cual, a los efectos del acceso y duración de la prestación por desempleo, cada día traba-

Para el RD Ley 16/2022, la STJUE de 24 de febrero de 2022 tiene una trascendencia especial porque, a diferencia de otros asuntos que, en el ámbito de la aplicación de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, se han planteado desde los órganos jurisdiccionales españoles ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, STJUE de 14 de abril de 2015, asunto C 527/13)⁷¹, la mayor afectación femenina en el caso de las normas aplicables al sector del trabajo al servicio del hogar familiar resulta indudable.

En este contexto y teniendo en cuenta lo que la Exposición de motivos califica de «manifiesta, incontrovertida y absoluta» feminización⁷² del Sistema Especial de empleo en el hogar familiar, se concluye que la exclusión de la protección por desempleo entraña –de principio– una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1, de la Directiva 79/7, cuestionando que pueda contar con una justificación objetiva y ajena a dicha discriminación, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

La reforma se autocalifica de «ineludible», desde la perspectiva de la justicia social, en un contexto de especial vulnerabilidad, en el que la mayoría halla su ocupación en trabajos a tiempo parcial e intermitentes, que a menudo se encuentran con una situación de finalización repentina de su trabajo por defunción de sus empleadores y con un régimen especial de extinción que permite –dice– los «despidos arbitrarios e intempestivos, sin justificación objetiva alguna»⁷³.

jado se computaba como día cotizado, cualquiera que hubiese sido la duración de la jornada, lo que creaba una diferencia de trato entre trabajo a tiempo parcial vertical y trabajo a tiempo parcial horizontal.

⁷¹ En ese caso, se preguntaba por el órgano remitente si el artículo 4 de la Directiva 79/7 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional (la Disposición adicional 7.ª, número 1, regla 3.ª, letra b), de la LGSS) que establece que las lagunas de cotización existentes dentro del período de referencia a efectos del cálculo de una pensión de incapacidad permanente contributiva y posteriores a un empleo a tiempo parcial se cubrirán tomando las bases mínimas de cotización vigentes en cada momento reducidas atendiendo al coeficiente de parcialidad de ese empleo, mientras que, si las lagunas son inmediatamente posteriores a un empleo a tiempo completo, no se aplica tal reducción. No obstante, el TJUE entendió que la disposición nacional controvertida en el litigio principal no se aplicaba a todos los trabajadores a tiempo parcial, sino únicamente a aquellos cuyas cotizaciones se han visto interrumpidas durante el período de referencia de ocho años anterior a la fecha en la que se produjo el hecho causante, cuando dicha interrupción es inmediatamente posterior a un empleo a tiempo parcial; y por ese motivo, consideró el TJUE que los datos estadísticos generales relativos al colectivo de trabajadores a tiempo parcial considerados en su totalidad no eran pertinentes para demostrar que dicha disposición afectaba a un número mucho mayor de mujeres que de hombres.

⁷² Según datos ofrecidos por el legislador, el 95,53 % lo conforman mujeres.

⁷³ Esta última referencia parece sobrar, ya que haría referencia a la situación anterior a la reforma, de manera que, eliminado el desistimiento (que es la modalidad a la que sin duda se refiere la Exposición de motivos), el único argumento que debiera aportarse es el no menos importante dato de que el colectivo de personas empleadas del hogar es el único colectivo laboral que carecía de protección por desempleo.

Una vez advertido nuestro alejamiento del acervo comunitario, la norma podría haberse limitado a compensar las viejas desprotecciones en materia de Seguridad Social (desempleo, obviamente, pero también, en previsión de próximos pronunciamientos de Luxemburgo contrarios, el acceso a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial); sin embargo, el RD Ley amplía considerablemente su campo de trabajo, alcanzando también a la extinción del contrato de este colectivo, que reforma de manera profunda, potenciando el principio de causalidad que inspiró el Convenio 158 OIT.

La justificación y el objeto de esta «intensa remodelación» (en palabras de la Exposición de motivos), son muy claros: esta relación especial tiene en el desistimiento un protagonista de excepción⁷⁴ que facilita y propicia una desprotección frente al despido sin causa mucho mayor que la establecida para el resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, sin que la condición de la parte empleadora puede desplazar y vaciar de contenido el objeto tuitivo del Derecho del Trabajo. A partir de ahí, el Real Decreto-Ley 16/2022 se compromete a eliminar aquellas diferencias que propiciaban la indicada desprotección.

En el análisis de campo, y mediante un diagnóstico empírico, el legislador es consciente de que la desprotección que pretende revertir, se ha venido produciendo tanto en el ámbito ordinario como en el de los derechos fundamentales.

Desde este primer ámbito, es evidente que la figura del desistimiento ha provocado que se desvanezcan los límites garantistas del despido objetivo para tales situaciones al existir una vía intermedia de convalidación de la extinción *ad nutum*. Precisamente por ello –indica el legislador– la persona empleadora se verá atraída por este mecanismo extintivo, salvo en aquellos casos en que resulte irrefragable la causa del despido disciplinario⁷⁵.

Desde el prisma de protección constitucional⁷⁶, es palmario (y como tal ha sido denunciado por la doctrina académica y judicial), el efecto lesivo que el ejercicio abusivo de la figura del desistimiento ha tenido sobre los derechos

⁷⁴ «El desistimiento, «institución de excepción» viene regulado en el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011, y permite de modo unilateral, mediante el pago de una indemnización y sin alegación de causa, acometer el «rompimiento brusco –en el sentido de inopinado– del contrato». Se trata de una figura presente únicamente en la regulación del trabajo doméstico y el régimen especial de alta dirección».

⁷⁵ Ello es así porque, por una parte, no es necesario alegar ni probar causa objetiva alguna y, por otra, se elimina el riesgo de declaración de improcedencia, mediante el abono de una indemnización menor (12 días por año, en lugar de los 20 y, actualmente 45/33).

⁷⁶ Un destacable análisis de la perspectiva constitucional en la protección del embarazo, en GIL PLANA, Juan, «La STC núm. 92/2008, de 21 de julio, y la aplicación tanto de la tesis subjetiva como de la tesis objetiva en los despidos de las trabajadoras embarazadas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 144, 2009, pp. 973-994.

fundamentales de este colectivo; principalmente en relación a empleadas del hogar embarazadas.

Por todo ello, la eliminación de la figura del desistimiento resulta para el legislador necesaria en el caso de esta relación laboral especial desde el momento en que constituye una diferencia de trato no justificada en perjuicio de las trabajadoras que además tiene como efectos una mayor desprotección, un déficit de tutela en los casos de discriminación y un incremento de la precariedad y vulnerabilidad de este colectivo. En su lugar, decide arbitrar un sistema extintivo en el que, junto a las causas comunes del artículo 49 ET, concurren otras, específicas, adaptadas a la realidad del trabajo doméstico.

Expuestas, de esta forma, las principales carencias de la regulación anterior, el artículo 5.3 del RD Ley 16/2022, viene a modificar el artículo 11 RD 1620/2011, en tres aspectos esenciales:

a) Equiparar, aunque de forma condicionada, al colectivo de personas empleadas del hogar con el resto de personas trabajadoras, al extender a aquel la aplicación de la normativa laboral común (la relación laboral se extingue por las causas del artículo 49.1 ET), salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación⁷⁷. En la medida en que los perfiles de dicha incompatibilidad no se definen en absoluto, se viene a permitir a cada intérprete considerar qué causas son o no incompatibles⁷⁸.

La duda más destacable: ¿es compatible con dicha singularidad reconocer la opción empresarial entre readmisión o indemnización en caso de improcedencia?; ¿recupera la nulidad del despido su consecuencia natural de readmisión, mucho más ahora que al elevarse la indemnización por despido improcedente, la solución indemnizatoria sustitutoria en caso de nulidad ya no supone ni siquiera una «mejora» económica?

⁷⁷ La doctrina coincide en destacar que el legislador ha desaprovechado una oportunidad única para clarificar las consecuencias del despido, tanto improcedente como nulo, en lo que a la readmisión, ya sea como imposición, ya como opción, se refiere; queja que compartimos absolutamente, pues es evidente que el legislador se ha puesto de perfil ante una decisión de corte legal que, sin embargo, sigue «delegando» en los jueces.

⁷⁸ Así, por ejemplo, para DESDENTADO DAROCA, Elena, «El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después...» *op. cit.*, pág. 198, dicha incompatibilidad concurre en el caso de extinción de la personalidad jurídica del empresario (por ser imposible), así como en el caso de jubilación e incapacidad del empleador del hogar que, en principio, no justificarían la extinción del contrato y que, en opinión de la autora, únicamente podrían justificar la extinción del contrato al amparo de la nueva modalidad extintiva del artículo 11.2 RD 1620/2011.

En lo que no hay duda es en una de las consecuencias más visibles de la reforma: la elevación de las indemnizaciones por despido improcedente⁷⁹, que por fin se equiparan a las previstas para el régimen común, al aplicarse lo dispuesto en el artículo 56.1 ET.

b) Poner fin al desistimiento como causa de extinción de esta relación laboral especial, «atacando» definitivamente la línea de flotación de la anterior regulación extintiva en el empleo doméstico.

c) Incluir causas extintivas específicas (una suerte de despido objetivo singular o desistimiento causalizado), con derecho a indemnización en cuantía de 12 días por año, en tres supuestos concretos, dos de ellos relacionados con circunstancias familiares, y la otra con el comportamiento de la persona trabajadora.

De esta forma, el esquema de la extinción del trabajo doméstico, en lo que a decisión unilateral del empresario se refiere, queda apoyado básicamente en cuatro pilares: el desistimiento durante el periodo de prueba; el despido disciplinario; el despido por causas objetivas; y la resolución contractual al amparo de las «nuevas causas extintivas del artículo 11.2 RD 1620/2011.

2.1.4.1 *La nueva modalidad extintiva*

Tras afirmar (artículo 11.1.) que la relación laboral analizada podrá extinguirse por las causas establecidas en el artículo 49.1 ET (con la «previsión» de que la aplicación de la normativa laboral común queda condicionada por las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, que resulten incompatibles), aclara la norma (artículo 11.2) que, sin perjuicio de lo anterior, esta relación laboral de carácter especial podrá extinguirse por alguna de las siguientes causas, siempre que estén justificadas: a) Disminución de los ingresos de la unidad familiar o incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida; b) Modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifican que se prescinda de la persona trabajadora del hogar; y c) El comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

⁷⁹ Lo que viene a superar antiguas consideraciones, según las cuales «imponer una alta indemnización a este empleador podría suponer un límite desproporcionado al ejercicio de un derecho instrumental a los del artículo 18 CE». En ese sentido, BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada, «La extinción de la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar», *op. cit.*, pág. 88.

2.1.4.1.1 Contenido material: dos causas «objetivas» y una «subjettiva»

Contrastando claramente con lo afirmado en la Exposición de Motivos («por lo que al desistimiento se refiere, se incluyen dos modificaciones que mejoran la regulación hasta ahora vigente»), la reforma no modifica el viejo desistimiento, sino que lo suprime, sustituyéndolo por una extinción basada en tres causas: las dos primeras obedecen a elementos objetivos (una especie de adaptación a esta relación laboral de las causas objetivas empresariales «no mercantiles» del artículo 52 ET), mientras que la tercera atiende a consideraciones más subjetivas; en los tres casos, abundan conceptos jurídicos indeterminados que precisarán de concreción judicial.

Hay que significar que, a diferencia de lo que sucede con otras materias reformadas (singularmente la prestación por desempleo o, indirectamente, la garantía salarial), el legislador nacional no venía urgido por la justicia comunitaria a modificar el régimen extintivo del empleo doméstico, sin que en la STJUE desencadenante de los cambios normativos, se apunte al carácter discriminatorio de la regulación hasta entonces vigente, al amparo de la Directiva 2006/54/CE.

Con todo, el legislador decide ahondar en la motivación y seguridad jurídica de la extinción de la relación especial, configurando tres nuevas causas que podrán legitimar la extinción «siempre que estén justificadas»⁸⁰. Se configura, así, una modalidad de «despido *sui generis*» por causas objetivas adaptadas a la realidad doméstica, generándose un «nuevo derecho para la persona trabajadora, a no ver extinguido su contrato sin justa causa»⁸¹. En otras palabras, el precepto viene a describir, para el marco de empleo doméstico, cuáles son las situaciones concretas que habilitarían la extinción por causa justificada, al tiempo que asegura que la decisión extintiva se adopte por la persona empleadora con base en circunstancias valorables objetivamente⁸².

⁸⁰ Como advierte QUINTERO LIMA, M.^a Gema, «La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar ¿Oportunidades perdidas?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 473, marzo-abril 2023, pág. 110, la redundancia tiene una pretensión profundamente rupturista con la regulación anterior (pues) la existencia de causa ya equivale a justificación (por lo que) quizás la justificación se haya de interpretar aquí en el sentido de que no simplemente basta alegar la causa, sino que ha de ser «probada».

⁸¹ QUINTERO LIMA, M.^a Gema, «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, y su impacto en las personas empleadoras», *IUSLabor* 3/2022, pág. 127.

⁸² GRAU PINEDA, Carmen, «Hacia la desprecariación del trabajo al servicio del hogar familiar en el marco del trabajo decente», Blog *El Foro de Labos*, 11-10-2022.

a) La primera causa es la «disminución de los ingresos de la unidad familiar o el incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida»⁸³. La norma no da «pistas»⁸⁴ sobre el supuesto, pero podemos pensar en situaciones de desempleo, incapacidad permanente o jubilación de la persona empleadora o de los convivientes, que den lugar a prestaciones de Seguridad Social inferiores al salario previo, o en cualquier otra circunstancia sobrevenida que produzca dicha alteración, que debe ser mínimamente relevante, en el equilibrio económico de la unidad familiar. Igualmente cabría pensar en supuestos de revisión de prestaciones (piénsese en la de incapacidad permanente, cuya cuantía se rebaje o anule, por mejoría); en el despido de uno de los miembros de la unidad familiar; en embargos o circunstancias que provoquen la asunción de una deuda a la que haya que hacer frente mediante el abono de cuotas mensuales; etc.

En todo caso, si la idea es mejorar la protección del colectivo ante la extinción contractual, y no solo «blanquear» el viejo desistimiento, debe exigirse que dicho desequilibrio sobrevenido justifique, de manera razonable, la proporcionalidad de la medida extintiva, pues, en otro caso, cualquier circunstancia que modificase la capacidad económica de la familia podría actuar como causa para aquella extinción. Por tanto, la modificación económica que sufra la unidad familiar ha de ser de tal entidad que justifique de manera suficiente el cese de la persona empleada en el hogar⁸⁵.

b) La segunda causa es la «modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifiquen que se prescinda de la persona trabajadora del hogar»⁸⁶. Se han de interpretar aquí tres conceptos jurídicos indeterminados: a) ¿Qué tipo de modificaciones?; b) ¿Cuándo se consideran sustanciales?; y c) ¿Qué necesidades familiares son las que se alteran? Aquí podríamos pensar⁸⁷ en circunstancias que afecten a las personas cuidadas: fallecimiento

⁸³ Una suerte de causa objetiva «económica» ajustada a las circunstancias del hogar familiar.

⁸⁴ Aunque la Exposición de motivos sí apunta a alguna, al hacer referencia a «la pérdida del trabajo o la declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora», surgiendo en este último caso la duda de cómo encajar esta causa «especial» con la «común» del artículo 49.1.g ET, que prevé la extinción del contrato por incapacidad del empresario, con derecho a una indemnización de un mes de salario ¿puede elegir el empleador por cuál de ellas extinguir?; o ¿acaso ha de acudir a la modalidad especial únicamente cuando dicha incapacidad determine una disminución relevante de ingresos, al minorar la pensión la capacidad económica que garantizaba el salario superior? La fijación de distintas indemnizaciones, parece evidente, puede «decantar» tal opción.

⁸⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica», *Dykinson*, 2023, pág. 62.

⁸⁶ Traslación al terreno doméstico de las causas organizativas y productivas que justifican la extinción contractual en el ámbito general.

⁸⁷ También aquí la Exposición de motivos hace referencia a «la asunción de las tareas por la entidad pública o el cambio en las necesidades de cuidado de algún miembro de la unidad familiar».

de un miembro de la familia, aumento de autonomía de los menores, inserción de los mismos en sistemas de educación reglada, emancipación, ingreso de mayores en institución geriátrica, etc.; o que afecten a la propia persona empleadora: supuestos de separación, divorcio, ejercicio de derechos de conciliación, etc. También resulta lógico exigir, además de la acreditación de la causa, criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

c) La tercera causa, a la que ya hemos hecho referencia, consiste en «el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora.

Esta tercera causa, es evidente, integra un componente subjetivo que podría llegar a confundirse con una suerte de despido disciplinario (transgresión de la buena fe y abuso de confianza), pero su régimen jurídico es distinto en aspectos esenciales; en efecto, la novedosa extinción no exige un incumplimiento contractual o comisión de falta sancionable, al hablar meramente de «comportamiento» del empleado; comportamiento que, además, no debiera alcanzar las cotas de gravedad y culpabilidad que sí lo integrarían en el marco disciplinario. Por eso, la nueva modalidad extintiva podría asimilarse a un desistimiento causalizado. Se extingue el contrato porque se ha perdido la confianza en el empleado (desistimiento), pero como dicha extinción no obedece a un incumplimiento grave y culpable (despido disciplinario), ha de indemnizarse, concretándose además el comportamiento del empleado (permitiendo el ulterior control judicial).

Dicha causa se situaría, pues, «en la antesala del incumplimiento sancionable» y, por tanto, no reconducible al despido disciplinario; y en este contexto, la persona trabajadora podría objetivamente presentar comportamientos alterados, procesos de ineptitud, que objetivamente pudieran justificar la extinción de la relación laboral, porque ya no se cohonesta el desempeño esperado de la persona empleada con las necesidades del sujeto empleador»⁸⁸.

Es evidente que, con esta tercera causa, el legislador de 2022⁸⁹ demuestra no haber conseguido «expulsar» del todo el «viejo» desistimiento, opción legislativa que, sin duda, es deudora y no ha podido desprenderse de la larga tradición que apoya el mantenimiento de la relación especial en la simultánea pervivencia de la «confianza» que lo sustenta. Más allá de la singularidad pro-

⁸⁸ QUINTERO LIMA, M.^a Gema, «La desprecuarización de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar», *op. cit.*, pág. 109.

⁸⁹ A diferencia de lo que sucede con las dos causas con las que comparte precepto, el legislador omite cualquier «ejemplo» de conductas incardinables en dicha causa, lo que es muy significativo; si se nos permite el exceso, si el propio legislador no tiene claro el concepto, cuánto menos los operadores jurídicos que lo han de aplicar.

pia del «lugar» de trabajo, es el factor humano, en su concepción subjetiva, el que determina la necesidad de poner fin al contrato si aquella confianza se quiebra. Algo que, es obvio, evidencia el mantenimiento de las diferencias entre los regímenes extintivos común y especial, más allá de las proclamas y buenas intenciones de la Exposición de motivos de la norma reformista.

Singularmente, dicha causa ha de ser interpretada restrictivamente, en relación al colectivo extranjero; en efecto, se ha advertido que esta decisión extintiva pone a la persona trabajadora extranjera en una situación complicada, por la repercusión sobre su autorización de residencia y trabajo. Y, por ello, al ser estas dificultades mucho más gravosas que para cualquier otra persona trabajadora, se hace imprescindible apostar por una interpretación estricta del cese por pérdida de confianza que ahora (en sustitución del desistimiento libre) la norma prevé. Y ello porque en la medida en que la normativa de extranjería sanciona notablemente, en vistas a la renovación de su autorización de residencia, a quienes han visto su relación laboral extinguida por causas que les puedan ser «imputables», se impone una interpretación de esta normativa que no considere la pérdida de confianza causada por el comportamiento de la persona trabajadora como incardinable en esta categoría»⁹⁰.

2.1.4.1.2 Requisitos formales

Además de dotar de cierto contenido «material» al acto extintivo (motivación en contra del anterior desistimiento acausal), el RD Ley 16/2022 no solo mantiene, sino que refuerza, la formalidad de esta nueva modalidad extintiva, exigiendo el cumplimiento de ciertos requisitos, atribuyendo a varios de ellos carácter esencial. Y así:

a) Por seguridad jurídica, la decisión extintiva ha de seguir exteriorizándose por escrito, mediante comunicación a la persona empleada del hogar en la que conste, de manera clara, tanto la voluntad de poner fin a la relación laboral, como la causa concreta por la que se adopta dicha decisión.

Es evidente, que para cumplir con los citados requerimientos, lo primero que ha de contener el escrito es una relación de aquellos hechos que justifican la adopción de la medida; de nada vale advertir la pérdida de confianza, si no se indica la causa que la motiva; de igual forma que una apelación genérica a

⁹⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y MINCULEASA COPCEA, Álex, «Inmigración y servicio doméstico: claves laborales de sus recientes reformas», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), pág. 381.

la modificación de circunstancias personales o económicas de la unidad familiar tampoco se ajustará a dichas exigencias, y ello porque la decisión extintiva, al exigírsele una causa, debe integrar aquellos datos fácticos que, en caso de una eventual reclamación de la persona trabajadora, puedan ser sometidos a la contradicción de las partes y a la consideración del juzgador.

b) También hereda la nueva norma, de su antecesora, la imposición a la empleadora, al tiempo de comunicar la extinción, de una obligación pecuniaria consistente en la puesta a disposición de la persona trabajadora de una indemnización, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días por año de servicio con el límite de seis mensualidades⁹¹.

Aunque no se especifica, se sobreentiende, desde una perspectiva finalista⁹², que los cálculos indemnizatorios que tengan en cuenta los años de servicio, como es el caso, habrán de prorratear en meses los períodos de duración inferior.

La «esencialidad» de estos requisitos formales se aprecia en el cómo (medio escrito), en el cuándo (entrega simultánea de la indemnización), y en el cuánto (el cálculo no admite error inexcusable⁹³). En efecto, el reformado ar-

⁹¹ No hace referencia la norma al «prorrateo» por meses de períodos inferiores al año, si bien ello sucedía igualmente con la normativa anterior, que tampoco detallaba dicho extremo, y la doctrina lo consideraba aplicable. Por todos, GARCÍA VIÑA, Jordi, «Aspectos laborales, de salud laboral y de seguridad social de los empleados de hogar», Granada, *Comares*, 2009, pág. 120.

⁹² En este sentido, la STSJ Andalucía/Sevilla 17 de enero de 2013, Rec. 776/2012, ECLI: ES: TS-JAND:2013:214, ya advertía que «ante lo escueto de la regla especial... hay que aplicar la regla común contenida en el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores («por años de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año»), criterio finalista de la norma que ya había aplicado la STS 5 de junio de 2022, Rec. 2506/2001.

⁹³ De conformidad con la doctrina jurisprudencial, la decisión sobre la existencia de un error excusable tiene un importante componente casuístico que atiende a las circunstancias concretas que se producen, si bien se establecen los siguientes criterios: «a) La escasa entidad del importe diferencial constituye un indicio muy relevante de que el error es poco trascendente y disculpable. Pero ese criterio solo puede invocarse como único cuando estamos ante unas operaciones aritméticas sin especial dificultad jurídica. b) La indiferencia del importe y la fatal consideración como inexcusable del error jurídico padecido es aplicable pero cuando, atendidas las circunstancias, la empresa no posee justificación para haberlo cometido. c) El «error excusable» es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia. Pero más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de «justa o injusta lesión de intereses en juego». El error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo. De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar. d) Es inexcusable cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia. e) en suma, ni todo error jurídico es necesariamente constitutivo de error inexcusable, ni toda diferencia de escasa entidad aboca a la consideración del error como excusable» (SSTS 19 de junio de 2005, 22 de julio de 2015 y 30 de junio de 2016).

título 11.3 RD 1620/2011⁹⁴ establece, que «de incumplirse los requisitos relativos a la forma escrita de la comunicación de extinción o la puesta a disposición de la indemnización a los que se refiere el apartado anterior, se presumirá que la persona empleadora ha optado por la aplicación del régimen extintivo del despido regulado en el Estatuto de los Trabajadores», sin que la anterior presunción se aplique ante el «el error excusable en el cálculo de la indemnización», sin perjuicio de la obligación de la persona empleadora de abonar la indemnización en la cuantía correcta.

Por desgracia, este sector es propicio a la comisión de errores inexcusables derivados de «desajustes» en las dos magnitudes a tener en cuenta: salario y antigüedad, supuestos errores vinculados a prácticas irregulares muy extendidas, como la de abonar retribuciones inferiores a las que legalmente correspondan (significativamente en casos en que las horas trabajadas no se ajustan a la jornada efectivamente desarrollada) o demorar el alta en Seguridad Social a momentos posteriores al inicio de la prestación de servicios. En estos casos⁹⁵, si la persona empleada del hogar es capaz de acreditar que su salario y/o antigüedad no se corresponden con los utilizados para el cálculo de la indemnización, estaremos ante un despido improcedente.

c) A favor del empleado, la decisión extintiva habrá de comunicarse al mismo con una antelación distinta, según la duración del vínculo laboral; de este modo, de haberse superado el año en la prestación de servicios, el preavi-

⁹⁴ Artículo 11.3. «De incumplirse los requisitos relativos a la forma escrita de la comunicación de extinción o la puesta a disposición de la indemnización a los que se refiere el apartado anterior, se presumirá que la persona empleadora ha optado por la aplicación del régimen extintivo del despido regulado en el Estatuto de los Trabajadores. Esta presunción no resultará aplicable por la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización, sin perjuicio de la obligación de la persona empleadora de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta».

⁹⁵ Como ejemplo, el resuelto por la STSJ Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, el 25 de septiembre de 2019, Rec. 248/2019 (ECLI: ES: TSJICAN:2019:2728), en un caso en que si bien el empleador abonó la indemnización correspondiente al salario pactado con la trabajadora en el contrato, lo cierto es que el referido salario correspondía a una jornada a tiempo parcial de cuatro horas, durante cinco días a la semana en tanto que la trabajadora realizaba efectivamente una jornada a tiempo completo de 40 horas semanales consistente en la asistencia y cuidado de la madre del demandado, y pernoctando en el domicilio de lunes a viernes abandonando el domicilio los fines de semana. En tales circunstancias, la Sala insular recuerda que en la determinación de la excusabilidad del error producido al calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, hay que analizar una serie de factores objetivos y subjetivos; y en el presente supuesto, resulta que la diferencia entre la indemnización debida y la puesta a disposición es relevante (762,02 euros) y no concurre ninguna circunstancia que permita explicar que el empleador no reparara en que la trabajadora realizaba una jornada a tiempo completo, ni consta ninguna justificación ni elemento alguno que permita concluir que nos encontremos ante una creencia equivocada por parte del empleador sobre tal extremo. Por lo tanto y conforme establece el artículo 11. 2 y 3 en relación con el artículo 10 Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre es preciso declarar la improcedencia del despido.

so será de veinte días, mientras que, en los demás casos, únicamente habrá de anticiparse en siete días dicha comunicación formal.

No se trata, el de preavisar, de un requisito esencial, como demuestra la propia redacción de la norma, al permitir que la empleadora lo sustituya por la indemnización equivalente a los salarios de dicho período.

d) Se sigue reconociendo el derecho de la persona trabajadora, durante los citados períodos de preaviso, y sin pérdida de retribución, a una licencia de seis horas semanales, con la finalidad de buscar nuevo empleo⁹⁶, sin que se haya corregido la deficiencia advertida anteriormente relativa a que dicho beneficio únicamente se vendría a reconocer a quienes trabajasen a jornada completa.

Huelga advertir que, por mucho que el empleador doméstico cumpla todos y cada uno de los requisitos formales, resulta evidente que una extinción sin causa, con causa aparente, insuficiente o prohibida, también transforma la extinción en despido⁹⁷.

2.2. RÉGIMEN VIGENTE

2.2.1 **Panorama del «nuevo esquema» extintivo: remisión al marco general, con creación de causas específicas y exclusión de las incompatibles**

Como se ha adelantado, el régimen extintivo del artículo 49 ET se va a aplicar a la relación especial del empleo doméstico en aquello que no resulte «incompatible» con la propia relación especial, por lo que debe acotarse aquel ámbito excluyente de la normativa estatutaria común.

A este respecto, tanto en regulaciones previas como en la actual, es ciertamente complicado encajar en este esquema extintivo especial las causas del artículo 52.c relacionadas con la actividad empresarial, esto es, las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, causas «objetivas» que aún se perciben con mayor lejanía en lo que a su aplicación colectiva (artículo 51 ET)⁹⁸

⁹⁶ No se hace mención al posible incumplimiento de dicha finalidad por parte de la persona trabajadora, ni, derivadamente, a las posibles consecuencias, si bien hablamos de una cuestión de escasísima relevancia, dado el momento en que habría de valorarse la conducta del empleado, una vez se ha decidido y puesto fecha ya a la extinción de su contrato.

⁹⁷ GARCÍA VIÑA, Jordi, «Aspectos laborales, de salud laboral y de seguridad social de los empleados de hogar», *op. cit.*, pág. 123.

⁹⁸ Un completo estudio de esta causa de despido en MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, «Despido colectivo», *La extinción del contrato de trabajo*, Sempere Navarro, Antonio Vicente (dir.), Martín Jiménez, Rodrigo (coord.), Aranzadi, 2011, pp. 797-897.

se refiere; ni la concurrencia de tal tipo de causas, ni la superación de umbrales de plantilla, parecen tener cabida en el empleo doméstico⁹⁹.

Es cierto que las dificultades económicas pueden sobrevenir tanto al empresario que opera en el mercado de bienes y servicios, como al titular del hogar familiar que actúa como empleador, de donde podría deducirse la eventual aplicación al empleo doméstico del esquema extintivo configurado por el artículo 52 ET, en lo que a causas «económicas se refiere». No obstante, dicha situación de crisis económica, con la nueva redacción del artículo 11.2 RD 1620/2011, debiera poder encajarse en la causa específica relativa a la disminución de ingresos de la unidad familiar, conclusión a la que, además, coadyuva la existencia de un régimen indemnizatorio más liviano bajo esta modalidad específica (12 días en lugar de 20).

La incompatibilidad se ve aún más clara, es obvio, en cuanto a la causa relativa a la inexistencia de consignación presupuestaria (letra e), que solo operaría en el ámbito de las Administraciones públicas.

Sí encuentran perfecto encaje, dentro de las causas objetivas del artículo 52 ET, aquellas que relacionamos con la falta de aptitud psicofísica de la persona para seguir desarrollando su trabajo (letra a), o con su incapacidad para adaptarse a los cambios técnicos que, en condiciones razonables, hayan alterado la forma en que se desempeñaba la prestación laboral (letra b).

2.2.2 El despido por causas objetivas

2.2.2.1 *Delimitación de causas. Ineptitud sobrevenida y falta de adaptación al puesto*

El artículo 52 ET establece, en su apartado a, que el contrato podrá extinguirse: a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento; b) Por falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables.

⁹⁹ Como señala CORDERO GORDILLO, Vanessa, «La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. RD 1620/2011, de 14 de noviembre», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014, pág. 69, no parece que en el marco de la relación del empleo del hogar haya margen para la concurrencia de causas ETOP.

Ninguno de los supuestos presenta, a priori, en esta relación especial, mayor complejidad que en el terreno de las relaciones comunes.

En cuanto a la ineptitud, como causa extintiva, no se atisban diferencias entre la que pueda afectar a una persona empleada en un hogar y la que lo haga sobre una persona sometida a un vínculo laboral común. En ambos casos, queda justificada la extinción del contrato si, por circunstancias acaecidas tras su suscripción, la persona trabajadora deja de reunir las condiciones precisas para seguir desarrollando su actividad¹⁰⁰.

Si hablamos de condiciones que afectan a la salud de la empleada del hogar, hemos de hacer referencia, siquiera deteniéndonos mínimamente, a un problema recurrente: la denegación de prestaciones de incapacidad permanente, por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social, a veces tras agotamiento de largos procesos de incapacidad temporal previa (de hasta dieciocho meses, incluso veinticuatro) no «garantiza» necesariamente la aptitud de la persona empleada doméstica que, ante esta circunstancia, puede verse abocada a la dimisión o al abandono (causas extintivas independientes), si el empresario no estima tal merma sobrevenida en su capacidad de trabajo. En efecto, mientras la práctica habitual en una empresa, tras un largo proceso de baja médica, es someter a la persona trabajadora a un reconocimiento médico, en el marco de las medidas de vigilancia de la salud, que determine su aptitud, con o sin restricciones, para la reincorporación o, en su caso, las adaptaciones que procedan en el puesto de trabajo, ello no ha venido sucediendo con las personas empleadas del hogar que, ante una resolución administrativa de tal cariz, que determina la obligación de incorporarse al trabajo, pueden reclamar, sí, pero sin efecto suspensivo alguno de dicha obligación¹⁰¹, lo que muchas veces determina la inasistencia al trabajo y consiguiente baja voluntaria por parte del empleador. Rara vez la persona empleadora acudirá a la vía del artículo 52 ET,

¹⁰⁰ Actividad cuyo nivel de exigencia es ensalzado o minimizado según el órgano jurisdiccional que lo valore. Ejemplo de lo primero, la STSJ Asturias 11 de marzo de 2011, Rec. 65/2011, ECLI: ES: TSJAS:2011:970: «se trata de una profesión exigente, ya que se desarrolla en permanente bípedo-deambulación y comporta asimismo la realización de esfuerzos físicos con brazos y manos o sobrecargas de la columna vertebral, tanto de su segmento superior como del inferior, levantando y acarreado objetos pesados (muebles, electrodomésticos, cubos de agua, útiles de limpieza, etc.), en posiciones y movimientos que le obligan a inclinar el cuerpo, agacharse y levantarse forzando la espalda para barrer, fregar, quitar el polvo, limpiar cristales, hacer las camas etc.»; de lo segundo, la STSJ Murcia 28 de mayo de 2012, Rec. 829/2011, ECLI: ES: TSJMU:2012:1344, que advierte de que «gran parte de las tareas de dicha profesión ni tan siquiera exigen esfuerzos físicos o tienen naturaleza moderada, para los que, incluso, se cuenta con medios mecánicos».

¹⁰¹ Con la esperanza de que una estimación de su reclamación previa o, en su caso, un pronunciamiento judicial posterior le reconozca la prestación con efectos económicos desde el momento en que le fue denegada.

teniendo en cuenta que ello conlleva el abono de la indemnización fijada legalmente.

Es el caso de la STSJ Galicia 30 septiembre 2021, Rec. 1111/2021, ECLI: ES: TSJGAL:2021:5499, en cuyo relato se observa cómo el Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó la incapacidad permanente a la empleada de hogar, pese a presentar un cuadro de dolencias ciertamente severo¹⁰², situación ante la que aquella hubo de cursar baja voluntaria.

No obstante, en este punto, es interesante recordar cómo el RD Ley 16/2022 ha incluido¹⁰³ de manera expresa, dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, a las personas empleadas del hogar, extendiéndose al citado colectivo las obligaciones relativas a la vigilancia de la salud y la adopción de medidas preventivas; si bien es cierto que esta última obligación vendrá supeditada a la factibilidad de tales medidas en el singular entorno laboral.

En este ámbito, según afirma la STSJ Madrid 18 abril 2016, Rec. 90/2016, ECLI: ES: TSJM:2016:4255 en aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el correcto ejercicio de la facultad resolutoria basada en la ineptitud sobrevenida¹⁰⁴ exige al empleador demostrar la imposibilidad de adecuar el

¹⁰² El relato da cuenta de «Dolor crónico de origen miofascial, tendinopatía calcificante del hombro derecho y Trastorno distímico, estando la paciente atendida en la Unidad del Dolor del Complejo Hospitalario de Pontevedra al presentar importante dolor lumbar y dolor y quemazón en la zona perineal, dolor pélvico que la imposibilita para caminar, necesitando infiltraciones de musculatura profunda y bloqueos epidurales y radiofrecuencia, con respuesta analgésica insuficiente, persistiendo el dolor con un mal control del mismo, lo que ha agudizado la clínica mixta de ansiedad-depresión que la actora viene padeciendo desde hace años, provocando en la misma un trastorno depresivo persistente (distimia) con tendencia a la cronicidad y fluctuaciones reactivas (agravamientos) a clínica algica crónica así como a eventos vitales».

¹⁰³ Así, el artículo 1 del RD Ley 16/2022, viene a modificar la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales en dos aspectos: a) el primero, suprimir el apartado 4 de su artículo 3, que es el precepto que establecía que la norma preventiva no sería de aplicación a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (no obstante afirmar que el titular del hogar familiar estaba obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realizase en las debidas condiciones de seguridad e higiene); y b) incorporando una Disposición adicional decimoctava, según la cual, «en el ámbito de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, las personas trabajadoras tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo, especialmente en el ámbito de la prevención de la violencia contra las mujeres, teniendo en cuenta las características específicas del trabajo doméstico, en los términos y con las garantías que se prevean reglamentariamente a fin de asegurar su salud y seguridad».

¹⁰⁴ La STSJ Madrid 18 de abril de 2016, Rec. 90/2016, ECLI: ES: TSJM:2016:4255, con cita de pronunciamientos previos y jurisprudencia del TS, declara que «el concepto de ineptitud se refiere a una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo - rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, perfilándose para la aplicación del artículo 52.a) ET una serie de requisitos exigibles a dicha ineptitud: 1) ha de ser verdadera y no disimulada; 2) general, es decir, referida al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos; 3) de cierto grado, esto es, ha de determinar una aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión; 4) referida al trabajador y no debida a los medios materiales o el

puesto de trabajo a las concretas limitaciones del trabajador, pues tales mandatos no son meras admoniciones teóricas o programáticas, sino normas legales imperativas, lo que se traduce en que la empresa no puede limitarse a despedir por ineptitud sobrevenida sin haber justificado el cumplimiento de tales obligaciones.

A veces la ineptitud está relacionada con la pérdida de cualificaciones o autorizaciones necesarias para la prestación contratada. En este sentido, la STS 23 junio 2021, Rec. 3444/2018, ECLI: ES: TS:2021:2457, recopilando doctrina de la propia Sala (como la STS de 16 de noviembre de 2016, Rec. 1341/2015), considera que la pérdida de la autorización para trabajar en España guarda visos de completa similitud con las causas que se prevén en el artículo 52 ET, en la medida en que imposibilita la continuación del contrato de trabajo del extranjero; sin que, por otra parte, pueda negarse que estamos ante un supuesto en que la causa de la finalización del mismo es ajena a la empresa. Y, aunque no existe precisión sobre la cuestión de la posible aplicación de la causa objetiva del apartado a) del artículo 52 ET, esa es la causa que ampara la decisión extintiva cuando se produce la pérdida de la autorización para trabajar, al tratarse de una ineptitud sobrevenida, con posterioridad al ingreso en la empresa.

En efecto, esta misma solución ha dado la Sala a supuestos similares, como la falta de la correspondiente autorización administrativa para ser Oficial de la Marina Mercante (STS 29 de diciembre de 1988); la falta de titulación necesaria para seguir dando clases que constituían el objeto de su contrato (STS 29 de marzo de 1984), o la pérdida del permiso de conducir cuando éste era inherente al objeto del contrato de trabajo (STS 27 de octubre de 1983) y ello porque la ineptitud se reconduce a una genérica falta de aptitud o de conocimientos para el trabajo pactado, incluida la carencia de titulación o autorización exigida para la realización del trabajo.

En cuanto a la inadaptación a las modificaciones técnicas operadas en el puesto de trabajo, como causa extintiva, puede parecer, en principio, como un motivo residual, dado la escasa complejidad técnica que se presume a las labores propias del hogar; no obstante, la incorporación de una cada vez más sofisticada domótica, robótica, electrodomésticos de última generación, continuas aplicaciones programadas para la gestión del día a día del hogar, etc., pueden llegar a complicar también esta prestación de servicios por personas de formación analógica que encuentren cada vez mayor dificultad en el desempeño de

medio de trabajo; 5) permanente y no meramente circunstancial; y 6) afectante a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos».

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

sus tareas. En ese caso, previo cumplimiento de las exigencias legales¹⁰⁵, y con la correspondiente justificación de razonabilidad, podría operarse la extinción causal del artículo 52.c ET.

2.2.2.2 Aspectos formales y materiales

Concurriendo las causas habilitantes, ni el cauce formal que debe seguirse, ni la calificación ante un eventual incumplimiento, difieren entre la relación laboral ordinaria y la especial. De este modo, aplicando el artículo 53 ET y las pautas interpretativas de la doctrina judicial, la comunicación del despido será escrita, habrá de contener una descripción suficiente de los hechos en que se basa, con indicación de causa concreta y fecha de efectos del mismo, y deberá preavisarse con una antelación de quince días, con puesta a disposición, simultánea a la comunicación de cese, de una indemnización equivalente a veinte días de salario por año de servicio, con el límite de una anualidad.

Mientras que el incumplimiento del preaviso no determina más efecto que la exigibilidad de la indemnización compensatoria por los días omitidos, las carencias de la comunicación escrita y la falta de puesta a disposición de la indemnización (o minoración de la misma por error inexcusable) determinarán la improcedencia del cese o, en su caso, la nulidad, si adicionalmente concurre una vulneración constitucional o recae la decisión sobre colectivo protegido.

2.2.3 El despido disciplinario. Singularidades en el marco del empleo doméstico

La regulación común del despido disciplinario, al menos en cuanto a las causas que lo justifican, la exigencia de gravedad y culpabilidad en la conducta, y la forma de llevarlo a cabo, es de absoluta aplicación a la relación especial del empleo doméstico, sin aparentes restricciones¹⁰⁶, de manera que si la in-

¹⁰⁵ Previamente el empresario deberá ofrecer al trabajador un curso dirigido a facilitar la adaptación a las modificaciones operadas, sin que la extinción pueda ser acordada hasta que hayan transcurrido, como mínimo, dos meses desde que se introdujo la modificación o desde que finalizó la formación dirigida a la adaptación.

¹⁰⁶ Para GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar», *Dykinson*, 2022, pág. 33, con referencia a la STCT de 24 de febrero de 1987, la aplicación de las causas previstas por el artículo 54.2 ET para el despido disciplinario, no presenta ningún problema en su proyección a la relación laboral especial analizada, rigiendo los mismos principios generales que presiden esta institución extintiva con carácter general para el conjunto de los trabajadores por cuenta ajena.

tención de la persona empleadora es adoptar la máxima sanción disciplinaria, habrá de hacerlo por las causas que prevé el artículo 54 ET, sin que su condición «singular» relativice el cumplimiento escrupuloso de las exigencias formales del artículo 55 ET. De esta forma, por remisión del RD 1620/2011 al precepto estatutario, el despido deberá acometerse en el contexto de buena fe y aplicación de la doctrina gradualista, propia del marco extintivo común, mereciendo la calificación de procedencia únicamente aquellas conductas cuya gravedad y culpabilidad justifiquen imponer la máxima sanción ¹⁰⁷.

A partir de aquí, y aunque algunas causas «encajen» mejor que otras en este puzle de motivos disciplinarios, todas las reconocidas por el precepto permiten extinguir el contrato, si se verifica un incumplimiento grave y culpable consistente en: a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo; c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos; d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa. Nos limitaremos, por ello, a un breve apunte en este tema.

a) Primera en el orden de invocación del precepto, y quizás también primera en el ranking de causas esgrimidas para el despido de personas empleadas en el hogar, se encuentra las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. No contando con normativa convencional que «cuantifique» el incumplimiento (¿número de faltas?, ¿intervalo?), el papel del juzgador y la posibilidad de análisis casuístico se amplían considerablemente.

En relación a esta causa, la pandemia sanitaria por Covid-19 ha actuado como «modulador» de estos incumplimientos, habiéndose pronunciado varios tribunales a favor de la improcedencia del cese si las ausencias, vinculadas al contexto pandémico, habían sido consentidas de forma tácita ¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Debemos tener en cuenta el grave problema que supone no contar con Convenios colectivos que gradúen las faltas y que, en consecuencia, permitan la imposición de sanciones menos rigurosas que la extintiva; algo que ha determinado, seguramente, un número de extinciones muy notable por la «vía» del desistimiento recientemente suprimido.

¹⁰⁸ Así, por ejemplo, en STSJ Madrid 9 de marzo de 2023, Rec. 20/2023, ECLI: ES: TSJM:2023:2902, en la que la empleadora, tras varios mensajes de la empleada, en distintas fechas, advirtiéndole de que se encontraba convaleciente de los síntomas de la enfermedad, le había contestado «bueno, vale, pues cuando

b) En segundo lugar, la indisciplina o desobediencia en el trabajo es causa de despido, por la sencilla razón de que el poder de dirección y la consiguiente facultad de corrección disciplinaria, son titularidad de la persona empleadora del hogar, que puede, ante faltas graves de indisciplina o desobediencia, despedir a la persona empleada en el hogar.

Uno de los supuestos más frecuentes de desobediencia tiene que ver con el incumplimiento de instrucciones relativas a descansos y disfrute de períodos vacacionales; más aún cuando existe discrepancia en cuanto al propio derecho, o creencia de haber generado uno de mayor duración. A veces, también, la realización de jornadas extraordinarias, o la prestación de servicios en fines de semana o días festivos puede generar en la persona empleada del hogar la creencia de que la compensación a modo de descanso, decidida unilateralmente, es posible, encontrándose con una decisión de despido por indisciplina o desobediencia, de no mediar la previa autorización por parte de la empleadora.

Siendo aplicable, pese al contexto singular de confianza que acompaña a la relación especial, el principio consagrado por la jurisprudencia laboral «solve et repete», según el cual la persona trabajadora no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder de cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos.

Del mismo modo que, en este caso a favor de la persona empleada, ha de aplicarse la doctrina de la «tolerancia previa», cuya formulación clásica (por todas STS 31 de mayo de 1984) viene a concluir que, ante la situación conocida y aceptada por las dos partes de la relación laboral, lo que supone un régimen de tolerancia por parte de la empleadora constitutiva de un «uso de empresa» que va más allá de lo puramente interpretativo, insertándose en el sinalagma de la relación laboral, no puede dejar de aplicarse ésta de manera sorpresiva, ya que ello equivaldría a un ejercicio abusivo de las facultades disciplinarias y un atentado al deber de buena fe que se deben ambas partes¹⁰⁹.

vayas a venir, me avisas», expresión que el Tribunal considera justifica las ausencias que luego la empleadora pretendió considerar incumplimientos.

¹⁰⁹ Doctrina que ha sido aplicada en la STSJ Comunidad Valenciana 27 de junio de 2019, Rec. 1296/2019, ECLI: ES: TSJCV:2019:3746, que pone en valor la tolerancia que ante la situación descrita (ausencias prolongadas y no justificadas) mostró el empleador durante casi diez meses, supliendo la ausencia de su empleada de hogar a través de su sobrina y manteniendo en alta en la Seguridad Social a aquélla, lo que no permite una vez transcurrido el plazo descrito, despedirla alegando una ausencia repetida e injustificada al trabajo que había sido consentida.

Como ejemplo, el supuesto que contempla la STSJ Navarra 10 de mayo de 2018, Rec. 126/2018, ECLI: ES: TSJNA:2018:185, en el que la empleada de hogar, tras tener comprado el pasaje de avión, solicitó a la hija de la empleadora doméstica el disfrute de sus vacaciones anuales entre el 1 y el 30 de junio de 2017, para viajar a su país de origen, Ecuador, solicitud que fue expresamente denegada, por motivos organizativos atinentes al cuidado de la empleadora, ofreciéndose la posibilidad, no obstante, de tomar un mes completo de vacaciones en el mes de septiembre. Pese a la instrucción expresa en contra, la empleada viajó a Quito en la fecha prevista, regresando el 1 de julio de 2017. Producido su despido por indisciplina y desobediencia, la actora formula demanda que se desestima de plano pues «la actitud de la recurrente, que no obstante conocer la negativa empresarial a conceder el permiso solicitado, decidió por su propia cuenta ausentarse durante los días que tenía solicitados, supone un auténtico desprecio del poder de dirección empresarial y una flagrante infracción del deber de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas, que contempla el artículo 5.c ET». De esta forma, sigue indicando la Sala, «la decisión empresarial de despedir a la trabajadora recurrente no fue excesiva, sino oportuna, adecuada y proporcionada a las circunstancias del caso», sin que resulten admisibles ninguno de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente pues, en caso de discrepancia sobre la extensión del propio derecho, o entendiendo que la negativa empresarial constituía un abuso, debiera haber impugnado tal decisión por el cauce previsto específicamente para ello, a través del procedimiento especial sobre fecha de disfrute de vacaciones. Y en el caso de producirse un exceso de jornada reclamar el abono de las horas extraordinarias, sin que en ningún caso sea admisible la decisión unilateral y premeditada de disfrute de vacaciones en la fecha que a ella le interesaba cuando el artículo 9.7. RD 1620/2011 expresamente establece que el período anual de vacaciones, que es de 30 días naturales, se acordará entre las partes, de manera que 15 días podrán fijarse por el empleador de acuerdo con las necesidades familiares y el resto se elegirán libremente por el empleado.

También en este ámbito, una conducta muy habitual, por desgracia, durante la pandemia sanitaria de Covid-19, ha sido la de no respetar las normas preventivas del contagio, abundando conductas irresponsables que, también, se han introducido en el marco laboral del empleo doméstico. Es el caso, por destacar un supuesto, del que aborda la SJS 2 Logroño de 3 de noviembre de 2021, Proc. 153/2021, ECLI: ES: JSO:2021:7082; según los hechos probados, la empleada del hogar, pese a saberse contacto estrecho de una persona positiva por Covid-19, se negó de forma reiterada a realizarse prueba PCR e incluso

a atender a los rastreadores del servicio autonómico, circunstancia que no sólo determinaba un riesgo para la salud de la empleadora sino de la sociedad en general. Igualmente se negaba al uso de la mascarilla durante los cuidados de la empleadora, una persona de 99 años y por lo tanto persona de alto riesgo y de especial vulnerabilidad. Tales hechos, fueron reconocidos por la demandante, quien amparaba su conducta en el hecho de que tales instrucciones no se recogían en su contrato de trabajo, argumento que no atiende la juzgadora que, interpretando las normas en un contexto tan especial, afirma que las medidas sanitarias mínimas a cumplir para garantizar no solo la salud de la empleadora sino la salud pública en general, obligaban a llevar a cabo la realización de pruebas PCR de los contactos estrechos así como el uso de mascarilla como medio de protección, y si bien es cierto que entre convivientes no era obligatorio el uso de la mascarilla por ley, siendo que la actora pernoctaba y por tanto convivía con la demandada, no es menos cierto que dentro del poder de organización empresarial se incluyen las medidas necesarias para garantizar la salud de todos los implicados en la relación laboral, y la negativa injustificada de la demandante tanto a utilizar la mascarilla como a realizarse la prueba PCR, constituye una desobediencia que pone en riesgo la salud de su empleadora, y trasgrede igualmente la buena fe contractual que rige la relación laboral, circunstancias todas estas que determinan que el despido de la actora deba ser considerado procedente.

c) Las ofensas verbales o físicas al empleador o al resto de miembros de la unidad familiar, por su parte, no plantean problema, más allá de la típica dificultad de prueba (normalmente testifical) o la identificación extensiva del sujeto pasivo de las ofensas, a efectos de atribución de consecuencias sancionadoras a la conducta.

Simplemente a modo de ejemplo, la STSJ Navarra 4 de junio de 2015, Rec.243/2015, ECLI: ES: TSJNA:2015:429. Según los hechos probados, la demandante no cumplía sus obligaciones de limpieza con la diligencia requerida por la parte demandada y, además, el trato hacia Arsenio y Borja, ambos ocupantes de la vivienda en la que prestaba sus servicios la actora, era inadecuado, habiéndose producido ofensas verbales hacia ellos de forma continuada, consistentes en expresiones tales como avisarles de que «Lo iban a pasar muy mal» en actitud amenazadora.

La sentencia de instancia declara probado que la trabajadora no cumplía con diligencia sus obligaciones de limpieza, estima acreditadas las ofensas verbales a los familiares de la empleadora, de forma continuada y en actitud amenazadora, y las sitúa en un contexto de hostilidad y con intención de ame-

drentar. Concluye considerando acreditadas las causas alegadas en la carta de despido, y desestima en consecuencia la demanda de improcedencia del cese.

Pese al recurso de la actora, denunciando arbitrariedad en la valoración de la prueba testifical, la Sala confirma el pronunciamiento de instancia, al entender que la amenaza no se deduce de unas expresiones aisladas sino que se declara una actitud, y se sitúa en un contexto de hostilidad y con intención de amedrentar, lo que califica su gravedad, y permite y exige confirmar su criterio, que no se muestra arbitrario, erróneo o infundado o contradicho con prueba fehaciente.

d) En cuarto lugar, el carácter abierto de la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo, propicia el recurso a esta causa cuando el incumplimiento no encaja bien en el resto de motivos disciplinarios¹¹⁰.

Ejemplo de conducta sancionable encontramos en STSJ Galicia 6 de marzo de 2018, Rec. 5376/2017, ECLI: ES: TSJGAL:2018:1462. Los hechos se enmarcan en un contexto de violencia de género en el ámbito doméstico. La empleada era consciente de que la ex pareja de su empleadora había abandonado el domicilio familiar acompañado por la Guardia Civil y de que no podía regresar, al tener una orden de alejamiento; pese a ello, en dos ocasiones la empleada retiró objetos personales de la vivienda familiar, a petición de dicha expareja, y los puso a disposición de ésta, pese a haber sido advertida expresamente por la empleadora, tras la primera vez, de que en esos casos debía avisarla. La Sala analiza si se ha producido o no la transgresión de la buena fe contractual, enfatizando su concurrencia en el marco de máxima confianza que debe acompañar a la relación especial del empleo doméstico. En este contexto, afirma el TSJ que la trabajadora desobedeció las órdenes de su empleadora en una cuestión de delicada naturaleza, esto es, la separación de una pareja en un contexto de presunta violencia de género, pese a que había recibido una orden clara en el sentido de que no podía sacar del hogar familiar efectos o enseres con la finalidad de entregarlos a su marido sin avisarla previamente. Tales hechos justifican la decisión de la empleadora, quién ha perdido la confianza en la demandante, en un contexto, el del hogar familiar, y unas circunstancias

¹¹⁰ Como indica la STSJ Cataluña 9 octubre 2019, Rec. 3025/2019, ECLI: ES: TSJCAT:2019:8037, la buena fe ha tendido a absorber multitud de causas de despido, jugando el papel de cajón de sastre, poco acorde con la seguridad jurídica y la tipicidad que deben inspirar el poder disciplinario privado del empresario. A modo de ilustración de la «voracidad» de la buena fe, se han considerado transgresión de la buena fe conductas tan dispares como el uso particular bienes de empresa (STS 26 febrero 1991 y STS 12 febrero 1990); concurrencia desleal (STS 22 febrero 1990 y STSJ Madrid 26 septiembre 2006); realización de trabajos en situación de Incapacidad Temporal (STS 10 mayo 1983 y STS 7 marzo 1985); uso del teléfono móvil para fines particulares (TSJ Comunidad Valenciana 14 enero 1994) y un interminable etcétera.

(violencia de género) que permiten concluir en que la empleadora, perdida la confianza, no puede ya tener la seguridad de que sus instrucciones al respecto u otras fuesen acatadas por la trabajadora, mientras ella permanecía fuera del hogar familiar por razón de acudir a su trabajo, o de cualquier otra actividad desempeñada.

Definidos los hechos y su relevancia desde el punto de vista de la pérdida de confianza, el Tribunal justifica la máxima sanción, encajando el supuesto fáctico en la transgresión de la buena fe contractual prevista en el artículo 54 ET, y atribuyéndole las notas de culpabilidad y gravedad suficientes, pues no debe olvidarse (acudiendo a la formulación clásica del principio) que el contrato de trabajo sujeta a las partes al mutuo deber de acomodar su comportamiento a las exigencias derivadas del principio básico de la buena fe, que es elemento normativo delimitador del contenido obligacional derivado del contrato de trabajo y que impone una conducta ajustada a pautas de lealtad, honradez, probidad y de respeto a la confianza que legítimamente el uno deposita en el otro, conforme evidencian los artículos 5.a y 20.2 del ET, sobre la que conviene poner de manifiesto que: 1) Es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducándose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador, que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; 2) Ya se ha dicho, la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida; 3) No es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el artículo 54.2.d. ET las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable; 4) A los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción pasan a un primer plano la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, y 5) En materia de pérdida de confianza no cabe establecer graduación alguna.

Supuesto más frecuente, en la medida en que la prestación laboral especial se desarrolla, en muchas ocasiones, para personas mayores y/o precisadas de cuidados, es el que se produce por desatención o negligencia en dicho cuidado. Es lo que ocurre en la STSJ Cataluña de 9 de octubre de 2019, Rec. 3025/2019, ECLI: ES: TSJCAT:2019:8037, en una situación de desatención de dos personas de avanzada edad con riesgo para su salud, que el tribunal catalán aborda desde la transgresión de la buena fe, y no desde el mero abandono del puesto de trabajo, haciendo hincapié, precisamente, en el objeto y contornos propios de la relación laboral especial.

Y así, la Sala aprecia una conducta claramente transgresora de la buena fe contractual, constitutiva de la falta muy grave apreciada, no encontrándonos ante un abandono del puesto de trabajo, como tipo de infracción leve o grave que alegaba la trabajadora, ya que ésta, no es solo que dejase su puesto de trabajo, sin avisar a la señora ni a la otra cuidadora con quien se turnaba en el cuidado de los ancianos, sino que desatendió las funciones más elementales del mismo puesto de trabajo, en cuanto que lo hizo siendo la única cuidadora que en ese momento estaba a cargo de la cura y custodia de los dos ancianos desvalidos, y sin que pudiera quedar la otra cuidadora a cargo de los mismos, lo que supone la situación de desatención evidenciada, y con ella la transgresión grave de la buena fe, que viene representada por la falta de diligencia consistente en dejar a los dos ancianos referidos desatendidos, con consciencia de ello, por quien tenía encomendadas tales funciones.

Nos hallamos, por tanto –confirma la Sala–, ante el tipo de la falta muy grave imputada, ante un incumplimiento culpable, que reviste una gravedad suficiente, en el caso concreto, por la situación de desatención de dos personas de avanzada edad y, además poniendo en riesgo la salud de una de ellas, que se generó por la trabajadora y que constituía, precisamente, el núcleo de su prestación laboral especial como empleada del hogar, en tanto que su cuidadora. No se aprecia, por lo tanto, desproporción alguna en la sanción impuesta.

Aún con más claridad, se considera quebrada la confianza inherente a esta relación especial cuando se aprovecha la vulnerabilidad de las personas atendidas para llevar a cabo actos de disposición económica que afectan a su patrimonio. Es el caso de la STSJ Cataluña de 28 de junio de 2012, Rec. 2220/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2012:7726, en un supuesto en el que la empleada del hogar utilizó la tarjeta de crédito del empleador, sin su autorización, para hacer compras por internet de perfumes y un billete de avión por importe de 1809 €, hechos ante los que la Sala considera razonable concluir que tal conducta, obteniendo los datos bancarios con la intención de utilizar la tarjeta de crédito, o permitiendo que otros la utilizaran, rompe cualquier relación que esté basada en la mutua confianza y justifica el despido por transgresión de la buena fe contractual y de abuso sin consideración alguna de la confianza que el titular de la casa había depositado en la trabajadora.

e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado no es, desde luego, causa fácil de utilizar en este ámbito; de hecho, no hemos localizado pronunciamientos judiciales en que se acuda a esta causa extintiva para justificar el despido disciplinario de la persona empleada de hogar. Y es que la propia configuración del motivo dificulta su aplicación, al no contar con los parámetros de comparación necesarios. Sabe-

mos, en efecto, que la doctrina jurisprudencial clásica (STS 25 de enero de 1988) ha venido a señalar que para apreciar la existencia de disminución del rendimiento, como causa de resolución del contrato de trabajo, es necesario (además de que concurren las notas de voluntariedad o intencionalidad del sujeto, así como las de reiteración y continuidad), que se pueda «constatar» la concurrencia de esa disminución del rendimiento a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes (rendimiento pactado), bien en función del que deba ser considerado debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme al artículo 20.2 ET (rendimiento normal), y cuya determinación remite a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, pueden vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otro compañero de trabajo. Y sabemos que, en la relación especial, ni la fijación de ese rendimiento por contrato es habitual, ni la comparación del rendimiento con otros compañeros, en caso de existir más de una persona empleada del hogar (supuesto que no es excepcional), es fácil de objetivar.

f) La embriaguez habitual o toxicomanía, si repercuten negativamente en el trabajo, son causas de despido perfectamente invocables en la relación laboral especial, pese a lo cual, como sucede con la anteriormente tratada, no se encuentra entre las utilizadas por las personas empleadoras del hogar que, seguramente, dada la dificultad para probar, tanto la embriaguez o toxicomanía, como la repercusión negativa en el trabajo contratado, habrán acudido a la figura del desistimiento, ahora inexistente.

g) El acoso, por cualquiera de las causas descritas, cierra la lista estatutaria de incumplimientos que pueden dar lugar al despido disciplinario, si bien se advierte un escaso protagonismo en esta relación laboral especial. Por una parte, el empleado mantiene una situación de subordinación clara con respecto al empleador, posición que aún puede ser más débil si tenemos en cuenta la marginalidad con la que, en demasiadas ocasiones, se presta este servicio. Por otra, las posibilidades de acoso «horizontal» prácticamente no existen, salvo en aquellos casos en que prestan servicios para el mismo empleador varias personas empleadas del hogar. Más posible es la conducta si consideramos sujeto pasivo de la misma a otros convivientes, normalmente familiares del empleador, que puedan detentar una posición vulnerable que propicie comportamientos de la persona empleada del hogar constitutivos de acoso.

Por todo lo anterior, de manera abrumadora, las conductas de acoso, tanto moral¹¹¹ como de naturaleza sexual, que llegan a conocimiento de nuestros tribunales en el ámbito especial de esta relación laboral, son las que provienen de la persona empleadora¹¹², normalmente masculina, y se dirigen a la empleada mujer; conductas que ven la luz, precisamente, cuando la trabajadora es cesada, con cualquier pretexto, siendo éste el momento en que se desvela el hostigamiento previo sufrido, o la negativa a acceder a las peticiones ilegítimas del empleador como motivo real del cese.

Siendo muchos, desgraciadamente, los ejemplos de estas conductas reprobables, podemos hacer referencia a la STSJ País Vasco 13 de mayo de 2014, Rec. 864/2014, ECLI: ES: TSJPV:2014:975. En ella se acredita que, a partir de noviembre de 2012, el empleador «comenzó a coger más confianza con la demandante, a agarrarla, obligándola a agacharse para besarla, a darle palmadas en el culo, a contarle detalles de su relación íntima con su mujer, a decirle que se había enamorado de ella, a enviarle mensajes telefónicos con propuestas sexuales, llegando a enviar a la actora unos 1.000 mensajes entre el 9 de enero y el 24 de febrero de 2013». Situación que, no cabe dudar, es constitutiva de un auténtico acoso, a tenor de las definiciones que nos proporcionan los apartados 1 y 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, norma que prevé que « 1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo y que 2. «Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o

¹¹¹ Nos encontramos aquí, con que la habitual dificultad de acreditar los actos constitutivos de acoso se incrementa en la relación especial, dado el ámbito privado y de aislamiento en que se encuentra la persona trabajadora; a lo que se añade la, igualmente difícil, tarea de justificar que el daño irrogado se causa precisamente por dicha conducta de acoso. En este sentido, la STSJ Extremadura 30 de noviembre de 2017, Rec. 625/2017, ES: TSJEXT:2017:1344, para la que «no queda probada la existencia de tal acoso por parte del empleador, siendo que los problemas psicológicos que la actora padece datan desde la edad de cuarenta años, edad desde la que sufría depresiones y tomaba medicación, tras un análisis del informe psicológico y de los informes médicos de la Seguridad Social, en los que se constata que sufría desde hacía largos años de cefaleas, picores, dolores de espalda y piernas, que le provocaron múltiples visitas al servicio de urgencias».

¹¹² A veces, incluso, el acoso se produce por persona ajena a la relación especial, que es despedida por tales actos aparentemente ajenos a su vínculo contractual. A modo de ejemplo, la STSJ Madrid 15 de septiembre de 2008, Rec. 2403/2008, que procede al despido de un conserje de una comunidad de propietarios, por su inadecuado comportamiento con empleadas del hogar externas que prestaban servicios en viviendas de dicha propiedad.

el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo»¹¹³.

Repasadas sucintamente las causas, es difícil que no sobrevuele la cabeza del lector una duda: si desproveyéramos a las causas reseñadas (salvo, quizás, el acoso), de las notas de gravedad y culpabilidad, ¿no se convertirían en aquellos otros «comportamientos», que no incumplimientos, capaces de generar en el empleador la pérdida de confianza que da lugar a la extinción del artículo 11.2 del RD 1620/2011?

Es cierto que para operar correctamente el despido disciplinario es precisa la comisión de un hecho objetivo que, con independencia de su desvalor moral, se encuentre regulado y tipificado como un incumplimiento contractual, incumplimiento que, además, habrá de ser grave y culpable; mientras que la pérdida de confianza afecta a la esfera subjetiva del empleador, pues aunque la misma derive de otro hecho, igualmente cierto, no se exige que el mismo se encuentre catalogado como incumplimiento de un deber contractual.

Llegados a este punto, ¿sería exigible que el empleador acudiese, necesariamente, a una u otra causa de extinción, en función de si el hecho alegado como factor desencadenante de la pérdida de confianza, tiene o no encaje cierto en el artículo 54 ET? Parece que no. Pero, en este caso, la extinción del contrato, basada en un mismo hecho, ¿podría ser considerada improcedente si se ha operado un despido disciplinario del artículo 54 ET y ajustada a Derecho si lo articulado fue una extinción causal del artículo 11.2 RD 1620/2011? Así parece ser si admitimos que la gravedad y/o la culpabilidad en el hecho en sí, apreciadas por el empleador, son las que pueden integrar la acción en el concepto de incumplimiento con trascendencia disciplinaria.

En cuanto a las exigencias formales de este despido en el contexto del empleo doméstico, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 55 ET, al no contener la normativa especial previsión alguna de apartarse del mismo, ni contar en este sector de actividad con convenios colectivos que añadan formalidad adicional; siendo también evidente que los condicionantes que reviste en la relación laboral ordinaria el cese de sindicalistas o representantes legales de los trabajadores, tampoco planteará aquí demasiados problemas.

En efecto, el artículo 55 exige forma escrita para el despido, debiendo constar en la comunicación de cese los hechos que lo motivan (con la exten-

¹¹³ En el mismo sentido, la STSJ Cataluña 31 de enero de 2011, Rec. 5635/2010, ECLI: ES: TSJ-CAT:2011:1222, analiza si la decisión extintiva del empleador doméstico viene motivada por la negativa de la empleada a la petición de favores sexuales, extremo que la sentencia finalmente rechaza por falta de prueba.

sión y suficiencia que conocemos, determinante del marco de discusión ulterior en el proceso), así como la fecha en que tendrá efectos. Dicha exigencia, aparentemente mínima, puede completarse si el convenio colectivo (no es el caso), estableciera otras exigencias formales. Añade el precepto que cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que pertenezca, si los hubiese; previsión que no tiene cabida en esta relación, pues ni la figura del delegado sindical, ni siquiera la existencia de más de un delegado de personal, parece en buena lógica posible. Un tanto de lo mismo sucede con la afiliación sindical, pues, pese a que la misma se reconoce, es obvio, a las personas empleadas del hogar, difícilmente podrá constituirse sección sindical alguna en este singular centro de trabajo.

Sobre esta base, si el despido se realizara inobservando los requisitos anteriores, ello acarreará su calificación como improcedente; no obstante, también el titular del hogar familiar cuenta con la posibilidad de realizar un nuevo despido¹¹⁴ en el plazo de veinte días desde el anterior, en el que dé cumplimiento a los requisitos omitidos en el precedente.

¹¹⁴ Dicho nuevo despido, que solo surtirá efectos desde su fecha, solo cabrá efectuarlo en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente al del primer despido. Al realizarlo, el empresario pondrá a disposición del trabajador los salarios devengados en los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social.

LAS CONSECUENCIAS DE UNA EXTINCIÓN UNILATERAL ANTIJURÍDICA

3.1 LA IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO SIN OPCIÓN EMPRESARIAL

Es común encontrar, con anterioridad a la reforma de 2022, pronunciamientos judiciales que enfatizan y justifican las diferencias en el tratamiento que recibe, en el ámbito extintivo, la relación laboral especial con respecto a la común, singularidad que alcanza, consiguientemente, a la calificación más habitual, de improcedencia¹.

¹ Según el artículo 56 ET: 1. Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. 2. En caso de que se opte por la readmisión, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación. 3. En el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera. 4. Si el despido fuera un representante legal de los trabajadores o un delegado sindical, la opción corresponderá siempre a este. De no efectuar la opción, se entenderá que lo hace por la readmisión. Cuando la opción, expresa o presunta, sea en favor de la readmisión, esta será obligada. Tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión, tendrá derecho a los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2. 5. Cuando la sentencia que declare la improcedencia del despido se dicte transcurridos más de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, el empresario podrá recla-

Imprudencia que, de manera sintética, operará²: a) en el caso del despido por causas objetivas, cuando no se acredite la causa o se incumplan los requisitos relativos a la comunicación y puesta a disposición de la indemnización; b) en caso de despido disciplinario, cuando igualmente no se acredite la causa o se incumplan los requisitos formales de comunicación escrita y descripción suficiente y tipificada del mismo; c) en los casos previstos por las nuevas causas previstas en el artículo 11.2 RD 1620/2011, la inobservancia de los requisitos de forma o la falta de acreditación de causa conllevará la declaración de la extinción como injustificada, aparejándose las consecuencias propias del régimen del despido improcedente; y d) en casos de extinción por alguna de las restantes causas del artículo 49 ET, también se alzaría la imprudencia de acreditarse la no concurrencia de las causas justificadoras de cada una de las extinciones reguladas (por ejemplo, fin de contrato temporal de relación fraudulenta que reclama la consideración de indefinida).

La justificación diferencial es similar en las diferentes resoluciones judiciales, pudiendo sintetizarse los argumentos acudiendo a la STSJ Galicia 6 de marzo de 2018, Rec. 5376/2017, ECLI: ES: TSJGAL:2018:1462, para la cual «la privacidad de la familia continúa siendo un valor consagrado constitucionalmente, y por tanto no deja de estar presente su influencia en la actual regulación de esta relación laboral especial, como expresivamente señalaba la Exposición de Motivos del RD regulador al precisar que «las condiciones particulares en que se realiza la actividad de las personas que trabajan en el servicio doméstico, que justifican una regulación específica y diferenciada son bien conocidas. De modo principal, el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales, que se desenvuelven en entornos de actividad productiva presididos por los principios de la economía de mercado; y, en segundo lugar y corolario de lo anterior, el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar, que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo»; y ello es lo que explica tanto el criterio con que es definido el ámbito de esta relación laboral, donde el empresario

mar del Estado el abono de la percepción económica a la que se refiere el apartado 2, correspondiente al tiempo que exceda de dichos noventa días hábiles. En los casos de despido en que, con arreglo a este apartado, sean por cuenta del Estado los salarios de tramitación, serán con cargo al mismo las cuotas de la Seguridad Social correspondientes a dichos salarios.

² RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, «Extinción del contrato de los empleados de hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), pág. 235.

ha de ser una familia, como el posible libre desistimiento o la inexigibilidad de la readmisión, pues en este caso es necesario el vínculo de especial confianza entre las partes.

Para la STSJ Madrid 10 de abril de 2003, Rec. 5757/2002, no puede olvidarse que nos encontramos en presencia de una relación laboral especial, basada en la confianza que cuando quiebra, por las razones que sea, no se puede imponer su pervivencia; argumento incluso reforzado tras la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, pues, pese a introducir importantes modificaciones en la normativa laboral común, no vino a introducir modificación alguna en las relaciones laborales especiales como es la del personal al servicio del hogar familiar.

Recordemos, además, que inicialmente, el RD 1424/1985 contemplaba como única consecuencia de la extinción del contrato por despido disciplinario (Artículo 9 Diez), el abono de una indemnización distinta a la común. Así lo detallaba el legislador (Artículo 10 Uno) al señalar que el despido se produciría mediante notificación escrita, por las causas previstas en el ET, de manera que, si la jurisdicción competente declarase su improcedencia, «las indemnizaciones» serían equivalentes al salario en metálico³ correspondiente a veinte días naturales⁴ multiplicados, por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades.

Así las cosas, en la medida en que el texto normativo de 1985 hacía referencia directa y exclusiva a las indemnizaciones derivadas de la declaración de improcedencia, era ciertamente sencillo justificar la imposibilidad de una opción empresarial readmisora, de forma que, cuando la misma se «deslizaba» en alguna resolución judicial de instancia, solía ser luego revocada por los órganos de suplicación⁵.

³ Previsión muy trascendente en este sector, que veía minoradas las indemnizaciones por despido al no tener en cuenta la retribución en especie, tan común.

⁴ Repárese en que, en aquel momento, la indemnización «común» del despido improcedente eran 45 días por año de servicio, lo que representaba, para la relación especial, una reducción superior al 50%, rebaja que la mayor parte de la doctrina comprendía y justificaba. Así, BENAVENTE TORRES, M.ª Inmaculada, «La extinción de la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar», *op. cit.*, pág. 87, afirma que una equiparación en las indemnizaciones sería «absolutamente desproporcionado», tanto más cuando el empleador no se relaciona con el trabajador en un marco de explotación mercantil, lo que vale tanto como decir que la causa del contrato, aun teniendo un indiscutible valor económico, no persigue la plusvalía típica del contrato de trabajo y se hace, por lo demás, en un contexto social en el que se presume, en consecuencia, una menor capacidad económica del empleador y rentabilidad del trabajo del empleado.

⁵ En este sentido, la STSJ Galicia 13 de octubre de 2020, Rec. 2632/2020, ECLI: ES: TSJ-GAL:2020:5606, cuyo Fallo convalida la declaración de improcedencia del despido establecida en la instancia, que ha de ser confirmada, «excepto en la opción entre readmisión o indemnización». Sobre la misma, véase QUINTERO LIMA, María Gema, «A vueltas con la extinción de la relación laboral especial de

Vigente ya el RD 1620/2011⁶, que iniciaba el lento camino hacia la confluencia entre regímenes general y especial, la postura contraria a la opción apenas se debilitó. En este sentido, seguía recordando, de manera sintética, la STSJ Asturias 17 de enero de 2017, Rec. 2643/2016, que la relación laboral especial del servicio del hogar familiar tiene, como toda relación laboral especial, una regulación singular en algunos aspectos concretos, y, en lo no previsto, suele aplicarse la normativa laboral común; y en materia de despido disciplinario de empleados al servicio del hogar familiar contiene una previsión específica con respecto a los requisitos y consecuencias del mismo, habiéndose establecido por el legislador una regulación distinta en muchos aspectos de la contenida en el artículo 56 del ET, a saber: a) no existe opción entre readmisión o indemnización, habida cuenta de la circunstancia, que dota de especialidad a la relación laboral de las empleadas de hogar, consistente en que el lugar de prestación de los servicios profesionales coincide con el domicilio del empleador que goza del derecho fundamental a su inviolabilidad; ésta circunstancia impide en todo caso que se le pueda obligar a tener en su domicilio a quien no desee, aunque lo fuera en condición de empleado; b) la indemnización aplicable no es de 33 días por año, sino únicamente de 20 días por año de servicio⁷, siendo el tope aplicable de 12 mensualidades frente a las 24 mensualidades previstas en el artículo 56 del ET; c) la misma ha de abonarse sin que exista previsión alguna de condena al abono de los salarios de tramitación⁸.

En la actualidad, la eliminación por RD Ley 16/2022 del anterior cálculo específico convierte en plenamente aplicable el marco general de 33 días por año de servicio, sin que el texto incorpore o sugiera novedad alguna en cuanto a la opción por la readmisión; algo que ha sido destacado por la doctrina que,

trabajadora al servicio del hogar familiar. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 19 de octubre de 2020», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243/2021, Aranzadi, 5 págs.

⁶ Artículo 11.2 RD 1620/2011: «El despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Ello no obstante, y para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones, que se abonarán íntegramente en metálico, serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades».

⁷ Aunque no prevé la norma el cómputo proporcional de períodos inferiores al año, no parece tampoco excluir una interpretación finalista que apareje la regulación al régimen común.

⁸ La sentencia cita expresamente, como apoyo, las STSJ Cataluña de 1 marzo de 2006, Rec. 6604/2005; STSJ Comunidad Valenciana 19 de junio de 2007, Rec. 1579/2007 y STSJ Madrid 3 de mayo de 2012, Rec. 6289/2011. Si bien pueden traerse a colación muchas otras, como: STSJ Cataluña de 7 octubre de 2014, Rec. 4198/2014; STSJ Andalucía/Sevilla 17 de enero de 2013, Rec. 776/2012; STSJ Madrid 11 de octubre de 2012, Rec. 3861/2012; STSJ Andalucía /Sevilla 4 de junio de 2012, Rec. 2504/2011; STSJ País Vasco 7 de febrero de 2012, Rec. 3099/2011; STSJ Andalucía /Málaga 5 de mayo de 2011, Rec. 264/2011; o STSJ Galicia 4 de junio de 2010, Rec. 920/2010.

por cierto, ha apuntado propuestas de *lege ferenda*⁹ para encauzar esta anomalía endémica.

En efecto, el reformado RD 1620/2011 ha optado por una remisión en bloque al régimen estatutario del despido; pero al seguir condicionada en aquello que resulte «incompatible», surge la duda, muy razonable, de si la opción por la readmisión es, precisamente, una de esas restricciones posibles. No obstante, la progresiva equiparación de derechos, laborales y de seguridad social, a la que asistimos en este proceso de confluencia cuyo último hito es el RD Ley 16/2022, ha hecho que no se tilden de incuestionables algunos postulados clásicos que vienen justificando de manera pacífica la exclusión de la opción.

En este contexto, apostando porque la valoración casuística de las circunstancias de cada supuesto pueda ofrecer un mayor margen para considerar la posibilidad de readmisión en caso de despido improcedente, se ha afirmado¹⁰ que la vulneración de la inviolabilidad del hogar y la intimidad familiar no tienen (tanta) virtualidad, en caso de improcedencia, por cuanto es el propio empleador quien puede optar por la readmisión o la indemnización¹¹; y que, siendo cierto que los mayores problemas se suscitan con respecto al derecho de la persona empleada del hogar a su intimidad y libertad de residencia (esta última especialmente en relaciones internas), en el resto de supuestos, sólo cabría plantearse la posible vulneración de derechos fundamentales por la obligación de reingreso en un ambiente hostil, situación ante la que nuestro ordenamiento tiene resortes protectores (véase la extinción indemnizada del artículo 50 ET o la extinción del contrato por readmisión imposible del ar-

⁹ DESDENTADO DAROCA, Elena, «El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después...» *op. cit.*, pág. 198, considera que sería razonable establecer para el despido improcedente del empleado de hogar la misma solución prevista en la relación laboral especial de alta dirección, en virtud de la cual procede la indemnización, salvo que las partes, de común acuerdo, opten por la readmisión (artículo 11.3. RD 1382/1985).

¹⁰ RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, «Extinción del contrato de los empleados de hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), pp. 236-237.

¹¹ Así lo afirma también la STSJ Andalucía/Sevilla 13 de febrero de 2019, Rec. 117/2018, ECLI: ES: TSJAND:2019:978, al señalar que si «para aplicar supletoriamente lo dispuesto en el ET debe atenderse a la compatibilidad de éste con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, entonces debería negarse que la concesión de la opción entre readmitir o indemnizar sea incompatible con los principios que regulan la misma, lo que por el contrario sí ocurre con la calificación de nulidad del despido, que abocaría a una readmisión obligatoria que no soporta una relación basada en la facultad del empleador (no profesional, no titular de una «empresa») de desistir del contrato sin más requisitos que un preaviso y pago simultáneo de una reducida indemnización. La concesión de la opción, sin embargo, deja incólume el derecho del empleador a no continuar con la relación, optando por extinguirla, aunque ello conlleve una mayor indemnización que la que habría debido pagar si hubiera notificado en debida forma su desistimiento».

título 286 LRJS). Desde ese punto de vista, no debiera acudirse a la posición drástica de excluir siempre la posibilidad de readmisión, pues habrá supuestos en que la relación pueda restablecerse sin perjuicio de los derechos fundamentales¹².

Con todo, no parece que la posición mayoritaria, contraria a la opción, se haya debilitado con la promulgación de un RD Ley 16/2022, que no apuesta, ni directa ni tangencialmente, por modificar el *statu quo* de la cuestión.

3.2 LA NULIDAD DEL DESPIDO

El RD 1424/1985, como sabemos, no contemplaba la posibilidad de considerar como despido nulo el cese de una persona empleada del hogar, silencio normativo que llevó a algunos tribunales a negar de plano dicha posibilidad. Como ejemplo, la STSJ Madrid 10 de abril de 2003, Rec. 5757/2002, que abordó la petición de nulidad de un despido verbal, en atención al estado de gestación de la empleada de hogar accionante; a estos efectos, la Sala decide significar que el RD 1424/1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, no prevé la nulidad del despido, peculiaridad derivada del carácter especial de esta relación, que excluye la aplicación subsidiaria de la normativa laboral común (Disposición Adicional única), ya que no puede olvidarse que nos encontramos en presencia de una relación laboral especial, basada en la confianza que cuando quiebra, por las razones que sea, no se puede imponer su pervivencia; por lo que, no habiéndose acreditado el incumplimiento alegado por la empleadora en su escrito de comunicación, el despido ha de ser declarado improcedente, con los efectos establecidos en el artículo 10.1 del RD 1424/1985.

No obstante lo anterior, la falta de previsión legislativa no impidió, sin embargo, que la mayoría de órganos judiciales apelasen a la protección constitucional y al consiguiente respeto a los derechos fundamentales inherentes a toda persona, con independencia de cuál fuese la especialidad de sus circunstancias laborales.

De esta forma, aunque la nulidad no era uno de los posibles «efectos» de la extinción contemplados por la norma, la jurisprudencia lo consideró como

¹² De hecho, algún pronunciamiento judicial reciente, vigente el texto reformado por el RD-Ley 16/2022, vendría a apuntar, en caso de improcedencia, a la opción empresarial entre readmitir e indemnizar; es el caso de la STSJ Madrid 6 de marzo de 2023, Rec.1333/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:2356, que, en el Voto particular que estima debiera haberse reconocido «improcedente» el despido de la empleada del hogar, apunta a un Fallo que incluye tal opción.

tal, en aplicación supletoria del régimen común y, en un segundo momento, como derivación lógica de la promulgación de la Ley 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres. Así las cosas, podía considerarse nulo el cese de la persona empleada del hogar que obedeciera a alguna de las causas reflejadas en el artículo 55.5 ET¹³.

Sobre la citada base, constitucional pero también ordinaria, los tribunales pudieron dar respuesta negativa a las posiciones de parte que pretendían la improcedencia como única consecuencia del cese unilateral, por reprochable o arbitrario que éste fuera.

La influencia positiva que tuvo la promulgación de la Ley Orgánica 3/2007 se apreció en las resoluciones judiciales posteriores, como es el caso de la STSJ Madrid 24 de noviembre de 2008, Rec. 4191/2008, que trataba de dilucidar si el cese de la trabajadora embarazada que enjuiciaba, podía considerarse nulo o, al no contemplar el RD 1424/1985 tal posibilidad, procedía indefectiblemente su improcedencia. Para la sala madrileña, si pese a la gravedad intrínseca que toda lesión de derechos fundamentales comporta, y más en este caso por los principios constitucionales en entredicho, acabásemos declarando improcedente el despido de la actora por el simple hecho de que la norma reglamentaria que regula el servicio del hogar familiar, que data de 1985, no previó la posibilidad de tal nulidad, estaríamos incurriendo en el defecto de obviar la realidad social actual y, a su vez, soslayando la intensidad del canon de enjuiciamiento que tales derechos merecen. Añade el Tribunal, a modo de reflexión, que si la rela-

¹³ Artículo 55.5 ET. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. Será también nulo el despido en los siguientes supuestos: a) El de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos. b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los apartados 4, 5 y 6 del artículo 37, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las personas trabajadoras víctimas de violencia de género, por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados. 6. El despido nulo tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir. 7. El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

ción laboral que vincula a las partes hubiera sido ordinaria, la aplicación del artículo 55.5 b) ET, cuyo núcleo normativo esencial es, incluso, anterior a la LO 3/2007, conduciría ineluctablemente a declarar la nulidad del despido sometido a debate, no extendiendo argumento de peso que permita orillar dicha consecuencia por la especialidad de la relación analizada.

En el mismo sentido, el TSJ Castilla León/Burgos, en Sentencia de 7 de septiembre de 2010, Rec.467/2010, se preguntaba si el despido de la trabajadora embarazada que enjuiciaba (fue dada de baja en Seguridad Social y recibió un mensaje SMS de la empleadora, comunicando dicha baja), podía considerarse nulo, al no contemplar el RD 1424/1985 tal posibilidad. Tras reconocer que la cuestión no estaba exenta de «cierta polémica», apela el órgano judicial castellanoleonés al criterio de jerarquía normativa del artículo 9.3 CE, advirtiendo que el RD 1424/1985, como reglamento que es, en ningún caso podría entrar en contradicción con lo dispuesto en una norma de superior rango, debiendo, en su caso, ser inaplicable (artículo 6 LOPJ). Precisión que efectúa el tribunal al entender que conforme el artículo 8 LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad», estableciéndose en el artículo 10 de la citada norma que los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias, garantizándose en el artículo 12 de la norma reiterada el acceso a la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, de acuerdo con lo establecido en el artículo 53.2 CE¹⁴.

Aceptado así el «juego» de la nulidad, y como luego detallaremos, las posiciones doctrinales únicamente discrepaban de sus efectos¹⁵; desde una

¹⁴ Aplicando tal doctrina al supuesto enjuiciado, se decanta por la nulidad, afirmando que cuando una trabajadora alega frente a su despido, la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de sexo, una vez acreditada su situación de embarazo, corresponde a la parte demandada probar que dicho despido responde a motivos no relacionados con la maternidad, justificando una causa objetiva, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad, algo que la empleadora en este supuesto no ha probado, pues se limitó a dar de baja a la trabajadora en la Seguridad Social comunicándole por teléfono tal baja sin alegar causa alguna.

¹⁵ Se suele identificar, como doctrina «tradicional» favorable a la primera postura, a QUESADA SEGURA, Rosa («El contrato de servicio doméstico», *La Ley*, 1991) y, como exponente de la segunda, a SALA FRANCO, Tomás, («La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1986).

posición, mayoritaria, que entendía que la readmisión tenía difícil cabida en la relación especial, hasta otra postura, absolutamente minoritaria, defensora de la aplicación íntegra del esquema común en caso de nulidad y que apostaba por la readmisión como efecto natural de aquella declaración lesiva de los derechos fundamentales.

El panorama legislativo no se vio alterado, en este punto, por el RD 1620/2011, que seguía omitiendo toda referencia a la nulidad; pese a ello, los Tribunales habían de resolver supuestos que reclamaban un reproche mayor que la mera improcedencia.

Así, el TSJ Cataluña, en Sentencia de 15 de enero de 2013, Rec. 6810/2012, en un supuesto en el que el sobrino de la empleadora demandada, al que la empleada demandante había dicho previamente que estaba embarazada, le comunicó verbalmente que no viniese más a trabajar, sin abonarle cantidad alguna por ningún concepto¹⁶, decide calificar de nulidad dicha conducta, sin que a ello fuese óbice la inexistencia de previsión legal específica en el texto normador de la relación laboral especial.

En idéntico sentido la STSJ de Castilla León / Valladolid 25 febrero 2013, Rec. 2/2013, ECLI: ES: TSJCL:2013:931, al afirmar que aunque, «ciertamente la nueva normativa que regula la relación especial de empleadas de hogar, como la anterior (RD 1424/1985) no contempla la figura del despido nulo, ello no es óbice para que, de apreciarse como discriminatorio, se califique de tal, como así ha sucedido por lo demás en este caso en que la decisión extintiva se produce durante el embarazo de la demandante, situación conocida por su empleador, y de manera manifiestamente improcedente».

Para el TSJ País Vasco, sentencia de 20 de octubre de 2015, Rec. 1736/2015, ECLI: ES: TSJPV:2015:3306, había que abordar la existencia de una «laguna» en el régimen jurídico del trabajo doméstico con respecto a la calificación de nulidad del despido (y, por ende, a las consecuencias que de ella dimanaban), en tanto que el artículo 11.2 RD 1620/2011 sólo hacía referencia a la improcedencia, siendo incuestionable la premisa según la cual la laguna detectada en el reglamento aplicable ha de cubrirse con la normativa laboral común, en los términos previstos en el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011, presupuesto que no puede ser revisado de oficio en esta sede lo que supondría una «reformatio in peius» constitucionalmente vedada.

A la vista de todas estas sentencias, puede afirmarse, sin dudar, que la práctica totalidad de resoluciones que declaran nula la extinción del contrato

¹⁶ En esos términos no puede ser considerada por la Sala como un desistimiento, dado el incumplimiento de todos los requisitos formales que éste exige.

doméstico se dictan en el contexto de ceses laborales de empleadas del hogar embarazadas¹⁷, siendo marginales los supuestos en los que dicha nulidad deriva de la vulneración de derechos fundamentales distintos a los que apareja la maternidad.

En este sentido, y como ejemplo de los escasos supuestos localizados, la STSJ Murcia 21 de febrero de 2023, Rec. 727/2022, ECLI: ES: TS-JMU:2023:164, analiza si la decisión extintiva del empleador, tras la solicitud de la empleada de hogar de actualizar sus bases de cotización ante la Tesorería General de la Seguridad Social podía considerarse un acto lesivo de derechos fundamentales, interrogante que se resuelve negativamente al no aportarse indicios que acrediten mínimamente la relación de causalidad entre la extinción de la relación laboral y la reclamación efectuada por la parte actora ante la TGSS, de la cual desistió al haber sido actualizadas las bases de cotización reclamadas, sin que exista nexo causal entre la reclamación realizada ante la TGSS y la extinción de la relación laboral.

Garantía de indemnidad que, sin embargo, fue apreciada por el JS 1 Ibiza, en su sentencia de fecha 2 de junio de 2022, Proc. 165/2020, ECLI: ES: JSO:2022:6278, en la que quedó acreditada que la decisión verbal de dar por extinguida la relación laboral, sin alta en seguridad social, tuvo como causa la reclamación, por parte de la empleada de hogar, del cobro del salario adeudado, así como la regularización de su situación laboral. En el relato fáctico, la Magistrada insular considera acreditado que la actora, en fecha 13 de enero de 2020, reclamó a la empleadora que le abonara el salario atrasado, así como que regularizara su situación de falta de alta y cotización ante la Seguridad Social laboral. Sin embargo, la demandada, a la luz de la reclamación de la actora, entabla una discusión con la trabajadora en la que le acusa de haber robado objetos de la casa y da por terminada la relación laboral con la actora que debe abandonar la vivienda ese mismo día. Resultancia fáctica que lleva a la juzgadora a la convicción de que las reivindicaciones de la actora de que se regularizara su relación laboral mediante la formalización de un contrato y la correspondiente alta en la Seguridad Social y especialmente la reivindicación realizada por la misma respecto el pago del salario atrasado, tienen una conexión directa y temporal, con el despido producido ese mismo día, por lo que cabe concluir, que el mismo es una reacción a la citada reivindicación, esto es, la «represalia».

¹⁷ De entre los distintos estudios doctrinales, destacamos, por su especificidad, GIL PLANA, Juan, «El despido de la trabajadora embarazada», *Civitas*, 2011 y GIL PLANA, Juan, «La nulidad del despido de la trabajadora embarazada», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154, 2012, pp. 287-306.

Llegados a este punto, la Sentencia afirma que, al conculcarse el derecho a la indemnidad, la infracción cometida es muy grave, estableciendo una indemnización por daño moral de 6.251 euros correspondiente a la multa por sanción muy grave de la LISOS en su grado mínimo.

3.2.1 El reforzamiento normativo de la igualdad y la no discriminación por causa de enfermedad

Uno de los supuestos más típicos de resolución contractual de las personas empleadas del hogar ha venido coincidiendo con el desistimiento del contrato una vez iniciada la situación de incapacidad temporal o presumida la prolongación en el tiempo de la misma en términos meramente «inconvenientes» para el empleador. Y así, no sorprende encontrar supuestos que, sin disimulo, dan por terminado el vínculo contractual sin mayor explicación que la propia situación de enfermedad protegida¹⁸. Dándose la circunstancia de que el cese, encontrándose la persona trabajadora enferma, tiene unas consecuencias lesivas incuestionables, más aún en la modalidad de trabajo interno, en el que no sólo se priva a la persona trabajadora de su retribución, sino, sobre todo, del domicilio, lo que, en caso de determinadas enfermedades puede ser un factor de lesividad inobjetable¹⁹.

En prueba de lo indicado, basten, a modo de ejemplo: la STSJ País Vasco 5 de octubre de 2004, Rec. 1455/2004: el 28 de abril de 2003, la demandante causó baja médica por enfermedad común, siendo despedida dos días después; la STSJ Comunidad Valenciana 28 de mayo de 2020, Rec. 814/2019, ECLI: ES: TSJCV:2020:4229: con fecha 14 de marzo de 2017, la empleada de hogar es sometida a una intervención quirúrgica de artroscopia en brazo derecho, recibiendo comunicación ese mismo día, de finalización de la relación laboral por desistimiento con efectos de 31 de marzo de 2017²⁰; la STSJ Castilla y León / Valladolid 12 de diciembre de 2022, Rec. 2445/2022, ECLI: ES: TSJ-

¹⁸ Sobre esta cuestión, véase HIERRO HIERRO, Francisco Javier, «Despedimento e procesos de incapacidad temporal: unha aproximación á doutrina xudicial e xurisprudencial española antes e tras a STXUE do 1 de decembro de 2016, Daouidi, asunto C-395/15», *Revista Galega de Dereito Social-2.ª etapa* (RGDS), 2017, pp. 91-132.

¹⁹ En tal sentido, la STSJ Castilla-La Mancha de 4 noviembre 2020, Rec. 799/2020, ECLI: ES: TSJCLM:2020:2678, es un ejemplo de los problemas aparejados al empleo interno, en un caso en que el Tribunal no admite, como justificación para el despido por desobediencia, la negativa de la empleada a abandonar la vivienda, encontrándose en baja médica, ya que por la propia naturaleza del trabajo, ésta constituía su domicilio y formaba parte de su retribución.

²⁰ Impugnado el cese como despido nulo, la demanda es desestimada, confirmando la validez del desistimiento, al no obedecer el cese de la trabajadora a propósito alguno de lesión de derechos fundamen-

CL:2022:4815: en fecha 23 de noviembre de 2021, la trabajadora inició una situación de Incapacidad Temporal derivada de enfermedad común, por síndrome del túnel carpiano, tipo de proceso: medio. Duración estimada un mes y veintinueve días. En fecha 30 de noviembre de 2021, se emitió burofax, entregado a la trabajadora en fecha 15 de diciembre de 2021, por el que se pone en su conocimiento el desistimiento del empleador, por falta de confianza; la STSJ Andalucía/Granada 2 de noviembre de 2019, Rec. 1332/2018, ECLI: ES: TSJAND:2018:15701: La actora inició situación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes, con el diagnóstico de cervicalgia, el día 11 de octubre de 2017, y el día 20 de octubre de 2017 la empleadora entrega a la actora escrito por el que formalmente se le notifica la extinción del contrato basada en el desistimiento del empleador.

Todos estos supuestos, al menos en apariencia, obedecen a un mismo patrón: la inconveniencia de mantener vivo el vínculo laboral con la persona empleada del hogar que, al estar en situación de baja médica, por cualquiera de sus contingencias, no puede seguir prestando, temporalmente, los servicios contratados. Dicha decisión, que en el marco estatutario común acarrea la improcedencia (de no concurrir causa justificada más allá de la propia situación de baja médica), ha venido siendo «blanqueada», en el marco de la relación laboral especial del empleo doméstico, a través de la figura del desistimiento, habiéndose destacado²¹ que, en efecto, la relación laboral especial del servicio del hogar familiar contiene regulaciones específicas en el RD 1620/2011, que se apartan de la regulación común, y esta regulación no prevé que la situación de incapacidad del trabajador condicione los efectos del desistimiento.

La anterior singularidad propia de la relación especial, dificulta aún más que en el ámbito común la declaración de nulidad, por mucho que esta sea la pretensión principal de cientos de demandas a través de las cuales, las personas enfermas, reaccionan ante la pérdida de sus trabajos. Y es que, al menos hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2022, la posición de nuestros tribunales ha sido mayoritariamente contraria al reconocimiento de la nulidad²².

tales y sin que, por lo demás, se haya acreditado que las supuestas irregularidades del cese de la trabajadora deban llevar aparejada la calificación de improcedencia del despido.

²¹ STSJ Andalucía/Granada 2 de noviembre de 2019, Rec. 1332/2018, ECLI: ES: TSJAND:2018:15701.

²² Con algunas excepciones, como la SJS 33 Barcelona de 19 de noviembre de 2013, Proc. 398/2013, ECLI: ES: JSO:2013:154, en la que el Magistrado Agustí Maragall, tras un depurado repaso por los hitos legales y judiciales más relevantes, mantiene que el despido de la demandante por causa, explícitamente reconocida, de su situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, debe ser calificada como un acto discriminatorio y, por consiguiente, nulo.

A modo de ejemplo, la STSJ Asturias 12 de mayo de 2006, Rec. 536/2006, aborda el supuesto de una trabajadora que causa incapacidad temporal por accidente no laboral, bajo el diagnóstico de contractura cervical, alegando la existencia de un despido nulo por ser su cese consecuencia de precisar una incapacidad temporal para recuperarse. El Tribunal afirma que «tanto si el acto enjuiciado se afronta como desistimiento del empleador como si lo considerásemos un despido, la apreciación como motivo verdadero del mismo de la situación de incapacidad temporal, es decir, si la decisión de la empleadora considerásemos que se tomó sencillamente porque la trabajadora había entrado en situación de baja, que es la valoración hecha en la Sentencia, la solución no sería la adoptada, pues tiene reiterado la doctrina del Tribunal Supremo, recaída en las sentencias que se invocan por la demandada y otras muchas, que el despido de trabajadores en situación de incapacidad temporal no conlleva la calificación de despido nulo, debiendo rechazarse la alegación de vulneración de derecho fundamental cuando la decisión del empresario tiene como causa real esa situación.

O la STSJ Comunidad Valenciana 10 mayo 2001, Rec. 924/2001, que valida la extinción contractual por desistimiento empresarial basada en el hecho de haber sido contratada otra persona para sustituir inicialmente la baja por enfermedad de la demandante.

Las excepciones, consabidas, se ceñían a aquellos casos en los que la persona trabajadora en situación de incapacidad temporal era presionada para que se reincorporase al trabajo²³ (actuación ilegítima que podía acarrear la declaración de nulidad, ante el «plus» lesivo de forzar a la persona enferma a adelantar su reincorporación, con riesgo de su salud) y aquellos otros supuestos que incorporaban factores de estigmatización o equiparación de enfermedad a discapacidad.

En este sentido, manteniendo la premisa de que el derecho fundamental a no ser discriminado ha de guardar relación con criterios históricos de opresión o segregación²⁴, se ha reiterado que la enfermedad en sentido genérico,

²³ Sobre esta cuestión, véase MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, «Nulidad del despido de un trabajador de baja médica que es presionado para que se reincorpore al trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 819, 2011.

²⁴ Con respecto al «elemento estigmatizante», los pronunciamientos judiciales tienen muy en cuenta varios factores, más allá de la propia enfermedad, para valorar si el desistimiento por enfermedad integra una conducta discriminatoria. Como ejemplo de ello, la STSJ Madrid 21 de octubre de 2016, Rec. 633/2016, que relativiza hasta seis posibles indicios para descartar el carácter discriminatorio de un desistimiento de la empleada del hogar portadora del VIH. Se afirma que una vez comunicado el hecho de la enfermedad, la empleadora reaccionó con un mensaje mostrando su más absoluta indignación, pero ello se considera una reacción humana de la empleadora ante la sorpresa de la noticia, molestandola, dada la relación de confianza, pero sin que el hecho de ser portadora de VIH fuera razón de trato discriminatorio

desde una perspectiva estrictamente funcional de incapacidad para el trabajo, no puede ser considerada en principio como un motivo o «factor discriminatorio» en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29 de enero de 2001), al tratarse de una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, cuyo acontecimiento, además, puede determinar que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa. De ahí que, si el empresario decide despedir al trabajador afectado, podría ciertamente incurrir en conducta ilícita, si no demuestra la concurrencia de la causa de despido prevista en el artículo 52.d) ET, pero no en una actuación viciada de nulidad radical por discriminación». Discriminación que, al contrario, podría apreciarse en el cese de personas con discapacidad, en la medida en que constituyen un grupo o colectivo de personas de composición estable, con unas necesidades particulares de integración laboral y social que no se dan en las restantes dolencias o enfermedades, pudiéndose «equiparar» a tal discapacidad los supuestos en que «la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante un largo período» (STS 22 de noviembre de 2007 y STJUE 11 de julio de 2006, Asunto Chacón Navas)²⁵.

Pues bien, la situación descrita tiene que cambiar, por fuerza, una vez operada la reforma del RD 1620/2011 por el RD Ley 16/2022. En efecto, desaparecido el desistimiento como factor extintivo diferenciador, el tratamiento ha de equipararse al marco común: el cese basado en la baja médica y/o enfermedad de la persona empleada del hogar es ilícito; mucho más teniendo en cuenta que dicha decisión no encajaría en ninguno de los supuestos que el nuevo artículo 11.2 establece como causas objetivas «adaptadas» a la relación especial. Ello determina que quien tenga intención ahora de poner fin al vínculo laboral por tal motivo, carece del instrumento normativo «legítimo» que

por la demandada, que siguió manteniendo el vínculo laboral y el horario hasta que en septiembre de 2015 le cambia el turno de tarde al de mañana, pero manteniendo la actora el contacto y atención de los hijos menores, no siendo hasta noviembre de 2015 cuando decide la demandada extinguir el vínculo laboral por desistimiento, dándose la circunstancia probada que, con cierta frecuencia, venía llegando la actora tarde, e incluso faltando a su trabajo, lo que provocó que la demandada tuviera que acudir a su suegra para que se quedara en casa con los hijos, incrementándose tales ausencias y retrasos de la actora desde el mes de septiembre de 2015.

²⁵ Aplicando tal doctrina en el desistimiento del contrato de una empleada del hogar enferma, la STSJ Castilla León/Valladolid 25 de mayo de 2020, Rec. 191/2020, ECLI: ES: TSJCL:2020:1312, al no deducir que la enfermedad fuera a ser duradera, por lo que no constan circunstancias que permitan equiparar la situación de incapacidad temporal de la actora con el concepto de discapacidad. Con ello, se desestima la petición de nulidad. Y en cuanto a la improcedencia, debe ser igualmente rechazada, dado que se ha producido un desistimiento que comunica el empleador a la empleada del hogar cumpliendo con los requisitos propios de dicha relación laboral.

otrora permitía la extinción por tal causa resguardada bajo el paraguas del desistimiento.

Y a ello ha de sumarse que, con la irrupción, también en este escenario, de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, la probabilidad de que aquella decisión, antes legitimada, pudiera avanzar hasta la nulidad, es ahora más factible, de manera que, aplicando a este mal llamado «desistimiento por causa justificada» las limitaciones para la extinción durante las situaciones de incapacidad temporal a raíz de la Ley 15/2022, la posición de la persona empleada del hogar, ante la vicisitud de perder su empleo por causa de enfermedad, queda reforzada.

Así parecen afirmarlo los órganos jurisdiccionales de instancia que, hasta la fecha, se han venido pronunciando, debiendo aguardar aún un tiempo, dado el escaso recorrido temporal de la norma, para que se generalicen las reacciones de suplicación²⁶ ante estas primeras decisiones unipersonales que analizan la nueva normativa aplicable a hechos producidos durante su vigencia.

Así, a favor de la nulidad del despido por aplicación de la Ley 15/2022, podemos citar, entre otras: la SJS 3 Ourense 18 de noviembre de 2022, Proc. 632/2022, que afirma que «no hay ninguna causa a mayores para justificar el cese, teniendo en cuenta que aunque no es una baja de larga duración es justo el 13 de septiembre, cuando se ha renovado la incapacidad temporal, cuando la empresa procede a dar de baja a la actora sin justificación... Por todo lo expuesto es por lo que se debe declarar que el despido con efectos desde el 13-9-22 es nulo en virtud del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, ...ya que la única causa de cese es que la demandante estaba enferma en situación de IT»; la SJS 1 Cartagena 22 noviembre 2022, Proc. 576/2022, que afirma «la situación de la actora, que presenta una dolencia (síndrome del túnel carpiano) por la que ha cursado dos períodos de incapacidad temporal en apenas cuatro meses de relación laboral (y ha iniciado un tercero inmediatamente después del despido) y se encuentra pendiente de intervención quirúrgica, no cabe duda de que, conforme a la nueva norma, ha de ser valorada como un indicio de discriminación»; la SJS 1 Vigo 13 de diciembre de 2022, Proc. 473/2022, que declara la nulidad del despido de un trabajador, en baja médica de «corta duración» por problemas psíquicos, que vio extinguido su contrato temporal, en fraude de ley,

²⁶ Hasta el momento, la sentencia de TSJ más citada, aunque resuelve un despido producido en julio de 2020 y, por tanto, anterior a la norma analizada, es la STSJ Cataluña 3 de noviembre 2022, Rec. 5141/2022, según la cual, «ni antes de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (que no es aplicable al presente procedimiento), ni tampoco siquiera después de ella, la situación de incapacidad temporal en el momento del despido conduce de forma automática a una declaración de nulidad».

a diferencia de lo sucedido con sus compañeros de trabajo; ante esta diferencia de trato, el Juzgado confirma estar ante una discriminación prohibida expresamente por el artículo 2.1 de la Ley 15/2022, por razón de enfermedad; la SJS 1 Cartagena 18 de enero de 2023, Proc. 702/2022, que considera como indicio de discriminación la inmediatez con la que la empresa reacciona a la baja médica de la actora, despidiéndola, dada la ausencia, además, de justificación alguna para la extinción; la SJS 1 Granada 15 de febrero de 2023, Proc. 753/2022, que declara la nulidad del despido de un trabajador, a los pocos minutos de que, tras sufrir un accidente de trabajo el día antes, preguntase a un compañero por la Entidad colaboradora que cubría la citada contingencia; la SJS 1 Burgos 27 de febrero de 2023, Proc. 758/2022, que aplica la Ley 15/2022 para declarar nulo el despido de la trabajadora que es dada de baja en la Seguridad Social cuando apenas llevaba una semana en baja médica, afeando a la empresa el que «no se molesta(ra) ... en alegar causa alguna legal de posible despido procedente de la trabajadora. Por lo tanto, el indicio de discriminación por razón de enfermedad de la demandante es claro y no aportando la empresa ni alegación ni prueba alguna que justifiquen el despido operado estando la trabajadora en situación de incapacidad temporal», ha de declararse nulo; o la SJS 3 Pamplona 4 abril 2023, Proc. 738/2022, que igualmente entiende concurrentes indicios suficientes para invertir la carga de la prueba al constatar la baja por enfermedad del trabajador y no acreditarse razones objetivas que justifiquen el despido.

No obstante, lo que parece claro (y aquí sí contamos con pronunciamientos de suplicación, que se han «encontrado» con la nueva ley mientras deliberaban sobre asuntos nacidos bajo el régimen legal anterior) es que los «efectos» de la norma, con la extensión que finalmente se establezca, únicamente se aplican a situaciones surgidas con posterioridad a su promulgación; en tales términos, la STSJ Madrid 16 de noviembre de 2022, Rec. 879/2022, ECLI:ES:TSJM:2022:13568, considera, en el caso que enjuicia, que «los hechos son anteriores a la entrada en vigor del artículo 2 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, Ley cuya disposición adicional décima fija como fecha de entrada en vigor el 14 de julio de 2022 y que no contiene ninguna previsión que permita aplicar una retroacción de efectos, de manera que en las fechas anteriores rige la normativa antes referida con su interpretación jurisprudencial»; criterio que ha sido seguido, además de por el mismo órgano judicial en sentencia de 22 de marzo 2023, Rec. 1400/2022, por el TSJ Cataluña (sentencia 5 de diciembre 2022, Rec. 5285/2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:11201 y 22 de noviembre 2022, Rec. 4297/2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:10943; el TSJ Asturias (sentencia 27 de septiembre 2022,

Rec. 1470/2022, ECLI: ES: TSJAS:2022:2552; o el TSJ Galicia (sentencia 14 de septiembre 2022, Rec. 2962/2022, ECLI: ES: TSJGAL:2022:6033).

Contrarias a la nulidad, se han pronunciado, entre otras, la SJS 1 Mieres 14 de febrero 2023, Proc. 64/2023, para la que no es suficiente la «nuda circunstancia» de hallarse en incapacidad temporal para ascender al escalón de la nulidad de un despido, «subsumiendo esta situación bajo la vulneración del artículo 14 de la CE con el recurso intermedio de la cita del artículo 4 y concordantes de la Ley 15/2022 de 12 de julio». Apoya su argumentación en que, si desde la perspectiva del titular del poder legislativo todo despido de trabajador en situación de Incapacidad Temporal entrañare por definición causa de discriminación por motivo de salud, así lo hubiera prescrito directamente a través de una modificación del artículo 55 del ET²⁷. Para el juzgado del Concejo asturiano, el concepto de enfermedad de aquella Ley no ha de reconocerse indefectiblemente en toda situación de Incapacidad Temporal, y la expresión «condición de salud», que no estado o situación, alude desde luego a una circunstancia dotada de cierta permanencia o estabilidad. En similares términos la SJS 2 Santiago Compostela 24 de marzo 2023, Proc. 610/2022, abordando un caso de extinción del contrato de trabajo apenas tres días después de iniciada una baja médica por accidente no laboral (pero decidido antes de la misma), declara la improcedencia y, consiguientemente rechaza la nulidad, de un despido por causas objetivas, al entender que «no es suficiente la mera situación de Incapacidad Temporal para dar paso a la nulidad de un despido», rechazando el automatismo que pretende vincular despido y baja médica de un modo simplista.

Ante tal disparidad de criterios, habrá que aguardar a que el Tribunal Supremo aclare lo que la Ley 15/2022 no aclara con la contundencia que debiera, esto es, si la situación de incapacidad temporal es un indicio suficiente de discriminación en caso de despido, de tal forma que si el empresario no acredita una causa suficiente y razonable que justifique la procedencia del despido, el mismo merecerá la calificación judicial de nulidad. Aclaración necesaria porque, no solo algunos tribunales, como hemos visto, sino también doctrina autorizada²⁸ considera que la introducción de la enfermedad como causa de discriminación no supone un cambio con respecto a la situación anterior.

²⁷ La sentencia cuenta con el «respaldo» de la STSJ Cataluña 3 de noviembre de 2022 (ver nota anterior) y de la STSJ Asturias 15 de noviembre de 2022, Rec. 2066/2022, ECLI: ES: TSJAS:2022:3194, que reitera que el nudo hecho de que una persona se encuentre en situación de incapacidad temporal no necesariamente ha de constituir una vulneración de su derecho a la no discriminación del artículo 14 CE.

²⁸ AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2023, pág. 127.

3.2.2 Despido tras videovigilancia. Límites y calificación

No parece cuestionable que el titular del hogar familiar, como empleador, ha de poder asumir las facultades de dirección y control de la prestación de servicios de la persona trabajadora del hogar (artículo 20 ET²⁹); al igual que debe exigírsele que, en su ejercicio, respete el derecho a la intimidad que la persona trabajadora tiene (artículo 20.3 ET) frente al uso de dispositivos de videovigilancia en los términos establecidos en la LOPD (artículo 20 bis ET³⁰). Las normas internacionales (artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos³¹) y constitucionales internas (Artículo 18 CE³²), lo exigen igualmente.

El «problema» es que el entorno en que se acomete dicha fiscalización es, a la vez, centro de trabajo singular y domicilio del empleador, resultando más complejo discernir si la prueba videográfica puede lesionar la garantía constitucional que ampara el derecho a la intimidad y a la imagen de las personas empleadas del hogar³³. El empleo doméstico constituye una relación de trabajo por cuenta ajena, de forma que las imágenes grabadas no pertenecen a una esfera personal y privada, sino al ámbito laboral. Lo que ocurre es que en el domicilio y centro de trabajo puede no ser posible distinguir los lugares donde se desarrolla la vida íntima, de aquella otra parte de la vivienda que constituye el lugar de trabajo.

²⁹ Artículo 20.3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.

³⁰ Artículo 20.bis. ET. Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales.

³¹ Artículo 8 CEDH. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

³² Artículo 18 CE. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

³³ Un completo análisis de esta temática en SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, «Control de la prestación a los empleados de hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), pp. 301-336.

Sea como fuere, el entorno de trabajo no puede maquillar una realidad incontestable: la reproducción, en el empleo doméstico, de la tensión conflictiva entre los derechos constitucionales de la persona empleadora y los fundamentales de la empleada, tensión que se exterioriza acusadamente al operar la facultad de control empresarial, facultad que debe respetar el «test de proporcionalidad» constitucional que, como sabemos, implica: a) «idoneidad» (la intervención en el derecho fundamental ha de ser adecuada para alcanzar el fin que se propone); b) «necesidad» (al no haber medida alternativa menos gravosa para el interesado) y c) «proporcionalidad en sentido estricto» (no conllevar un sacrificio excesivo del derecho, de manera que, aun siendo la medida necesaria, la misma pueda considerarse inválida si implica el vaciamiento del derecho en juego).

No podemos obviar que este peculiar entorno laboral, es terreno común en el que ejercen sus derechos fundamentales, no solo la parte asalariada, sino todas aquellas personas convivientes vinculadas al titular del hogar familiar, siendo el derecho a la privacidad de estos últimos, un derecho constitucional de no menor valor que la intimidad de la persona empleada, circunstancia que, de manera expresa, plantea la Exposición de Motivos del Real Decreto regulador de esta relación especial, tal y como se ha señalado.

Desde el prisma de los derechos humanos, la doctrina «Barbulescu», asumida por nuestros tribunales nacionales, viene a delimitar el justo equilibrio entre vida privada e interés empresarial en factores decisivos que han de ser tenidos en cuenta en cualquier videovigilancia, incluida aquella que se circunscriba al hogar familiar en el que tiene lugar la prestación de servicios; así: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de una razón empresarial legítima que justifique la monitorización; c) la inexistencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino que la empresa dé al resultado del control; y e) la previsión de garantías para la persona trabajadora.

Con todo, sería muy recomendable que el Legislador acometiese la regulación estatal del uso de las nuevas tecnologías en el trabajo doméstico, fijando unas reglas mínimas de utilización de cada mecanismo tecnológico de control (no sólo la video-vigilancia), que permitiese un uso ponderado y no abusivo, clarificando, derivadamente, el panorama judicial. Y es que la unilateralidad y ejecutividad del obrar empresarial determina siempre, en ausencia de una regulación precisa, que sean los órganos judiciales los que determinen si el concreto uso del derecho de vigilancia traspasó o no los límites permitidos.

Intervención legislativa que aquí se percibe como más necesaria habida cuenta de la orfandad, en este ámbito, de una negociación colectiva que pudie-

ra equilibrar las soluciones a adoptar en cada caso, ofreciendo una mayor seguridad jurídica.

En ausencia de ambas, no estaría de más que las partes contratantes conociesen, desde un principio, los mecanismos de control y su aplicabilidad, como forma de delimitar las expectativas de intimidad y confidencialidad que todo ámbito, incluido el laboral, ha de conocer.

Mientras no se produzca esa legislación detallada y circunscrita al empleo en el hogar, respecto a la instalación de cámaras de vigilancia, destinadas al control del trabajo, el artículo 20 ET viene a establecer que «el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso». Precepto que ha sido interpretado, de forma mayoritaria por nuestra doctrina judicial, afirmando la insuficiencia de los meros dispositivos informativos o una notificación previa a la Agencia de Protección de Datos, si no consta una información previa, clara e inequívoca a las propias personas trabajadoras y a sus representantes, de los medios de control a los que pueden ser sometidos y los fines a los que la vigilancia pueda aplicarse.

En definitiva, y al margen de algún pronunciamiento diverso, se admite comúnmente que la empresa deba informar a sus empleados de la instalación de las cámaras, de los supuestos en que los datos grabados pueden ser tratados, durante cuánto tiempo, por quién, y con qué propósito, incluida una eventual finalidad disciplinaria.

Ha sido una norma no laboral, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los Derechos Digitales (que adaptó nuestro derecho interno a las previsiones del ordenamiento comunitario en lo que respecta a la protección de las personas físicas en cuanto al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos), la que ha venido a completar las disposiciones estatutarias, regulando expresamente el «derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de video-vigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo»; en concreto, su artículo 89³⁴, al establecer que «los empleadores podrán tratar las imágenes

³⁴ Para LENZI, Olga, «El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: el concreto supuesto del trabajador doméstico», *Temas Laborales*, núm. 146/2019, pág. 178, «realmente el artículo 89 se ha limitado a transcribir, de forma parcial, la jurisprudencia del TEDH, desaprovechando la ocasión perfecta para incorporar a la legislación interna importantes principios necesarios para alcanzar la adecuada protección de los derechos fundamentales del trabajador, tales como el ejercicio de proporcionalidad, de necesidad y de adecuación de las medidas fiscalizadoras de la prestación laboral, obligándonos una vez más a esperar la interpretación de los órganos jurisdiccionales».

obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de Función Pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo», añadiendo que «los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida».

La redacción, francamente garantista para la persona empleada, tiene para ésta sin embargo una «grieta», pues, «en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos, se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta Ley Orgánica³⁵».

En dicho artículo 22.4 se establece que «el deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información. En todo caso, el responsable del tratamiento deberá mantener a disposición de los afectados la información a la que se refiere el citado Reglamento»³⁶.

³⁵ Que aclara que «El deber de información previsto en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2016/679 se entenderá cumplido mediante la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679. También podrá incluirse en el dispositivo informativo un código de conexión o dirección de internet a esta información».

³⁶ Como señala la STSJ de Galicia, Rec. 4586/2020, de 15 de febrero de 2021, ECLI: ES: TSJ-GAL:2021:1178: De estas normas actualmente vigentes se deducen dos marcos habilitantes de la videovigilancia en el trabajo, sometidos cada uno a diferentes exigencias. Uno de ellos se refiere a la que podríamos denominar videovigilancia laboral específica, que obliga al empleador al cumplimiento de las exigencias establecidas en la legislación laboral (artículo 20.3 ET, artículo 18 CE y artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de ahí la exigencia de superar, para la legitimidad de la restricción de los derechos fundamentales de la persona trabajadora, un juicio de proporcionalidad basado en los tres subjuicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) y a que informe con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida. Lo que no exige la norma es comunicar la ubicación exacta de las cámaras, con lo cual se habilita para la colocación de cámaras ocultas siempre que se cumplan las exigencias de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El otro marco regulador presupone la existencia de una videovigilancia implementada por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, con la finalidad de preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones (artículo 22 LOPD), esto es de carácter no laboral y en cuya ejecución aparece un hallazgo casual relacionado con la actividad laboral del personal al servicio de la empleadora, esto es «en el supuesto de que se haya captado la comisión flagran-

Con todos estos datos, poniéndonos en la posición de la persona empleadora ¿podríamos, ante la sospecha de un hecho grave cometido por la persona empleada, arriesgarnos y llevar a cabo a una videovigilancia restringida y puntual para intentar acreditar, bien el incumplimiento sancionable con el despido, bien el comportamiento que permita la extinción por pérdida objetiva de la confianza? La respuesta no es sencilla. Es obvio que si se informa a la empleada de hogar de la existencia de videovigilancia o se colocan dispositivos anunciando la grabación de imágenes, será ya muy complicado que la persona investigada vuelva a realizar la conducta que intentamos demostrar. Pero también es cierto que los pronunciamientos judiciales que lo han llegado a permitir parten de circunstancias excepcionales.

Y en este contexto, la comentadísima³⁷ STS 22 de julio de 2022, Rec. 701/2021, ECLI: ES: TS:2022:3160, que aborda el despido de la empleada que supuestamente se apropió del dinero de la caja de seguridad de una anciana, gran dependiente, contiene una declaración de validez de las imágenes, pese a la falta de información y del dispositivo anunciador, pero aquella se circunscribe a unos hechos y argumentos muy concretos: en este caso la empleadora detecta la falta de dinero y joyas, formulando denuncia policial en la que indica que habían sido sustraídos de la caja fuerte de su domicilio 30.000 euros en efectivo y varias joyas del cajón de la cómoda de la habitación, denuncia que se amplía posteriormente para advertir de que una cámara de seguridad instalada en la casa, enfocada al armario donde se ubicaba la caja fuerte, habría grabado a la empleada de hogar abriendo la puerta del armario, quitando la tapa de la caja fuerte e intentando abrirla, no consiguiéndolo al haber introducido los dueños de la casa un código, volviendo a dejarlo todo como estaba. Visionada la prueba videográfica, se observa cómo la empleada de hogar se dirige al armario donde se ubica la caja de seguridad y accede al cajón simulado en cuyo interior está la caja fuerte y realiza alguna manipulación. A

te de un acto ilícito por los trabajadores», sin limitar el acto ilícito al delito penal, con lo cual entraría un ilícito solo laboral. Basta en este caso para cumplir con el deber de información, con la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos ARCO reforzados según aparecen regulados en los artículos 15 a 22 del RGPD (acceso, rectificación, cancelación y oposición, más derecho al olvido, la limitación del tratamiento y la portabilidad de los datos). Tampoco aquí se exige informar de la ubicación de las cámaras, pues, aunque sea muy habitual colocar el dispositivo informativo debajo de la cámara, es suficiente con colocarlo en un lugar visible en que las personas interesadas puedan leerlo antes de que se las grabe y, por tanto, puedan decidir si seguir adelante y ser grabadas, o por el contrario no entrar en la zona videovigilada.

³⁷ Entre otros, GONZÁLEZ DEL RÍO, José María, «Excepciones a la obligación general de información previa al trabajador de la instalación de cámaras de vigilancia. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2022 (RJ 2022/3159)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 258/2022, Aranzadi, 5 págs.

la vista de esas imágenes, la empleada es despedida. Pues bien, aunque por el resultado judicial pudiéramos pensar que el «centro de trabajo doméstico» relativiza las exigencias normativas señaladas, hemos de recordar que la resolución del Alto Tribunal admite la validez de las imágenes con base en datos específicos y relevantes, tales como:

a) La gravedad del hecho sospechado, que justificaba la vigilancia, consistente en la sustracción de la caja fuerte, de una cantidad de dinero fijada en 30.000 €, además de otras monedas y billetes antiguos.

b) El enfoque de la cámara, limitado exclusivamente al armario que contenía la caja fuerte, sin que lo hiciera sobre ningún otro punto de la habitación ni del hogar familiar.

c) El carácter temporalmente limitado de la intervención, esto es, no se trató de un sistema de videovigilancia permanente, sino de un sistema de videovigilancia *ad hoc* ante la existencia de aquellas fundadas sospechas.

d) La especial «vulnerabilidad» de la empleadora (gran dependiente, por tetraplejía).

e) La extrema dificultad de acreditar los hechos por otro medio; en efecto, negar validez a las imágenes captadas, en el contexto de vulnerabilidad descrito, dejaría prácticamente inerte a la empleadora, en su intento de acreditar el grave incumplimiento acaecido y su autoría, algo que limitaría su derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que el artículo 105.1 LRJS obliga al empleador a acreditar incumplimiento y autoría, si quiere evitar una declaración de nulidad o improcedencia.

Partiendo de los anteriores datos, se considera que la prueba de videovigilancia no solo era idónea, sino que era necesaria («debido a la inexistencia de otro tipo de medios menos intrusivos para conseguir la citada finalidad», STS 1003/2021, 13 de octubre de 2021, Rec. 3715) y proporcionada al fin perseguido, por lo que satisfacía las exigencias de proporcionalidad que imponen la jurisprudencia del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional³⁸.

No podemos finalizar el presente apartado sin abordar una cuestión, derivada y fundamental: ¿Cuál es la consecuencia, para el resultado del proceso

³⁸ Según CASTELLANO BURGUILLO, Emilia, «Uso de cámaras de videovigilancia y derechos fundamentales: un nuevo paso», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 260/2023, Aranzadi, el Alto Tribunal aporta una fundamentación novedosa en el ámbito laboral, y es la consideración de que si la empleada afectada consideraba vulnerado el contenido y derechos que le otorga la Ley de protección de datos, podría haber acudido a otros medios de protección conformes con esta legislación y más propios del derecho civil, administrativo o penal y que, sin embargo, no usó,... no siendo la vía laboral la única posible de defensa; de esta forma, el Alto Tribunal realiza una suerte de invitación a la demandante para que «no se ampare sólo en el paraguas del derecho tuitivo» propio de nuestra rama del derecho.

judicial, de la declaración de nulidad de la prueba obtenida por videovigilancia? ¿Aquella nulidad «contamina» al despido mismo, o el efecto de no tener por acreditado el hecho permite simplemente la calificación de improcedencia? Tampoco aquí hay respuestas claras.

El problema consiste en determinar si acreditada la obtención de una prueba con vulneración de derechos o libertades fundamentales, dicha ilicitud de la prueba únicamente tiene el efecto de expulsar de la causa el material probatorio infectado, sin repercusión directa en la calificación de nulidad o improcedencia del acto en cuestión, normalmente un despido, que dependerá de que existan o no otras pruebas que apunten a un panorama discriminatorio.

A nivel constitucional, no existe una respuesta definitiva, ni siquiera tras la importante STC 61/2021, de 15 de marzo de 2021, Rec. Amparo 6838/2019. En lo que aquí interesa, el TC identifica como objeto de tal recurso de amparo determinar si es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), en relación con los derechos a la intimidad (artículo 18.1 CE) y el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE) la interpretación que del artículo 55.5 ET realiza la sentencia recurrida cuando –pese a confirmar que una de las pruebas ha sido obtenida con vulneración de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones (artículo 18.1 y 3 CE)– califica el despido de improcedente en lugar de nulo. Interrogante al que no va a dar respuesta, pues niega el TC que sea su sentencia el marco adecuado para resolver una cuestión relativa a la «interpretación de la legalidad ordinaria», sin que sea misión suya exponer argumentos favorables o contrarios a cada una de las dos interpretaciones posibles del mencionado precepto.

Considera, por tanto, ajeno al debate en amparo determinar si en el caso de que se acredite en el procedimiento laboral que una fuente de prueba utilizada para justificar el despido se ha obtenido vulnerando derechos o libertades fundamentales, dicha ilicitud debe proyectarse sobre la calificación del despido, de tal manera que este debe ser declarado nulo..., o si por el contrario la ilicitud de la prueba únicamente produce como efecto su expulsión del acervo probatorio por aplicación de los artículos 90.2 LRJS y 11.1 LOPJ³⁹, sin que dicha exclusión probatoria pueda afectar a la calificación del despido, que será declarado improcedente o procedente en función de que existan o no otras pruebas.

Con la misma «neutralidad ordinaria», nuestro Tribunal Supremo ha abierto la puerta, en estos casos, tanto a la nulidad como a la improcedencia, e

³⁹ Del que resulta que «no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas».

incluso, a «posiciones intermedias o distintas». En efecto, en la STS 26 de julio de 2022, Rec. 1675/2021, ECLI: ES: TS:2022:3192, el máximo intérprete de la legalidad ordinaria (terreno en el que nos movemos), niega que sea «en todo caso inescindible la declaración de que una prueba ha sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales y la ulterior calificación del despido como nulo, (pues) la determinación de en qué medida concurre la «conexidad» entre la vulneración de derechos fundamentales y el despido es cuestión tributaria de la valoración de cuantas circunstancias concurren».

Conclusión de todo lo apuntado es que el riesgo de efectuar una videovigilancia inadecuada puede ser muy grande, ante la posible declaración de nulidad de la extinción contractual, cuya concurrencia será difícilmente determinable a priori.

3.2.3 El difícil «encaje» de la readmisión una vez declarada la nulidad

La calificación de nulidad en nuestro derecho determina, dada la gravedad que esa declaración comporta, un haz de consecuencias jurídicas que, en el terreno de la extinción contractual tiene, como protagonista indiscutible, la obligación de readmisión forzosa de la persona trabajadora. En efecto, el artículo 113 LRJS viene a establecer que «si el despido fuera declarado nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir»

No obstante tal consecuencia primordial, hasta los mayores defensores de la *restitutio ad integrum* de los derechos fundamentales vulnerados (lo que en caso de despido conlleva, en primer término, restañar la relación jurídica quebrada con aquella lesión constitucional) son conscientes de que el hogar familiar no es una fábrica, y de que el empleador, es, a su vez, conviviente cercano, circunstancias que pueden desaconsejar la imposición de aquella consecuencia legal, ante las dificultades de una ejecución *in natura*⁴⁰.

⁴⁰ Aunque en otro ámbito, es cierto, pero existen en la normativa procesal supuestos de imposibilidad de ejecución *in natura*, como los contemplados en el artículo 286 LRJS. En concreto, su núm. 1, establece que «cuando se acredite la imposibilidad de readmitir al trabajador por cese o cierre de la empresa obligada o cualquier otra causa de imposibilidad material o legal, el juez dictará auto en el que declarará extinguida la relación laboral en la fecha de dicha resolución y acordará se abonen al trabajador las indemnizaciones y los salarios dejados de percibir que señala el apartado 2 del artículo 281. 2». Igualmente, su núm. 2 recuerda que «en los supuestos de declaración de nulidad del despido por acoso laboral, sexual o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, la víctima del acoso podrá optar por extinguir la relación laboral con el correspondiente abono de la indemnización procedente y de los salarios de tramitación, en su caso, conforme al apartado 2 del artículo 281».

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

Las mismas expresiones se repiten, desde antiguo, en los textos jurídicos, para definir esta realidad; como resumen, se ha afirmado que «la relación laboral especial de empleadas de hogar, debe su especialidad entre otras cosas, a los sujetos del contrato de trabajo (particulares y familias, no empresas), y al lugar y forma en que el trabajo se ejecuta, esto es, el hogar familiar, en convivencia con personas que no tienen, como se ha dicho, la consideración de empresa en el sentido coloquial de la palabra», y a las que protege el «principio de inviolabilidad que consagra la Constitución respecto del mismo, lo que dificulta la actividad inspectora⁴¹ e incluso sindical»⁴².

Énfasis con el que se apunta al difícil encaje de la readmisión en el marco de las extinciones nulas de las personas empleadas en el hogar.

3.2.3.1 *Planteamiento tradicional contrario a la readmisión, con aceptación progresiva de los salarios de tramitación, incremento de la indemnización y reparación adicional por daño moral*

3.2.3.1.1 Descarte sin fisuras de la readmisión

Como se indicó anteriormente, vigente el RD 1424/1985, hasta la propia declaración de nulidad se ponía en duda por los tribunales sociales, por lo que con mayor razón era prácticamente imposible encontrar algún supuesto en que se declarase ésta y, además, se condenase a la persona empleadora del hogar a readmitir a quien previamente se había cesado.

La negación era lógica, si a la letra de la ley nos ceñimos. En efecto, la norma que regulaba esta relación laboral especial, al referirse al despido como causa de extinción contractual (artículo 9.10), sólo contemplaba (artículo 10.1), la declaración de procedencia o improcedencia de dicha decisión extintiva, que no su nulidad y, además, en el segundo caso no establecía posibilidad alguna de opción entre la readmisión o el abono de una indemnización, disponiendo como único efecto el pago, en todo caso, de una indemnización en

⁴¹ Como destaca SELMA PENALVA, Alejandra, «Economía sumergida en la relación laboral especial de empleados de hogar»; *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), pág. 291, la imposibilidad de entrada sin consentimiento en el hogar familiar es, posiblemente, el motivo de precariedad más importante que actualmente sufre el trabajo doméstico, y es que, este rasgo, consustancial al tipo de servicios desarrollados, proporciona el contexto propicio para que prosperen, maliciosamente, el resto de causas de fraude, brindando un escudo aparentemente infalible que opaca la existencia de un trabajo irregular, haciéndolo casi indemostrable, en la práctica.

⁴² STSJ Andalucía/Sevilla 17 de enero de 2013, Rec. 776/2012, ECLI: ES: TSJAND:2013:214.

cuantía equivalente «al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades». De esta forma, la regulación de 1985 se apartó conscientemente de las previsiones normativas de los artículos 55 y 56 del ET, erigiéndose así en una «regulación cerrada» y distinta⁴³ del despido en el ámbito del servicio del hogar familiar, e introduciendo, asimismo, una figura ajena por completo a las causas de extinción del contrato de trabajo propias del ordenamiento laboral común, cual es el desistimiento del empleador (arts. 9.11 y 10.2)⁴⁴.

Ello daba lugar a pronunciamientos como el de la STSJ Madrid 17 diciembre 2003, Rec. 4039/2002, cuya argumentación se limitaba a afirmar que el Real decreto regulador de la relación laboral especial excluía esta modalidad (la nulidad del despido), reconduciendo los efectos de la conducta antijurídica a los expresamente previstos para el despido disciplinario (indemnización de veinte días por año de servicio); o la posterior sentencia, de la misma Sala, de 10 de abril de 2003, Rec. 5757/2002 que, ante la pretensión de nulidad por despido verbal de una empleada del hogar embarazada, insiste en que el RD 1424/1985 no prevé la nulidad del despido, peculiaridad derivada del carácter especial de esta relación, que excluye la aplicación subsidiaria de la normativa laboral común (Disposición Adicional única), ya que no puede olvidarse que nos encontramos en presencia de una relación laboral especial, basada en la confianza que cuando quiebra, por las razones que sea, no se puede imponer su pervivencia». Añadiendo, a mayor abundamiento, que la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, si bien introduce importantes modificaciones en la normativa laboral común, no lo hace en cuanto a las relaciones laborales especiales como es la personal al servicio del hogar familiar. En consecuencia, la no acreditación del incumplimiento alegado por la empleadora en su escrito de comunicación, únicamente podía dar lugar a la improcedencia, con los efectos establecidos en el artículo 10.1 del RD 1424/1985.

⁴³ Despejando dudas sobre la posible inconstitucionalidad de una regulación diversa, la STC 26/1984, de 24 de febrero, dejaba claro que «el principio de igualdad lo proclama el artículo 14 CE en una amplia fórmula generalizadora, tras una enumeración concreta de condiciones o circunstancias, pero que, en suma, lo que impide es un tratamiento diferenciado en situaciones iguales, siendo precisamente la igualdad la que está ausente en el caso presente, ya que la consideración de una relación de trabajo como especial, implica, por propia definición, la diferencia no sólo frente a la relación ordinaria, sino también frente a las restantes relaciones especiales».

⁴⁴ STSJ Madrid 24 noviembre 2008, Rec. 4191/2008, comentada ampliamente por CANO GALÁN, Yolanda «Despido de trabajadora embarazada empleada doméstica: problemas derivados de la declaración de nulidad. Comentario a la STSJ Madrid, de 24 de noviembre de 2008 (AS 2009,146)», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 1, núm. 21, abril, 2019, pp. 25-36.

Con todo, muchos tribunales eran conscientes, más aún tras la entrada en vigor de la LO 3/2007, de que calificar como meramente improcedentes algunas conductas con alta dosis de reprobación (singularmente el cese de empleadas del hogar embarazadas), negando, consiguientemente, cualquier efecto distinto al de la indemnización prevista en la norma reglamentaria, no reparaba adecuadamente el perjuicio sufrido; pese a dicha convicción, lo difícil era «encajar» tal convencimiento en una estructura legal impermeable, a priori, a la figura de la nulidad. En definitiva, había de resolverse la pugna entre dos derechos fundamentales en conflicto: por una parte, la proscripción de todo trato discriminatorio, especialmente si deriva de hecho tan natural como el embarazo; por otra, el referido derecho a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar. Los argumentos a favor y en contra mostraban un peso parejo.

A favor de una interpretación «legalista»: a) la literalidad de la norma reglamentaria, que no contempla la posibilidad de que el despido sea considerado nulo y que, al referirse al despido como causa de extinción contractual, sólo contempla la procedencia o la improcedencia, sin posibilidad alguna de opción por la readmisión, apartándose, por tanto, de lo dispuesto en los artículos 55 y 56 ET; b) la necesaria observancia de los derechos a la intimidad y el respeto al hogar familiar del empleador y su entorno⁴⁵ (artículo 18 CE).

A favor de una visión más «constitucionalista»: a) la promulgación de la LO 3/2007, cuyo artículo 8, instalado en el Título I, atinente al principio constitucional de igualdad y a la tutela contra toda discriminación, considera constitutivo de discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, además de establecer reglas adicionales de tutela judicial del derecho (artículo 12), reforzando la regla procesal de invertir en estos casos la carga de la prueba (artículo 13); b) derivadamente, la necesidad de tomar en consideración la realidad social del momento en que se aplica la norma, junto a la evidencia, aplastante, de que si la relación laboral, en lugar de especial fuese ordinaria, la aplicación del artículo 55.5 ET conduciría indefectiblemente a la declaración de nulidad del despido analizado.

Las dudas acerca de la posibilidad de declarar la nulidad del despido y sus efectos en el ámbito doméstico, no fueron resueltas, es sabido, por el

⁴⁵ La doctrina judicial se ha referido al mismo en términos de «sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente, obligación que, ni siquiera judicialmente, se nos antoja quepa imponer a nadie» (STSJ Madrid 24 noviembre 2008, Rec. 4191/2008).

RD 1620/2011, cuyo articulado tampoco contemplaba la nulidad del despido de la persona empleada del hogar, siendo la jurisprudencia la que terminaría admitiéndola aplicando supletoriamente el régimen común, al amparo del anterior artículo 3b⁴⁶. Algo definitivamente comprensible si a la posibilidad que había de cesar a la empleada sin alegar causa, se añadía el perfil femenino y, muchas veces, el componente de extranjería, posibilitando fenómenos de discriminación múltiple⁴⁷, algo que, promulgada la Ley de Igualdad efectiva entre hombres y mujeres, rechinaba demasiado.

En este contexto, se sucedían los pronunciamientos que, pese a declarar la nulidad, consideraban la readmisión incompatible con las singularidades propias de la prestación laboral analizada. Se afirmaba, así, que la indemnización se impone como «única alternativa, lo que se evidencia como lógico, si se tiene en cuenta la delicada posición en que se encuentra una persona trabajando dentro del hogar de otra, lo que exige máxima confianza y no situaciones impuestas contra la voluntad de cualquiera de las partes después de acreditada la falta de entendimiento o la voluntad de no mantener el vínculo» (STSJ Andalucía 17 de enero de 2013, Rec. 776/2012, ECLI: ES: TSJAND:2013:214). Llegándose a afirmar que la readmisión era «inacogible» dadas las peculiaridades propias de la relación especial, por lo que la consecuencia que se sigue no podía ser otra que la de compensar económicamente el límite impuesto por el respeto a la intimidad del hogar familiar con la indemnización prevista para el despido improcedente (STSJ Cataluña 8 de abril 2013, Rec. 7553/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2013:3935). Esas mismas singularidades, apuntadas por el propio Real decreto regulador, hacían «inexigible» la decisión de inmediata readmisión de la trabajadora (STSJ Castilla La Mancha 10 de marzo de 2016; Rec. 1893/2015, ECLI: ES: TSJCLM:2016:666).

En la base de esas decisiones se encontraba la «primacía» del derecho a la intimidad, de manera que, aun calificado como nulo el despido, ya por su especial reproche jurídico, ya por la «objetivación» de su causa, «la única forma de salvaguardar también el derecho a la intimidad de los componentes de la unidad familiar» es dotando a aquella declaración de las consecuencias

⁴⁶ «Con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, será de aplicación la normativa laboral común».

⁴⁷ Fenómeno que, según explica FERRANDO GARCÍA, M.ª Francisca, «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 428, 2018, pág. 23, está basado en «más de una causa de discriminación», afectando a determinadas personas por concurrir en ellas dos o más factores de discriminación», fenómeno ligado al hecho de que el ser humano integra diversas identidades o dimensiones, etiquetadas y valoradas en función del contexto social, respecto de las que eventualmente pueden concurrir, asimismo, diversas causas de discriminación.

propias del despido improcedente (STSJ Madrid 26 septiembre 2016, Rec. 352/2016).

Para la STSJ Andalucía/Sevilla 21 de junio de 2018, Rec. 1470/2017, ECLI: ES: TSJAND:2018:4520, habida cuenta del tipo «sui generis» de relación de especial confianza que se produce entre quien presta un servicio en el hogar de una familia y los que viven en ella, es difícil entender que el empleador, después de haber sido despedido el empleado, pueda volver a readmitirlo y soportar esta situación en un ámbito fundamentalmente íntimo como lo es el hogar familiar, por lo que no cabría aparejar la readmisión forzosa.

Se insiste, por tanto, en que en esta relación especial, precisamente por realizarse un trabajo en el domicilio familiar de la persona empleadora, «prevalece la pretensión del derecho a la intimidad personal y familiar de modo que no puede permanecer en el mismo contra la voluntad de su titular» (STSJ Madrid 2 de diciembre de 2020, Rec. 503/2020, ECLI: ES: TSJM:2020:13885). En definitiva, producida la colisión entre el derecho de la trabajadora despedida y el derecho a la intimidad familiar de los empleadores, «necesariamente» debe acogerse la extinción indemnizada de la relación laboral preservando el derecho a la intimidad del hogar familiar de la parte empleadora (STSJ Cataluña 7 julio 2022, Rec. 1345/2022, ECLI: ES: TSJCAT:2022:6824).

La apabullante corriente contraria a la readmisión, apenas se ha desviado de su cauce mediante alguna sentencia que, sin alcanzar mayor recorrido que el de resolver el pleito concreto, dudaba de que dar entrada a la readmisión en supuestos de nulidad fuera algo «legalmente imposible»; en este sentido, la STSJ Comunidad Valenciana 27 de abril de 2020, Rec. 2749/2019, ECLI: ES: TSJCV:2020:2148, afirma que tal conclusión sólo cabría establecerla «ante una rotunda, clara e indubitada redacción normativa sobre la inexistencia de opción del artículo 56 ET en el caso de las empleadas de hogar, lo que no es el caso». El criterio de que no existe opción entre readmisión o indemnización, habida cuenta de la circunstancia, que dota de especialidad a la relación laboral de las empleadas de hogar, consistente en que el lugar de prestación de los servicios profesionales coincide con el domicilio del empleador, con ser unánime, no deja de ser una interpretación legal de una normativa poco clara. Según establece dicha resolución, partimos de que no es la norma la que ha establecido de la manera clara, rotunda e inequívoca cuáles deban ser las consecuencias del despido, sino la interpretación de la doctrina de suplicación con apoyo en sentencias del Tribunal Supremo que tampoco vienen a resolver específicamente la cuestión, sino que al hilo de otras cuestiones –las que constituían el objeto del recurso en que fueron dictadas–, parecen (solo parecen)

partir de que la única consecuencia del despido improcedente en esta relación especial es la indemnizatoria.

Sin negar la existencia de estas disonancias, lo cierto es que la armonía del conjunto no se ha visto afectada. Ahora bien, cerrar el paso a la readmisión, basándose en su incompatibilidad con la esencia de la relación especial, no deja de ser una disfunción de nuestro sistema, en la medida en que se niega el efecto principal de la nulidad; algo que ha forzado a nuestros jueces y magistrados a «mejorar» la protección en estos casos, esencialmente en una triple vía: a) incrementar la indemnización⁴⁸ en caso de despido nulo (y a este respecto, era necesario determinar el número de días por año y el momento de su cálculo); b) aparejar al cese una de las consecuencias propias de su nulidad: la condena a salarios de tramitación (mejora esta que también habría de precisar su *dies ad quem*); y c) permitir una compensación reparadora del daño moral anejado a la lesión de derechos fundamentales.

3.2.3.1.2 La necesidad de incrementar la indemnización

En cuanto al incremento de la indemnización, incluso antes de la entrada en vigor del RD 1620/2011, había tribunales que apostaron por la aplicación, en estos casos, del régimen común del artículo 56 ET (33 días de salario por año de servicio con un límite de 24 mensualidades), si bien es con posterioridad a la promulgación del texto reglamentario de 2011, cuando esta postura es más seguida.

En este sentido, la STSJ Madrid 24 de noviembre de 2008, Rec. 4191/2008⁴⁹, no tenía dudas de que la indemnización a percibir en caso de nulidad era la correspondiente al precepto estatutario, pues no debía desdeñarse el hecho de que el despido había sido declarado de esa guisa, sin que tenga que producir «ningún recelo, ni zozobra», que por esta vía «autoricemos a que trabajadores sujetos a otras relaciones laborales de carácter especial se acojan a lo dispuesto en el ordenamiento laboral común», dado que esta posibilidad tiene, como punto de partida, un «supuesto excepcional», pues así debe entenderse toda conducta empresarial lesiva de derechos fundamentales⁵⁰.

⁴⁸ Aunque algunos tribunales siguieron manteniendo la tesis de la indemnización prevista para el despido improcedente en el RD 1620/2011 (20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades), como era el caso de la STSJ Andalucía/Málaga de 29 de noviembre de 2017, Rec. 1644/2017, ECLI: ES: TSJAND:2017:12912.

⁴⁹ En el mismo sentido la STSJ Castilla y León/Burgos de 7 de septiembre de 2010, Rec. 467/2010.

⁵⁰ Argumentos que repetirá, luego, en STSJ Madrid 26 septiembre 2016, Rec. 352/2016.

Pues bien, como decimos, tras el RD 1620/2011, es más frecuente encontrar esta misma solución. Así, la STSJ Cataluña 8 abril 2013, Rec.7553/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2013:3935, ante las «peculiaridades» propias de la relación «especial» de que se trata, considera que la consecuencia que se sigue no puede ser otra que la de compensar económicamente el límite impuesto por el respeto a la intimidad del hogar familiar con la indemnización prevista para el despido improcedente por la Ley Sustantiva Laboral vigente al tiempo de producirse la extinción de su contrato.

Para la STSJ País Vasco 20 octubre 2015, Rec. 1736/2015, ECLI: ES: TSJPV:2015:3306, resulta «incuestionable» la premisa según la cual la laguna detectada en el reglamento aplicable ha de cubrirse con la normativa laboral común, en los términos previstos en el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011, debiendo acudir, para determinar los efectos económicos que produce la declaración de nulidad del despido, a lo establecido con carácter general para los despidos nulos cuando no resulta viable o pertinente la readmisión, sin que sea admisible, por tanto, equiparar las consecuencias del despido nulo a las del improcedente, máxime cuando su elección se traduce en una inferior tutela, carente de fundamento objetivo, frente a un acto extintivo lesivo de los derechos fundamentales de una trabajadora que, además, y a diferencia de los trabajadores sujetos a relación laboral común, no se beneficia de la prestación por desempleo. Sobre esta premisa, la Sala vasca observa la similitud que el supuesto mantiene con el contemplado en el artículo 286.2 LRJS, en el que la persona despedida en supuestos de acoso laboral, sexual, o por razón de sexo o de violencia de género en el trabajo, puede optar por extinguir la relación con el correspondiente abono de la indemnización procedente y salarios dejados de percibir.

En el mismo sentido, y tras una cuidada exposición de las posiciones de los diversos Tribunales, la STSJ Andalucía/Sevilla 21 de junio de 2018, Rec. 1470/2017, ECLI: ES: TSJAND:2018:4520, apuesta porque la falta de previsión del despido nulo en la normativa especial de empleados de hogar exige aplicar la legislación común, por el carácter supletorio expresamente previsto en aquella, siguiéndose por tanto las directrices del artículo 56 ET para el cálculo de la indemnización.

Para la STSJ País Vasco 12 junio 2018, Rec. 1028/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:1950, la fórmula indemnizatoria del RD 1620/2011 habría quedado superada por un marco normativo superior que ampara el supuesto concreto de la demandante (despido nulo), de aquí el que la indemnización a otorgar sea la propia del despido ordinario, por razón de la nulidad que impera en base al

artículo 55 ET, indemnización que debe comprender hasta la sentencia de instancia, porque es la que declara la nulidad del despido.

La línea marcada por las sentencias citadas, incluida la última, confirmada por la STS 11 enero 2022, Rec.2099/2019, ECLI: ES: TS:2022:61 (aunque sin entrar en el fondo de la cuestión indemnizatoria), se ha venido siguiendo hasta pronunciamientos recientes, como ha sido el caso de la STSJ Cataluña 22 de marzo de 2023, Rec. 2593/2022, ECLI: ES: TSJCAT:2022:9659. No obstante, dicha uniformidad de criterio deja de ser relevante desde el momento en que, como hemos destacado en el apartado correspondiente, el RD-Ley 16/2022 opera una equiparación plena, en lo que a indemnización por despido improcedente se refiere, al régimen común, de manera que la discusión acerca de si correspondían los 20 días de la norma reglamentaria, o los 45/33 de la estatutaria, ha desaparecido de manera inmediata.

3.2.3.1.3 Inclusión de los salarios de trámite y fijación del «dies ad quem»

En cuanto a los salarios de trámite, también la doctrina judicial ha mostrado una evolución evidente, desde la negación absoluta, hasta la aceptación de los mismos, con una extensión cada vez más garantista.

En efecto, ya advertía la STS 5 de junio de 2002, Rec. 2506/2001, que la calificación de improcedencia otorgaba el derecho a una indemnización (20 días por año), pero no el derecho a salarios de tramitación. Al efecto, y pese a no poder resolver el debate casacional en esa cuestión, al carecer de pronunciamiento de contraste para ello, sí «hacía suya» el Alto Tribunal la argumentación de la recurrente, que venía a resaltar cómo la disposición adicional única del RD 1424/1985 ordenaba que «en lo no previsto en la presente norma», sería de aplicación la normativa laboral común, o sea, el artículo 56 ET, en cuanto asigna los llamados salarios de trámite; en rigor, sin embargo, faltaba el antecedente de esta proposición lógica: el artículo 10.1 del citado Real Decreto sí preveía cuáles eran las consecuencias económicas del despido improcedente, y entre ellas no aparece mencionada esa partida reparadora».

Dicha postura del Tribunal Supremo venía precedida de pronunciamientos en la misma línea por parte de los órganos de suplicación, entre ellos los TSJ de Cataluña y Madrid. El primero de ellos, tras reconocer la improcedencia del despido y el derecho a la indemnización reglamentaria, mantenía, en STSJ 23 de mayo de 1998, Rec. 8620/1997 (y posteriormente en STSJ 2 septiembre 1999), que una «cuestión distinta» era la planteada en el recurso relativa a los salarios de tramitación, siendo evidente que el Real Decreto se re-

mite al Estatuto para establecer las causas del despido disciplinario, pero expresamente regula los efectos económicos de la declaración de improcedencia, entre los que no se encuentra la inclusión de salarios de tramitación, por lo que no cabe entender incluida en este tipo de relación la obligación de abonarlos.

La Sala madrileña afirmaba, por su parte, en STSJ Madrid 27 enero 1998, Rec. 5426/1997, que con arreglo al RD 1424/1985, el despido extinguía el contrato, «sin posibilidad de que judicialmente se pueda imponer su restauración»; de ahí que la norma reglamentaria únicamente fijase la indemnización correspondiente, sin contemplar el devengo de salarios de tramitación, ni dar al empresario opción por la readmisión.

Dicha posición inicial, contraria a reconocer salarios de tramitación, se mantenía en diversos pronunciamientos posteriores a la STS 5 de junio de 2002; entre ellos, la STSJ Cataluña 1 marzo 2006, Rec. 6604/2005, para la cual, la previsión específica de las consecuencias del despido improcedente por la norma especial hace inviable la aplicación con carácter supletorio de la normativa común, no procediendo la condena al abono de salarios de tramitación en el caso de empleados de hogar, dado que su normativa propia no contiene previsión alguna de condena al abono de los mismos; la STSJ Comunidad Valenciana 19 junio 2007, Rec. 1579/2007 (que corrige a la sentencia de instancia que los había establecido); o la STSJ Madrid 10 diciembre 2010, que matiza la del Juzgado únicamente en el sentido de revocar la condena que en ella se impuso al demandado a satisfacer al actor los salarios de tramitación, al entender que, aunque en un principio pudiera suscitar dudas, acompaña la razón al recurrente, puesto que así lo tiene sentado una jurisprudencia ya consolidada.

Con todo, algunos tribunales, que no consideraban existiese tal «jurisprudencia consolidada»⁵¹, eran propicios al reconocimiento de tales salarios entre la fecha del despido y el momento en que la nulidad se declaraba. Entre ellos: la STSJ Castilla y León/Burgos 7 de septiembre de 2010, Rec. 467/2010, ECLI: ES: TSJCL:2010:4663 que, «teniendo en cuenta que se ha declarado la nulidad del despido con los efectos del despido improcedente propio de la normativa común, entendemos que tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación como antes se ha declarado para la determinación de la indemni-

⁵¹ Para la STSJ Cataluña 15 de enero de 2013, Rec. 6810/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2013:533, «conforme se desprende del propio tenor literal reproducido, la resolución del Alto Tribunal (en referencia a la STS 5 junio 2002) no entra a resolver sobre la procedencia de los salarios de tramitación, a cuyo abono no condena a la parte demandada, pero respecto a la que carece de un pronunciamiento de contraste que reúna la exigencia de la contradicción, limitándose a reproducir la argumentación de la parte recurrente».

zación». En el mismo sentido, la STSJ Cataluña 15 enero 2013, Rec. 6810/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2013:533, que marca claramente la diferencia entre los supuestos de improcedencia, donde no caben salarios de tramitación, y los de nulidad, en los que la postura es la contraria, ya que, «no encontrándose expresamente contemplado el despido nulo por la norma especial, en los supuestos en que se modulen sus efectos con los propios del despido improcedente, procede el devengo de salarios de tramitación, al reconducirse precisamente tales efectos a los del despido improcedente regulado en la normativa común».

De esta forma, si aplicando supletoriamente la normativa común, se dota a la calificación de nulidad, que lo es únicamente a efectos declarativos, de las consecuencias propias del despido improcedente contemplado en el artículo 56 ET, dicha aplicación supletoria debe llevar aparejada, asimismo, la condena a los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la sentencia⁵².

Haciendo hincapié en esta diferencia sustancial, afirma la STSJ Castilla y León/Valladolid 25 de febrero de 2013, Rec. 2/2013, ECLI: ES: TSJ-CL:2013:931, que aunque la nulidad exija atemperar sus efectos en el empleo doméstico, lo que impide reconocer como obligatoria la readmisión, lo que no puede es excluirse el abono de los salarios dejados de percibir (que devendrían obligados de ser la relación ordinaria), por el hecho de que la norma reglamentaria no contemple tal figura (despido nulo) ni la de los salarios de tramitación, siendo que la decisión extintiva, tachada de nula por discriminatoria, merece un reproche especial, mayor que la meramente injustificada, y exige una reparación proporcionada al perjuicio sufrido. Reafirmando la STSJ Asturias 27 de septiembre de 2018, Rec. 1679/2018, ECLI: ES: TSJAS:2018:3289, que sólo esta respuesta se considera ajustada a supuestos que, como el que nos ocupa, carece de respuesta desde la normativa especial, al tiempo que, por las particularidades de la relación especial, impide acoger la que la normativa general ofrece con carácter prioritario. Lo contrario equivaldría a equiparar cual situaciones homogéneas las que ciertamente no lo son: el despido improcedente y el despido nulo.

A nivel casacional, hay, al menos, dos pronunciamientos que, aun sin un posicionamiento de fondo sobre su devengo, confirman la procedencia de los salarios de trámite, y aclaran, además, la fecha final de su abono. El primero de ellos, el contenido en la STS 29 enero 2020, Rec. 2401/2017, ECLI: ES: TS:2020:591. La Sala identifica como único problema a resolver el circunscri-

⁵² RODRÍGUEZ COPÉ, M.^a Luisa, «Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar. Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada», *Temas Laborales*, núm. 146/2019, pág. 219.

to a determinar la fecha final de la obligación de abono de los salarios de trámite; en efecto, tenía que dilucidar la contradicción existente entre las dos sentencias comparadas, ambas de suplicación, que habían declarado por primera vez la nulidad del despido por discriminatorio y fijado sus efectos indemnizatorios, pero, a la hora de concretar la obligación de abonar los salarios de trámite, discrepaban al fijar la fecha final de la obligación de pagarlos: una entendía que era la de la notificación de la sentencia de instancia y la otra que la de notificación de la sentencia de suplicación que por primera vez declaraba la nulidad del despido. Ante este dilema, la Sala IV considera que el derecho llega hasta la sentencia que por primera vez reconoce la improcedencia o nulidad del despido, esto es la de suplicación en el presente caso, pues ello deriva de lo dispuesto en el artículo 56 ET, siendo además lógico que así sea, porque si la sentencia de instancia es favorable al trabajador, la empresa que recurre viene obligada a pagar los salarios de trámite durante la sustanciación del recurso, conforme al artículo 297.2 LRJS, pago del que no la puede liberar el hecho de que sea el trabajador quien recurra en suplicación para obtener la declaración de nulidad de su despido que es la que le da derecho a los salarios de tramitación. Otra solución comportaría -sigue diciendo- un trato peyorativo de las empleadas de hogar cuyo despido se declara nulo, porque carecería de fundamento privarlas del derecho a los salarios de tramitación que sí tienen otras mujeres en igual situación y sería contrario a lo dispuesto en el artículo 10 de la LO 3/2007.

El segundo, es el contenido en la STS 11 enero 2022, Rec.2099/2019, ECLI: ES: TS:2022:61 que, aunque tampoco se pronuncia expresamente sobre la procedencia y extensión de los salarios de trámite⁵³, viene a validar la STSJ País Vasco de 12 de junio de 2018, Rec. 1028/2018, ECLI: ES: TS-JPV:2018:1950, que había condenado a la empleadora al abono de los mismos (de haberse recurrido por la empleada este extremo, lo lógico, en coherencia con su anterior pronunciamiento, es que el TS hubiese extendido el pago de dichos salarios hasta la fecha de la Sentencia de suplicación, en lugar de hacerlo hasta la de instancia, que es la solución acogida por el tribunal vasco).

⁵³ Al no haberse recurrido por la empleada la sentencia del TSJ, la Sala IV señala que no puede examinar la cuestión relativa al devengo de los salarios de tramitación, que la sentencia del TSJ del País Vasco recurrida entiende que se producen desde la fecha del despido hasta la sentencia de instancia (de fecha 1 de febrero de 2018) y, sin embargo, la STS 77/2020, 29 de enero de 2020, Rec. 2401/2017, en un supuesto también de despido de trabajadora embarazada que en la instancia se había declarado improcedente y en suplicación nulo, declara que se deben salarios tramitación hasta el día que se notificó la sentencia de suplicación que declaró la nulidad de la extinción, por ser la primera sentencia que hizo esa calificación de la extinción.

Con todo, tras la supresión por RD Ley 16/2022 del tratamiento especial que la regulación anterior daba al despido improcedente, es claro que la opción por la readmisión (de producirse ésta), dará lugar al abono de los salarios de trámite, no existiendo motivo alguno para negar la misma posibilidad en caso de nulidad.

3.2.3.1.4 La reparación del daño causado por la decisión declarada nula

Por último, en cuanto a la reparación del daño moral⁵⁴ causado, no hay motivos para apartarse de las reglas que, ante el silencio legal, fijan nuestros tribunales para mitigar lesiones sufridas por trabajadores ordinarios⁵⁵; otra cosa es que el factor psicológico asalte al Magistrado que, en evitación de un «terremoto» para la economía doméstica, atempere un quantum indemnizatorio que, ante una mercantil cualquiera, quizás no vacilaría en imponer⁵⁶.

Sea como fuere, el artículo 183 LRJS establece que cuando se declare en sentencia la existencia de la aludida vulneración, el juez deberá fijar una indemnización, en función tanto del daño moral anudado a la vulneración constitucional, como de los daños y perjuicios derivados de la lesión, la cual será compatible con la indemnización que pudiera corresponder al empleado por la extinción del contrato, así como por otros supuestos contemplados en el ET y demás normas legales.

Y así, constatada la vulneración de un derecho fundamental, debe reconocerse el daño causado y repararse en su integridad, pese a las tradicionales dificultades para su cuantificación.

A este respecto, hemos de considerar lo dispuesto en los Arts. 179.3 y 183 LRJS, que diferencian los daños y perjuicios con una repercusión material o patrimonial directa, de los daños morales anejados a la vulneración del derecho fundamental. Desde ahí que, cuando estemos ante una indemnización por

⁵⁴ Un completo estudio de la materia en ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, «La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos», *Boletín Oficial del Estado*, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2023.

⁵⁵ Un detallado estudio en CUADROS GARRIDO, M.^a Elisa, «Los daños punitivos en el Derecho del Trabajo», *Colex*, 2022.

⁵⁶ Para LLORENS ESPADA, Julen, «La extinción del contrato de trabajo doméstico: despido y desistimiento», *op. cit.*, pág. 185, la sentencia que considere contraria a derecho la decisión de despido de la empleada del hogar embarazada, habrá de diferenciar tanto los daños morales de índole individual que pueda sufrir la víctima, hasta la obtención de una reparación íntegra, como el daño derivado de la propia vulneración del derecho fundamental en sentido abstracto o desde una perspectiva «supraindividual» como «despido injusto ligado a la interacción entre el estatuto biológico de la maternidad y los arquetipos sociales sexistas vinculados a él».

daños y perjuicios, la empleadora del hogar demandante deberá especificar adecuadamente los diversos daños y perjuicios, así como las circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada. Mientras que, cuando se trate de una indemnización por daños morales, se exime a la parte actora de efectuar tal especificación «cuando resulte difícil su estimación detallada», debiéndose pronunciar el tribunal «sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa, para resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión, así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño».

Partiendo de este esquema, y respecto del daño moral sufrido por la empleada del hogar, no observamos en la doctrina judicial una posición uniforme; así, algunas sentencias reconocen el daño de manera automática, sin exigir una prueba detallada de los daños inherentes a tal vulneración, mientras que otras condicionan la reparación económica a la presentación de ciertos elementos objetivos que permitan acceder a lo pedido; sin que falten pronunciamientos que apelan a la discrecionalidad del juzgador⁵⁷.

Sobre esta base, la importante Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de octubre de 2017, Rec. 2497/2015, ECLI: ES: TS:2017:3908⁵⁸, con cita de pronunciamientos anteriores, contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala IV, que afirma que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y que al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización, aceptándose como módulo de valoración en las indemnizaciones por daños morales, el criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por el RDLeg 5/2000, de 4 de agosto (LISOS), el cual ha sido admitido por la jurisprudencia constitucional⁵⁹, y considerado idóneo por la propia Sala IV en pronunciamientos recientes⁶⁰. No obstante, el importe indemnizatorio que se fije judicialmente debe ser suficiente no solo para la

⁵⁷ A modo de ejemplo, la STSJ Madrid 10 abril 2003, Rec. 5757/2002, para la que «no existiendo en el presente supuesto el sustrato fáctico y objetivo preciso, no es dable indemnización» reparadora alguna. O la STSJ Cataluña 8 de abril de 2013, Rec. 7553/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2013:3935 que, desde la dimensión jurídica que ofrece el relato judicial de los hechos, afirma que ningún perjuicio económico queda acreditado y sobre el daño moral debe reiterarse que «el simple sufrimiento emocional producido por un despido injusto no tiene entidad para ser reparado con una indemnización independiente».

⁵⁸ Muy didáctica, Ponente Sempere Navarro.

⁵⁹ STC 247/2006, de 24 de julio.

⁶⁰ Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 08-05-2019, Rec. 42/2018; 25-01-2018, Rec. 30/2017; 19 de diciembre de 2017, Rec. 624/2016; 5 de octubre de 2017, Rec. 2497/2015; 24 de enero de 2017, Rec. 1902/2015; 2 de noviembre de 2016, Rec. 262/2015; 13 de julio de 2015, Rec. 221/2014; 2 de febrero de 2015, Rec. 279/2013; o 8 de junio de 2014, Rec. 282/2013.

reparación íntegra, sino, además «para contribuir a la finalidad de prevenir el daño, es decir, fijando expresamente los principios de suficiencia y de prevención».

Doctrina que mantienen los pronunciamientos más recientes, como la STS 23 de febrero de 2022, Rec. 4322/2019, ECLI: ES: TS:2022:830, que aplica el mismo criterio al caso enjuiciado en tales autos, al entender que «la sentencia recurrida debió de haber estimado la pretensión de reconocer en favor del trabajador una indemnización por daños morales, al ser suficiente a tal efecto las alegaciones que sobre este particular se exponen en el escrito de demanda, no siendo necesariamente exigible una mayor concreción en la exposición de parámetros objetivos de muy difícil cumplimiento en atención a la propia naturaleza de los daños morales reclamados».

De esta forma -se ha afirmado-, la más reciente doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo se ha alejado más, en la línea pretendida por la Ley 36/2011, de 10 de octubre, del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en los supuestos de vulneración de derechos fundamentales⁶¹.

No obstante, como apuntamos al comienzo del apartado, no es común encontrar sentencias que impongan al empleador doméstico indemnización alguna y, cuando lo hacen, suele ser con exigua cuantía. A modo de ejemplo, podemos traer a colación el supuesto contemplado por la STSJ Asturias de 27 de septiembre de 2018⁶², Rec. 1679/2018 (ECLI: ES: TSJAS:2018:3289) dictada en el (desgraciadamente) «típico» caso de desistimiento de trabajadora encinta.

En este caso, el TSJ considera plenamente ajustada en su integridad la indemnización de 1000 € solicitada por la trabajadora, no solo porque se revela una cantidad ciertamente exigua (en comparación con la que se derivaría de la aplicación que viene siendo admitida de otros parámetros tales como al importe medio de las sanciones para infracciones que se contempla

⁶¹ MORALES VÁLLEZ, Concepción, «Sobre la indemnización adicional derivada de la vulneración de derechos fundamentales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2022.

⁶² Afirma RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa, «Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar...» *op. cit.*, pág. 222,» que la postura mantenida en este caso por el TSJ es fruto de una interpretación sensible a los derechos que van unidos a la dignidad de la persona, y que, en este caso concreto, afectan a mujeres con alto grado de vulnerabilidad, como son las trabajadoras-madres empleadas de hogar. Con este proceder, se evitan las consecuencias que puede ocasionar la aplicación de la normativa vigente sin una interpretación flexible o, simplemente, inadaptada a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y, por ende, desprovista del criterio lógico que exige el artículo 3 CC.

en la LISOS ponderando la gravedad de la conducta de la empleadora), sino sobre todo ponderando la incidencia de los hechos que se declaran probados en la vulneración del derecho fundamental y el perjuicio que conlleva a la trabajadora la imposibilidad de readmisión, que es ciertamente un daño más a tener en cuenta a efectos de la efectiva reparación que la tutela judicial debe desplegar⁶³.

En otros casos, se ha tenido en cuenta, para cuantificar el daño moral, parámetros patrimoniales; es el caso de la STSJ Andalucía/Málaga 29 de noviembre de 2017, Rec. 1644/2017, ECLI: ES: TSJAND:2017:12912; en la demanda, la empleada del hogar cesada por razón de su embarazo, solicitaba una indemnización adicional por la vulneración de los derechos fundamentales que, proponía, podría consistir, bien en el abono de los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de la sentencia de instancia, bien en el importe de la indemnización fijada para el despido improcedente en los supuestos de relaciones laborales ordinarias, petición alternativa que la Sala acogió en su primera proposición, estableciendo una indemnización ajustada al importe de los salarios dejados de percibir por la actora desde el momento del cese (13 de octubre de 2015) hasta la fecha de la sentencia de instancia (4 de marzo de 2016) a razón de un salario de 23 € diarios (lo que supone la cantidad de 3289 €, esto es 143 días por 23 € diarios).

En algunos supuestos, la falta de concreción del daño ha determinado la reducción del importe indemnizatorio fijado en la instancia, tal y como hizo la STSJ Cataluña 22 de julio de 2019, Rec. 2079/2019, ECLI: ES: TSJ-CAT:2019:6148, que al no apreciar acreditado ningún perjuicio económico, decidió aplicar el criterio orientativo de la LISOS, pero rebajando la sanción por falta muy grave a la cantidad correspondiente al tramo inferior de su grado mínimo, quedando, por lo tanto, en 6.251 euros, en lugar de los 12.502 que otorgaba la sentencia del Juzgado.

Misma indemnización, por referencia a la falta muy grave en el tramo inferior de su mínimo que aparece la SJS 1 Ibiza de 2 de junio de 2022, Proc. 1652020, ECLI: ES: JSO:2022:6278, como indemnización por despido nulo de una empleada de hogar a la que la empleadora vulneró su garantía de indemnidad.

Dicha cantidad sólo suele superarse cuando el supuesto enjuiciado traspasa ciertos límites, como ocurre, a modo de ejemplo, en la STSJ País

⁶³ Tiene en cuenta así, como parámetro modulador, el daño que casi siempre concurre en estos casos, asociado a la imposibilidad de la readmisión, que es el «efecto negado» que normalmente habría de desplegar la nulidad.

Vasco 13 de mayo de 2014, Rec. 864/2014, ECLI: ES: TSJPV:2014:975, en la que se acredita que el empleador trató de doblegar la voluntad de la demandante, antes del despido, agobiándola sin descanso para obtener ventajas sexuales, en ocasiones forzadas. En este contexto, la Sala revoca el pronunciamiento de instancia que, precisamente, había condenado al empleador doméstico al pago de los citados 6.251 euros correspondientes al grado mínimo, en su tramo inferior, de la multa por falta muy grave (consistente en este caso, en la situación de acoso sexual vivida por la empleada del hogar despedida prevista en el artículo 8.13 LISOS). Para incrementar la indemnización, se parte de la existencia de daños ciertos, como la propia situación de baja médica, así como de otros, morales, más difícilmente objetivables, como el haber soportado tal situación. A partir de aquí, no puede estarse a la cuantía mínima de la sanción, puesto que la conducta empresarial ha sido gravemente vulneradora de derechos fundamentales de la trabajadora, elevándose la cifra hasta los 25.001 € del grado medio de la sanción, en su tramo inferior.

En otras ocasiones, con un exceso de rigor muy cuestionable, se han llegado a anular indemnizaciones, por una «defectuosa» justificación; tal es el caso de la STSJ Castilla La Mancha/Albacete 21 de junio de 2018, Rec. 364/2018, ECLI: ES: TSJCLM:2018:1613. La parte actora (empleada del hogar embarazada cesada por su empleador) había solicitado, como indemnización global por los daños derivados de la vulneración del derecho fundamental, una cantidad equivalente a 240 días de salario, 120 por los 4 meses dejados de trabajar hasta el alumbramiento, y otros 120 días por la prestación de maternidad que le hubiere sido reconocida y no lo fue, petición que fue resuelta en la instancia reconociendo 1000 € en concepto de «daño moral», al entender el Juzgado de lo Social que, vulnerado el derecho, se presumía el daño y éste, según su prudente arbitrio, se establecía en dicha cantidad. Sin embargo, la Sala revocará la citada indemnización, señalando que en la demanda no se solicitó otra indemnización que la derivada de los daños y perjuicios «patrimoniales» ocasionados, no reclamándose cantidad alguna derivada del daño «moral», por lo que el juzgador de instancia se habría apartado de la causa de pedir de la demanda a la hora de fijar la indemnización por un daño moral que no fue demandado, incurriendo la sentencia en un manifiesto caso de incongruencia por «ultra petitum».

3.2.3.2 *El «valor» de los derechos fundamentales como reclamo para la readmisión*

Recordando al Prof. Borrajo Dacruz, destacan Molina Navarrete y Miñarro Yanini⁶⁴, el profundo convencimiento, por parte del maestro, de que el ordenamiento jurídico-laboral había de garantizar una «protección real en el empleo frente al cese injustificado», habiendo lamentado el egregio profesor «la poca vida que tuvo la aportación de la que más orgulloso se sentía en la histórica Ley de Relaciones Laborales: la obligación de readmitir a la persona trabajadora que fuese despedida sin justa causa (sin opción empresarial)».

De este modo, indican ambos autores, cómo «en la línea con el entonces ideal normativo referencial, el *Statuto dei Lavoratori* (1970), hacía gala de un garantismo fuerte del puesto (artículo 35 LRL), a modo de un derecho real (propiedad) inalienable (innegociable), salvo justa causa extintiva. No aceptaba el juego de mercado: predeterminación legal de un precio (indemnización) a cambio de permitir un poder de despedir sin causa. Para él, la regla de indisponibilidad venía exigida por el principio-valor superior de la libertad humana, actuando, *de facto*, la regla de disponibilidad arbitraria como un privilegio dominical, resabio feudal (desterrado por la STC 88/1985, de 19 de julio): vasallaje («señor/vasallo») y/o servidumbre (amo/siervo»). Ni siquiera en época de emergencia aceptaba esa disponibilidad, preconizando la lógica sacrificial: la empresa debe comprometerse a salvaguardar el empleo, y la persona trabajadora deberá aceptar el empeoramiento (temporal) de condiciones de trabajo («más pobres, pero más libres»»).

Sin embargo, la realidad más «tozuda» acaba imponiéndose con frecuencia a los ideales normativos, admitiéndose por aquellos que conocen y trabajan la ley, que son posibles aplicaciones distintas, más o menos «impuestas» por finalidades diversas, además de legítimas⁶⁵. Motivo este último por el que, como hemos analizado en el anterior apartado, la doctrina judicial de nuestro país se ha decantado, casi de manera unánime, por negar el efecto de la readmisión forzosa para el colectivo de trabajadoras del hogar, pese a constatarse la vulneración de derechos fundamentales en la decisión extintiva.

⁶⁴ MIÑARRO YANINI, Margarita y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Nuevas controversias de derecho vivo del trabajo y de la seguridad social: *in magister memoriam* don Efrén Borrajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 470, 2022, pág. 181.

⁶⁵ Parafraseando a Karl Larenz, los autores de la Glosa citados en la nota anterior, hacen referencia a la «jurisprudencia de intereses» que termina imponiéndose a la «jurisprudencia de valores».

Que se trate de una posición casi pacífica en la doctrina judicial no evita su cuestionamiento por quienes apuestan por soluciones de estabilidad real⁶⁶ frente a compensaciones económicas, aunque estas añadan una reparación «extra» de la lesión constitucional. En este contexto, la Sentencia del TSJ Andalucía/Sevilla de 14 de julio de 2022, Rec. 3149/2020, ECLI: ES: TSJAN:2022:9801, ha reavivado el debate, mediante un pronunciamiento tan sugerente como arriesgado, contrario a la monetarización de derechos indisponibles, pese al ámbito singular en el que habrá de desenvolverse el vínculo restaurado por dicha resolución judicial.

Emerge, de esta forma, de entre los postulados minoritarios, la sentencia que firma el Magistrado Pérez Beneyto Abad, que viene a reactivar, desde la base inalienable de los derechos fundamentales, un debate que permanecía silenciado. El supuesto de hecho que sustenta el Fallo, nada original, comprende el desistimiento del contrato de una trabajadora embarazada, basado, en apariencia, en la no aceptación por su parte de la modificación horaria propuesta por la empleadora por motivos de reestructuración familiar; pero la fundamentación jurídica que apuntará el Tribunal andaluz es extrapolable a cualquier medida discriminatoria (lo que a su vez hay que relacionar con la ampliación causal acometida por el Legislador mediante la Ley 15/2022).

Observamos que, paradójicamente, desde la instancia, la empleada doméstica cesada, pese a reclamar la nulidad del cese por traer causa de su embarazo, en ningún momento pretendió ser readmitida en el puesto de trabajo. El Juzgado de lo Social desestima su demanda, al entender válido el desistimiento y, al recurrir el fallo, se limita a pedir a la Sala las consecuencias de un despido improcedente junto a una indemnización equivalente a los salarios que hubiera percibido desde el despido hasta la sentencia.

El TSJ «despacha» la cuestión más sencilla (la calificación del despido) de una manera escueta y nada sorprendente: la aplicabilidad del artículo 11 RD 1620/2011 no excluye la del artículo 55.5.b ET que dispone la nulidad objetiva del despido de «las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo de la suspensión del periodo de suspensión a que se refiere la letra a)», por lo que el despido de la trabajadora al servicio del hogar familiar embarazada ha de considerarse nulo.

⁶⁶ Algún pronunciamiento aislado, como la STSJ Madrid de 6 de marzo de 2019, Rec. 822/2018, ECLI: ES: TSJM:2019:1849, una vez declarado nulo el despido por efecto de la nulidad objetiva (trabajadora embarazada en el momento de desistimiento del contrato por el empleador), ha decidido ofrecer al empleador la posibilidad de optar entre readmitir a la demandante o indemnizarla con arreglo al artículo 56.1 ET, con abono de los salarios de tramitación en todo caso.

La segunda cuestión (las consecuencias de la nulidad), tampoco ofrecía, a priori, ninguna complejidad, pues el TSJ podía haber acudido a la doctrina, aparentemente pacífica a esas alturas, según la cual, correspondía a la recurrente una indemnización de 33 días de salario por año trabajado, salarios de tramitación hasta la sentencia de suplicación y, en su caso, una indemnización adicional fijada prudencialmente por la Sala. Y mucho más cuando la propia empleada nunca pretendió la readmisión.

Y aquí es donde el Tribunal andaluz, obviando el principio dispositivo («la trabajadora cuestiona la readmisión y pretende enajenar su derecho a la readmisión por una indemnización»), pese a ser coincidente el interés de ambas partes en este extremo (el deseo de no reanudar el vínculo), decide solucionar el conflicto de la única manera que entiende posible: aplicando la regla de la «inalienabilidad de derechos», según la cual «cuando el Derecho fija unas consecuencias a unos daños objetivamente (con independencia del cuidado o el nivel de actividad desplegados por el dañante) no cabe utilizar un sucedáneo del mercado permitiendo a los particulares ponderar, en este caso la dignidad de la mujer, esto es, ponerle un precio»; pues el carácter de derecho fundamental de la no discriminación por razón de sexo puede limitar la autonomía privada.

El carácter fundamental del derecho a la no discriminación, en este caso por razón de sexo (en cuanto la demandante es una mujer embarazada), es un argumento suficiente para limitar aquella autonomía privada y, en la medida en que pueda afectar al bienestar general de la Comunidad, negar la alienación de un derecho reconocido por el artículo 55.6. ET.

Esa idea principal se «adorna» con consideraciones finalistas, más propias de la filosofía del derecho, seguramente bienintencionadas, pero a la vez alejadas de la realidad que analiza, según las cuales «es más deseable vivir en una Sociedad en la que las trabajadoras puedan embarazarse sin temor a represalias, que en una Sociedad en la que los contratos de trabajo hicieran inexistente prácticamente tal posibilidad, de forma que si la extensión de la posibilidad de “permutar” lo legalmente reconocido por un “precio” tienen ese efecto, debemos negar la validez porque aquellos que tienen una preferencia de menor intensidad (están dispuestas a renunciar a la readmisión a cambio de un precio) estarían afectando a las que tienen una preferencia intensa por conservar ese derecho»; de manera que, para la Sala, merecen una mayor protección aquellas preferencias cuya realización mejore las posibilidades de los individuos de llevar una vida digna y de desarrollar libremente su personalidad (artículo 10 CE). Y así, cuanto más próxima esté la preferencia a la posibilidad misma de vivir y de hacerlo dignamente (preferencia por no ser lesionado o sufrir daño físico o torturas o a que no nos impidan cualquier libertad de movimientos o preferencia

por poder expresarnos más o menos libremente...o preferencia por tener descendencia) mayor será el valor que cabe atribuir a la preferencia y más nos aproximaremos a considerarla una preferencia inviolable. Y, si ello lo enlazamos con el carácter inviolable de la dignidad humana, se entenderá perfectamente que cuanto más valiosa para una vida digna sea una preferencia, más razones habrá para considerar que un pacto contractual por el que se ponga un precio a la misma genera una externalidad sobre la población en su conjunto que reduce el bienestar general en la medida en que el nivel de dignidad de la población en general se verá reducido según se puede inferir de este caso en que si damos validez a esta opción contraria al artículo 56 ET y se generaliza, admitiéndose en muchos casos, aquellas trabajadoras con una preferencia elevada por embarazarse recibirán condiciones mucho peores que las que no tienen esa preferencia intensa por la posibilidad de embarazarse, con lo que a las primeras la opción antes dicha les perjudica».

La conclusión, válida para el caso enjuiciado, pero extrapolable, a su vez, a cualquier supuesto en que entre en juego un derecho fundamental, es la necesidad de aplicar la «regla de inalienabilidad» ante extinciones unilaterales discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales en las que a pesar de que el ofensor u ofendida estén dispuestos a pagar (y recibir) una cantidad, no cabe consentir que se ejecute su voluntad.

En este contexto, afirma la Sala sevillana que la posibilidad de permutar lo legalmente establecido (la readmisión) por un precio en extinciones unilaterales discriminatorias o que vulneren derechos fundamentales carece de eficacia, ya que el ordenamiento jurídico prohíbe tales transacciones porque colectivamente se consideran intolerables, al margen de la utilidad, que no eficiencia, que tales operaciones pudieran acarrear. Como vemos, es una tesis basada en la función social del derecho, quizás demasiado rígida y alejada de la problemática real que hay que resolver.

A estas alturas, seguramente el lector ya se habrá preguntado ¿y qué ocurre con la intimidad familiar, la inviolabilidad del domicilio, la singularidad de un empleador no productivo, la necesidad de mantener la confianza, etc., que, hasta la fecha, han sustentado toda una doctrina judicial contraria a la readmisión forzosa? Pues simplemente que al TSJ andaluz, todo eso le parecen «falacias»; y así a) Es una falacia pensar que el servicio doméstico no forma parte de la economía de mercado (como si no se prestase a cambio de una contraprestación económica, en su mayor parte monetaria; es una obviedad que las empleadas domésticas no trabajan por placer ni amor al arte, y aún menos por devoción a sus empleadores); b) Igualmente falaz es Preámbulo del RD 1620/2011, que para identificar al empleador, recurre al subterfugio de

dotar al hogar de un «titular» cuando, en nuestra práctica jurisdiccional, para identificar al empleador hay que acudir al concepto general de empresario laboral, definido en el ET, por el cual, «serán empresarios todas las personas... que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior», esto es, la de aquellos «trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona»; c) Como falaz es la apelación a la confianza, que no puede justificar la excepcionalidad del régimen especial, pues los activos de los hogares suelen ser menos valiosos que los de las empresas y, en la regulación del mercado de trabajo no se opta por dar importancia a la confianza salvo en el ámbito de los contratos de dirección; en el resto, esa variable carece de escaso protagonismo en la regulación laboral.

Como ha señalado la doctrina, el reciente pronunciamiento, pese a ser aislado, abre un nuevo escenario en cuanto a los efectos que se derivan de la declaración de nulidad de la extinción contractual de las personas empleadas del hogar, siendo una «incógnita» la repercusión que esta tesis, basada en la «función social» del derecho, pueda tener en un futuro próximo⁶⁷.

Desgraciadamente, el RDL 16/2022 no aporta solución alguna a esta problemática, por lo que seguirán siendo los órganos judiciales los que perfilen los márgenes de la readmisión en casos de nulidad en el empleo doméstico.

3.2.3.3 *La conveniencia de un pronunciamiento casacional*

Honestamente, la «conveniencia» de un pronunciamiento casacional que intitula el presente apartado, obedece más a una inquietud intelectual, que a una necesidad acuciante de que el Alto Tribunal se pronuncie sobre la cuestión, dado que, a juzgar por el criterio mayoritario de nuestros jueces y tribunales, claramente contrario a la readmisión, no parece necesario que éstos deban ponerse de acuerdo en torno a la buena doctrina que pueda fijarse en casación unificadora.

Sea como fuere, y pese a la expectación por conocer la posición del Tribunal Supremo, lo cierto es que a la fecha en que se redactan estas líneas, no tenemos respuesta, y ello porque aún no se le ha planteado directamente la cuestión, sin que el Alto Tribunal haya dado ninguna «pista» *obiter dicta*, de

⁶⁷ GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar», *op. cit.*, pág. 53, que considera que la sentencia adopta una «postura rígida y dogmática, que se aleja de la problemática real que pretende resolver, desconociendo, además, la construcción jurisprudencial previa que había venido fundamentando posturas divergentes...».

su eventual posición, en los escasos recursos de nulidad de despidos de empleadas de hogar que le han llegado.

En efecto, en su sentencia de 29 de enero de 2020, Rec. 2401/2017, ECLI: ES: TS:2020:591, el Alto Tribunal analizó un supuesto en el que la trabajadora, cuya empleadora conocía su embarazo, fue cesada por desistimiento basado en la pérdida de confianza, siendo condenada en la instancia por despido improcedente que el TSJ transforma en nulo, fijando como consecuencias la indemnización legal y salarios de trámite hasta el día de notificación de la sentencia de instancia.

La contradicción a resolver es, exclusivamente, la fecha hasta la que viene obligada la empleadora al pago de los salarios de tramitación, decantándose el TS por la posición de la referencial, que obligaba al pago de los mismos hasta el día en que se notifica la sentencia de suplicación que declara la nulidad. El TS lógicamente sabe, y así lo afirma, que el artículo 55.6 ET, en el ámbito sustantivo, y el 113 LRJS en el procesal, obligan a la readmisión, pero en este caso, la Sala de Suplicación decidió declarar la nulidad de la decisión, extinguiendo la relación laboral con condena a la empresa de la indemnización por despido improcedente prevista en el ET, decisión que aquí no se combate.

Tampoco hemos salido de dudas dos años después, dado que la STS de 11 de enero de 2022, Rec. 2099/2019, «prisionera» de los términos de la contradicción planteada, vuelve a esquivar la deseada respuesta. También en este caso, la Sala de suplicación había revocado la sentencia de instancia (al considerar que el desistimiento del contrato de la empleada encinta no es improcedente, sino nulo) y condenado a la empleadora a abonar la indemnización estatutaria y los salarios dejados de percibir desde el despido hasta la fecha de la sentencia del Juzgado, añadiéndose, en este segundo caso, el abono de una indemnización adicional.

Como afirma la Sala, la contradicción queda planteada en el extremo de la «calificación de nulidad» del despido, no pudiendo examinar, por tanto, otras cuestiones, como la inexistencia de readmisión, con la que la impugnación del recurso de la trabajadora muestra expresamente su conformidad.

LA EXTINCIÓN *AD NUTUM* DURANTE EL PERÍODO DE PRUEBA

Rasgo característico del período de prueba regulado en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, es la libertad en la elección de la causa de extinción contractual, añadida a la flexibilidad formal de dicha decisión¹ y a la ausencia de indemnización. Esto es, la persona empleadora (también la persona trabajadora), dentro del marco temporal establecido en el contrato de trabajo como período de prueba, puede acordar la extinción de éste mediante el mero desistimiento, decisión que, si bien nunca es puramente acausal (pues vendrá forzosamente determinada por un motivo, más o menos acertado, incluso una sensación) no precisa, en la regulación legal actual, de exteriorización de causa ni de formalidad alguna (a salvo de lo que, en su caso, pueda disponer la autonomía colectiva). Basta, pues, la mera manifestación de voluntad, informal, sin expresión del hecho o motivo del desistimiento, operando, durante esta fase inicial del contrato, una presunción de legitimidad de los motivos del cese, cuyo límite es el respeto a los derechos fundamentales.

El esquema (extrapolable al ámbito del empleo doméstico, siempre que el contrato se mantenga en los márgenes temporales del período de prueba pactado), se ha visto afectado, al menos indirectamente, por la irrupción de una nueva causa extintiva: la del artículo 11.2, del RD 1620/2011, redactado conforme al RDLey 16/2022, de 6 de septiembre, que únicamente opera al superarse el marco temporal del período de prueba, lo que ha devuelto a éste su protagonis-

¹ Como indica QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, «Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 164, 2014: «el núcleo de la regulación del período de prueba del contrato de trabajo es la facultad de desistimiento de la relación laboral..., facultad que se ejercita libremente y sin preaviso».

mo, quedando como único reducto que conserva, como señas de identidad extintiva, la inexigencia de causa y su informalidad.

4.1 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL PERIODO DE PRUEBA EN EL EMPLEO DOMÉSTICO

4.1.1 Antecedentes

Su carácter «reproductivo»² y la tradicional concepción de esta relación como arrendamiento de servicios, ha dificultado su inclusión en el ámbito laboral y, desde luego, cualquier intento por darle un tratamiento homogéneo y cercano al ámbito común. En efecto, prácticamente excluida del ámbito laboral³ hasta su inclusión como relación laboral especial por la Ley de Relaciones Laborales de 1976⁴, condición con la que se mantuvo en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, no fue hasta su desarrollo reglamentario por RD 1424/1985, de 1 de agosto cuando se pudo considerar, efectivamente, incluido el trabajo doméstico entre las relaciones de trabajo, a través del citado Real Decreto, que permaneció vigente durante un cuarto de siglo, hasta la modificación operada por RD 1620/2011, de 14 de noviembre⁵.

² MARÍN MARÍN, José y FONTES BASTOS, M.^a Dolores, «Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas», Ed. Murcia Acoge, 2007, pág. 14, definen como «trabajo reproductivo» a aquel que comprende servicios de reproducción social, esto es, las actividades que se desarrollan en el ámbito doméstico destinadas a gestionar la infraestructura del hogar y a atender y mantener las necesidades de la familia, ... es decir, un proceso de producción de bienes y servicios, pero no destinados al intercambio sino al autoconsumo familiar, generando un valor de uso consumible por la unidad doméstica».

³ MIÑAMBRES PUIG, César, «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157/2013, pág. 1, destaca cómo «las particularidades del trabajo del criado doméstico, vieja denominación que acuñaba nuestro vetusto, pero aún vigente Código Civil, artículo 1.584, hacía que la prestación de servicios de estos sirvientes, basada sobre todo en una relación de confianza respecto al amo, permaneciese cercana, pero al margen del contrato de trabajo.

⁴ Es cierto que antes fue incluida por la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, pero el Texto Refundido de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 la excluyó.

⁵ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Aranzadi Social*, núm. 7/2013, pág. 1, realizando una certera síntesis, da cuenta de que el trabajo doméstico es una de las fuentes de empleo más importantes tanto por el número de trabajadores que ocupa, como por su contribución al funcionamiento general de la economía y la vida social, contribuyendo al crecimiento de la riqueza y el PIB de los países, al liberar a otras personas de los quehaceres domésticos para dedicarse al desempeño de actividades económicas, educativas o sociales. Al mismo tiempo, incrementan el bienestar social con su atención a enfermos, ancianos y niños, lo que permite hacer efectiva la conciliación de la vida laboral y familiar. Los cambios sociales y demográficos de las últimas décadas: incorporación de la mujer al mercado de trabajo, envejecimiento de la población y aumento de la esperanza de vida, entre otros, han incrementado la demanda de este trabajo, que a pesar de la crisis es un sector que sigue creando empleo. Sin embargo, es una de las formas más precarias, peor

Con independencia de cuál haya sido su regulación a lo largo del tiempo, lo que resulta evidente es que el entorno en el que se desarrolla el trabajo doméstico, antes y ahora, es una singularidad más que suficiente para configurarlo como relación especial y, con la misma contundencia, considerar necesario el establecimiento de un período de prueba en el que decidir si aquella persona que, forzosamente, se integrará en un entorno íntimo y familiar, cumple las expectativas marcadas y genera la confianza necesaria para estabilizar el vínculo laboral.

4.1.2 La presunción de su existencia en el Real Decreto 1424/1985

La norma que, por primera vez⁶, «laboralizaba» el empleo doméstico, introduciendo normas de derecho necesario y garantía de condiciones mínimas, optó por «presumir» existente un período de prueba durante quince días de trabajo efectivo, y ello por la sola circunstancia de haberse formalizado una relación laboral de esta índole.

En efecto, el artículo 4.3 RD 1424/1985 establecía que «la relación laboral se presumirá celebrada a prueba durante quince días, computándose a estos efectos aquellos días en que se da prestación de servicios efectiva».

Ello significaba, no sólo la innecesariedad de acuerdo escrito para incluir un período de prueba en la relación recién instituida, sino que, en defecto de pacto, siempre se entendía sometida la relación a prueba durante los primeros quince días, salvo prueba en contrario.

Por lo demás, el citado precepto no establecía una duración máxima, por lo que, en ausencia de convenio colectivo, habrían de operar los límites máximos del Estatuto de los Trabajadores.

En última instancia, solo computaban, a efectos de duración, los días en los que efectivamente se hubiese desarrollado la prestación laboral (sin contar días no laborables, festivos, etc.).

Ello no implicaba una renuncia total a la autonomía de las partes (propia de la tradición civilista que inspiraba el anterior arrendamiento de servicios),

remuneradas y desprotegidas de empleo, debido a que tradicionalmente ha sido considerado un trabajo informal, no generador de riqueza, sino medio de satisfacción de necesidades familiares. Derivado de esta creencia cultural es un sector altamente feminizado, compuesto fundamentalmente por trabajadoras extranjeras que en muchas ocasiones trabajan de forma irregular, sobre todo cuando se ofrece alojamiento y comida. A ello se une que al desarrollarse en el círculo de convivencia familiar es difícil su organización como colectivo y el control de la legalidad; factores que lo hacen invisible a efectos de estudios y encuestas estadísticas y alimentan la precariedad.

⁶ Sin olvidar el antecedente del Código de Trabajo republicano.

pues aquella presunción regía salvo pacto en contra o con distinto alcance⁷; de no existir declaración de voluntad distinta, se presumía concertada a prueba la relación laboral durante los primeros quince días de trabajo efectivo.

Para justificar el establecimiento de aquel período de prueba, aún sin pacto, algunos autores señalaban que la recíproca confianza que caracteriza muy particularmente esta relación especial es lo que explica que la relación de trabajadores al servicio del hogar familiar tuviera establecida una presunción de que el período de prueba se había establecido por quince días, si bien cabía, mediante prueba en contrario, acreditar la existencia de un pacto más largo, más corto, o incluso la renuncia al mismo⁸.

La Jurisprudencia del momento, encontraba el fundamento de la institución regulada en el artículo 14 ET, en que la misma «se ofrece tanto en beneficio del trabajador, como en beneficio del empresario, y en que su finalidad no sólo es la primordial de constatar la aptitud técnica de aquél para la labor concreta encomendada, sino la de conocer otros datos relevantes y condiciones personales de ambos de los que conviene estén informados, de un lado el empleador, para una mejor satisfacción de sus intereses empresariales tales como disciplina, instrucción, diligencia, rendimiento, etc., y de otra el operario, al que le interesa comprobar en la práctica el ambiente en que su tarea se va a desarrollar y desempeñar, el estado de organización de ésta, etc., en definitiva el conocimiento mutuo y lo más completo posible de los contratantes, para eliminar riesgos futuros y en orden al desarrollo de unas relaciones laborales continuadas, correctas y eficientes» (STS 12-3-1987).

Podemos entender, no obstante, que la misma necesaria confianza ha de presidir hoy la relación laboral y, sin embargo, el legislador –como veremos– ha optado ahora por incluir la exigencia escrita del pacto de prueba para poder considerarlo válido, eliminando, de esta forma, los inconvenientes que, en la práctica, conllevaba el acceso a presunciones.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que, según el artículo 4.2 del RD 1424/1985, en defecto de pacto, el contrato de trabajo se presumía concertado por tiempo determinado de un año, de manera que todas estas presunciones legales, al favorecer la temporalidad y el período de prueba, venían a debi-

⁷ Según BALLESTER PASTOR, M.^a Amparo, «El período de prueba», *Ed. Tirant Lo Blanch*, «Colección Laboral», Valencia, 1995, pág. 68, se podían fijar contractualmente –con la anterior normativa– duraciones inferiores o superiores a las establecidas en el precepto, e incluso renunciar a someter la relación laboral a prueba.

⁸ DURÁN LÓPEZ, Federico, «El período de prueba», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1988, pág. 95.

litar la posición jurídica de la persona empleada doméstica y su derecho a la estabilidad en el empleo⁹.

Dichas previsiones legales originaron ciertos conflictos que, judicializados, dieron lugar a resoluciones interpretativas de aquella normativa, destacando los supuestos en que, pese a la presunción de existencia, las personas trabajadoras cesadas pretextaban, con poco éxito, la no inclusión expresa del pacto en el contrato. Así, en STSJ Navarra 14 de febrero de 2000, Rec. 56/2000, la trabajadora consideraba despido improcedente el cese durante el período de prueba acometido por su empleadora, al defender que «las partes no quisieron establecer período de prueba», alegación que, a falta de acreditación, cede ante la presunción legal, y ello pese a que las partes, en lugar de acogerse a la temporalidad anual, optaron por suscribir contrato de carácter indefinido. O en SJS 2 Pamplona 2 de diciembre de 1999, Proc. 500/1999, en que la demandante, que alegaba su estado de embarazo, cuestionaba la extinción de su contrato por no superar el período de prueba, al no constar dicho pacto en el contrato, argumento desechado por el Juzgado, en atención a la literalidad del precepto, que presume su existencia durante los primeros quince días.

En otros casos, sin embargo, se negó la operatividad de dicha presunción al no instrumentalizarse por escrito la propia relación laboral, lo que impedía su vinculación a un período de prueba, así como la extinción del contrato de trabajo basado en la no superación del mismo (STSJ Madrid 25 de abril de 2007, Rec. 259/2007).

4.1.3 Mayores exigencias en el Real Decreto 1620/2011

El RD 1620/2011, con mayor precisión que otras normas reguladoras de relaciones laborales especiales, nos ofrece, en su Exposición de Motivos, una justificación clara de dicha especialidad¹⁰, la cual, como hemos visto en pasajes anteriores del trabajo, se basa en la máxima confianza inherente al círculo de intimidad familiar en que se desenvuelve la prestación de servicios contratada, al que se añade la condición de «empresario» que ostenta el titular del hogar

⁹ Según establecía el artículo 9 del Decreto 1424/1985, el contrato podía extinguirse por mutuo acuerdo, por las causas válidamente consignadas en el contrato, por expiración del tiempo, por dimisión del trabajador, por muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del trabajador, por muerte o incapacidad del empleador, fuerza mayor, voluntad del trabajador, despido o desistimiento del empleador.

¹⁰ QUESADA SEGURA, ROSA, «El contrato de servicio doméstico», La Ley, 1991, pág. 59 señala que «estamos ante una de las relaciones laborales especiales en las que verdaderamente existen razones sustanciales para evitar la normativa general».

familiar, en una relación cuyo objeto es totalmente ajeno a fines productivos¹¹. En este entorno, establece el artículo 6.2, del RD 1620/2011¹², que «podrá concertarse por escrito un período de prueba en los términos del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores» y que «durante dicho período, que no podrá exceder de dos meses, salvo lo previsto en convenio colectivo, el empleador y el empleado de hogar estarán obligados a cumplir con sus respectivas prestaciones, si bien podrá producirse la resolución de la relación laboral por cualquiera de las partes, con el período de preaviso ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso, de siete días naturales».

La posibilidad, ahora, de que el contrato se formalice por tiempo indefinido (artículo 6.1.) y la consiguiente limitación de la temporalidad causal a los supuestos legalmente permitidos (a diferencia de la regulación anterior, permisiva con la temporalidad sin causa), confiere un mayor protagonismo al período de prueba, como institución que garantiza el «acierto» en la contratación de quienes ahora, de aplicarse correctamente la normativa, adquirirán el carácter indefinido de su relación laboral, una vez superado el lapso temporal propio de dicha fase de prueba.

El artículo 3 RD califica a la normativa laboral común como fuente supletoria, «en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación» (los convenios colectivos, la autonomía individual, ajustada a la normativa legal y convencional precedente, plasmada en el contrato de trabajo, así como los usos y costumbres locales y profesionales), fórmula abierta que precisará ser concretada por la vía interpretativa, en función del caso concreto.

Con respecto al período de prueba, la regulación de esa relación laboral especial dista mucho de la anterior normativa, contenida en el RD 1424/1985, de 1 de agosto, cuyo artículo 4.3, como vimos, establecía una presunción de

¹¹ Quizá es en esta relación en la que más claramente puede defenderse el período de prueba como instrumento hábil para conocer las cualidades personales del trabajador que, en otros ámbitos, podrían considerarse menos relevantes. En este sentido MELÉNDEZ MORCILLO-VELARDE, Lourdes, SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina y PALOMINO SAURINA, Pilar, «La relación especial del personal al servicio del hogar familiar», *op. cit.*, pág. 145, la definen como «una relación fiduciaria caracterizada por la confianza personal y la fiabilidad del trabajador», destacando (con cita de QUESADA SEGURA, Rosa) que «ciertas cualidades personales y morales del trabajador, su carácter y rasgos de personalidad que en un trabajo ordinario pueden resultar del todo irrelevantes, aquí cobran especial importancia porque influirán en el contacto personal».

¹² «Podrá concertarse por escrito un período de prueba en los términos del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. Durante dicho período, que no podrá exceder de dos meses, salvo lo previsto en convenio colectivo, el empleador y el empleado de hogar estarán obligados a cumplir con sus respectivas prestaciones, si bien podrá producirse la resolución de la relación laboral por cualquiera de las partes, con el período de preaviso ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso, de siete días naturales».

existencia, en estos contratos de trabajo, de un período de prueba, cuya duración era de quince días» de trabajo efectivo.

Actualmente, tal flexibilización del requisito ha desaparecido, exigiéndose, como se ha dicho, un acuerdo escrito¹³ para establecer el período de prueba, cuyo cómputo no se ajusta legalmente a los días efectivos de prestación de servicios. Se trata, por tanto, de una exigencia formal que vincula a ambas partes y que dota de seguridad jurídica al pacto¹⁴.

En cuanto a la duración, y en defecto de lo que se establezca en convenio colectivo, el establecimiento de un período máximo de dos meses viene a representar, por una parte, una ampliación significativa teniendo en cuenta los quince días de la regulación anterior¹⁵ y, por otra, la reducción de un mes con respecto al período de tres meses establecido, en la norma estatutaria, para las empresas de menos de 25 trabajadores.

Por otra parte, en los contratos de trabajo de duración determinada por tiempo inferior a seis meses (salvo previsión distinta en Convenio colectivo), el período de prueba no podrá exceder de un mes, en aplicación del artículo 14 ET.

Peculiaridad destacable del período de prueba en el sector del trabajo doméstico es la posibilidad de pactar un preaviso para el desistimiento¹⁶ en un plazo de siete días¹⁷. De esta forma, el artículo prevé la posibilidad de separar en el tiempo comunicación y efectos de la decisión extintiva; y aunque no se imponga en todo caso esta comunicación previa, la misma constituye una diferencia destacada con respecto al régimen resolutorio durante la prueba en las

¹³ Para ASQUERINO LAMPARERO, M.^a José, «El período de prueba en las relaciones laborales especiales», *Temas Laborales*, núm. 139/2017, pág. 200, «En la actualidad, la relevancia de la prueba no es menor, pero para dotar de mayores garantías a la posición más débil que asume el empleado, se exige la forma escrita».

¹⁴ En tal sentido, la STSJ Galicia 6 de octubre de 2022, Rec. 4797/2022, ECLI: ES: TSJ-GAL:2022:6746, en un supuesto en el que el empleado de hogar negaba virtualidad al pacto de prueba, por haber prestado servicios previos a la contratación, señala que «el período de prueba viene expresamente recogido en el contrato de trabajo firmado por el trabajador, por lo que cualquier intento de decir que no dio su consentimiento para dicho período de prueba conduce, sin más, al fracaso».

¹⁵ Para LLANO SÁNCHEZ, Mónica, «El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar», *ACTUALIDAD LABORAL*, núm. 6, 2012, pág. 13, la ampliación de la duración máxima de 15 días a dos meses parece razonable si se tiene en cuenta la más que probable duración de los nuevos contratos, una vez desaparecida la presunción de temporalidad anual sin causa».

¹⁶ ROMERAL HERNÁNDEZ, M.^a José, «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Aranzadi Social*, vol. 6, núm. 7, 2013, pág. 6, indica que «Esto (el preaviso) es así porque el repentino desistimiento de cualquiera de las partes puede suponer una alteración en la organización de la vida (en el caso del empleador, sirva como ejemplo el supuesto en que los servicios sean para atender menores o ancianos; del lado del empleado imaginemos el supuesto de trabajadores extranjeros sin familia ni recursos para conseguir alojamiento de urgencia)».

¹⁷ Con redacción confusa se indica que el preaviso «no podrá exceder... de siete días naturales», para referirse a que aquel no podrá tener una duración superior a siete días.

relaciones laborales ordinarias, en las que la decisión extintiva no está limitada temporalmente.

4.2 INCIDENCIA DEL REAL DECRETO-LEY 16/2022. CONSECUENCIAS DE LA ELIMINACIÓN DEL DESISTIMIENTO

Formalmente, la reforma operada por el RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre, no ha afectado al período de prueba, al no encontrarse el artículo 14 entre los preceptos del Estatuto de los Trabajadores que retoca dicha norma, ni el artículo 6 entre los preceptos del RD 1620/2011 afectados por la reforma.

No obstante, sí encontramos efectos «colaterales»; como sabemos, esta relación especial, dadas las singularidades apuntadas, contaba, hasta la reforma operada por el RD Ley 16/2022, con un mecanismo extintivo empresarial muy particular: el desistimiento empresarial, una vez superado el período de prueba¹⁸, con lo que, de hecho y de derecho, se prolongaba, *sine die*, la prerrogativa empresarial de extinción acausal¹⁹, si bien que, en este segundo momento, ya indemnizada²⁰.

Ahora, sin embargo, la modificación que el RD Ley 16/2022 hace del artículo 11.2 del RD 1620/2011, introduce una nueva y triple modalidad extintiva, específica para el colectivo de personas empleadas del hogar que, por una parte, parece cubrir el vacío generado por la supresión del desistimiento y, por otra, se asemeja demasiado a un despido objetivo con indemnización minorada. Nos referimos, como ya vimos en su apartado correspondiente, a la «disminución de los ingresos de la unidad familiar o el incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida»; la «modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifiquen que se prescinda de la persona trabajadora del hogar»;

¹⁸ En virtud del artículo 11.3 RD 1620/2011 (en su redacción originaria), el contrato podía extinguirse por desistimiento del empleador, que podrá decidirse en cualquier momento del transcurso de la relación laboral y que deberá comunicarse por escrito haciendo constar inequívocamente tal causa, poniendo a disposición del empleado una indemnización de 12 días naturales por año de servicio (manteniéndose los 7 días de la regulación anterior para los contratos suscritos antes de la entrada en vigor del nuevo RD).

¹⁹ PALOMINO SAURINA, Pilar, «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *Información Laboral*, núm. 5/2012, pág. 3, añade, a este respecto la interesante consideración de que «la superación del período de prueba en el trabajo al servicio del hogar familiar no impide extinguir el contrato por ineptitud originaria del trabajador, en la medida en que mediante el libre desistimiento no hace falta alegar causa alguna para dar por terminada la relación laboral, aunque ello supondría que el empresario debería abonar una pequeña indemnización».

²⁰ Como señala AYALA DEL PINO, Cristina, «La extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar en España», *op. cit.*, pág. 51, «el desistimiento del empleador no es lo mismo que el desistimiento en el período de prueba ya que, de lo contrario, no tendría sentido lo previsto en el artículo 6.2 del RD 1620, con la única excepción de negar una ínfima indemnización por extinción».

y «el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza de la persona empleadora».

Es palmaria, una vez superada la fase de prueba, la diferencia entre la actual extinción causal del artículo 11.2 y el antiguo desistimiento, dado que ahora se exige causa razonable y proporcional para cesar a la persona empleada del hogar, de modo que entra en juego el control jurisdiccional, no solo de los aspectos formales, sino de la misma causa motivadora del cese, convirtiéndose en despido improcedente la extinción que, bajo esta nueva modalidad, incumpla las exigencias formales esenciales o adolezca de causa real o eficiente, entrando en juego las consecuencias de improcedencia o, en su caso, nulidad.

Al margen de la «letra» de la ley, el problema principal será la extrema dificultad de probar los hechos que motiven esta pérdida de confianza en el empleado doméstico, distintos -a priori- a los que podrían justificar un despido. Con la normativa anterior, el empresario, incluso ante hechos graves, casi nunca acudía al despido disciplinario por la extrema dificultad de probar tales incumplimientos en el ámbito doméstico (se trataba, en la mayor parte de los casos, de su palabra contra la de la persona empleada en el hogar y, en el mejor de los escenarios, del testimonio de algún conviviente, normalmente familiar, lo que daba poco juego). Eso determinaba que se optase por extinguir el contrato desistiendo del mismo y abonando una indemnización minorada; lo que implicaba dar «carpetazo» definitivo al problema (a excepción de los casos en que se hubiese incurrido en vulneración constitucional).

Ahora, sin embargo, no solo se exige un esfuerzo probatorio, por parte del empleador, del hecho que motiva la pérdida de confianza, sino que la norma introduce un elemento valorativo: la causa alegada ha de ser suficiente para considerar justificada la decisión empresarial, lo que obliga al Juez a realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre la conducta del empleado y la decisión del empleador, con la consiguiente incertidumbre que se genera para las partes, principalmente para el empresario, incapaz ya de «tener controlada la situación» con el recurso a la extinción sin causa pero indemnizada²¹.

Por ello, es muy probable que esta medida legislativa intensifique la introducción de períodos de prueba en el contrato (máximo 2 meses, artículo 6.2 RD 1620/2011) que, como hemos visto, no operan de manera automática, sino mediante pacto expreso.

²¹ Quizás el Legislador podría haber optado por mantener el desistimiento tal cual recogía el RD 1620/2011, pero incrementando la cuantía de la indemnización como fórmula disuasoria de conductas abusivas.

De la misma manera que dicha previsión legal puede precipitar la adopción de medidas extintivas, vía desistimiento durante el período de prueba, en caso de que la persona empleadora no esté convencida del todo de querer mantener esa relación laboral, ya que, en este caso (solo en éste), aún sigue siendo válida la inexigencia de causa.

Esta incidencia «refleja» de la norma se une, por lo demás, a otra circunstancia nada desdeñable: las trabas impuestas a la contratación temporal tras la última reforma laboral (por Ley 32/2021, de 28 de diciembre), han favorecido que las empresas empleen de manera más frecuente este recurso (desistir antes de que acabe la prueba) para contratar prestaciones de corta duración enmarcadas en contrataciones indefinidas²².

En definitiva, y en lo que al régimen de personas empleadas de hogar respecta, al exigirse la alegación y acreditación de causa donde antes no se requería, es probable que el empleador «exprima» las facultades extintivas que, durante el período de prueba, siguen mantenido su escudo de acausalidad e informalidad permitidas, sabedor de que, superado ese lapso temporal, aquellas facultades se limitan de manera notable.

4.3 EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Desde un punto de vista constitucional, es difícil «amarrar» los derechos fundamentales durante el período de prueba. Si el desistimiento es acausal, es decir, no precisa una justificación, ¿cómo vamos a evitar que se valide una decisión del empresario que en el fondo sea lesiva para los derechos fundamentales? Los problemas son evidentes.

Con todo, aún durante el período de prueba la persona trabajadora mantiene todos sus derechos, por lo que, como sabemos, si consigue mostrar un panorama lesivo suficiente, siquiera indiciariamente, la carga de la prueba se traslada al empresario, que habrá de acreditar que el cese nada tiene que ver con los indicios apuntados.

Como sabemos, hasta la publicación del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOE del 7 de

²² Como señala GARCÍA SALAS, Ana Isabel, en *El Foro de Labos* (Blog de 9 de marzo de 2023), haciendo referencia a un informe de USO (que apunta a la multiplicación, por nueve, en el último año, de las bajas en contratos indefinidos por no superar el período de prueba) estamos ante el «artificio perfecto para hacer contratos basura con cara de indefinidos».

marzo)²³, el artículo 14 ET garantizaba los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo «excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso».

Dicha versión del precepto consagraba la libertad con la que, jurídicamente, podía el empresario, durante la fase de prueba, extinguir la relación de trabajo, sin exigencia de motivación causal o formalidad alguna. No obstante dicha facultad resolutoria irrestricta, la norma nunca ha legitimado decisiones ajenas al resultado propio de la experimentación del contrato durante su fase inicial, de forma que el control judicial se ha venido encargando de extraer de su aparente envoltorio de legalidad, aquellas decisiones abusivas o que entrañan la vulneración de cualquier derecho fundamental.

En este esquema, la protección específica contra el «despido» no surge sino hasta que se supera el citado período de prueba, encontrándonos, durante el inicio de la relación laboral, ante un cese que puede denominarse «libre»²⁴, al no exigir la norma estatutaria (artículo 14.2 ET) que concurra una causa concreta para desistir. Ahora bien, de ello no podemos concluir que cualquier motivación del desistimiento empresarial quedase legitimada, aun en dicha versión del precepto, como causa extintiva²⁵, dado que la decisión empresarial siempre estaría cercada por el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona cuyo contrato de trabajo se decidía extinguir²⁶.

²³ Que introduce el actual segundo párrafo del número 2.

²⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Uso y abuso del período de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente», *Tribuna Social*, núm. 226, 2009, pág. 32.

²⁵ Como señala LASAOSA IRIGOYEN, Elena, «Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva», *Aranzadi Social*, núm. 57/2014, pág.1: «a pesar de que el artículo 14.2 ET permita al empresario el desistimiento no motivado durante esta fase del contrato, en ningún caso puede hacerse valer este precepto para justificar la producción de resultados inconstitucionales, como son las actuaciones discriminatorias».

²⁶ Cfr. APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, «Período de prueba y discriminación», *Aranzadi Social*, núm. 58, 2014, pág. 5: «en el caso de relaciones laborales que hayan superado el período de prueba el sólo hecho de que la trabajadora se encuentre embarazada, conozca o no esta situación la empresa, hace presumir que su despido se ha producido por una discriminación en razón de sexo, por lo que el empleador deberá presentar pruebas de que las razones de su despido han sido distintas, por el contrario, en el caso de la extinción de una relación laboral de una trabajadora embarazada que no haya superado el período de prueba no se presume vulnerador del derecho a la no discriminación por razón de sexo, sino ejercicio legítimo de la facultad del empresario a despedir sin expresión de causa, debiendo la trabajadora demostrar, mediante indicios, de que tal despido se ha producido por vulnerar algún derecho fundamental. Es decir, la presunción es inversa, mientras en el primer caso se presume que el despido de la trabajadora es nulo debiendo acreditar el empleador que tal nulidad es inexistente porque han sido otras las razones, y no la discriminación en razón de sexo, lo que ocasionó el despido; en el segundo, la extinción de la relación laboral por el empresario se presume legítima y procedente siendo la trabajadora quien tiene que presentar suficientes indicios para acreditar que las razones de dicha extinción son resultado de una discriminación en razón de sexo y no por no cumplir con las expectativas de la empresa».

Y en caso de que el desistimiento empresarial durante el período de prueba obedeciera a un móvil discriminatorio, siempre podía reclamarse la tutela judicial encaminada a «desenmascarar» la razón última del cese, con reposición íntegra de los derechos fundamentales conculcados. En este sentido, no concibiéndose la relación laboral durante la vigencia del período de prueba como algo distinto al propio contrato, sino tan solo como una fase inicial (si se quiere más débil, o en consolidación), es obvio que cualquier decisión de ponerle fin había de superar el juicio de constitucionalidad que pudiera plantear la persona trabajadora cesada. Eso sí, demostrándose el carácter discriminatorio de la medida, lo que significaba, poniendo como ejemplo el paradigma del cese de la trabajadora embarazada, que si el empleador no conocía ese hecho, el desistimiento durante la prueba no podría considerarse nulo, al reservarse la nulidad «objetiva» del artículo 55.5 ET para el «despido», producido tras la superación de aquel lapso temporal.

Ahora, el artículo 14 ET incorpora un segundo párrafo en virtud del cual, «la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad».

Estamos, sin duda, ante un nuevo e importante paso en el no siempre despejado camino de acceso hacia la igualdad «real» de la mujer trabajadora, que consiste en «objetivar» la nulidad del desistimiento empresarial que se produce durante su estado de embarazo²⁷. La norma incorpora al marco legal las denuncias de parte de la doctrina académica y judicial, contrarias a la artificiosa diferenciación de la protección dispensada a la mujer embarazada en función de la fase en que se encontrase su contrato de trabajo.

Y es que, en efecto, hasta la aparición de la norma en el BOE, la postura de nuestros tribunales, apoyada en el posicionamiento firme del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, había sido prácticamente unívoca. En este sentido, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 18 abril 2011, Rec. 2893/2010,

²⁷ Previsión legal que ha servido de «base» a la importantísima Sentencia núm. 1/2022 del Tribunal Supremo, de 11 enero 2022, Rec. 2099/2019, ECLI: TS:2022:61, para aplicar el citado esquema de la nulidad objetiva, también, a la figura del «desistimiento» propio de la relación especial de empleadas del hogar que, como sabemos, podía operar durante toda la vigencia de la relación laboral, siempre que se cumpliesen los requisitos formales exigidos por el artículo 11.3 del originario RD Ley 1620/2011. Afirma el TS: Lógica derivación de lo anterior es que, una vez que la protección objetiva del embarazo se ha extendido al periodo de prueba, la comparación del anterior tratamiento legal de la resolución del contrato durante ese periodo de prueba tampoco se puede utilizar ya para negar que la protección objetiva del embarazo se pueda aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar.

ECLI: ES: TS:2011:4233,²⁸ había negado la extensión de las reglas de la nulidad objetiva del despido a los supuestos de desistimiento en período de prueba, en atención a la muy distinta naturaleza jurídica de ambas instituciones, algo que impedía aplicar analógicamente al segundo las reglas previstas para el primero.

El recurso de amparo frente a la anterior resolución se resolvió por Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/2013, de 10 de octubre de 2013, Rec. 3773/2011²⁹ que confirmó el encaje constitucional del desistimiento del contrato de una trabajadora cuyo embarazo no le constaba al empleador³⁰. El intérprete constitucional debía resolver si la nulidad «reforzada» podía extenderse, también, al cese en período de prueba, o si, por el contrario, dicha limitación desnaturalizaría la propia institución³¹. Descartada la existencia, en este caso, de un panorama discriminatorio, la respuesta fue negar la extensión de las garantías de nulidad «objetiva» o «reforzada» a este supuesto, por entender que la protección establecida en el artículo 55.5.b ET quedaba residenciada en el estricto ámbito del despido. De esta forma, haciendo suyos los argumentos de la Sentencia del Tribunal Supremo, que confirmaba, insistía el intérprete constitucional en la idea de que existe, por una parte, un sistema de protección general, de carácter «constitucional», que se aplicaría a cualquier extinción que vulnere derechos fundamentales (incluida la resolución durante el período de prueba) y otro, de configuración «legal», que constituiría un plus o añadido de protección, residenciado en el ámbito estricto del despido, y no aplicable, por tanto, a las extinciones no causales³².

²⁸ El Tribunal Supremo, en Sala General, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina (núm. 2893/2010) interpuesto por la trabajadora frente a la STSJ Madrid 11 junio 2010 que confirmaba la SJS núm. 31 de Madrid 2 diciembre 2009.

²⁹ Resolviendo el recurso de amparo formulado frente a la STS 18 abril 2011.

³⁰ A este respecto, LASAOSA IRIGOYEN, Elena, «Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva», *Aranzadi Social*, núm. 57/2014.

³¹ CARRASCO DURÁN, Manuel, «La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 875/2013, pág. 2, señala, de manera gráfica, que había que valorar si la expansión de la tutela de la mujer embarazada en casos de posible discriminación había «llegado a su tope» (en referencia al alcanzado con las Sentencias del TC 92/2008 y 124/2009).

³² En definitiva, como indica SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013, pág.8, citando las palabras del Tribunal Constitucional, «El legislador ha evitado conscientemente incorporar la nulidad cualificada al período de prueba, de modo que, en una fase inicial –y precaria– de la relación laboral, como es el período de prueba, la interdicción de la discriminación debe ceñirse a la discriminación estricta por razón del embarazo, sin que haya justificación para extender el blindaje propio del despido, que es de configura-

A partir de aquí, las pocas dudas que podían albergar los órganos de suplicación, se disiparon, no encontrándose resoluciones posteriores que mostrasen grietas por las que la nulidad reforzada pudiera filtrarse durante la vigencia del período de prueba³³.

Por lo demás, el Tribunal Supremo seguía inadmitiendo a trámite, por falta de contradicción, los recursos de casación que se formulaban con la pretensión de trasladar a la fase de prueba el esquema de nulidad objetiva propio del despido³⁴.

De esta forma, podemos afirmar que, con carácter inmediatamente anterior al RDLey 6/2019, únicamente podíamos encontrar pronunciamientos judiciales de nulidad extintiva durante la fase de prueba cuando se acreditaba el panorama indiciario y, además, las razones empresariales de la medida extintiva no superaban una cota mínima de razonabilidad y adecuación³⁵.

ción legal». En sentido opuesto, BAJO GARCÍA, Irene, «Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el período de prueba», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014, pág. 185, entiende que la *ratio legis* de la norma es absolutamente extensible al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba, preguntándose, de manera retórica si «¿Cabe interpretar que la intención del legislador al introducir la regla de la nulidad radical del despido de la trabajadora embarazada, era no proteger con esta garantía a la trabajadora embarazada durante el período de prueba?»

³³ Así la STSJ Galicia de 26 julio 2018, Rec. 1301/2018, ECLI: ES: TSJGAL:2018:3831, insistía en que la extinción del contrato de la trabajadora embarazada por desistimiento empresarial no goza de la protección de nulidad cualificada *ex* artículo 55.5 b) del ET, sino que será la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, siendo necesario, por tanto, aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio para apreciar la nulidad del cese; en sintonía con la anterior, la STSJ Comunidad Valenciana 13 de febrero de 2019, Rec. 3737/2018, ECLI: ES: TSJCV:2019:1370, desestimaba la demanda de despido por desconocimiento empresarial del estado de embarazo de la demandante, «sin que sea aplicable análogicamente la doctrina jurisprudencial sobre nulidad del despido de la trabajadora embarazada..., dadas las diferencias sustanciales entre uno y otro supuesto de extinción»; o la STSJ Murcia 6 de febrero de 2019, Rec. 1408/2018, ECLI: ES: TSJMUR:2019:141 que, calificando la previsión del artículo 55.5.b ET de «presunción *iuris* et de *iure* de discriminación por sexo», mantenía su aplicabilidad exclusivamente al despido, y no a la resolución del contrato en período de prueba, donde juegan las reglas de aportación de indicios de discriminación.

³⁴ Entre otros, el Auto TS de 13 febrero 2019, Rec. 1714/2018, ECLI: ES: TS:2019:2424A.

³⁵ Ejemplos de ello: la STSJ Islas Canarias 16 de enero de 2017, Rec. 1157/2016, ECLI: ES: TSJCAN:2017:17, según la cual, el hecho de haber desistido del contrato por no alcanzar los objetivos de ventas previstos, y haber tomado la decisión también con respecto a otro trabajador varón contratado en la misma fecha que la recurrente, demostraría que la decisión extintiva fue correcta. O la STSJ Galicia 26 de julio de 2018, Rec. 1301/2018, ECLI: ES: TSJGAL:2018:3831, que neutraliza el indicio del embarazo por el hecho de que la trabajadora realizaba su trabajo con gran lentitud, obligando a reforzar la línea en la que trabajaba, tratándose de un trabajo liviano y muy sencillo al que precisamente se destinaba a las trabajadoras embarazadas, y constar acreditado que en la empresa prestan servicios mayoritariamente trabajadoras sin que nunca se haya cesado a ninguna durante el embarazo. En sintonía con las anteriores, la STSJ Madrid 12 de septiembre de 2018, Rec. 531/2018, ECLI: ES: TSJM:2018:11484, para la cual, la valoración negativa en encuestas de alumnado hacia la profesora destruía el indicio de discriminación, mucho más teniendo en cuenta que existían otras trabajadoras en la empresa que habían disfrutado permisos de maternidad y lactancia sin que sus contratos de trabajo hubieran sido rescindidos.

De ahí la enorme trascendencia del RD Ley 6/2019, que viene a identificar el régimen extintivo durante la fase de prueba con el establecido en la ulterior fase «ordinaria» del contrato para los supuestos de despido causal. Esto es, establece que si el desistimiento empresarial se produce en un momento en que la trabajadora se encuentra embarazada (aunque este hecho sea desconocido por el empleador, incluso por la propia trabajadora en ese momento), nos encontramos ante un despido nulo, salvo que concurra acreditación suficiente de los motivos que condujeron a no proseguir con esa relación laboral.

Las dudas que generó en parte de la doctrina la expresión «por razón de embarazo»³⁶, asimilándola a una suerte de «motivación de embarazo» que reintroduciría la exigencia de conocimiento empresarial del estado de gestación como prueba indiciaria, han quedado claramente despejadas por la Jurisprudencia posterior que, con contundencia (véase STS 11 enero 2022 antes citada), afirma que el RD Ley 6/2019 «ha procedido a introducir en el artículo 14.2 (ET) la nulidad objetiva de la extinción por embarazo que hasta entonces se ceñía a los supuestos de despido objetivo y disciplinario...» por lo que «ya no es posible afirmar que el legislador ha optado por no extender la protección objetiva por embarazo a la resolución del contrato durante el periodo de prueba».

Con ello se logra, por vía legal, la equiparación del cese en el período de prueba con los supuestos de despido, como venían postulando quienes consideraban irrelevantes las circunstancias contractuales, previas o posteriores a la superación del período de prueba, para diferenciar el marco protector de la trabajadora embarazada³⁷. De esta forma, cualquier decisión de cese, sea un despido, por causa disciplinaria u objetiva, o un desistimiento del contrato por no superación del período de prueba, será nula, al margen de su eventual cariz discriminatorio (inexistente si falta el conocimiento empresarial del embarazo), salvo que el empresario sea capaz de demostrar la existencia de hechos que avalen su procedencia.

Repárese, no obstante, en que a diferencia de lo que sucede con los supuestos de despido, objetivo o disciplinario, el problema que se presenta es que durante la prueba no se exige indicar causa alguna para desistir (ni siquiera exteriorizarla), dándose con ello la circunstancia de que los motivos reales del

³⁶ VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia, «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista de Trabajo y Seguridad Social* CEF, 470, 2022, pág. 61, considera que es «este matiz el que todavía permitiría restringir la sanción de nulidad solo a aquellas extinciones que denoten una intención discriminatoria», «habiendo desaprovechado (el legislador) una magnífica oportunidad para dotar inequívocamente de la máxima protección frente a la pérdida del empleo a la trabajadora embarazada, sin que importe la modalidad extintiva elegida por la empresa».

³⁷ En GALLEGO MOYA, Fermín, «El período de prueba en el contrato de trabajo», *Aranzadi*, 2016, pp. 408-410, las razones de la necesaria aplicación indistinta.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

cese, que serían válidos en cualquier otra circunstancia, pueden perder su efectividad si resulta que la trabajadora estaba embarazada.

Ello implica, de alguna forma, desnaturalizar la propia institución del período de prueba, pues al empleador del hogar se le va a exigir, a posteriori, aportar un motivo de cierto peso que evite la declaración automática de nulidad del cese, entidad del motivo que no se le exigía cuando desistió del contrato desconociendo el embarazo de su empleada. La paradoja es, por tanto, que un mismo motivo para desistir del contrato puede ser hoy inhábil pero habría sido eficaz unos días antes de que la misma trabajadora quedase embarazada.

No obstante, y pese a dicha posible «desnaturalización», considero un acierto legislativo haber procedido a la equiparación legal de la nulidad objetiva para todos los supuestos; nuevo escenario que, a buen seguro, mejorará la protección del colectivo de trabajadoras embarazadas y, por lógica extensión, el de las empleadas de hogar, ámbito en el que los desistimientos coincidentes con el embarazo son inasumiblemente elevados.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DE LA PERSONA TRABAJADORA

5.1 EXTINCIÓN BASADA EN EL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y CULPABLE DE LA PERSONA EMPLEADORA

Señal de la escasa incidencia que el artículo 50 ET tiene en esta relación laboral especial es la poca atención que las bases de datos jurídicas dedican¹ a la extinción instada por la persona empleada del hogar ante incumplimientos graves del empleador; dato que puede derivar, por una parte, de la homogeneidad con que el régimen jurídico se aplica tanto en el ámbito común como en el especial, no existiendo reglas específicas que reclamen una mayor atención de los tribunales en este terreno; y en segundo término, de la gran dificultad que, a buen seguro, supone, para el colectivo dedicado al empleo doméstico, acreditar los incumplimientos empresariales producidos en el seno del hogar familiar; algo que sin duda ha desincentivado a muchas de estas personas a intentar una vía extintiva que, además, muestra complicaciones en su aplicación práctica, en la medida en que, salvo las excepciones conocidas, la persona trabajadora ha de permanecer prestando servicios en un espacio físico reducido que, en espera de la resolución judicial del vínculo laboral, puede percibirse como demasiado hostil.

¹ Apenas unas decenas de sentencias responden a la búsqueda conjunta de la voces «empleada de hogar» y «extinción artículo 50 ET» en uno de los buscadores de jurisprudencia más utilizados.

Como decimos, el esquema causal del artículo 50 ET puede aplicarse sin aparente dificultad a esta relación laboral; derivadamente, la persona empleada del hogar podrá instar la extinción si: a) el empleador modifica sustancialmente las condiciones de trabajo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET, reduciendo en menoscabo de su dignidad; b) si incurre en retrasos continuados o falta de abono del salario pactado; y c) si incumple gravemente cualquiera de sus obligaciones o se niega a reponerla en sus anteriores condiciones de trabajo tras sentencia favorable declarando injustificada una modificación sustancial o traslado.

En cuanto a las modificaciones sustanciales como causa extintiva del artículo 50 ET, se ha llegado a cuestionar su aplicación en esta relación laboral especial². Se afirma que «si bien pueden darse en esta relación especial los presupuestos para aplicar los apartados b y c (primer apartado) del artículo 50.1 ET, no puede decirse lo mismo del apartado a, que se refiere a las modificaciones sustanciales llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 ET y que redunden en menoscabo de la dignidad de la persona trabajadora, ya que este último precepto no resulta aplicable; como las modificaciones sustanciales sólo pueden introducirse por acuerdo entre las partes, el artículo 50.1 a) quedaría reducido a los supuestos en que se introdujeran modificaciones en las condiciones de trabajo de forma unilateral»³.

Por lo que a la obligación de remunerar puntualmente el salario se refiere, es palmario que el legislador nunca ha pensado en flexibilizar la obligación sinalagmática básica del empleador por el hecho de no desempeñar una actividad generadora de un rendimiento económico, prevaleciendo siempre el derecho que toda persona empleada tiene a una percepción puntual de su salario; siendo de aplicación a esta relación laboral los criterios clásicos que intentan definir la gravedad de este incumplimiento, como puede ser el caso de la persistencia anual de los retrasos o la generación de al menos tres meses de deuda salarial⁴.

² SALA FRANCO, Tomás, «La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones laborales*, 1989-I, pág. 313.

³ GARCÍA TESTAL, Elena, «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España...» *op. cit.*, pág. 285.

⁴ Mantenido, para una empleada de hogar, en STSJ Cantabria 24 de marzo de 2010, Rec. 199/2010, que afirma que, para valorar la gravedad del incumplimiento, se debe atender a la trascendencia que dicho impago o retraso tenga en relación a la obligación de pago puntual del salario que establecen los artículos 4.2 f) y 29.1 ET, teniendo en cuenta la continuidad o persistencia en el tiempo de dicho incumplimiento, así como también el montante adeudado. Siendo que en presente supuesto, consta de forma incontrovertida que el empleador dejó de abonar los salarios correspondientes a tres mensualidades, lo que permite considerar la existencia de un incumplimiento justificante de la acción resolutoria, dado que en el presente supuesto no solo ha de considerarse la continuidad en el tiempo, sino también el considerable importe de lo adeudado, en atención a la cuantía a la que ascendía el salario pactado entre las partes.

Debiendo hacer referencia en este punto a una práctica muy habitual, generadora de graves problemas, sobre todo cuando la convivencia laboral se complica: el abono en metálico y/o no documentado de la retribución a la persona empleada en el hogar. En efecto, la relación laboral está revestida de una cierta «informalidad» que impregna su nacimiento, desarrollo y finalización: contrataciones irregulares, prestaciones que se inician «a prueba» sin contrato, y que no se regularizan sino pasadas varias semanas o meses; fijación de condiciones en el contrato que no se cumplen; excesos horarios; salarios por debajo de la garantía salarial proporcional a la jornada contratada; etc. Pues bien, dicha irregularidad no es impropia del acto mismo de retribuir; muchos empleadores no confeccionan hojas de salario y abonan la retribución en metálico, lo que da lugar a que, en ocasiones, sobre todo si la relación se ha enturbiado por cualquier aspecto, el empleado del hogar pueda actuar de mala fe, reclamando el abono de mensualidades ya cobradas, con respecto a las que no hay prueba de ingreso empresarial, o incluso reclamando la extinción del artículo 50 ET, precisamente, por dicho impago y/o retraso en el abono del salario. Situación ciertamente incómoda para los Juzgados que, pese a sus sospechas, no podrán fallar en contra de lo solicitado, y accederán a la extinción indemnizada y, acumuladamente, a la condena al abono del salario incrementado en el interés legal del art. 29.3 ET. En estos casos, de poco suelen valer pruebas «indirectas», como los testimonios de personas cercanas al empleador⁵.

Por último, y en lo que al resto de incumplimientos se refiere, las pocas sentencias que resuelven conflictos sobre este «despido indirecto» ciñen su casuística a aquellos que, por su idiosincrasia, encajan mejor en esta relación especial. Por ejemplo, la imposición de condiciones degradantes; agresiones físicas (STSJ Madrid 15 de octubre de 2012, Rec. 4155/2012, ECLI: ES: TSJM:2012:14028); la imposición de una jornada superior a la establecida con

⁵ En el asunto resuelto por la SJS 2 de Ponferrada 13 julio 2018, Proc. 252/2018, el empleador del hogar demandado defendía que no debía ninguna de las cinco nóminas reclamadas, ya que se habían abonado en mano a la trabajadora, aportando como prueba de dicho abono el testimonio de dos testigos, testimonios que la juzgadora desoyó al no venir avalados por prueba objetiva alguna, y no resultar creíbles. En ese caso, «por lo que respecta al testimonio de Doña Marisa, la misma ha reconocido no conocer a la actora, ni saber que la misma trabajaba para el demandado, si bien afirma que un día de enero que no concreta, el 25 o 26, que sabe que era fecha de cobro, pero sin decir porque lo sabía, estando en el bar de su tía en Villablino, la demandante entro en el baño con el demandado y al salir les manifestó, sin concretar tampoco en qué contexto y porque les hizo partícipes de dicha información, que el demandado la había pagado y no le debía nada. No habiendo sido testigo de dicho pago, ni ser capaz de dar cuenta de cuál fue la cantidad abonada ni porque conceptos. Por su parte el otro testigo que ha depuesto, ha afirmado que vio como le pagó 500 euros en efectivo el día 25 de noviembre de 2017, y el 25 de diciembre de 2017, no siendo creíble dicho testimonio, toda vez que estando ante un trabajo de asistencia en domicilio, prestado lunes, miércoles y viernes, le pagara su salario en un bar el 25 de noviembre que era sábado, es decir al día siguiente de haber estado trabajando en el domicilio del demandado y el día de Navidad.

la consiguiente infracoartización mantenida (STSJ Galicia 22 de septiembre de 2021, Rec. 3048/2021, ECLI: ES: TSJGAL:2021:5142); o conductas de acoso sexual (como la STSJ Cataluña 31 de enero de 2011, Rec. 5635/2010, ECLI: ES: TSJCAT:2011:1222)⁶.

Curiosamente, la falta de ocupación efectiva ha llegado a descartarse como incumplimiento laboral susceptible de extinción del artículo 50 ET, en la medida en que a diferencia del marco común, en que dicha medida suele constituir represalia o encerrar intencionalidad lesiva, no sucede lo mismo aquí. Así lo decide la STSJ País Vasco 1 de junio de 2010, Rec. 3048/2021, ECLI: ES: TSJGAL:2021:5142, en la que el Tribunal afirma que estamos en presencia de una relación de carácter especial, de mutua confianza y respeto a la intimidad personal y familiar y que, por tanto, no es equiparable a una relación laboral ordinaria en la que la falta de trabajo efectivo y aunque se le siga retribuyendo, puede dar lugar a la resolución del contrato al amparo del artículo 50.1.a, del ET; ya que, en esos casos, esa actuación suele venir incardinada en un marco de represalias. Pero ello no es aquí trasladable de manera automática, puesto que la ausencia de los empleadores de su hogar, suele llevar aparejada, en la mayor parte de las ocasiones, la ausencia de trabajo para la persona que está a su servicio. En consecuencia, dispensarle del trabajo durante esos días, no tiene por qué entenderse como una represalia y/o un ataque a su dignidad profesional; siempre, claro está, que se le abone el salario».

Como se ha apuntado anteriormente, más allá del marco teórico, lo cierto es que en la práctica, acudir a la extinción por esta vía puede ser gravoso para la persona empleada del hogar: en principio, ha de plantear una papeleta de conciliación; de ello va a derivar, seguramente, un clima de tensión en el hogar familiar; en caso de no acordar la extinción en el acto de conciliación preceptivo, habrá que interponer demanda judicial y aguardar al señalamiento a un juicio que, perfectamente, puede tardar un año o más en producirse. Es cierto que cabe acudir a las medidas cautelares, pero también lo es que, en la práctica, y salvo honrosas excepciones, el emplazamiento a la vista oral de dichas medidas y su propia resolución puede tardar varios meses, con lo que la situación del empleado en el hogar familiar puede ser agobiante. En dicha tesitura, la vía de escape jurisprudencial admitida permite a la persona empleada, tras accionar legalmente, cesar en su trabajo y confiar en que, llegado el juicio, el Magistrado

⁶ En ella, en realidad, lo que se analiza es si la decisión extintiva del empleador doméstico viene motivada por la negativa de la empleada a la petición de favores sexuales, extremo que la sentencia finalmente rechaza por falta de prueba, afirmando que «en caso de existir dicho acoso, podría haber solicitado la extinción del artículo 50 ET».

entienda que concurrían motivos suficientemente graves para la extinción y, consecuentemente para reconocerle la indemnización legal.

No obstante, esta vía no deja de ser muy incierta; ejemplo de ello, la STSJ País Vasco 4 de julio de 2017, Rec. 1373/2017, ECLI: ES: TSJPV:2017:2552. La empleada remitió al matrimonio empleador una comunicación escrita indicando que, con esa misma fecha, procedía a comunicarles la rescisión del contrato y que dejaba de prestar servicios como empleada de hogar en virtud de lo establecido en el artículo 50 ET, en base a los reiterados incumplimientos en los pagos que le correspondían, solicitando, asimismo, le abonasen finiquito, vacaciones y la indemnización que le correspondía. En estos términos, la Sala advierte que la relación laboral se extinguió antes de poder operar su efectividad el artículo 50 ET, sin que la empleada hubiese demostrado la supuesta conducta empresarial reproachable que motivó la separación de la trabajadora del ámbito profesional.

Ante estas dificultades, parte de la doctrina aboga por atender a las peculiaridades de la relación laboral puestas en conexión con la aplicación del artículo 50 ET, no exigiéndose a la persona trabajadora ni la permanencia en la prestación laboral, ni la solicitud de medidas cautelares, facilitándosele la salida de una forma más sencilla; y así, en correspondencia con el hecho de que no cabe condena de readmisión frente al despido, debería ser la persona empleada del hogar la que extinguiese la relación laboral al amparo del artículo 50 ET, correspondiendo al juez, tan sólo, la decisión de si la misma es indemnizada (como desistimiento o como despido) o no⁷.

Y precisamente en cuanto a las consecuencias de la extinción judicial, ha existido una cierta polémica, aunque menor, acerca de la cuantía de la indemnización a abonar, en caso de concurrir alguna de las causas del artículo 50 ET que permiten la extinción por justa causa. En concreto, algunos Tribunales han debatido, antes de la reforma de 2022, «cuál ha de ser el importe indemnizatorio a abonar por tal motivo; si el fijado en el Estatuto de los Trabajadores, o el establecido, para los despidos improcedentes, en el RD 1620/2011». Al respecto, se reconocía que «en este último nada se dice, de forma expresa, sobre este particular»; pero igualmente, se recordaba que «tampoco nada dice, salvo la remisión con carácter supletorio al texto del Estatuto, sobre otras formas de extinción, con las precisiones del artículo 11.1 del RD». Sobre dichas previsiones, y en una «interpretación sistemática de la norma» –artículo 3.1 del C. Civil–, «lo que no cab(ía) sostener, tras fijar el RD cual ha de ser la indemnización por

⁷ BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada, «La extinción de la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar», *op. cit.*, pág. 123-124.

despido improcedente, es que sea otra, distinta y superior, la que procede abonar para el supuesto de que la extinción del contrato se deba a las causas del artículo 50 ET, ya que es el propio Estatuto, en su artículo 50.2 el que se remite, a efectos indemnizatorios, a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente, por lo que si para la relación especial de empleados del hogar la indemnización por despido improcedente es sólo de 20 días de salario por año de servicio, no hay razón para establecer, para los supuestos del artículo 50 ET, una indemnización que no es la fijada para los despidos improcedentes de la relación especial»⁸. Dicha discusión, es obvio, ha desaparecido ya, en la medida en que el RDLey 16/2022 ha equiparado, en los ámbitos común y especial, el importe de la indemnización por despido improcedente.

Indicar, por último, que, en el mismo marco general de las extinciones basadas en incumplimientos contractuales del empleador, pero ubicado en un precepto específico, el artículo 7.3 RD 1620/20211, singulariza la extinción voluntaria «ante incumplimientos graves en el establecimiento de las debidas condiciones en materia de obligaciones en seguridad y salud», incumplimiento que se reconoce como «justa causa de dimisión del empleador». Pues bien, a pesar de que el término «dimisión» puede conducir a equívoco, lo cierto es que la salida de ese entorno de trabajo inseguro o insalubre no responde a una dimisión voluntaria sino, como todos los supuestos del artículo 50 ET, a una salida a la que la persona empleada se ve «forzada», precisamente, por el incumplimiento empresarial grave de su deber de garantizar una política preventiva adecuada que preserve la integridad de la persona empleada. Por ello, dicha conducta tiene pleno encaje en el artículo 49.1.j ET y, derivadamente, genera el derecho a la misma indemnización prevista para el resto de incumplimientos; más aún cuando el legislador no desarrolla un régimen singular para tan *sui generis* «dimisión».

5.2 LA DIMISIÓN Y EL ABANDONO

No hay referencias en la norma reglamentaria a la extinción por voluntad de la persona trabajadora, por lo que, en principio, es de perfecta aplicación el artículo 49.1.d ET, según el cual el contrato de trabajo se extinguirá «por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios co-

⁸ STSJ Madrid 15 de octubre de 2012, Rec. 4155/2012, ECLI: ES: TSJM:2012:14028.

lectivos o la costumbre del lugar»⁹. No existen, a priori, con respecto a esta causa, elementos materiales que aconsejen una matización del régimen común.

En este contexto, la continuidad en la prestación de servicios, tanto para el empleador doméstico como para la persona trabajadora, presupone mantener en el tiempo la voluntad de seguir quedando obligados por las recíprocas prestaciones contratadas. A partir de aquí, la decisión de poner fin a dicha relación¹⁰, por parte de la persona trabajadora, debe comunicarse al empleador, respetando el plazo de preaviso que fijen los convenios colectivos o la costumbre del lugar; en nuestro caso, de manera expresa o, al menos, deducible con nitidez, la persona empleada del hogar debe trasladar al empleador que, en una fecha determinada, dejará de prestar servicios en el hogar familiar de manera definitiva¹¹.

Aunque su relevancia se presuma mínima, podría plantearse la aplicación a esta relación laboral de la restricción impuesta por el Artículo 21.4 ET que, como sabemos, limita la dimisión de la persona empleada cuando hubiese recibido una especialización profesional a cargo del empleador y se hubiese pactado la permanencia en el hogar por tiempo no superior a dos años; de incumplir el pacto, la persona trabajadora podría quedar obligada a «indemnizar» al empleador, al menos en la cuantía de los gastos derivados de su formación¹².

Si la persona empleada del hogar no actúa en la forma precedente, limitándose a poner fin de manera abrupta a la relación, sin comunicación alguna o gestos mínimamente concluyentes de dicha voluntad extintiva, estará incumpliendo su obligación y, con ello, incurriendo en «abandono»; supuesto que, por cierto, es frecuente en esta relación especial, a juzgar por la cantidad de resoluciones judiciales que abordan esta problemática para dilucidar, la mayoría de las veces, si la ruptura obedece a un efectivo abandono del empleado o si real-

⁹ La norma de 1985 (Artículo 9.4) fijaba el plazo de preaviso, en caso de dimisión en siete días, plazo que, sin embargo, no se puede considerar aplicable ahora, en virtud de la Disposición derogatoria única.

¹⁰ Una suerte de «dimisión» justificada que, sin embargo, tiene un tratamiento especial de desistimiento indemnizado en la norma (artículo 10.2 RD 1620/2011), es la que se prevé en el supuesto de cambio de localidad del hogar familiar, a diferencia de lo que sucede con el cambio en la persona del empleador (artículo 10.1 RD 1620/2011), que no abre la posibilidad de un desistimiento indemnizado a cargo del empleado (que normalmente ha de esperar a que el cese, en su caso, se produzca por parte decisión del empleador subrogado).

¹¹ Sobre las posibilidades de «retractación», entiendo que las reglas sobre comunicación previa a la fecha extintiva y a la ausencia de gravamen adicional para el empleador, son igualmente aplicables en esta relación laboral, pese a que el hecho de haber manifestado la voluntad extintiva pudiera suponer un elemento distorsionador de la confianza en el empleado (una vez se ha tenido conocimiento de su intención de resolver el vínculo).

¹² MIÑAMBRES PUIG, César, «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar», *op. cit.*, pp. 13-16.

mente se ha producido un despido, en función de cuál haya sido la voluntad de ambas partes.

Al respecto, es conocida la doctrina del Tribunal Supremo según la cual, «el abandono, al igual que el despido, requiere voluntad resolutoria consciente del empresario, que si bien cabe entender existe cuando los actos u omisiones concurrentes permitan presumir voluntad en tal sentido, excluye tal conclusión en supuestos... en que dichos actos denotan de manera inequívoca la ausencia de la mencionada voluntad resolutoria, aunque manifiestan incumplimiento contractual, ante el que el trabajador puede reaccionar en los términos que permite el marco jurídico aplicable». De tal forma que, «para que pueda apreciarse la figura del despido tácito –en contraposición al expreso, documentado o no– es necesario que la decisión extintiva empresarial se derive de hechos concluyentes reveladores de la intención inequívoca de la empresa de poner fin a la relación jurídica-laboral, tratándose en definitiva de situar claramente en el tiempo la decisión resolutoria de la empresa y, en su caso, la inactividad impugnatoria del trabajador, a fin de evitar situaciones de inseguridad jurídica. O dicho más sintéticamente, que para que exista despido tácito es necesario que concurren hechos o conducta concluyente reveladores de una intención de la empresa de resolver el contrato, esto es, que existan hechos que revelen inequívocamente la voluntad empresarial de poner fin a la relación contractual»¹³.

En este ámbito, no es infrecuente encontrar sentencias que, lejos de contextualizar la decisión de la persona empleada del hogar, tildan de abandono toda cesación en el trabajo que no respete el requisito de preavisarla; de manera recurrente, y sin valorar las circunstancias «personales» de la persona trabajadora, se considera abandono la iniciativa de salir del domicilio, en contextos de confrontación con el empleador, para reclamar posteriormente por despido,

¹³ En tal sentido, la STS 14 febrero 2022, Rec. 4897/2018, ECLI: ES: TS:2022:579, en un supuesto en que la empleada, tras una discusión con el empleador, abandona el domicilio sin ningún documento firmado y sin que se le abonaran cantidades adeudadas, siendo ese mismo día dada de baja de la Seguridad Social; contexto en el que la Sala estima encontrarnos ante un despido tácito pues, sin mediar formalidad alguna, se cursa la baja en Seguridad Social, lo cual evidencia una voluntad inequívoca de poner fin a la relación. O la STSJ Castilla y León/Burgos 28 de octubre de 2022, Rec. 734/2022, ECLI: ES: TSJ-CL:2022:4227, en un supuesto en que la empleada deja de acudir al hogar familiar al ser internado el empleador en un centro geriátrico, siendo dicha circunstancia coetánea al inicio del estado de alarma por Covid-19, manteniéndose su alta en Seguridad Social durante más de un año y medio, a pesar de no prestar servicios, hasta que es designado un tutor, que procede a darla de baja en Seguridad Social, tras la incapacitación judicial del titular del hogar familiar; supuesto que también se considera despido tácito, sin apreciar la alegada caducidad de la acción, al ser la citada baja y no la fecha de ingreso del anciano en la residencia, lo que marca el *dies a quo* de la reclamación.

siempre y cuando no haya articulado mecanismos que contextualicen dicha decisión¹⁴. Hay múltiples ejemplos de ello¹⁵; y así:

La STSJ Madrid 7 mayo 2012, Rec. 324/2012, ECLI: ES: TSJM:2012:11233: la trabajadora mantuvo una fuerte discusión con su empleadora, tras la cual llamó a la policía local, manifestando a los agentes que había tenido un conflicto con la demandada por la excesiva carga de trabajo y por haber sido acusada de robar objetos, y por ello quería abandonar la vivienda en presencia de ellos, para después reclamar a la propietaria una cantidad de dinero y denunciar los hechos; los agentes se entrevistaron con la demandada que negó los hechos aducidos por la empleada, informando a ambas partes del procedimiento a seguir, abandonando la requirente la vivienda con sus enseres personales ante los agentes, sin ningún otro hecho que reseñar. Sobre esta base, el TSJ madrileño confirma la valoración judicial de instancia, de que no puede inferirse en modo alguno que la demandada hubiera despedido a la empleada, ya que en ningún momento se hace referencia a ese supuesto despido, y si la actora lo hubiera alegado, sin duda la policía lo habría reflejado. Por ello incluso puede inducirse más bien que hubo una conducta de la actora demostrativa de su intención de extinguir la relación laboral para después efectuar una reclamación de cantidades debidas, llamando a la policía para que fuera testigo de su salida de la vivienda.

En la STJS País Vasco 24 de enero de 2017, Rec. 2549/2016, ECLI: ES: TSJPV:2017:394, tras una discusión con el nieto de la empleadora, a raíz de unos encargos que entendía no le correspondía realizar, la empleada comunica que se marchaba de la casa, acompañando dicha manifestación de actos inequívocos, como la retirada de sus enseres de la vivienda en la que trabajaba como interna, y la solicitud del abono de la liquidación por los servicios prestados. En estas circunstancias, no se ofrece dato alguno de la existencia del despido verbal alegado, expresando por el contrario que fue la actora la que decidió dar por concluida voluntariamente la relación.

La STSJ Cataluña 5 de diciembre de 2013, Rec. 4235/2013, ECLI: ES: TSJCAT:2013:13227, analiza el supuesto en que, tras una discusión entre la esposa del empleador (precisada de cuidados) y la empleada del hogar, donde aquella recriminó a esta que no la hubiese atendido cuando se encontraba ingre-

¹⁴ Como, por ejemplo, regresar al hogar donde prestaba servicios o solicitar la ratificación por escrito del despido que se dice verbalmente producido, etc., como permite con carácter general el artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores.

¹⁵ Ejemplos que ofrece BENAVENTE TORRES, M.ª Inmaculada, «La extinción de la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar», *op. cit.*, pp. 122-123.

sada en el hospital, así como la sustracción de objetos y un consumo abusivo del móvil (con llamadas internacionales por valor de 412 €), la trabajadora hizo las maletas y se marchó del hogar familiar, siendo requerida por la anciana para que devolviera el móvil y las llaves. Tras esto, el cabeza de familia (que no había presenciado los hechos), cursó ante la TGSS la baja voluntaria, así como la baja en el padrón municipal alegando que se había marchado del domicilio y nada sabía de ella. Partiendo de tales hechos, la Sala afirma que no estamos ante un despido o desistimiento del empleador, sino ante la extinción de la relación laboral por dimisión de la empleada, apreciándose tal causa extintiva al haberse producido una actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero clara y determinante, demuestra su deliberado propósito de dar por terminado el contrato.

Aprecia el TSJ, como datos relevantes, el que no consta que la actora acudiera a hablar con el empleador tras la discusión con su esposa, sino que su reacción fue coger las maletas y esperar a que la vinieran a buscar. Así como que tampoco consta que regresara al domicilio con posterioridad a marcharse o enviara un burofax al empleador pidiendo ratificar el despido. De ahí que no exista decisión expresa o actuación tácita alguna del empleador que pueda ser calificada como constitutiva de despido, sino voluntad específica de la propia trabajadora de dar por extinguida la relación laboral, abandonando el hogar familiar en el que prestaba servicios y no reincorporándose a él tras su decisión.

Por su parte, la STSJ Madrid 22 de febrero de 2023, Rec. 1216/2022, ECLI: ES: TSJM:2023;1992, examina si se ha producido un despido, como afirmaba la actora, o una baja voluntaria, como sostenía la empleadora, poniéndose de relieve que el hijo de la empleadora no tiene poder de su madre para despedir a una trabajadora, señalando expresamente que el que participase en el cuidado de su madre, no le convierte en empleador. Pero, aunque el hijo hubiera manifestado a la trabajadora su interés por que se fuera (porque decía haber «observado hace tiempo que su madre sufre moratones, falta de cuidado y aseo personal, faltándole joyas así como otros objetos de valor; además de que la empleada invita al domicilio a amigos y familiares, incluso llegando a alquilar alguna habitación») y a la Policía nacional que había ido al domicilio de su madre para finalizar la relación, lo cierto es que la propia actora, antes de que la empleadora o su hijo le digan que se marche, tenía las maletas preparadas y en presencia de los policía manifiesta que se va voluntariamente y abandona el domicilio, por lo que es evidente que fue esta actuación de la trabajadora la que pone fin al contrato y no una manifestación expresa por parte de la demandada ni de su hijo, del mismo modo que se destaca como en la conversación mante-

nida por WhatsApp¹⁶ en los días previos, la trabajadora muestra su conformidad con irse de la casa a finales del mes de agosto.

Finalmente, en la STS 14 de febrero de 2022, Rec. 4897/2018, ECLI: ES: TS:2022:579, la Sala, estimando el recurso de casación unificadora, considera que no hay abandono, sino despido improcedente, ante hechos que no denotarían la voluntad extintiva de la empleada, y sí del empleador: en concreto, el día 31 de marzo de 2017 por la mañana, en el domicilio de Pozuelo de Alarcón hubo una discusión entre la empleadora y la empleada de hogar, saliendo esta última, de forma abrupta, del domicilio, sin ningún documento firmado, habiéndosele comunicado que se le iba a entregar la cantidad de 1250 euros, que no le fueron entregados. Ese mismo día fue dada de baja en la Seguridad Social. En tales circunstancias, y no habiendo operado el empleador ningún despido disciplinario ni tampoco un desistimiento formal, estamos ante una extinción antijurídica a la que no se antepone ninguna dimisión o abandono inexistentes.

También son usuales supuestos de abandono ajenos a los anteriores contextos de confrontación con el titular del hogar familiar. Así:

La STSJ Cataluña 20 marzo 2023, Rec. 6265/2022, ECLI: ES: TSJ-CAT:2023:2867, en un contexto de presunta dimisión por motivos de enfermedad, no aprecia ninguna conducta de la empleadora dirigida a extinguir expresa o tácitamente el contrato de trabajo, habiéndose acreditado que fue la trabajadora demandante quien, por problemas de salud (varias crisis epilépticas con necesidad de asistencia médica en las semanas previas) abandonó el domicilio de su empleadora por su propia voluntad, domicilio en el que prestaba servicios para el hogar familiar como interna, estando presente cuando formalizó dicha comunicación su hermana. Y aunque es evidente que con posterioridad cambió de opinión, decidiendo interponer la demanda por un supuesto despido tácito y remitiendo a la empleadora un burofax, que no tenía otro objetivo que el de preconstituir prueba de un inexistente despido verbal, lo cierto es que ha quedado acreditado en autos que la extinción de la relación laboral especial de empleada del hogar se produjo por baja voluntaria de la trabajadora, sin que pueda imputarse a la empleadora una actuación discriminatoria por un acto deliberadamente adoptado por la empleada del hogar con asistencia personal de su hermana, quien la acompañó al domicilio de la de-

¹⁶ Cada vez es más frecuente encontrar este medio de mensajería instantánea en las resoluciones judiciales, con finalidad probatoria, tanto de la propia existencia de la relación laboral especial (STSJ Madrid 17 marzo 2023, Rec. 829/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:3456), como de su extinción (STSJ Andalucía/Málaga 8 marzo 2023, Rec. 90/2023, ECLI: ES: TSJAND:2023:2161).

mandada para efectuar dicha comunicación a la demandada, a quien aparentemente contrarió esta decisión adoptada por la trabajadora.

O la STSJ Madrid 10 marzo 2023, Rec. 1426/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:2953, que aprecia que no existe abandono, sino despido improcedente, en un supuesto en que la empleada de hogar «alarga» sus vacaciones en su país de origen, más allá de los días legalmente establecidos, demorándose en la reincorporación. No obstante, la Sala madrileña falla a favor de la empleada, habida cuenta que aun siendo cierto que la demandante planificó su desplazamiento a su país de origen en forma que excedía los 30 días de vacaciones a los que tenía derecho, sin contar a tal efecto con la autorización de su empleadora, no lo es menos que el 19 de junio, tras las indicaciones de la actora en el sentido de que no podía adelantar el viaje de regreso, la demandada le comunicó que la esperaba en casa el 10 de julio, y que le descontaría los días de inasistencia de la nómina del mes de julio, decisión de la que ocho días más tarde se retractó, advirtiéndole que si el 30 de junio no acudía al trabajo estaría causando baja voluntaria, respondiendo la trabajadora que no había podido cambiar el billete y que no tenía dinero para pagar otro, así como que se le había manifestado que si no llegaba en la fecha prevista se le descontarían los días de ausencia, tras lo que la demandada procedió a cursar su baja en la Seguridad Social el 30 de junio de 2022.

En tales circunstancias, la actuación de la empleadora comporta que no se pueda interpretar como signo de abandono del trabajo por parte de la actora el hecho de que el 30 de junio no se personase en su puesto y tampoco el que no lo hiciese tras su vuelta a España, al estar ya el contrato extinguido como consecuencia del proceder de la demandada, y que, por el contrario, este comportamiento deba ser valorado como muestra inequívoca de la voluntad empresarial de dar por resuelto con carácter definitivo el vínculo contractual.

Y en este ámbito juegan un papel esencial las reglas procesales sobre distribución de la carga de la prueba, en el sentido apuntado por la STSJ Madrid 6 marzo 2023, Rec. 1333/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:2356, que destaca los pasajes más importantes de la STS 19 diciembre 2011, Rec. 882/2011, según la cual, «es la parte demandante la que debe probar el hecho -despido verbal- constitutivo de los efectos jurídicos que pretende (artículo 217.2 LEC); sin que pueda argumentarse sobre una supuesta mayor facilidad probatoria de la empresa demandada, ya que el trabajador podría perfectamente dirigirse al empresario, por escrito o de palabra, acompañado de testigos, a raíz del despido del que afirma haber sido objeto, requiriéndole para que le admitiese al trabajo, mientras que para el empresario, en tanto no oponga un abandono del trabajador, tal prueba constituiría un hecho negativo...». A su vez, cuando el empresario es quien im-

puta a la trabajadora que ha abandonado su puesto de trabajo, «tiene que desplegar la necesaria prueba al respecto», anudándose por los tribunales, «al hecho de la finalización de los servicios, la necesidad de que por la empresa se acredite el deliberado propósito del trabajador de extinguir la relación laboral».

Enlazando con lo anterior, se ha determinado igualmente por STS 21 noviembre 2000, que: «la dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prologado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono..., materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que...se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato».

En cuanto a la acreditación del despido verbal frente al acto de abandono, se reitera por parte de la doctrina judicial (STSJ Madrid 7 mayo 2012, Rec. 324/2012, ECLI: ES: TSJM:2012:11233) que la empleada doméstica tiene diversas formas de acreditarlo, como, por ejemplo, mediante una reacción inmediata en contra de dicho despido, siendo tal acreditación una carga que incumbe al trabajador que lo alega; sin que ello quiebre en modo alguno el principio de igualdad de armas, que garantiza que las partes puedan comparecer en el proceso con igualdad de posibilidades y cargas y empleando la asistencia técnica y los medios de defensa adecuados, sin que una de las partes quede a tal efecto en mejor situación que la otra, salvo que ello obedeciera, excepcionalmente, a una justificación muy estricta.

Muchas veces, la dimisión de la parte trabajadora, supuesto reflejo de su voluntad unilateral, viene «condicionada» por situaciones previas de incumplimiento grave por parte del empleador (malos tratos de palabra, acoso, etc.), acudiéndose no obstante a esta vía «impropia» ante la dificultad, y adicionalmente coste económico, que supone iniciar un proceso judicial para obtener resolución indemnizada por justa causa al amparo del artículo 50 ET¹⁷.

¹⁷ Es evidente que, con la ampliación actual de la cobertura por desempleo a las personas empleadas de hogar, el acceso a la vía del artículo 50 ET se va a potenciar, en la medida en que, a diferencia de la dimisión, tal extinción constituye una situación legal de desempleo.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

Se ha llegado a proponer que, para tales supuestos, debiera admitirse que fuera la persona trabajadora la que decidiese sobre la extinción por esta vía (Artículo 50 ET), dejándose para sede judicial únicamente el reconocimiento, en su caso, de la correspondiente indemnización¹⁸.

¹⁸ BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada, «Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral», *op. cit.*, pág. 273.

LA EXTINCIÓN POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DE LOS CONTRATANTES

6.1 FUERZA MAYOR

Cual Guadiana, la fuerza mayor ha desaparecido y vuelto a aparecer, como causa extintiva, en los textos que, sobre la relación especial del servicio doméstico, se han sucedido; presente en la norma de 1985, desapareció en 2011 y vuelve a recuperarse con la actual reforma del RD 1620/2011, operada por RD Ley 16/2022, en la medida en que la remisión general a las causas del artículo 49 ET no se ve limitada por singularidad alguna del régimen especial que permita considerarla incompatible.

En efecto, el contenido material de esta causa no difiere del que le atribuimos en el resto de relaciones ordinarias, configurándose el supuesto de hecho como aquel evento impredecible que viene a impedir la continuidad de la prestación laboral. A los clásicos ejemplos (incendios, inundaciones, expropiaciones, etc.), se unen, por desgracia, situaciones aún más imprevisibles, pero que también se producen, como terremotos (pensemos en el de Lorca), pandemias sanitarias (como la de Covid-19, con consecuencias aún muy presentes) o erupciones volcánicas (como la de la Isla de La Palma), fenómenos estos que, ciertamente, poca discusión generan en su consideración como causa de fuerza mayor.

Formalmente, sabemos que el ET (artículo 51.7) prevé que la existencia de fuerza mayor, como causa motivadora de la extinción, debe ser constatada por la autoridad laboral, a través de un procedimiento, previsto en los artícu-

los 31 y siguientes del RD 1483/2012, de 29 de octubre¹ que, si bien está previsto para empresas ordinarias, no parece dificultar su aplicación en el contexto laboral que analizamos, si prescindimos de aquellos elementos cuya exigencia no parece factible². De esta forma, el titular del hogar familiar habrá de efectuar una solicitud, acompañada de los medios de prueba que estime necesarios, a partir de la cual, la autoridad laboral, previos los informes y actuaciones que procedan, tendrá cinco días para resolver positiva o negativamente aquella solicitud, correspondiendo a la persona empleadora, en caso de verificarse la fuerza mayor, decidir sobre la extinción de los contratos³, con efectos desde la fecha en que tuvo lugar el hecho causante de aquella.

En última instancia, en la medida en que el colectivo concernido, tras la reforma del RDLey 16/2022 tiene derecho a la protección del Fogasa, parece serle también de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 51.7, según el cual, la autoridad laboral que constata la fuerza mayor podrá acordar que la totalidad o una parte de la indemnización que corresponda por la extinción del contrato sea satisfecha por el Fondo de Garantía Salarial, sin perjuicio del derecho de éste a resarcirse del empresario.

6.2 DESAPARICIÓN DE LOS CONTRATANTES

Las personas físicas a uno y otro lado de esta relación especial pueden «desaparecer» y, con ello, provocar la finalización del contrato, por lo que la remisión genérica al artículo 49 ET exige definir qué causas concretas pueden afectar a las personas empleada y empleadora y en qué circunstancias operan como causa de extinción, pues son palmarias ciertas diferencias entre la relación especial, donde la parte empleadora doméstica no desarrolla una actividad productiva, y la ordinaria, donde es dicha actividad económica, mientras se

¹ Para GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar», *op. cit.*, pág. 30, en la extinción del contrato de trabajo por esta causa deberá aplicarse, salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades de la relación especial, el RD 1483/2012.

² Como la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, que ostentan la condición de parte interesada en la totalidad de la tramitación del procedimiento, tanto del inicio del expediente como de la decisión final que se adopte, una vez constatada por la autoridad laboral la concurrencia de la fuerza mayor.

³ La norma habla de contratos, en plural, pero en la mayoría de supuestos en que ello afecte a un empleador del hogar, normalmente hablaremos de un empleado doméstico, por lo que la «decisión» que adoptará si se acredita la fuerza mayor será, en coherencia con su propia solicitud, la de extinguir. No tendría demasiado sentido instar el expediente de fuerza mayor para, una vez aprobado, decidir no extinguir el contrato de trabajo del único empleado.

mantiene, la que justificaría la contratación laboral, vinculando la extinción a su terminación.

En relación a la persona empleadora, el artículo 49 ET afirma que la extinción del contrato de trabajo se producirá por muerte, jubilación⁴ o incapacidad, sin perjuicio de una eventual sucesión empresarial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante, aclarando que en los tres primeros supuestos la indemnización correspondiente a la persona empleada será equivalente a un mes de salario, mientras que los ceses vinculados a la extinción de la personalidad jurídica del empresario deberán canalizarse por la vía del artículo 51 ET. Dicho artículo estatutario es de aplicación al régimen especial del trabajo doméstico, pero adaptado a alguna de sus especialidades.

En cuanto a la muerte de la persona empleadora del hogar, es evidente que, salvo el supuesto en que aquella fuese la única integrante del hogar familiar, su fallecimiento no hace desaparecer la necesidad de la prestación de servicios para el hogar; quizás sí, si aquellos se ceñían a los cuidados de esta persona por razones de edad o enfermedad. Sin embargo, lo cierto es que, con independencia del contenido material de los servicios prestados, la relación laboral genera un vínculo entre dos personas físicas por lo que la desaparición de una de ellas, en este caso, la empleadora, conlleva la extinción, por mucho que, insistimos, pueda persistir, objetivamente, la necesidad de que dichos servicios se sigan prestando tal y como se venían realizando; o por mucho que, en la práctica, muchas veces la posición de tal parte empleadora no sea ontológica, sino aleatoria, fruto de la mera elección, por ejemplo, entre uno de los dos cónyuges⁵, sin ninguna razón especial para atribuirle la titularidad de esta relación más allá de que alguien ha de figurar en la Tesorería General de la Seguridad Social como empresario⁶.

Con todo, parece complicado limitar las posibilidades de que los miembros de la familia del finado den por finalizado el contrato con la persona empleada del hogar y, acto seguido, acometan la contratación de una persona distinta, pues el régimen de sucesión empresarial, en estos casos, viene modulado por lo dispuesto en el artículo 10 RD 1620/2011, que exige el previo acuerdo entre las partes para que opere la sucesión.

⁴ En los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social.

⁵ Un cuidado análisis legal y judicial sobre esta problemática realiza BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada, *op. cit.*, pp. 253 y ss.

⁶ De hecho, el centro de trabajo es el domicilio común de ambos; la retribución se puede abonar con los ingresos del matrimonio; los hijos a cuidar son comunes; las instrucciones sobre el trabajo diario, correcciones, etc., se imparten por ambos; etc.

Ahora bien, en caso de que, fallecida la persona empleadora, la empleada del hogar siguiese prestando tales servicios, sí se producirá la citada sucesión (con mantenimiento de condiciones laborales ya consolidadas), ya que el mismo precepto especial⁷, viene a aclarar que «se presume existente el acuerdo entre las partes si el empleado del hogar sigue prestando servicios, al menos, durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad del hogar familiar». En estos casos, la comunicación ulterior de cese por parte de alguno de los familiares convivientes, determina la improcedencia del despido con condena a la herencia yacente⁸.

También en el hipotético caso de que el fallecimiento implicase la ocupación del domicilio por un tercero, ajeno al núcleo de convivencia del anterior, podría pensarse en la subrogación, en caso de que nuevo morador y antiguo empleado estuviesen de acuerdo; aunque no es muy probable que dicho nuevo titular quiera asumir las obligaciones inherentes a la sucesión.

Han sido objeto de análisis, incluso, supuestos en que, fallecido el empleador del hogar familiar, la persona empleada interna siguió viviendo en el mismo domicilio, pero con modificación de la naturaleza de los servicios prestados, debiendo decidirse si en ese caso operaba la sucesión y, adicionalmente, por qué vía. Es el caso que resuelve la STSJ Cataluña de 3 de marzo de 2023, Rec. 6251/2022, ECLI: ES: TSJCAT:2023:2653. El demandante venía prestando servicios como empleado doméstico interno en una finca, propiedad de una Fundación, de la que su empleadora era usufructuaria; el trabajo comprendía diversas labores, incluido el mantenimiento y labores de vigilancia de la casa en la que había valiosas obras de arte. Al fallecer la empleadora el 14 de mayo de 2021, la Fundación pasa a ostentar la plena propiedad, suscribiendo con el demandante un contrato de trabajo temporal para prestar servicios como conserje-vigilante con fecha 21 de junio de 2021, contrato cuya finalización se le comunica el 20 de diciembre de 2021. En estas condiciones, el demandante aprecia existente una sucesión empresarial, al afirmar que las funciones que realizaba bajo la dependencia de empleadora, con contrato de empleado doméstico, eran en realidad las mismas que pasó a realizar para la Fundación, ahora bajo una contratación común y temporal, consistentes en la vigilancia y mantenimiento de la finca y las obras de arte en ella contenidas, argumento que afianza en el hecho de que no existió solución de continuidad entre una prestación de servicios y la otra, y que en todo momento continuó residiendo en la finca.

⁷ «La subrogación contractual por cambio de la persona del empleador sólo procederá previo acuerdo de las partes, presumiéndose este cuando el empleado de hogar siga prestando servicios, al menos, durante siete días en el mismo domicilio, pese a haber variado la titularidad del hogar familiar».

⁸ Como sucede en la SJS 1 Gijón 23 de marzo de 2023, Proc. 452/2022, ECLI: ES: JSO:2023:1031.

La sentencia de instancia había considerado que no concurría sucesión porque hasta el fallecimiento de la empleadora en 2021 no existía ninguna unidad productiva susceptible de transmisión, sino un contrato de trabajos domésticos en un hogar familiar que dejó de ser tal al pasar el disfrute de la finca y las obras de arte a la Fundación codemandada, decisión que la Sala podría plantearse revocar si el escenario fáctico citado se correspondiese con las exigencias del artículo 10 RD 1620/2011 o con las del artículo 44 ET. Y aquí, la «clave» se encuentra en que «no cambia la titularidad del hogar familiar, sino que la finca dejó de constituir un hogar familiar», motivo por el que no es aplicable el régimen subrogatorio del artículo 10 RD 1620/2011, pero tampoco lo es el artículo 44 ET, dado que, por una parte, no estamos ante un supuesto de reversión de una contrata (pues antes de junio de 2021 no consta que existiera ninguna actividad que la Fundación hubiera encargado a la antigua empleadora) y, por otra, tampoco consta ninguna transmisión de activos o elementos patrimoniales en mayo/junio de 2021, ya que la propiedad correspondía a la Fundación desde el año 1997 y únicamente estaba gravada con el usufructo del matrimonio donante. Es cierto que sólo desde el fallecimiento se pudo hacer uso distinto de las instalaciones, pero no entiende la Sala que ello pueda equivaler a una transmisión a los efectos del artículo 44 ET.

Al pensar en la jubilación de la persona empleadora como causa de extinción, inevitablemente surge una duda: ¿Qué relación existe en que el empleador esté en activo o jubilado para que los servicios prestados por la persona empleada del hogar se sigan desarrollando? En principio, no parece existir una relación directa. Sin embargo, al menos dos circunstancias concurren: la persona no activa puede encargarse de las labores propias del hogar, no precisando ya de una persona empleada. La segunda: los ingresos de la persona jubilada pueden minorarse, con respecto a las retribuciones percibidas mientras se encontraba en activo, circunstancia que también ayudaría a entender mejor este supuesto en que, como antes advertíamos, no se produce un cese en actividad económica o productiva al que vincular la extinción contractual.

Y algo parecido sucede con la incapacidad permanente; es probable, incluso, que tal declaración venga a reafirmar la conveniencia de una persona trabajadora en el hogar, al presumirse una mayor limitación de la empleadora para acometer de manera directa los cometidos domésticos.

Con todo, negar virtualidad extintiva a la jubilación o a la incapacidad permanente supondría «obligar» a la persona empleadora a mantener vivo el vínculo laboral hasta su fallecimiento o, en otro caso, tener que acudir a fórmulas extintivas, como las del artículo 11.2 (letras a o b) RD 1620/2011, que implicarían un desembolso económico, algo que no parece posible.

En la práctica, observamos con reiteración que en supuestos tanto de muerte como de incapacidad de la persona empleadora, los familiares (ya sean tutores, guardadores o herederos) han venido acudiendo a la figura del desistimiento, en lugar de aplicar el régimen extintivo del artículo 49 ET, incluso en casos en que este último resultaba económicamente más ventajoso. La razón, parece obvio, deriva de la incertidumbre que a veces existe acerca de quién sea el empleador real, dado que en muchas ocasiones ha de determinarse quién es el mismo, teniendo que discernir cuándo se ha podido contratar en nombre propio y cuándo en nombre de otro. Lo anterior es decisivo en la medida en que, si el infortunio recae sobre el empleador real, la causa opera claramente, algo que no es tan evidente si quien contrató los servicios de cuidado para el enfermo o anciano es un familiar⁹.

En cuanto a la persona empleada en el hogar familiar, la norma estatutaria hace referencia a la muerte, a la incapacidad permanente (en todos sus grados a partir de la calificación de Total para la profesión habitual, sin perjuicio del derecho a la reserva de puesto que, ante previsible revisión por mejoría, garantiza el artículo 48.2. ET¹⁰), y a la jubilación.

Pues bien, el supuesto de muerte no plantea ningún problema, desde el momento en que la relación de trabajo, también esta especial, *intuitu personae*, no admite sustitución *inter vivos* ni, consecuentemente, sucesión *mortis causa*.

Tampoco el reconocimiento, administrativo o judicial, de los grados de Incapacidad permanente Total, Absoluta o Gran invalidez, difiere en esta relación especial, en cuanto a sus consecuencias, de las marcadas por el artículo 49 ET: el contrato de la persona empleada del hogar se extingue al no atesorar ya, con carácter definitivo, aptitud laboral para el desempeño de las tareas propias del oficio. En este sentido, como comentario quizás demasiado tangencial, resaltar la dificultad de que el colectivo analizado vea reconocidos estos derechos prestacionales, debido a la consideración, muy extendida, de la liviandad del

⁹ En este sentido, la STSJ Madrid de 27 de marzo de 2017, Rec. 99/2017, ECLI: ES: TSJM:2017:3345, en un supuesto en que se discutían las horas de presencia a efectos de indemnización por despido, se considera empleadora a la sobrina que contrata los servicios para el cuidado de su tía, pese a que aquella no convive en el domicilio de la persona atendida; mientras que, la STSJ Asturias 17 de enero de 2017, Rec. 2643/2016, en ausencia de contrato escrito («hubo contratación que se produjo por mediación de un taxista conocido de la actora, que la puso en contacto con un hijo o familiar de la demandada que habría concertado el contrato...»), considera empleadora a la persona que recibe tales cuidados.

¹⁰ Artículo 48.2. En el supuesto de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de incapacidad permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo, subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un periodo de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la incapacidad permanente.

trabajo doméstico, algo que, desde luego, choca con la realidad de estas personas, más aun las que trabajan en diferentes hogares simultáneamente, a las que se suele exigir un gran rendimiento a veces en jornadas de trabajo reducidas.

Por último, la jubilación de la persona empleada del hogar, opera como causa extintiva, al igual que lo hace en el resto de relaciones de trabajo. Es cierto, no obstante, que tradicionalmente este colectivo pone de manifiesto una realidad sangrante: la de las mujeres que, alcanzada y superada incluso la edad ordinaria de jubilación, no pueden acceder a ella, y deben prolongar su trabajo, en malas condiciones de salud, pese a haber desarrollado su actividad profesional durante décadas, debido a la falta de alta y cotización durante alguno de esos contratos, situación que no ha sido corregida por nuestra sociedad y que, desgraciadamente, puede empeorar al «gravarse» la posición del empleador por el incremento de la cotización necesaria para la equiparación real de este colectivo al resto de integrantes del Régimen General.

De otro lado, situaciones frecuentísimas de infracotización «condenan» a estas personas trabajadoras, en muchas ocasiones, a pensiones mínimas¹¹, claramente insuficientes en entornos económicos con poca posibilidad de ahorro.

¹¹ E incluso inferiores, al no garantizar el mecanismo de integración de lagunas en todos los casos el acceso a dicha pensión.

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR LAS CAUSAS VÁLIDAMENTE CONSIGNADAS

Aunque, a priori, no parece ser fuente habitual de conflictos, lo cierto es que la escasa regulación del contenido material de la prestación de servicios, y la ausencia de normativa convencional, otorga a las partes una gran capacidad para modular contractualmente el objeto de aquella prestación, pudiendo incluirse cláusulas por las que la misma podría extinguirse, más allá de los mínimos normativamente fijados. En este sentido, el Artículo 3.d RD 1620/2011 reconoce, como fuente de derechos y obligaciones, «la voluntad de las partes manifestada en el contrato de trabajo, que habrá de respetar lo establecido en las disposiciones legales y en los convenios colectivos».

Por lo demás, el artículo 49.1.b ET, cuya aplicación no viene excepcionada en la remisión de la norma reglamentaria, admite la extinción del vínculo laboral «por las causas consignadas válidamente en el contrato de trabajo salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario» (repárese en que, con respecto a la causa precedente: el «mutuo acuerdo de las partes»¹, no se apuntan tales límites, en el bien entendido que dicha concurrencia de voluntades se alcanza de manera libre y a conveniencia de ambos contratantes).

Así las cosas, el panorama normativo citado permitiría considerar la extinción del contrato de trabajo por causas distintas a las fijadas expresamente en el Artículo 49, siempre que apareciesen incorporadas al contrato, respetasen lo

¹ A esta cuestión dedica su atención CÁMARA BOTÍA, Alberto, «La extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso del empresario y el trabajador», *La extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2011, Sempere Navarro (dir.), Martín Jiménez, Rodrigo (coord.), pp. 45-72.

dispuesto en las normas legales y no supusieran abuso manifiesto de derecho por parte del contratante más poderoso.

Dicha posibilidad, sin embargo, es muy escasa, en la medida en que es complicado encontrar motivación extintiva que no encaje, a la postre, en alguna de las causas extintivas de un marco jurídico que, hasta hace bien poco, contaba con el «desistimiento» como cláusula de cierre, y que, en la actualidad, asume la aplicabilidad de todas las causas recogidas en el citado Artículo 49 ET (por mucho de que aquellas vengan condicionadas por su compatibilidad con las singularidades propias de la relación especial).

Con todo, en ocasiones llega a las salas de vistas de nuestros Tribunales algún asunto que puede dar pie, al menos, a una reflexión. Es el caso resuelto por el TSJ País Vasco, en sentencia de fecha 16 de junio de 2015, Rec. 1015/2015, ECLI: ES: TSJPV:2015:2301.

Las partes suscribieron, con fecha 1 de enero de 2012, un contrato de un año de duración (luego prorrogado) en el que se indicaba que aquel se «rescindiría»: a) por faltas graves del empleado; b) por fuerza mayor, como el fallecimiento de la titular; y c) en el caso de que la enfermedad de la empleadora fuese tal que necesitase de dos personas para su aseo personal, levantarse, salir a la calle, o bien en el caso de que su enfermedad mental empeorase de forma notoria, fijándose, en estos casos, un preaviso de un mes. Con fecha 2 de septiembre de 2014, la empleada de hogar recibe una comunicación escrita por parte de la hija de la titular del hogar, con el siguiente tenor: «se le informa que con arreglo al contrato de trabajo de fecha 1 de enero de 2012 queda despedida y tiene un plazo de un mes a partir de la fecha de la presente notificación para abandonar este domicilio puesto que estamos realizando gestiones para ingresar a mi madre en una residencia» (donde efectivamente ingresaría el día 20 de septiembre).

La demanda por despido improcedente es desestimada por el Juzgado, al entender que la extinción se ha basado en la actualización de una condición resolutoria futura incierta no contraria a las leyes, a la moral, ni al orden público, y que no supone un abuso de derecho; frente a la misma se interpone recurso de suplicación basado en la infracción de los arts. 6 y 11.1 del RD 1620/2021, en relación al 49, 55 y 56 ET, por considerar que la contratación efectuada contenía un clausulado no válido, ilegal o nulo, por suponer un abuso de derecho manifiesto por el empleador en relación a la condición resolutoria discutida, censura jurídica que la Sala Vasca no va a compartir.

Y así, dos de los tres magistrados de Sala consiguen (sorprendentemente) validar el pronunciamiento de instancia, al considerar evidente que en el ámbito de la relación de carácter especial del servicio de hogar familiar, además de las

causas de extinción del contrato aplicables como despido y desistimiento, existen otras formas de extinción entre las que cabe reseñar las causas consignadas en el contrato (al margen de la expiración del tiempo convenido, dimisión u otros e incluso incapacidad o jubilación del empresario...), lo que permite considerar la cláusula incorporada al contrato y valorar si la misma constituye un abuso de derecho manifiesto por parte del empleador.

Añade la Sala que la posibilidad de que las partes pacten causas de resolución de contrato, distintas a las previstas en la Ley, es susceptible de aplicación a cualquier tipo de contrato, incluso los indefinidos o de duración determinada; y que dichas causas pueden corresponderse con la evidencia de condición resolutoria que puede consistir en un suceso futuro incierto, o en un suceso pasado que los interesados ignoren (artículo 114 CC) siempre que no sea contraria a las leyes, a la moral ni al orden público (artículo 1255 CC), ni que sea imposible su cumplimiento o suponga un abuso manifiesto de derecho por parte del empresario (con cita de la STS 23 de febrero de 1990 y STSJ Castilla La Mancha 1 de octubre de 2022, Rec. 837/2022).

De otra parte, resultarían abusivas las cláusulas que se apoyasen en circunstancias sobre cuya concurrencia no pudiese ejercer ninguna influencia la conducta del trabajador y sí, en cambio, la influencia de la propia parte empleadora (con cita de la STS 4 de diciembre de 2007, Rec. 507/2007²).

Sobre esta base legal (eminentemente civilista) y apoyándose en las resoluciones judiciales citadas, entiende el TSJ País Vasco que estamos ante una cláusula resolutoria expresa y tajante, que vincula la resolución del contrato a un acontecimiento (que comprende no solo el fallecimiento de la empleadora sino su enfermedad con necesidad de dos personas o empeoramiento de su enfermedad mental de forma notoria) que se ha producido en la realidad, encontrándose dicha circunstancia válidamente estipulada en el contrato, sin que se aprecie abuso de derecho manifiesto, por cuanto no va en contra de las notas características y circunstancias exigibles para esa condición resolutoria, máxime cuando la evolución de la enfermedad o la necesidad de un número determinado de personas para la asistencia y/o dependencia, no suponen circunstancias de concurrencia en las que pueda influir única y exclusivamente la empleadora,

² Relativa al «contrato de adhesión», entendido como aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predisuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente). No se discute la validez del contrato de adhesión, inherente a la realidad actual, pero sí es indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho.

sino que quedan al albur del futuro y/o la incertidumbre de la realidad humana constatada, y la salud-enfermedad en general.

Sin que –sigue diciendo– estemos ante causalidades o condiciones de imposible realización, circunstancias excepcionales o imprevisibles, o extinciones automáticas que supongan un voluntarismo empresarial o lo condicionen a su libre elección o discrecionalidad; sino que, al contrario, el empeoramiento de la enfermedad se constata de manera notoria, así como el ingreso en la residencia e, inclusive, el reconocimiento como gran dependiente.

Con independencia de la valoración que cada cual pueda hacer de esta resolución³, suscribo plenamente el «asombro» con el que el Magistrado disidente⁴ acometió la redacción del Voto Particular. Éste, con fina ironía, afirma asistir al renacimiento de las tesis civilistas (que creía superadas), que pretendían trasladar de manera automática y sin más precisiones al campo laboral/social, la teoría de las obligaciones y contratos incluida en el Código Civil, obviando que la Constitución (mediante sus arts. 1 y 9.2) confirma que las partes suscriptoras del contrato de trabajo no actúan en un plano de igualdad, sino que existe un previo desequilibrio a favor del empleador que las leyes laborales han pretendido atenuar, al menos parcialmente (STC 20/1984); de ahí que normativamente se reconozca un mínimo de desigualdad en beneficio de la persona trabajadora (SSTC 3/1983 y 20/1994), así como la indisponibilidad e irrenunciabilidad de derechos (Artículo 3.5 ET).

Por ello precisamente, el artículo 49.1.b ET ha de interpretarse con cautela y restrictivamente (STS 3 de febrero de 2010), limitándose su aplicabilidad a aquellos contratos que, para su efectivo ejercicio, por ejemplo, dependan de la obtención de una específica titulación profesional o académica (STS 5 de diciembre de 1985), o de un permiso o habilitación administrativa, o incluso de la obtención de un determinado rendimiento que pueda calificarse de ordinario

³ Nos quedamos sin saber la postura del Tribunal Supremo en este caso, dado que el recurso de casación unificadora no pasó el filtro de la contradicción. En efecto, mediante Auto de fecha 14 de junio de 2016, Rec. 3673/2015, el Alto Tribunal considera que no concurre la identidad requerida entre la recurrida y la Sentencia de contraste (STS 3 de febrero de 2010, Rec. 3673/15, ECLI: ES: TS:2016:7886); así «además de que en la sentencia recurrida se trata de una relación laboral especial al servicio del hogar familiar y en la sentencia de contraste, de una relación ordinaria, las cláusulas pactadas no guardan la menor identidad, pues en la sentencia recurrida la cláusula prevé la extinción del contrato si la enferma a la que atendía la trabajadora empeora al punto de necesitar a dos o más personas para su atención, mientras que en la sentencia de contraste la cláusula prevé la extinción si los clientes de la empleadora dejan de serlo, lo que, además, se pone en relación con un producto concreto que la empresa elabora como «marca blanca», de ahí que cada uno de los trabajadores queda afecto a un determinado producto, elaborado, a su vez, para un determinado cliente y, en consecuencia, su contrato de trabajo se vincula a los avatares y duración del contrato mercantil entre la empresa y el cliente, mas ni siquiera en su globalidad, sino pedido a pedido».

⁴ José Luis Asenjo Pinilla.

(STS 23 de diciembre de 1990 y 20 de octubre de 1986). Y, además, algunos de esos supuestos, sobre todo en situaciones sobrevenidas, podrían contemplarse de una manera más adecuada en el ámbito del despido objetivo.

Dicho lo anterior, si el propio Artículo 49.1.b, en la esfera «ordinaria» ha de interpretarse restrictivamente, mucho más en la relación laboral especial del empleo doméstico, que viene sujeta a un marco aún más específico que el general (destacando la previsión de una causa extintiva singular, el desistimiento, cuya amplitud decisoria es total para la persona empleadora), lo que determina que cualquier excepción deba ser interpretada aún más restrictivamente.

Carece, por tanto, de amparo legal –concluye el Voto particular– transformar causas extintivas legales en otras con aplicabilidad automática y sin derecho a indemnización, de una manera tan peculiar, y ciertamente abusiva⁵.

En efecto, la doctrina afirma⁶, a este respecto, que «según el ET, las partes no pueden establecer cualquier modo de extinción del contrato, y ese es el sentido de la existencia del artículo 49 ET y concordantes, que sujetan la extinción a causas y consecuencias tasadas, que se pueden modular contractualmente solo si al hacerlo se están mejorando las garantías mínimas»; desde este prisma restrictivo de aplicación de la letra b del artículo 49.1, la condición resolutoria no sería válida cuando hubiese tenido encaje en la norma que prevé el supuesto de extinción y sus consecuencias, pues, al ignorar lo anterior, la condición se reputa contraria a la ley y, por ende, inválida. Gráficamente: «el sentido del artículo 49.1.b no es ser la ventana por la que se fuga el Derecho Laboral sino el de recoger posibles causas de extinción no indemnizada no encuadrables en el resto de supuestos legales».

Se ha indicado, en definitiva, que, al hablar de causas válidamente consignadas en el contrato no debieran admitirse aquellas cláusulas que muestren una «capacidad subjetiva»⁷ o de disposición, por la parte empleadora, sobre el contrato, como pudiera ser la decisión de internamiento de la persona que viene siendo asistida en el hogar.

⁵ A tal efecto destaca que «es curioso que de necesitarse dos personas para el cuidado de la mencionada, se pueda cesar válidamente a la actora, sin indemnización alguna, y se contrate a dos nuevas para hacer unas tareas similares, en lugar de solo otra. O si su «enfermedad mental empeore de forma notoria», sin ningún dato más que permita evaluar esa afirmación, ni las consecuencias prácticas en el mantenimiento del contrato, de tal manera que se deja esa calificación a la voluntad exclusiva de la empleadora, y, sobre todo, sin relación con las causas extintivas admitidas en derecho».

⁶ OTXOA CRESPO, Isabel, «La aplicación de la causa de extinción del Artículo 49.1.b del Estatuto de los Trabajadores en un contrato de trabajo doméstico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de junio de 2015, Rec. Núm. 1015/2015», *RTSS-CEF*, núm. 393, diciembre, 2015, pp. 177 a 181.

⁷ LLORENS ESPADA, Julen, «La extinción del contrato de trabajo doméstico: despido y desistimiento», *op. cit.*, pág. 175.

PRESTACIONES APAREJADAS A LA EXTINCIÓN: COMPENSACIÓN ECONÓMICA ANTE EL DESEMPLEO Y PROTECCIÓN DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL

8.1 LA TRADICIONAL EXCLUSIÓN

Siendo uno de los hándicaps principales del empleo doméstico el conseguir un sistema de protección social adecuado y universal, el Convenio 189 OIT integra una disposición (artículo 14.1.) que se antoja decisiva al efecto: «todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social¹, inclusive en lo relativo a la maternidad».

Es cierto que el precepto se cuida de advertir que será la legislación nacional la que implemente estas medidas «adecuadas», que, además, tendrán en cuenta la especificidad del trabajo doméstico; sin embargo, trasciende con

¹ Según definió la OIT, «Protección Social del trabajo doméstico, Tendencias y estadísticas», Ginebra, 2016, pág. 8, la expresión «protección de la seguridad social» deberá guiarse por las nueve ramas clásicas de la seguridad social definidas en el Convenio 102 sobre seguridad social, que actúa como norma mínima, comprendiendo: asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional; prestaciones familiares; prestaciones de maternidad; prestaciones de invalidez; y prestaciones de sobrevivientes».

fuerza un mensaje: la necesidad de igualar la protección de Seguridad Social, a la cual tendrán derecho los trabajadores domésticos en condiciones «no menos favorables» que las aplicables a los trabajadores en general.

En España, aunque las personas empleadas en el hogar están incluidas, desde 2012, en el Régimen General de la Seguridad Social, su sistema especial de cotización las ha mantenido alejadas de prestaciones básicas², como el desempleo o la cobertura del FOGASA, sin que dicha desigualdad haya sido corregida por nuestros órganos judiciales, contando incluso con el aval del propio Tribunal Constitucional. En este sentido, se ha llegado a afirmar la existencia de una suerte de «discriminación institucional o normativa»³, que puede ser constitutiva de una discriminación indirecta por razón de género, por cuanto el único Régimen aplicable a personas trabajadoras por cuenta ajena que no contempla la protección por desempleo es, precisamente, el que se halla claramente feminizado y está afectado por una elevada tasa de trabajo a tiempo parcial.

Los fundamentos de la exclusión, en lo que a desempleo se refiere, son varios⁴, aunque el protagonista es, sin duda, el riesgo de fraude⁵. En este sentido, se ha dicho que éste derivaría de la dificultad de controlar este tipo de prestaciones de servicios ante la colisión de derechos fundamentales que se origina y que contribuye a intensificar la economía sumergida. Se ha afirmado, así, que en la medida en que la relación especial incorporaba como vía parti-

² RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, «El trabajo de las personas al servicio del hogar familiar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023 Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), efectúa (pp. 27-61) un recorrido histórico del marco jurídico del trabajo y de la protección social de los empleados desde –lo que el autor denomina– su «deliberado olvido» en el ámbito laboral, hasta el actual marco normativo.

³ LÓPEZ ANIORTE, M.^a Carmen y FERRANDO GARCÍA, M.^a Francisca, «Precariedad y desprotección social del trabajo de limpieza y cuidados ante la situación de crisis sanitaria provocada por la Covid-19», *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, 2021, pág. 237. Más extensamente, véase FERRANDO GARCÍA, M.^a Francisca, «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 428, 2018, pp. 19-54.

⁴ SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022, destaca las que se aducían más habituales: a) Las elevadas tasas de empleo, escaso nivel de cualificación, precariedad retributiva y economía sumergida; b) el empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena; c) La relación se desarrolla en el ámbito del hogar familiar, lo que dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones, debido a la inviolabilidad del domicilio; d) El incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría frenar la contratación e incentivar el empleo irregular.

⁵ Véase al respecto FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, «Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar, en el Régimen General de la Seguridad Social», *Diario La Ley*, núm. 7745, 2011, pág. 6, quien apunta, sobre todo, al «fraude en el disfrute de las prestaciones». En el mismo sentido SANZ SÁEZ, Concepción, «La protección social de las empleadas de hogar», Albacete, *Bomarzo*, 2017, pág. 187.

cular y especial de extinción el desistimiento⁶, de reconocerse a aquella el derecho a prestaciones por desempleo, podían propiciarse «comportamientos estratégicos» entre personas empleadora y empleada doméstica con el objeto de facilitar el acceso a tales prestaciones y/o subsidios, dada la enorme flexibilidad inherente a dicha vía extintiva⁷.

Sobre tales razonamientos, se construyó un régimen jurídico que apostaba decididamente por una protección privilegiada de los derechos fundamentales del titular del hogar familiar, frente a los derechos sociales del trabajador⁸.

No obstante, la doctrina⁹ ha destacado que la cobertura del desempleo es una posición relativamente dominante en los países de nuestro entorno¹⁰, que han adoptado mecanismos técnicos para prevenir dicho fraude, valorando adicionalmente cuál sería el coste para el sistema, concluyendo en su viabilidad. Por lo que, en realidad, se trata de «un problema de voluntad de decisión de política del Derecho y de alcanzar un acuerdo consensuado que ciertamente establezca este derecho como impone deducir para todo trabajador el artículo 41 CE»¹¹

Desde la vigencia del RD 625/1985, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, la mayor parte de la doctrina ha venido elaborando propuestas de reforma, en materia de protección social, para el colectivo de empleados del hogar, que se han ido recogiendo luego –es cierto que lentamente–, en sucesivas normas ampliadoras del marco protector. No obstante, dos señas definitorias de su infraprotección se han mantenido indemnes hasta la reforma de 2022: la desprotección tras cese

⁶ Curiosamente, la inclusión de la prestación por desempleo en 2022 para las personas empleadas del hogar ha venido de la mano de la supresión del desistimiento (lo que, en realidad, se ha convertido en un factor dinamizador de varios cambios legales).

⁷ MENÉNDEZ CALVO, Remedios, «Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, I Congreso Vasco de Empleo Doméstico, Vitoria-Gasteiz, 2020.

⁸ GARCÍA NINET, José Ignacio, «Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar», *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008.

⁹ PÉREZ DEL PRADO, Daniel, «El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, I Congreso Vasco de Empleo Doméstico, Vitoria-Gasteiz, 2020.

¹⁰ Entre otros, Austria, Alemania, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Noruega, Irlanda, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia (OIT, *Protección Social del trabajo doméstico: tendencias y estadísticas*, Ginebra, OIT, 2016).

¹¹ MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén, «Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad», *La Ley Unión Europea*, núm. 101, Wolters Kluwer.

involuntario en el trabajo¹² y ante el impago de salarios e indemnizaciones por el empleador insolvente¹³.

Con respecto a la prestación por desempleo, las personas empleadas del hogar no contaban con protección de ningún tipo¹⁴, y ello con independencia de cuál fuese la modalidad de prestación de servicios. Ello añadía un plus de inestabilidad al vínculo, «amenazado» no solo por la aleatoriedad de un eventual cese inmotivado, sino por la posterior falta de compensación de la pérdida del salario¹⁵. En ese contexto, se afirmaba como necesario mejorar los niveles de la acción protectora reconociendo prestaciones por desempleo «en los mismos términos que en el Régimen General, con cotización a cargo del amo de casa del empleado»¹⁶.

Se decía, en efecto, que la exclusión del colectivo podía ser lógica cuando se instauró el Régimen Especial de Empleados del Hogar en 1969, al estar las personas empleadas del hogar excluidas de la relación laboral; pero que, una vez que el RD de 1985 las acoge, aquella desprotección, tanto contributiva como asistencial, carecía de toda justificación¹⁷. Mucho más teniendo en cuenta que «en este sector existen ciertas singularidades que suponen una mayor amenaza de quedar en desempleo, no sólo por la modalidad específica del desistimiento unilateral del empleador, sino porque también es bastante común la situación donde el objeto principal de la relación laboral es el cuidado de una persona anciana y, ante el ingreso de esta en una residencia o sanatorio o, en

¹² Una propuesta de modificación legislativa para extender la protección por desempleo a este colectivo puede verse en GARCÍA TESTAL, Elena, «La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España», *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 104 y ss.

¹³ «La razón de la exclusión puede hallarse en la dificultad de controlar el fraude mediante la actuación inspectora y los elevados costes que supondría la extensión de esta prestación» (LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar», *Básicos de Derecho Social*, núm. 60, Bomarzo, 2012, pág. 94).

¹⁴ Tanto en prestaciones «directas» en el nivel contributivo como asistencial, como indirectas (todas las relacionadas con el agotamiento previo de subsidios de desempleo). Sobre esta materia, un muy completo análisis en GARCÍA ROMERO, Belén, «Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo», *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, pp. 67-98.

¹⁵ Al menos se les permitía la inscripción como demandantes de empleo, considerándose dicha situación asimilada al alta para causar prestaciones de «invalidez», jubilación, y muerte y supervivencia (STSJ Andalucía/Sevilla 30 de enero de 2003, Rec. 2647/2002; STSJ País Vasco 27 de julio de 2005, Rec. 1235/2004; o STSJ Cataluña 7 de mayo de 2003, Rec. 5077/2002, que precisa que dicha inscripción habría de efectuarse en el plazo máximo de tres meses, que es el previsto para la suscripción del convenio especial de cotización).

¹⁶ LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma», *Básicos de Derecho Social*, núm. 22, Bomarzo, 2006, pág. 91.

¹⁷ LUJÁN ALCARAZ, José, «El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar», *Cuadernos de Aranzadi Social*, Aranzadi, 2000.

último extremo, su deceso, la persona trabajadora pierde su empleo repentinamente, percibiendo como compensación solamente un mes de salario, con independencia de la antigüedad en el servicio que pudiera ostentar»¹⁸.

Parte de la doctrina, especialmente «molesta», afirmaba que no se podía seguir manteniendo una supuesta presunción del fraude y utilizar los derechos constitucionales a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE) como coartada para eludir el cumplimiento de unos derechos laborales que son necesarios y de justicia¹⁹.

De hecho, existen otras categorías de empleos, como las personas trabajadoras a distancia y las teletrabajadoras, que tienen acceso a las prestaciones por desempleo, aun trabajando en el propio domicilio²⁰.

Sin embargo, dicha situación se mantuvo sin corrección por el RD 1620/2011, por mucho que, entre sus compromisos adquiridos a futuro, contemplase abordar medidas protectoras de desempleo adecuadas a las peculiaridades del colectivo. En efecto, su Disposición Adicional 2.^a preveía que en el plazo de un mes un comité de expertos integrado por un máximo de seis personas propuestas por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social y las asociaciones patronales y sindicales más representativas, confeccionarían un informe antes del 31 de diciembre de 2012, sobre la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad, que garantizase los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, informe que habría de servir de base al Gobierno para la toma de decisiones que correspondieran. Sin embargo, como en tantas ocasiones en el ámbito del trabajo doméstico, los propósitos del legislador no pasaron de ser más que una mera declaración de intenciones²¹, sin que conste que se constituyera tal grupo de expertos, ni que surgiese ninguna propuesta tendente a la protección del meritado colectivo²². De esta forma, las escasas mejoras se centran en el incremento de cotizaciones y prestaciones mínimas²³.

¹⁸ GÓMEZ GARCÍA, Francisco Xabiere, «Empleados de hogar y protección de la Seguridad Social: una situación aún deficitaria», *Revista Lex Social*, vol. 11, núm. 2/2021, pág. 835.

¹⁹ BENITO BENÍTEZ, M.^a Angustias, «Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019, p. 478.

²⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», *Revista de Derecho Social*, vol. 77, 2017, pág. 93.

²¹ DESDENTADO DAROCA, Elena, «Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España», *Investigaciones Feministas*, vol. 7, núm. 1, 2016, pág. 131.

²² RUANO ALBERTOS, Sara, «El régimen jurídico de los empleados de hogar», *op. cit.*, pág. 189.

²³ A este respecto, un cuidado análisis en FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, «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. 53/2014, Lex Nova, 14 págs.

En cuanto a la exclusión de las personas empleadas del hogar de la protección que dispensa el Fondo de Garantía Salarial, tampoco ha parecido existir nunca una verdadera razón «de peso», habiéndose afirmado, en cuanto a la permanente exclusión de la cobertura de las deudas salariales e indemnizatorias dispensadas por dicho órgano de garantía a las personas trabajadoras en el hogar familiar, en caso de insolvencia o desaparición de la persona que había contratado sus servicios, que ello ha sido una diferencia de trato injustificada, basada, únicamente, en las mismas razones del carácter no empresarial de la unidad familiar y la consiguiente ausencia de cotización por tal contingencia, argumento más injustificado aún desde que, a partir del año 2015, es posible la declaración de insolvencia de las unidades familiares, por la ley de la segunda oportunidad²⁴.

Por ello, se insistía en que, si este fondo se crea ante la posible insolvencia del empleador, teniendo atribuido el abono a los trabajadores de los salarios e indemnizaciones de las empresas, no se concibe esta exclusión, pues si se remite al Régimen General la acción protectora, no se debe negar la condición de trabajadores a determinadas personas que presten servicios para un empleador²⁵, aunque fuese con ciertas especialidades²⁶.

Sea como fuere, en este ámbito, la normativa interna podría «encajar» en el acervo comunitario, habiéndose afirmado su conformidad con la Directiva del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; directiva que, en su Anexo señala a los empleados domésticos al servicio de una persona física como trabajadores asalariados que tienen un contrato de trabajo de carácter particular, «cuyos créditos pueden excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva».²⁷

Al mismo tiempo, tampoco podía afeársele colisión alguna con instrumentos internacionales no ratificados, como era el caso del Convenio 189

²⁴ QUESADA SEGURA, ROSA, «Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022, pág. 210.

²⁵ LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ, «El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar», *op. cit.*, pág. 51, ya advertía, mucho antes de la integración, que «la actual naturaleza laboral del trabajo que prestan los empleados de hogar exige que los mismos sean considerados desde el punto de vista del Derecho de la Seguridad Social como lo que son, esto es, trabajadores asalariados y por tanto incluidos en el régimen propio de estos».

²⁶ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JOSÉ ANTONIO, «Seguridad Social de los Empleados de Hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalba, Alejandra (dir.), pág. 267, citando a SANZ SÁEZ, CONCEPCIÓN «La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema especial: análisis actual y de futuro», Editorial Bomarzo, 2017, pág. 190.

²⁷ SANZ SÁEZ, CONCEPCIÓN, «Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores», *op. cit.*, pág. 17.

OIT²⁸ que, en su artículo 16, insta a los Miembros a asegurar que los trabajadores domésticos no tengan condiciones menos favorables, tampoco, «en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador».

Ante la claridad de la normativa, no parecía posible encontrar pronunciamientos judiciales que profundizaran en la cuestión, a menos, claro está que se llegase al Juzgado por una vía «indirecta», como la del silencio administrativo positivo ¿qué pasaba si una persona empleada del hogar solicitaba una prestación salarial o indemnizatoria al FOGASA y la misma no obtenía resolución en plazo que evitase el silencio positivo? Es el caso que resuelve la STSJ Murcia 24 octubre 2016, Rec. 186/2016, que confirma la Sentencia de instancia, que negó el derecho de la empleada del hogar a ver reconocido su derecho por silencio administrativo del citado órgano de garantía²⁹. En efecto, en ese caso, sostenía la recurrente que debía entenderse estimada por silencio positivo la solicitud pretendida al FOGASA, al haberse dictado resolución expresa denegatoria en plazo superior a los tres meses establecidos al efecto, posición que la Sala contrarresta, sin embargo, acudiendo a la redacción entonces vigente del RD 1620/2011 que, tras afirmar la aplicación supletoria del régimen común, aclara expresamente que «no será de aplicación el artículo 33 ET», lo cual implica, con independencia del posible retraso en el dictado de resolución a tal efecto, que, en ningún caso, y por imposición legal, los empleados al servicio del hogar familiar gozarán de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, y sin que el silencio administrativo positivo pueda constituir situaciones y otorgar derechos excluidos por imperativo legal.

Argumenta la Sala, que el reconocimiento de derechos por efecto del silencio administrativo positivo solo puede producirse cuando la Administración, en función de sus potestades, está en situación de poder reconocerlos, de modo que los efectos del mismo no se producen ante peticiones de derechos que aquella no puede conceder o cuando el derecho reclamado no existe y ello se deduce de la propia Exposición de motivos de la LO 30/1992 en la que se expresa que «El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de los

²⁸ Es evidente que la no ratificación del Convenio 189 es lo que permitía mantener en nuestro ordenamiento la exclusión de la cobertura por desempleo y FOGASA, pues, al menos con respecto a la primera, no se podría, una vez ratificado el citado instrumento internacional, seguir negando la cobertura a las empleadas del hogar.

²⁹ Aunque se ha afirmado que la STS Cataluña de 25 abril 2023 (a la que haremos luego referencia), fue pionera en abordar el derecho de una persona empleada del hogar a percibir prestaciones del FOGASA sin estar previsto tal derecho, lo cierto es que la de Murcia, aquí apuntada, también abordó la cuestión, como se ha indicado.

particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista». La citada exposición pone de manifiesto que el instituto del silencio administrativo positivo tiene por finalidad la de agilizar los procedimientos administrativos, de modo que, con el transcurso del plazo para dictar resolución, la petición debe entenderse aceptada, pero siempre que se refiera a un derecho existente o que la administración tenga capacidad de reconocer, de modo que el silencio positivo no puede amparar peticiones exorbitantes o ilegales. Consecuentemente con ello, el artículo 62 de la Ley 30/1992 establece la nulidad de pleno derecho de «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».

Acude, por último el TSJ Murcia al acervo comunitario para destacar, de otro lado, que la Directiva 2008/94/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su artículo 1.3, permite que se pueda seguir excluyendo de su ámbito de aplicación al personal doméstico al servicio de una persona física, por cuya razón no se incluye la expresada regulación del Real Decreto 1620/2011, ya citado³⁰.

8.2 LAS NORMAS EXCEPCIONALES DURANTE LA PANDEMIA SANITARIA

La emergencia sanitaria por la Covid-19, y el estado de alarma como reacción política y jurídica para contener su propagación, detonaron un reguero de medidas promovidas por el Gobierno, para gestionar y mitigar tanto el im-

³⁰ En Voto Particular «concurrente», el Magistrado Alonso Saura enfatiza que «el silencio administrativo positivo producirá un verdadero acto administrativo eficaz, que la Administración pública sólo podrá revisar de acuerdo con los procedimientos de revisión establecidos en la Ley...». Ahora bien, en el caso de que la Administración guarde silencio cuando lo que se puede conceder legalmente tiene de forma clara, evidente, palmaria, patente, manifiesta, indubitable o prima facie un límite cuantitativo, sobre el que no se discute, y, posteriormente, por resolución expresa, se cuantifica correctamente la cantidad debida, no se vulnera el principio de seguridad jurídica, al estarse en presencia de un error manifiesto. Supuesto en el que, aunque quepa acudir a las vías de los arts. 102 y ss de la Ley 30/92, también se puede aplicar el artículo 105.2 de la Ley 30/92, pues se está en presencia de un error material o de cálculo o situación asimilable. Es por ello que, para decidir, se exige un examen de cada caso concreto. Todo ello –termina diciendo–, sin perjuicio de planteamientos de *lege ferenda* o de *iure condendo* y de la evolución legislativa.

pacto sanitario como la grave crisis social y económica resultante³¹. Siendo evidente que la pandemia sanitaria que, por desgracia, todos sufrimos, no ha golpeado con la misma fuerza a quienes han contado con resortes prestacionales suficientes para compensar la pérdida o las restricciones en el empleo. Es palmario que, desde comienzos del año 2020, y muy especialmente durante los meses que siguieron a la declaración del estado de alarma, miles de personas empleadas de hogar se vieron forzadas a dejar de prestar servicios en los hogares familiares que constituían sus centros de trabajo. Que aquellas que no contaban con una contratación regularizada, se vieran desprotegidas, aunque indeseable, era previsible; pero que trabajadoras en alta en (un llamado) Régimen General de Seguridad Social y con cotización acreditada, no encontrasen amparo público ante una situación desesperada y sin posibilidad de trabajo en aquellos momentos de encierro, no era algo que un Estado Social pudiese consentir.

Hay que recordar que la pandemia sanitaria por Covid-19, además de limitar la movilidad de la población en general, incrementó el temor al contacto personal, inevitablemente estrecho en el ámbito doméstico, propiciando la extinción masiva de contratos, unas veces formales (a través del desistimiento), y otras informales: comunicaciones verbales de cese o de interrupción del trabajo *sine die*, en espera de un horizonte menos inquietante. Destrucción de empleo a la que, muy desgraciadamente, contribuyó el fallecimiento de miles de personas vulnerables que, por su necesidad de cuidados, actuaban como empleadoras del hogar³².

Dicha situación provocó la terminación abrupta de miles de contratos de trabajo de un colectivo de personas trabajadoras, infraprotegido socialmente y que a la inseguridad jurídica de esas semanas de marzo y abril de 2020 (¿qué debían hacer en ese momento, al cesar involuntariamente en su trabajo?) añadía la angustia económica ante la falta de cobertura por desempleo; ni que decir tiene de otros tantos que, sin contrato ni alta en Seguridad Social, quedaron en situación de total abandono y fuera del denominado «escudo social» previsto para el común de las personas empleadas por cuenta ajena.

El 30 de marzo de 2020, Día internacional de las Trabajadoras del Hogar, desde la Secretaría Confederal de Mujeres e Igualdad de CCOO, se reclamó la

³¹ CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda del empleo en la legislación social anti-covid, o el canon que han de soportar las empresas por las medidas laborales y económicas para mitigar el impacto de la pandemia por Covid-19», *Revista Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 240/2021.

³² Como señala APARICIO RUIZ, M.ª Germana, en «Medidas especiales en tiempos de Covid-19: la situación laboral de los empleados de hogar», *Labos*, 2020, núm. 3, pp. 70-71.

urgencia de equiparar en derechos a las trabajadoras del hogar, y más en ese momento de inicio de la crisis sanitaria del Covid-19, al quedar fuera tanto del acceso a los ERTes, como de prestaciones por desempleo, ante los ceses masivos de actividad que se empezaban a producir.

La reacción del Gobierno vino de la mano del RDley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se creó un subsidio extraordinario temporal del que se podían beneficiar las personas empleadas del hogar (que estuviesen en alta en el Sistema Especial antes de la declaración del estado de alarma³³), que hubiesen dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria; o que hubieran visto extinguidos sus contratos de trabajo por causa de despido o por desistimiento del empleador³⁴.

Se trató, en definitiva, de un subsidio³⁵ extraordinario y asistencial de desempleo con el que hacer frente a las vicisitudes de despido, reducción de la carga de trabajo o suspensión de la actividad laboral, a raíz del virus. Los requisitos para acceder al mismo: estar de alta en Seguridad Social como empleada de hogar antes del 14 de marzo de 2020 y haber sido afectada por una de dichas vicisitudes; la cuantía a percibir: el 70% de las bases de cotización que la empleada del hogar hubiera tenido en el mes anterior, por cada uno de los contratos, con un límite de 950 €³⁶.

El principal inconveniente³⁷ para generalizar el disfrute de este subsidio extraordinario y hacerlo «llegar» a quienes quedaron en efectiva situación de necesidad, fue, precisamente, la exigencia del requisito de alta, pues con ello se dejó fuera del campo de aplicación a quienes en esa fecha ya habían sido dadas de baja o pertenecían a la economía informal (principalmente extracomunitarias en situación «irregular»)³⁸. Inconvenientes que algunos tribunales han intentado

³³ Por RD 463/2020, de 14 de marzo.

³⁴ Con posterioridad, la Resolución del SEPE de 30 de abril de 2020, vino a desarrollar el procedimiento para tramitar las correspondientes solicitudes ante la falta de actividad, la reducción de horas contratadas, o la extinción del vínculo contractual a causa del Covid-19.

³⁵ El mismo era incompatible con el subsidio de Incapacidad Temporal (al igual que sucede, en el régimen común, entre las prestaciones de desempleo y dicha incapacidad) y con el «permiso retribuido recuperable» regulado en el RDley 20/2020.

³⁶ SMI, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

³⁷ En este sentido, LÓPEZ ANIORTE, M.^a Carmen y FERRANDO GARCÍA, M.^a Francisca, «Precariedad y desprotección social del trabajo de limpieza y cuidados ante la situación de crisis sanitaria...», *op. cit.*, pág. 241, han llamado la atención sobre la circunstancia de que las principales carencias del subsidio extraordinario radicaban en la propia exigencia lógica de que las personas beneficiarias se hallaran en alta en el SEEH, pues muchas empleadas del hogar se encuentran en situación de economía sumergida, y, sobre todo, en el hecho de que, constituyendo una medida de urgencia, su eficacia quedara aplazada a la aprobación de una posterior norma de desarrollo del procedimiento de tramitación de las solicitudes».

³⁸ SANZ SÁEZ, Concepción, «Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas del hogar en la crisis del COVID-19», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 67-68, 2020.

solventar, interpretando la norma de manera que no se malograra su propia finalidad, tal y como sucede con la STSJ Cataluña de 22 de febrero de 2023, Rec. 6145/2022, ECLI: ES: TSJCAT:2023:2503, que analizó la denegación, por parte del SEPE, del subsidio extraordinario para empleados del hogar familiar al que se refiere el artículo 30 del RD Ley 11/2020, a una empleada que, según relato judicial, en fecha 13 de marzo decidió, por causa de la crisis sanitaria producida por la pandemia, dejar de prestar servicios a su empleadora a partir del lunes siguiente, hecho impeditivo, según la Entidad Gestora, en la medida en que la fecha del hecho causante nunca puede ser anterior a la aprobación del RD-Ley 463/2020, de 14 de marzo de 2020, por el que se declaró el estado de alarma. El debate, tanto por el Juzgado de instancia, como por el TSJ, se cierra mediante la interpretación (finalista) de que el artículo 30 de la norma citada no exige que el cese temporal en la prestación de servicios se produzca a partir de esa fecha, sino que tenga causa y relación con la crisis sanitaria que provocó la Covid-19 y el fin no sea otro que reducir el riesgo de contagio.

Por ello, se ha dicho que el «subsidio Covid» fue breve, llegó tarde y a poca gente y no aportó grandes soluciones, pero sí ha supuesto un cierto hito, vista la tradicional exclusión taxativa de este colectivo de todo lo relacionado con estas prestaciones³⁹.

Con todo, y no siendo una solución perfecta, sí supuso una primera llamada de atención sobre la necesidad de dotar a este colectivo, de unos resortes mínimos de protección ante la extinción del contrato, convirtiéndose, indirectamente, en un «laboratorio de prácticas»⁴⁰ para el diseño, cuando la economía y la oportunidad política lo permitieran, de una protección por desempleo estable y ordinaria para este colectivo.

8.3 EL IMPULSO DE LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Mucho se ha escrito sobre la Sentencia del TJUE de fecha 24-02-2022 (C-389/20)⁴¹, que declara que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, de

³⁹ GÓMEZ GARCÍA, Francisco Xabiere, «Empleados de hogar y protección de la Seguridad Social: una situación aún deficitaria», *op. cit.*, pág. 839.

⁴⁰ ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, «El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección asistencializada e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233, Aranzadi, 2020, pág. 14. El autor hace un detenido estudio de este subsidio extraordinario.

⁴¹ Un detallado análisis de la misma en SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.

igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, se opone a una disposición nacional, representada por el artículo 251.d LGSS⁴² que, al regular las peculiaridades de la acción protectora del Sistema Especial para empleados del hogar, excluía las prestaciones por desempleo; pero poco se conoce del origen del proceso, de sus impulsores, o del trasfondo personal y socio-laboral de quienes decidieron iniciar el largo y arduo camino hasta Luxemburgo⁴³, contribuyendo, con su éxito judicial, a dar el empujón definitivo para «sacar del cajón» la tan ansiada modificación de la protección por desempleo. En este sentido, el abogado promotor⁴⁴, en entrevista concedida a la revista Noticias Obreras⁴⁵, explicó que conoció a una trabajadora extranjera, de 55 años, inquieta por su futuro, que se preguntaba qué pasaría una vez falleciese la persona mayor a la que cuidaba. Con su edad, aquejada de dolencias físicas, y sin cualificación, no tendría fácil encontrar trabajo, aumentando su desprotección al no acceder a prestación por desempleo, ni subsidio para mayores de 52 años, lo que, indirectamente, también comprometía el derecho a una futura prestación de jubilación. Se dio la circunstancia, adicional, de que tanto la empleada como la empleadora coincidían en su intención de pagar las cotizaciones necesarias para tener derecho a la protección, y así lo pretendieron, pretensión que fue denegada por la Tesorería General de la Seguridad Social, propiciando así el proceso contencioso administrativo, planteando la discriminación que suponía, para un colectivo absolutamente feminizado (además de vulnerable por el factor extranjero), la exclusión de la acción protectora por desempleo, indicios de vulneración del derecho a la igual-

⁴² Artículo 251 LGSS (en su redacción original). 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.

⁴³ Literalmente, pues el equipo jurídico se desplazó hasta el Tribunal, en el que se desarrolló una vista oral, que duró aproximadamente cuatro horas.

⁴⁴ Javier de Cominges, experto laboralista y profesor asociado en la Universidad de Vigo.

⁴⁵ NOTICIAS OBRERAS, Una mirada cristiana del trabajo humano y el bien común, núm. 1965, noviembre 2022.

dad de trato, contrarios a la Directiva 79/7/CEE, sobre igualdad en materia de Seguridad Social, que el magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo 2 de Vigo utilizó para plantear la correspondiente cuestión prejudicial⁴⁶.

A juicio del TJUE, esta exclusión no encuentra acomodo en el artículo 4.1⁴⁷ de la citada Directiva, en la medida en que la norma nacional sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, sin que la misma venga justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Se rechaza, además, por su falta de coherencia, que la normativa española sea adecuada para alcanzar «objetivos legítimos de política social que puedan justificar la discriminación indirecta», pues el colectivo de trabajadores al que se excluye de protección no se distingue de manera pertinente de otros colectivos que, con características y condiciones de trabajo análogas a los empleados del hogar, no están excluidos de aquella protección⁴⁸; dándose la circunstancia de que el mismo riesgo de fraude a la Seguridad Social vinculado con el desempleo, puede concurrir en el resto de prestaciones que sí se reconocen al colectivo.

⁴⁶ Como aclara ROJO TORRECILLA, Eduardo, «(Des)protección por desempleo y discriminación por razón de sexo del personal al servicio del hogar familiar (en España). Notas a la importante sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)», *El Blog de EDUARDO ROJO*, 26 de febrero de 2022, el litigio del que conoció no era en puridad el reconocimiento del derecho a percibir prestaciones por desempleo, que entra en el ámbito de la jurisdicción social, sino la pretensión de poder cotizar para justamente tener derecho en un momento posterior a tal protección, y de ahí que el litigio se iniciara en sede administrativa por la petición formulada a la Tesorería General de la SEGURIDAD SOCIAL, que lógicamente fue desestimada con el argumento basado en el artículo 251.d LGSS, cual es que no era posible cotizar al estar excluido el citado personal de la protección por desempleo.

⁴⁷ Artículo 4.1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones; el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

⁴⁸ Para GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar», *op. cit.*, pág. 188, la situación de «quietismo legislativo» en torno a la protección por desempleo sufre un cambio de rumbo brusco a raíz de esta resolución europea que impone a España la exigencia de adecuar el régimen jurídico de los empleados del hogar a la Directiva 79/7/CEE, suprimiendo todos aquellos aspectos regulatorios que pudieran implicar una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al ordenamiento comunitario; a raíz del pronunciamiento comunitario, «las tradicionales y recurrentes excusas que impedían reordenar la relación especial desaparecen súbitamente, y fruto de esta situación, se dicta con prontitud y con la práctica unanimidad de todos los agentes públicos y privados implicados, el RD Ley 16/2022».

Los Magistrados de la Corte de Luxemburgo vienen a asumir, así, las conclusiones⁴⁹ del Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, según el cual⁵⁰:

– En primer término, entiende que los motivos basados en las características que singularizan tanto al empleado de hogar (poca cualificación y escaso salario: salario mínimo), como al empleador (cabeza de familia) están basados en estereotipos de género, siendo por tanto ajenos a una discriminación por razón de sexo.

– En segundo lugar, el Gobierno español justifica la exclusión de la cobertura por desempleo mediante el objetivo de protección del nivel de ocupación de la categoría de actividad de los empleados de hogar, refiriéndose, por un lado, a la incidencia mínima que, en su opinión, tiene el desempleo sobre este grupo de trabajadores, en su mayoría mujeres y, por otro, al hecho de que, según su parecer, la eventual inclusión de la protección contra el desempleo en el sistema especial para empleados de hogar conllevaría necesariamente un aumento de las cotizaciones y, en consecuencia, un incremento del trabajo sumergido.

– Esta exclusión conduce, a juicio del Abogado, a reforzar la concepción social tradicional de los roles, permitiendo, además, no solo explotar la posición, estructuralmente más débil, de las personas que integran el sector de los empleados de hogar, sino también infravalorar el trabajo de los empleados de este colectivo, que debería, por el contrario, ser reconocido y valorado por la sociedad.

– En tercer lugar, comparte el criterio de la Comisión según el cual conviene examinar la severidad de la medida elegida para luchar contra el trabajo sumergido y el fraude. En efecto, señala que la exclusión absoluta de una categoría de trabajadores, como los empleados de hogar, de la protección frente a la contingencia de desempleo, como medida de «protección social», no parece ser beneficiosa para estos trabajadores. Por lo tanto, cuesta concebir cómo una cláusula de exclusión como la controvertida en el litigio principal, que tiene el objetivo de luchar contra el trabajo sumergido, pero parece agravar la situación de desamparo social de esta categoría de trabajadores, podría

⁴⁹ Un amplio comentario sobre las mismas puede leerse en MONEREO PÉREZ, José Luis y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, «La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, Laborum, núm. 29, 2021.

⁵⁰ En síntesis efectuada por BENITO BENÍTEZ, M.^a Angustias, «El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 5, Universidad de Cádiz, pp. 18-19.

considerarse coherente. Distinto sería el caso de una medida de lucha contra el trabajo sumergido destinada a controlar la obtención fraudulenta de las prestaciones de desempleo que fuera coherente con el objetivo de protección social de los empleados de hogar y no penalizase a este colectivo.

– En cuarto lugar, por lo que respecta a la supuesta relación existente entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido, de sus observaciones escritas se desprende que la creación del sistema especial para empleados de hogar, integrado en el régimen general en 2012, condujo, por el contrario, a un incremento considerable de la afiliación de estos trabajadores, aflorando así empleo sumergido anterior. Por lo tanto, no puede deducirse la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido.

– En quinto lugar, se suscita la cuestión de si el hecho de que el lugar de trabajo sea el domicilio del empleador justifica la elección de la medida de exclusión controvertida. Por lo tanto, sería pertinente examinar qué importancia reviste la influencia del lugar de trabajo sobre tal elección. En este sentido, ¿cómo puede conducir el hecho de que la prestación del servicio tenga lugar en el domicilio del empleador a excluir las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas a los empleados de hogar, pero no a excluir otras prestaciones sociales a las que sí tienen derecho estos empleados, tales como las prestaciones por accidente laboral o enfermedad? En esta misma línea, también podría pensarse en la situación de otros empleados cuyo lugar de trabajo también es el domicilio del empleador, como jardineros, conductores privados, etc.

– Por último, considera que podría ser pertinente conocer si existen otras prestaciones sociales reconocidas a los empleados de hogar que pudieran compensar la falta de protección frente a la contingencia de desempleo, cuestión que se responde negativamente, al no existir otras prestaciones que puedan compensar la falta de protección frente a esta contingencia.

Las conclusiones del Abogado General, por tanto, vinieron a dejar claro que la exclusión prevista por la disposición controvertida en el litigio principal, que prohíbe en términos absolutos acceder a la prestación por desempleo a todas las personas empleadas de hogar, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, incurriendo, por ello, en discriminación indirecta por razón de sexo.

En definitiva, la sentencia comunitaria vino a declarar que el artículo 251.d LGSS era contrario al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CE del Consejo, en el sentido de que la exclusión de la cotización por desempleo de

este colectivo constituye una discriminación por razón de sexo contraria a la directiva, pues si bien la distinción puede atender a motivos legítimos de política legislativa, ni se explica ni resulta objetivamente justificada, a la luz de la normativa europea, la distinción de este colectivo respecto de otros colectivos de trabajadores que prestan servicios en el hogar no excluidos de la protección por desempleo.

Los términos aparentemente «condicionales» de la sentencia podrían plantear algunos interrogantes de su ejecución; no obstante, la mayor parte de la doctrina consideraba «impensable» que el órgano remitente concluyese otra cosa que no fuera considerar discriminatoria la exclusión de la normativa española de la prestación por desempleo de las empleadas de hogar, vaticinando, además, que el Gobierno español daría una «respuesta reguladora y técnica inmediata» que, restaurando en dicho ámbito la equidad prestacional, garantizase la cotización y asumiese, en igualdad de condiciones que en colectivos comparables, el disfrute prestacional contributivo y no contributivo⁵¹.

Ambas previsiones se han cumplido. En primer término, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 2 de Vigo (Procedimiento Abreviado 93/2020) en Sentencia de fecha 17 de marzo de 2022, estimó «esencialmente» el recurso contencioso-administrativo interpuesto, afirmando que «como nos demanda la STJUE de 24 de febrero del 2022 (párrafo 67), consideramos que la limitación legal que supone el artículo 251 d) LGSS, no encuentra cobijo en el logro de fines de política social legítimos, ya que el superior alcance de la acción protectora no se manifiesta como un obstáculo para su consecución, antes al contrario, operará como refuerzo de aquéllos y con la remoción de la limitación legal se abolirá un factor que, como vimos, opera como diferencia de trato negativa entre trabajadores de distinto sexo, en detrimento de las empleadas de hogar, al representar éstas el colectivo prácticamente único que integra el régimen especial, y estar privadas de la prestación por desempleo, a diferencia de los trabajadores varones de otros sectores con características comparables, como los que se enuncian en la STJUE de 24 de febrero del 2022». Afirma el Juez gallego⁵² que «el desamparo social generado por la carencia de la acción protectora trasciende a la simple imposibilidad de percibir la prestación por desempleo y proyecta sus efectos económicos desfavorables».

⁵¹ MIÑARRO YANINI, Margarita, «Lucha por el derecho y prestación por desempleo de las empleadas del hogar: ¿Fin de trayecto? A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de febrero de 2022», <https://www.laboral-social.com/prestacion-desempleo-empleadas-hogar-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html>.

⁵² El Magistrado Marcos Ambeoge López.

rables sobre la trabajadora ahondando en la desigualdad de trato respecto de otros trabajadores».

La estimación «esencial», en lugar de íntegra, del recurso, obedece a la (única) discrepancia existente entre el Juzgador y la demandante, relativa a la determinación de la efectividad temporal del pronunciamiento declarativo del derecho y condenatorio; en efecto, la actora pretendía una proyección retroactiva, coincidente con la fecha de presentación de su solicitud administrativa, el 8 de noviembre de 2019, a fin de que, desde ese instante se le permitiese ejercer su derecho a la cotización para la cobertura de la contingencia ahora reconocida. El Magistrado, sin embargo, considera que existe un «vacío normativo» respecto de situaciones como la enjuiciada, siendo preciso que el legislador lo aborde considerando las peculiaridades del régimen especial. Y así, sin perjuicio de que el reconocimiento del derecho-deber de cotizar por esta contingencia se produzca desde el momento mismo de la sentencia, tendrá plena efectividad cuando la Ley lo desarrolle, disciplinando su contenido, sin que esta circunstancia suponga –sigue diciendo– que la efectividad de este pronunciamiento sea meramente programática, ya que la estimación de la demanda supone el acogimiento de una pretensión condenatoria de la TGSS, por tanto, susceptible de ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario. En consecuencia con lo adelantado, el Fallo viene a declarar el derecho de la demandante «a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo en los términos legales que se establezcan, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración, lo que supone remover sin demora los obstáculos que impidan o dificulten ese derecho, en los términos establecidos en el artículo 9.2 CE»⁵³.

Más allá del ámbito concreto al que se ciñeron tanto la cuestión prejudicial como la propia resolución del TJUE, la Sentencia de 24 de febrero de 2022 venía a «señalar», una vez más⁵⁴, disfunciones de una normativa de Seguridad

⁵³ Como señalaba SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico»; *op. cit.*, en el «Apunte final» de su comentario, «la sentencia del Juzgado, ella misma, merece una detallada contemplación: por más que reposa en una detallada argumentación jurisprudencial y normativa, al final surge la duda sobre el modo en que podrá llevarse a cabo la «ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario», dado que al tiempo reclama una previa intervención legislativa ¿Está abriendo las puertas a la responsabilidad del Estado legislador, por su pasividad? ¿Hasta dónde llega la obligación de la TGSS tras la sentencia? ¿Respecto de quiénes? Tanto interrogante asegura que pronto habrá una intervención normativa, aunque eso no disipa las dudas sobre efectos temporales de la colisión normativa.

⁵⁴ Véase la Sentencia TJUE de 9 de noviembre de 2017, C-98/15, Asunto María Begoña Espada, que consideró a la normativa española sobre desempleo en personas con relación de trabajo vertical a tiempo parcial, contraria al principio de no discriminación indirecta por razón de sexo.

Social que discriminaba en su protección, esta vez, a las personas trabajadoras del hogar familiar, mensaje que «captaron» otros órganos judiciales, como el Juzgado de lo Social 32 de Barcelona, que extrapoló la *ratio decidendi* del juez comunitario a las prestaciones de garantía salarial. Y así, en su sentencia 91/2022, de 14 de marzo, Proc. 200/2019, analizaba la negativa del organismo autónomo de garantía a reconocer el derecho al abono de cantidades no satisfechas por el empleador insolvente, pretextando la inexistencia de una obligación legal en tal sentido, al estar el colectivo al servicio del hogar doméstico excluido de la cotización previa y, consiguientemente, de la garantía misma.

Basándose en lo resuelto por el TJUE el 24 de febrero previo, la Juzgadora de instancia constata la preponderancia femenina del colectivo afectado, así como la concurrencia de un tratamiento legal diferencial, que excluye a las personas empleadas en el hogar, de una manera no justificada, de esta otra protección social, sin que dicha exclusión encuentre base legal alguna, ni en el RD 1620/2011 regulador de la relación especial, ni en el RD 505/1985 encargado de la organización y funcionamiento del FOGASA. Por ello, y asumiendo la falta de previsión de esta cobertura, como quiera que ese trato excluyente afecta preponderantemente al colectivo femenino, dicha opción legislativa representa una discriminación indirecta y, por extensión, una vulneración del artículo 5⁵⁵ de la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Así las cosas, la Juzgadora, en su labor «correctora», reconoce a la demandante la prestación solicitada⁵⁶, sin que sea obstáculo para ello la falta de cotización previa por tal contingencia⁵⁷, dado que la misma deriva, precisamente, de aquella opción

⁵⁵ Artículo 5. Prohibición de la discriminación. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, en los regímenes profesionales de seguridad social no se ejercerá ninguna discriminación directa ni indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo a: a) el ámbito de aplicación de dichos regímenes y las condiciones de acceso a los mismos; b) la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; c) el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

⁵⁶ Cuestión procesal interesante es la que planteó el organismo de garantía en el acto de juicio, al advertir que la trabajadora demandante habría desistido del FOGASA en el proceso anterior por despido que habría dado lugar a la condena incumplida luego por el empleador. Pese a ello, con buen criterio, la Juzgadora argumenta que no existía ninguna obligación legal de traer al proceso declarativo de despido al FOGASA, por lo que su desistimiento en él no implica ninguna renuncia anticipada a los eventuales derechos que pretendieran reclamarse ante la ulterior insolvencia legal de la persona condenada.

⁵⁷ A mayor abundamiento, recuerda la sentencia del JS 32, como esa falta de cotización, que el FOGASA alegaba como hecho obstativo, no ha sido razón para denegar, por ejemplo, prestaciones de incapacidad temporal a trabajadores extranjeros sin autorización para trabajar en España.

legislativa que ha incurrido en las denunciadas infracciones de la normativa comunitaria⁵⁸.

El segundo vaticinio de la doctrina tras la Sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022, al que dedicamos el apartado siguiente, consistió en regular, por RD Ley 16/2022, ambas prestaciones, circunstancia que coincidió en el tiempo con otro esperado acontecimiento, acelerado por la Sentencia del TJUE, que fue la firma, por parte del Estado Español, del Convenio 189 de la OIT, sobre regulación del empleo del hogar, texto que⁵⁹, como sabemos, apuesta por la equiparación de derechos prestacionales, al instar a todo Miembro, «teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional,... (a) adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad»⁶⁰.

Como ha indicado la doctrina, este avance en justicia social hacia una protección del empleo doméstico en igualdad de condiciones, impulsado por decisiones judiciales, «constituye el más potente objetivo para la consecución de una igualdad y una dignificación en la profesión de las empleadas del hogar»⁶¹.

8.4 PROTECCIÓN SOCIAL ESPECÍFICA

Sin entrar en el debate sobre la concurrencia habilitante de la «extraordinaria y urgente necesidad», lo cierto es que la mejora de protección social que

⁵⁸ No hace referencia el JS 32 de Barcelona a la posibilidad, en aplicación del artículo 1.3. de la Directiva 2008/94 relativa a la protección de los asalariados en caso de insolvencia del empresario, de excluir del ámbito protector de esa concreta directiva al «personal doméstico al servicio de una persona física», lo que quizás hubiera sido un argumento a tener en cuenta para desestimar la demanda; pero también es cierto, que aquella posibilidad está condicionada a que existan «otras formas de garantía equivalentes», algo que no sucedería en nuestro ordenamiento (así lo detecta, en su Blog de fecha 5 de mayo de 2022, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, en la entrada «Es discriminatorio que las empleadas del hogar no tengan acceso a las prestaciones del FOGASA (SJS/32 Barcelona 16/3/22)».

⁵⁹ La entrada en vigor, para España, se producirá el 29-02-2024, de acuerdo a la previsión contenida en el artículo 21.3 de la norma.

⁶⁰ En el apartado 18 de la Recomendación 201/2011, que complementa al Convenio 189, se prevé la adopción, por los Miembros, de medidas para asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o de fallecimiento del empleador.

⁶¹ MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén, «Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar...», *op. cit.*, pág. 21.

incorpora el RD Ley 16/2022, principalmente la extensión al colectivo de personas empleadas en el servicio doméstico, de la prestación por desempleo, corrige la situación de desprotección ante el cese en la prestación de servicios, desventaja endémica del colectivo que venía siendo denunciada desde antiguo, siendo cada vez más las voces críticas con el mantenimiento de la exclusión.

Exclusión más visible en un contexto comunitario e internacional que viene abogando por la equiparación; véase la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. Y en el ámbito internacional, el Convenio 189 OIT, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos.

La primera de las directivas citadas «adquirió una especial relevancia» a partir del momento en que el TJUE consideró discriminatoria la regulación de la protección por desempleo para el colectivo de personas encuadradas en el sistema especial de empleo en el hogar, y ofreció un «sustento jurídico renovado» a la necesidad de dar cumplimiento, por fin, a la Disp. Ad. 39.^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social; junto a ello, los órganos jurisdiccionales empezaron a leer el pronunciamiento comunitario en clave constitucional, dando entrada a interpretaciones renovadoras de disposiciones vigentes que podrían considerarse «sobrevinidamente discriminatorias y, por lo tanto, inaplicables»⁶².

En este contexto, el RD Ley 16/2022 viene a imponer la obligación de cotización por desempleo y FOGASA, y en consecuencia, incluye dentro de la acción protectora para este colectivo la prestación por desempleo hasta entonces excluida y declara la responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia del empleador, conforme al artículo 33 ET, cumpliendo así el objetivo de adecuar nuestra legislación a la norma comunitaria, aceleradamente tras el dictado de la STJUE 24 febrero 2022⁶³.

⁶² Así lo explica QUINTERO LIMA, M.^a Gema, «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre...», *op. cit.*, pág. 122, que afirma que «el RD Ley 16/2022 se «autoexplica... como herramienta de depuración básica de una regulación diferenciada para las personas empleadas del hogar que no tiene justificación objetiva y que provoca una discriminación indirecta y múltiple respecto de las mujeres trabajadoras en este ámbito».

⁶³ SÁNCHEZ PUJALTE, Lourdes, «El sistema especial de empleados del hogar tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2022», *Diario La ley*, núm. 10196, 27 de diciembre de 2022, 7, pág. 1.

La Exposición de Motivos del RD Ley 16/2022 justifica la ampliación de coberturas, aludiendo, de manera expresa, a la STJUE 24 febrero 2024, «que ha establecido con rotundidad que no son compatibles con el ordenamiento de la Unión Europea las normas de Seguridad Social que sitúen a las trabajadoras en desventaja con respecto a los trabajadores y no estén justificadas por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo». A ello se une la necesidad de eliminar, de una vez por todas, las diferencias injustificadas en materia de Seguridad Social, más aún si el efecto negativo de la exclusión trasciende al mero hecho de negar la prestación; y es que «la exclusión de la prestación por desempleo y de la obligación de cotizar por dicha contingencia implica además la imposibilidad de que las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar accedan a otras prestaciones de Seguridad Social a las que podrían tener derecho y cuya concesión se supedita a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, de manera que esta mayor desprotección se traduce asimismo en una situación de mayor vulnerabilidad y desamparo».

La trascendencia «especial» de la meritada sentencia es destacada en la introducción al texto dispositivo, aludiendo a la «manifiesta, incontrovertida y absoluta feminización» del colectivo⁶⁴, determinante de que la exclusión de la protección por desempleo entrañe –de principio– una discriminación indirecta por razón de sexo, que no resulta disculpada por objetivo legítimo y coherente alguno, de política social idóneo, necesario y proporcionado.

Para justificar la necesaria equiparación, en materia de desempleo, entre las personas trabajadoras del hogar y el resto de trabajadores por cuenta ajena, la Exposición de motivos añade una «confesión demoledora», que sitúa a los legisladores pretéritos que mantuvieron la exclusión para este colectivo, en un pésimo lugar; admite, sin disimulos, que el régimen extintivo que ahora se modifica, «permit(ía) los despidos arbitrarios e intempestivos, sin justificación objetiva alguna».

A la hora de justificar la irrupción protectora del FOGASA, la Exposición de motivos traspasa las fronteras de nuestro derecho interno, encontrando en la Recomendación 201/2011 de la OIT un apoyo expreso, en la medida en que el citado instrumento internacional compromete a los Estados a «asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones que no sean menos favorables que las que se apliquen a los demás trabajadores en general en lo relativo a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia o fallecimiento del empleador»; compromiso cuya posibilidad de ejecución es aún

⁶⁴ Que cifra en un 95,53% de afiliación femenina, según datos de la TGSS de mayo de 2021.

mayor, desde que la Ley 25/2015, de 28 de julio, facilita la declaración de insolvencia de las unidades familiares por la ley de segunda oportunidad.

Expuestos los motivos, el legislador dispone, en relación al desempleo⁶⁵:

a) La supresión de la letra d) del artículo 251 LGSS, en la medida en que el mismo establecía que «la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo». Con esta modificación, ya no es el de las empleadas del hogar el único colectivo de personas trabajadoras excluido de la protección por desempleo.

b) La incorporación de un nuevo párrafo 8.º al artículo 267.1.a) LGSS, para que conste como situación asimilada al alta «la extinción del contrato de trabajo de acuerdo con lo recogido en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011».

En cuanto al ámbito temporal de aplicación, la Disposición final séptima del RD Ley 16/2022 prevé, salvo excepciones menores, que la norma entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, mostrando así el legislador su preferencia por no demorar las ventajas del cambio normativo, e incorporarlo de manera inmediata. Es cierto que, en la medida en que la reforma viene a paliar un defecto endémico de nuestro sistema, podría haber articulado fórmulas que permitiesen «adelantar» sus beneficios; sin embargo, en lo que se refiere a la inclusión de la cobertura por desempleo en el ámbito de acción protectora del sistema especial de personas trabajadoras al servicio del hogar, no se han establecido reglas especiales, por lo que cualquier derecho que al respecto se genere habrá de corresponder a hechos causantes producidos a partir del 9 de septiembre de 2022, debiendo verificarse, pasada esa fecha, y en el momento concreto de la solicitud de prestaciones, si se cumplen los requisitos exigidos por la normativa reguladora de la protección por desempleo en el Régimen General.

En el ámbito contributivo, pese a que, como se ha advertido, la extinción del contrato ex artículo 11.2 RD 1620/2011 ya es constitutiva de situación legal de desempleo y el nuevo artículo 267.1.8º LGSS tiene efectos inmediatos, es palmario que no podrá generarse la carencia previa necesaria hasta que no hayan transcurrido los tiempos marcados legalmente desde el 1 de octubre de 2022⁶⁶, fecha a partir de la cual nace la obligación de cotizar por desem-

⁶⁵ Véase un cuidado estudio del régimen jurídico del alcance de la prestación por desempleo en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio, «Seguridad Social de los Empleados de Hogar», *op. cit.*, pp. 247-270.

⁶⁶ Recientemente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha elaborado un Criterio de Gestión, el núm. 11/2023, de 10 de mayo de 2023, para la aplicación del artículo 283.1. LGSS al Sistema Especial

pleo. Ello es así porque, como se ha apuntado por la doctrina, el legislador ha obviado incluir reglas intertemporales especiales más concretas o ficciones jurídicas, no contando el RD Ley 16/2022 con ninguna regla relativa a convalidación de contribuciones previas o reglas de cómputo de cotizaciones ficticias, por ejemplo; lo que hace que sea el transcurso natural del tiempo el que permita la generación de derechos prestacionales de desempleo en la modalidad contributiva, así como su duración⁶⁷.

En el ámbito asistencial, en cambio, sí podrían contemplarse consecuencias distintas, ya que dentro de esta modalidad hay supuestos en los que las personas trabajadoras pueden generar subsidios asistenciales de desempleo en lapsos de tiempo inferiores a 360 días a contar desde la entrada en vigor del RD Ley 16/2022, lo que adelantaría los efectos prestacionales de la reforma. Dos ejemplos que apunta Quintero Lima⁶⁸:

a) El caso de las personas empleadas de hogar desempleadas que reúnan los requisitos a que se refiere el primer párrafo del artículo 274.1 de la LGSS, salvo el relativo al periodo de espera, que se hallen en situación legal de desempleo y que no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto aún el periodo mínimo de cotización (como consecuencia de la aplicación de la nueva norma en el tiempo). En este supuesto, se podrá obtener el subsidio siempre que la persona trabajadora carezca de rentas en los términos establecidos en el artículo 275 LGSS, y haya cotizado al menos 3 meses y tenga responsabilidades familiares, o haya cotizado al menos 6 meses, aunque carezca de responsabilidades familiares (artículo 274.3 LGSS).

b) El caso de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar que puedan reunir los requisitos del subsidio para mayores de 52 años, atendiendo a que puedan acreditar periodos de cotización por desempleo previos, fuera del sistema especial.

En cuanto a la garantía salarial, el artículo 2 del RD Ley 16/2022, viene a reformar el apartado 2 del artículo 33 ET para incluir en su ámbito subjetivo a

para Empleados de Hogar, fijando su aplicación a las extinciones del contrato de trabajo que se produzcan a partir de la publicación del citado criterio de gestión, sin esperar, por tanto, a que transcurra el periodo transitorio de un año, fijado en el 1 de octubre de 2023, que es el momento a partir del cual todos los trabajadores encuadrados en este sistema especial podrán acceder a la prestación por desempleo.

⁶⁷ QUINTERO LIMA, M.^a Gema, «La desprecuarización de un colectivo discriminado...», *op. cit.*, pág. 106, quien advierte que, atendiendo a la distinta tipología de relaciones laborales existentes, y a la proliferación de supuestos de pluriempleo, el coeficiente de parcialidad habrá de tener un efecto variable en orden a la generación de prestaciones.

⁶⁸ QUINTERO LIMA, M.^a Gema, «La desprecuarización de un colectivo discriminado...», *op. cit.*, pp. 107.

las personas empleadas en el hogar. En efecto, según el reformado apartado, «el Fondo de Garantía Salarial, en los casos del apartado anterior, abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51, 52, 40.1 y 41.3, y de extinción de contratos conforme a los artículos 181 y 182 del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, y al artículo 11.2 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, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos, con el límite máximo de una anualidad, excepto en el supuesto del artículo 41.3 de esta norma, en que el límite máximo será de 9 mensualidades y en el del artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, en que el límite será de 6 mensualidades, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias. El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el Fondo de Garantía Salarial para los casos de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50 y 56, se calculará sobre la base de treinta días por año de servicio, con el límite fijado en el párrafo anterior».

Consecuencia de la anterior redacción es la modificación, por el artículo 4 RD Ley 16/2022, del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, al que se añade una nueva letra d, en su artículo 11. Uno, que extiende la obligación de cotizar al Fondo de Garantía Salarial, a «las personas empleadoras por las personas trabajadoras en el hogar familiar vinculadas entre sí en virtud de relación laboral de carácter especial». De lo anterior deriva la «aplicación automática»⁶⁹ en esta relación del abono, a las trabajadoras, del importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empleador, con los límites establecidos en el artículo 33 ET. En consecuencia, también, el nuevo apartado Seis del artículo 19 del RD 505/1985, viene a establecer que «en el caso de extinción del contrato de trabajo por las causas previstas en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre..., la cuantía de la indemnización que procede abonar al Fondo de Garantía Salarial se calculará a razón de doce días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos

⁶⁹ QUESADA SEGURA, ROSA, «Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar», *op. cit.*, pág. 211.

de tiempo inferiores a un año, con el límite máximo de seis mensualidades⁷⁰, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias»⁷¹.

Faltaría, no obstante, un último problema por resolver: ¿los efectos económicos de la cobertura debutarán a partir de la reforma, o existe la posibilidad de reclamar prestaciones del FOGASA en ejecución de títulos establecidos antes de la entrada en vigor de la reforma? Recordemos que el Juzgado de lo Social 32 de Barcelona, antes de la promulgación del RDLey 16/2022, había admitido tal posibilidad en su Sentencia de 14 de marzo de 2022, aprovechando la «inercia» que la justicia comunitaria propició con respecto al desempleo. Pues bien, en el nivel superior, y una vez fijado el nuevo marco legal, protector también de la garantía salarial, contamos con el pronunciamiento del TSJ Cataluña, que, en su Sentencia de 25 de abril de 2023,⁷² ha validado la solución de instancia⁷³.

Para ello, la Sala debe neutralizar un primer escollo formal: el FOGASA no fue objeto de condena en el pleito primigenio en el que se reconoció su crédito laboral frente a la empleadora. Obstáculo procesal que salva con un doble argumento: el primero, recordar que las partes no pueden aducir hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad; y el se-

⁷⁰ Se observa que el tope indemnizatorio se rebaja, en este caso, a seis mensualidades, en lugar de la anualidad que, con carácter general (a excepción del artículo 41.3) opera como límite a la obligación prestacional.

⁷¹ QUINTERO LIMA, M.^a Gema, «La desprecuarización de un colectivo discriminado...», *op. cit.*, pp. 120-121, pese a considerar que el alcance de la garantía (por razones obvias) sigue presentando particularidades (desigualdades), *de facto*, sin embargo, y a la vista de los niveles salariales de las personas trabajadoras del sistema especial, es previsible que la garantía sea, en términos relativos, mayor que la de otro tipo de colectivos; consideración que apoya en la improbabilidad de que el salario diario que sirve de base de cálculo a la indemnización se supere en este tipo de trabajos.

⁷² Según información extraída de ROJO TORRECILLA, Eduardo, «El TSJ de Cataluña confirma el derecho de una trabajadora empleada de hogar al percibo de indemnización por despido a cargo del FOGASA. Notas a la sentencia de 25 de abril de 2023, y recordatorio de la sentencia del JS núm. 32 de Barcelona de 14 de marzo de 2022», *El Blog de Eduardo Rojo*, 13 de mayo de 2023 (al no haber podido acceder al texto al redactar estas líneas)

⁷³ En ella, el mayor obstáculo para resolver positivamente la demanda actora, consistente en la falta de cotización por parte de la persona empleadora del hogar para generar en su empleado el derecho a prestaciones del FOGASA, fue salvado por el Juzgado barcelonés advirtiendo que tal exclusión venía impuesta por una norma legal que provocaba una discriminación indirecta, trayendo a colación, adicionalmente, el hecho de que nuestro sistema reconoce determinadas prestaciones sin cotización previa, como sucede con trabajadores extranjeros que no disponen de autorización para trabajar en España y que se ven afectados por una situación de incapacidad temporal.

gundo, advertir que no existe obligación⁷⁴ alguna de que el FOGASA sea parte demandada en el procedimiento declarativo en que se reconoció el crédito laboral de la parte trabajadora.

Superado el anterior, ha de afrontar el problema de fondo: ¿cómo abonar la prestación de garantía salarial cuando no se acredita ninguna cotización previa para dicha cobertura? Y lo hace acudiendo a los argumentos de la STJUE 24 febrero 2022, recogidos incluso en la Exposición de Motivos del RD Ley 16/2022; según los mismos, sería posible reconocer el derecho de la trabajadora empleada del hogar a las prestaciones indemnizatorias del FOGASA por haber reconocido expresamente el legislador que la diferencia de trato en este ámbito, junto con las existentes con anterioridad al 1 de octubre de 2022, en materia de prestaciones de Seguridad Social, son injustificadas. Afirma, al respecto que «es el propio legislador el que vincula la jurisprudencia dimanante de la STJUE de 24 de febrero de 2022 con la ineludible reforma del artículo 33.2 ET, vinculando indefectiblemente los efectos jurídicos de esta sentencia con la Directiva 2008/1994/CE, de 22 de octubre sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia empresarial».

En definitiva, se ha dicho, «la tesis de la Sala, en una clara perspectiva de mirar hacia adelante respecto a la necesidad de evitar todo tipo de discriminación por razón de sexo, pero sin dejar de lado la posibilidad de corregir las situaciones discriminatorias producidas con anterioridad y que han llegado a su conocimiento, es la de la indudable influencia en la reforma de la normativa española de la jurisprudencia comunitaria y de su interpretación de las Directivas sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres»⁷⁵.

Consecuentemente con la ampliación de coberturas, el legislador procede a modificar la disposición transitoria decimosexta LGSS, relativa a las bases y tipos de cotización y acción protectora en el Sistema especial, incluyendo la obligación de cotizar por desempleo y FOGASA a partir del 1 de octubre

⁷⁴ En aplicación del artículo 23 LRJS, regulador de los supuestos de intervención y llamada a juicio del FOGASA, constata que en el caso litigioso examinado no era preceptiva su intervención, ya que «tratándose la empleadora de la beneficiaria demandante una persona física, es claro que no le era exigible a la parte actora interesar la intervención del FOGASA, pues ni la demandada se hallaba incurso en procedimiento concursal ni se daban las circunstancias habituales –como el cese de actividad empresarial– de la que pudieran deducirse futuras responsabilidades subsidiarias del organismo recurrente».

⁷⁵ ROJO TORRECILLA, Eduardo, «El TSJ de Cataluña confirma el derecho de una trabajadora empleada de hogar al percibo de indemnización por despido a cargo del FOGASA...», op. cit.

de 2022, despejando así cualquier duda sobre el alcance temporal que la doctrina comunitaria podría tener⁷⁶.

Es evidente el pragmatismo de nuestro legislador, al anticiparse, con la ampliación de estas últimas coberturas, al planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales en supuestos que pudieran evidenciar identidad de razón con la sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022; con ello, el legislador «anticipa una eventual labor profiláctica futura del TJUE»⁷⁷.

La trascendencia política, social y económica de la reforma del desempleo estaría fuera de toda duda⁷⁸, constituyendo un paso decisivo en la equiparación de los empleados del hogar al resto de trabajadores, dándose así cumplimiento, no solo a las demandas derivadas del ordenamiento comunitario, sino al propio artículo 41 CE. Y es que no se entendía que «el colectivo de empleados del hogar, generalmente mujeres, no pueda acceder a la prestación por desempleo cuando precisamente se trata de un colectivo con altas tasas de empleabilidad, escasa formación, y también un colectivo especialmente vulnerable, por la precarización que implica, dada la alta tasa de contratación a tiempo parcial, para múltiples empleadores y la baja remuneración de este tipo de trabajos»⁷⁹.

Ahora, como postula algún autor, ha llegado el momento de hablar menos y de pasar a la aplicación de la nueva norma, siendo necesarias nuevas ideas y propuestas para que ésta sea de aplicación a la inmensa mayoría de personas que prestan servicios en el hogar familiar, lo que significa, entre otras cuestiones, abordar con rigurosidad jurídica y social la situación de un elevado número de trabajadoras extranjeras que se mantienen en situación irregular⁸⁰. Como se ha advertido, el cambio normativo solo tendrá auténtico valor cuando vaya

⁷⁶ Pese a que dicha cotización se convierte en obligatoria para las personas empleadoras a partir del 1 de octubre de 2022 (Disp. Transitoria 2.ª RD Ley 16/2022), se ha detectado algún pronunciamiento judicial de instancia (SJS 1 Palma de Mallorca 24 de enero de 2023, Proc. 539/2022, ECLI: ES: JSO:2023:98) que viene a aplicar retroactivamente la nueva norma, condenando al FOGASA a abonar a una empleada del hogar la suma de 4.728'81 euros correspondientes a salarios del período comprendido entre agosto y noviembre de 2019. Así lo destaca CUADROS GARRIDO, M.ª Elisa, «Retribuciones de las empleadas del hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), pág. 144.

⁷⁷ QUINTERO LIMA, M.ª Gema, «La desprecuarización de un colectivo discriminado...», *op. cit.*, pág. 94.

⁷⁸ GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar», *op. cit.*, pág. 73.

⁷⁹ SÁNCHEZ PUJALTE, Lourdes, «El sistema especial de empleados del hogar tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2022», *op. cit.*

⁸⁰ ROJO TORRECILLA, Eduardo, «Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente», *El Blog de Eduardo Rojo*, 8 de septiembre de 2022.

acompañado de unas relaciones que se desarrollen de forma regular, ya que para cotizar hay que cumplir la normativa vigente, debiendo pensar en el importante número de personas trabajadoras que no cumplen este requisito de regularidad contractual, señaladamente la población migrante, de manera que, la solución a la desprotección no pasa sólo por la cobertura en materia de Seguridad Social⁸¹.

En sentido opuesto, hay quien considera que el incremento de cotizaciones⁸² derivado de la ampliación de coberturas prestacionales, unidas a la subida del salario mínimo interprofesional, puede a corto plazo generar un efecto desincentivador de la contratación en este sector, manteniéndose la contratación clandestina más allá de lo deseable⁸³.

Pero lo que es evidente es que, tanto la sociedad en general, como la comunidad laboralista en especial, tienen como reto la dignificación de las tareas domésticas, debiendo afrontar el legislador dicha tarea con valentía, si se quiere, además, dar efectividad real al derecho de igualdad por razón de sexo; ello implica articular un nuevo modelo de protección social aplicable al empleo doméstico que, por una parte, no resulte discriminatorio (y ello implica equiparar a este colectivo, en cuanto a riesgos cubiertos, con el resto de trabajadores) y, por otra, sea sostenible (asumiendo que el coste económico de la familia no puede ser equivalente al de una empresa al uso)⁸⁴. Por eso, este proceso de dignificación del empleo doméstico debe ir acompañado, a su vez, de un mayor compromiso del Estado en las políticas sociales y de cuidado, ofreciendo apoyo a las familias y a las personas dependientes, creando infraestructuras de cuidado suficiente⁸⁵.

No obstante la dificultad de esta tarea, podríamos quedarnos con las palabras que, a modo de epílogo, escribe Rosa Quesada en lo que afirma ser su trabajo de despedida, al afirmar que su primer trabajo serio en la disciplina fue su «tesis doctoral sobre una relación especial que contemplaba los primeros derechos laborales dirigidos a un colectivo con apenas reconocimiento social,

⁸¹ ROJO TORRECILLA, Eduardo, «Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo...», *op. cit.*

⁸² Según datos ejemplificativos ofrecidos por la Seguridad Social, la nueva cotización por desempleo y FOGASA supondrá un aumento de la cuota de unos 4,49 euros al mes para retribuciones de 500 € y de 31,18 euros para salarios de 1166,70 €.

⁸³ SÁNCHEZ PUJALTE, Lourdes. «El sistema especial de empleados del hogar tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2022», *op. cit.*, pág. 7.

⁸⁴ VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia, «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 470/2022, pág. 74.

⁸⁵ DESDENTADO DAROCA, Elena, «El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después...», *op. cit.*, pág. 205.

un trabajo infravalorado, hecho por mujeres, en muchos casos inmigrantes, a las que se otorgaba una protección social mínima próxima a la del trabajo autónomo. Ahora, en este último trabajo con el que cierro mi carrera, el servicio al hogar familiar es una relación que se inicia con un contrato de trabajo por escrito, salario mínimo, jornadas acotadas, valoración más equitativa del salario en especie, despido causal, garantía salarial, reglas específicas de prevención de riesgos laborales y, prácticamente, todos los derechos de prestaciones sociales incluidos el accidente laboral, la enfermedad profesional y el desempleo. Una actividad profesional dignificada. Un largo camino... recorrido a la par»⁸⁶.

⁸⁶ QUESADA SEGURA, Rosa, «Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar...», *op. cit.*, pp. 217-218.

RECAPITULACIÓN Y REFLEXIONES FINALES

El RD Ley 16/2022, de 6 de septiembre, ha remodelado profundamente la regulación del empleo doméstico contenida en el RD 1620/2011, consiguiendo, si no una equiparación con el marco estatutario, sí un acercamiento muy evidente, tanto en materia extintiva como en el alcance de la protección social derivada. De los muchos cambios, y por encima incluso de las equiparaciones indemnizatorias, que tanta atención reclaman, dos han sido esenciales: a) El primero, la supresión del desistimiento, mecanismo extintivo acausal que convertía a las personas empleadas del hogar en ciudadanos de segunda categoría, objeto de extinciones sin causa, cuando no claramente arbitrarias; b) El segundo, la siempre pendiente mejora de la protección social del colectivo en caso de extinción de contrato, básicamente gracias a la protección por desempleo, a la que se añade, además, la cobertura por el FOGASA de las indemnizaciones derivadas de la extinción.

Es evidente que toda reforma legal de calado despierta interés y provoca una oleada de artículos y comentarios doctrinales. Este caso no ha sido distinto, habiéndose publicado en estos últimos meses, decenas de artículos relacionados con la materia y varias monografías. De casi todas, creo haber hecho uso para elaborar el presente trabajo.

Para entender bien el régimen jurídico actual y poder valorar en su justa medida las mejoras que se han introducido, es necesario hacer referencia, siquiera sucintamente, al punto de partida.

Sabemos que la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 incluyó en su ámbito de aplicación a los servidores domésticos, si bien la asimilación a los trabajadores asalariados no fue plena, pues varias normas promulgadas durante la II República siguieron exceptuando de su ámbito de aplicación a este colectivo, en materias como los accidentes de trabajo o las jornadas máximas. Exclusión que fue total en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, que deslaboralizó expresamente el servicio doméstico.

De este modo, la inclusión sin solución de continuidad en el marco «laboral» se produce con el art 2.1.b ET 1980 y posterior RD 1424/1985, regulador de una relación cuya «especialidad» descansa en una justificación, que se ha mantenido en forma de «mantra» en las sucesivas regulaciones: el contexto en el que se presta el servicio (presidido por la intimidad y privacidad familiar, y la inviolabilidad del domicilio), la singularidad de un empleador que no es empresario al uso, y la nota de máxima confianza que ha de revestir la prestación del servicio.

En la norma de 1985, y en lo que a extinción del contrato se refiere: a) Se establecían causas extintivas específicas, parte de las cuales coincidían con el régimen común, mientras que otras eran singulares, excluyéndose la aplicación supletoria del ET; b) Se contemplaba el vencimiento temporal anual del contrato como mecanismo extintivo (indemnización de 7 días por año con límite de 6 mensualidades), ajustado a una contratación también anual prorrogable; c) No se preveía el despido colectivo, ni por causas objetivas, ni el cese por jubilación del empleador; d) En cuanto al despido disciplinario, se exigía notificación escrita, siendo la indemnización en caso de despido improcedente de 20 días de salario en metálico por año. Ello implicaba una rebaja de 25 días por año con respecto al régimen común, la eliminación del salario en especie para el cálculo, además de no contemplarse la opción por la readmisión ni salarios de tramitación. Tampoco se contemplaba la posible nulidad del despido, pese a lo cual los tribunales (significadamente a partir de la LO 3/2007 de Igualdad), comenzaron a aplicarla, aunque con una clara limitación de sus efectos.

Con todo, la particularidad más importante fue la concepción e introducción en la norma de un sistema extintivo excesivamente laxo: el desistimiento empresarial, que no precisaba justificación alguna y que llevaba aparejada una indemnización ínfima (7 días del salario en metálico con límite de 6 mensualidades).

Con base en esta norma, los Tribunales hablaban de la «simple insatisfacción de la familia empleadora» como motivo suficiente para tal desistimiento, e incluso relativizaban el incumplimiento de los requisitos formales establecidos, que, durante mucho tiempo, no convirtieron dicho desistimiento en despido.

Ello fue así hasta la STS 5 de junio de 2002, que vino a «exigir» al empleador que dejase bien claro si estaba despidiendo o desistiendo del contrato, debiendo cumplir los respectivos requisitos formales. Con todo, ni el preaviso ni la puesta a disposición simultánea de la indemnización eran considerados requisitos esenciales que transformarían el desistimiento en despido, aunque es cierto que, en los supuestos en que no hubiese una invocación concreta de causa, la omisión de tales requisitos formales era considerada por los tribunales como elemento a favor del despido, en lugar de al desistimiento.

El inicio hacia la confluencia con el régimen común se produce con el RD 1620/2011, norma reglamentaria dictada tras la integración del REEH en el Régimen General de la Seguridad Social. En su Exposición de motivos se reconocía la necesidad de modernizar diversas instituciones que el tiempo y la evolución natural de las costumbres habían dejado «caducas». Y en este sentido, destacan alguna modificación garantista y también alguna mejora.

En efecto, lo primero que hace el RD 1620/2011 es una remisión expresa a las causas extintivas del artículo 49 ET, pero sólo en la medida en que resulten «compatibles» con las singularidades de la relación especial y excluyendo expresamente la fuerza mayor, el despido colectivo y el despido objetivo (por no ser –decía la norma– compatibles con la naturaleza de esta relación especial).

Seguidamente, la norma marca claramente las diferencias entre los supuestos de despido y de desistimiento. Y así: a) En cuanto al despido disciplinario, habrá de acometerse por escrito, por las causas del artículo 54 ET; en caso de improcedencia se recoge el derecho a una indemnización (en metálico) de 20 días naturales de salario (se entiende incluido el abonado en especie) con el límite de 12 mensualidades; b) Para el desistimiento, se consideran «esenciales» tanto la comunicación «escrita» indicando dicha causa, como el abono simultáneo de la indemnización, que sube a 12 días. A falta de tales requisitos, se presume que el empleador optó por el despido.

Hay que significar que el propio RD 1620/2011 era consciente de que la regulación que contenía era mejorable en varios aspectos, incluida la extinción, por lo que estableció, como Disp. Adicional, el compromiso de encomendar a un Comité de expertos la elaboración de un informe que abordase: a) la «viabilidad» de aplicar «plenamente» el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común a la relación especial del servicio del hogar familiar; y b) la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del texto estatutario. Nada de esto se hizo (cambio de gobierno, crisis económica, etc.).

Pues bien, la reforma que opera el RD Ley 16/2022 decide recuperar y poner en práctica de manera inmediata aquel objetivo de equiparación regulatoria, apostando por mantener únicamente las diferencias plenamente justificadas.

Como sabemos, aunque este interés no es repentino, pues ya se anunció en 2011, lo cierto es que permanecía aletargado, debido a múltiples factores, entre ellos la escasa movilización del colectivo. Y así podría haber seguido, seguramente, si no hubiera acontecido un hecho determinante: la STJUE 24 febrero 2022: una empleada del hogar, junto con su empleadora, pretendieron cotizar por desempleo, siéndoles denegado tal propósito, lógicamente, por la TGSS (dado que no se puede cotizar por una prestación inexistente para el empleo doméstico). El asunto llega al Juzgado Contencioso-Administrativo que plantea cuestión prejudicial, siendo resuelta por el TJUE, en el sentido que ya conocemos: existe discriminación indirecta por razón de sexo, al no contemplar nuestra normativa la posibilidad de cotizar por tal contingencia, dada la abrumadora mayoría de mujeres que desempeñan esta actividad.

A partir de aquí parecía inevitable un movimiento por parte del legislador; lo que muchos no esperábamos es que se abordase una auténtica reforma del marco legal del empleo doméstico, que afectó intensamente al panorama extintivo.

Con la citada reforma, en lo que al régimen extintivo se refiere:

a) Se extiende al empleo doméstico la normativa laboral común: la relación laboral se extingue por las causas del artículo 49.1 ET, salvo en lo que resulte incompatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación. De esta forma, se equipara, aunque de forma condicionada, al colectivo de personas empleadas del hogar con el resto de personas trabajadoras. Derivadamente, ya no hay causas del artículo 49 ET que se excluyan, ni tampoco fijación de indemnizaciones distintas (procediéndose a una equiparación con la de 33 días prevista en el artículo 56.1 ET).

Ante esta equiparación, aparentemente plena, de la nueva regulación, podrían plantearse dos dudas de calado: a) ¿Es compatible con dicha singularidad reconocer la opción empresarial entre readmisión o indemnización en caso de improcedencia?; b) ¿Recupera la nulidad del despido su consecuencia natural de readmisión, mucho más ahora que al equipararse la indemnización por despido improcedente, la solución indemnizatoria sustitutoria en caso de nulidad ya no supone ni siquiera una «mejora» económica?

b) En segundo lugar, se pone fin al desistimiento como causa de extinción de esta relación laboral especial, «atacando» definitivamente la línea de flotación de la anterior regulación extintiva en el empleo doméstico. Dicha decisión se basa en un previo diagnóstico demoledor de la Exposición de Motivos que viene a reconocer que el anterior régimen extintivo permitía «despidos arbitrarios e intempestivos, sin justificación objetiva alguna».

Y es que, realmente: a) Existía una vis atractiva del desistimiento, como mecanismo habitual de extinción, salvo que existiese un motivo de despido irrefragable y demostrable; y b) Además, desde el prisma constitucional, era evidente el efecto lesivo sobre los derechos fundamentales de un mecanismo que no exigía causa alguna para operar (repárese en el efecto abusivo que el desistimiento ha tenido sobre los derechos fundamentales de las empleadas del hogar embarazadas).

Como consideración indirecta, pero relacionada, pensamos que esta decisión del legislador puede dar protagonismo al único desistimiento que aún se mantiene: el que se produce durante el período de prueba; básicamente, en dos aspectos: a) la cautela de introducir expresamente un período de prueba en los contratos (pues sólo durante el mismo cabe la extinción *ad nutum*); b) la posibilidad de que se multipliquen los ceses antes de finalizar la fase de prueba, ante el riesgo de que, una vez superada, ya no se podrá extinguir el contrato salvo que concurra una causa legítima y demostrable.

c) La tercera novedad, íntimamente relacionada con la eliminación del desistimiento, es la creación, *ex novo*, de causas extintivas específicas (una suerte de desistimiento causalizado), con derecho a indemnización de 12 días por año, en tres supuestos concretos, dos de ellos relacionados con circunstancias objetivas, y el otro con el comportamiento de la persona trabajadora.

Se ha afirmado que se configura, así, un «nuevo derecho para la persona trabajadora, a no ver extinguido su contrato sin justa causa», en la medida en que el precepto viene a detallar, para el marco de empleo doméstico, cuáles son las situaciones concretas que habilitarían la extinción por causa justificada, al tiempo que asegura que la decisión extintiva se adopte por la persona empleadora con base en circunstancias valorables objetivamente.

Efectuando un repaso telegráfico de las tres nuevas causas extintivas del artículo 11.2 RD 1620/2011:

1. La primera causa es la «disminución de los ingresos de la unidad familiar o el incremento de sus gastos por circunstancia sobrevenida». La nor-

ma no da demasiadas «pistas» sobre el supuesto, pero podemos pensar en situaciones de desempleo de la persona empleadora o de los convivientes; en supuestos de revisión de prestaciones; en el despido de uno de los miembros de la unidad familiar; en embargos o circunstancias que provoquen la asunción de una deuda a la que haya que hacerse frente mediante el abono de cuotas mensuales; etc.

En cualquier caso, lo que parece claro, es que, si el legislador pretende realmente mejorar la protección del colectivo de empleo doméstico ante la extinción contractual, y no solo «blanquear» el viejo desistimiento, debe exigirse que dicho desequilibrio sobrevenido justifique, de manera razonable, la proporcionalidad de la medida extintiva, sin que cualquier circunstancia que modifique la capacidad económica de la familia pueda actuar como causa para aquella extinción.

Como curiosidad, señalemos que la Exposición de Motivos pone como «ejemplo» de esta causa la «declaración de incapacidad para el trabajo de la persona empleadora» (a lo que podríamos añadir la jubilación). Ello apuntaría a una superposición de causas: las específicas del artículo 11.2 RD 1620 y las comunes del artículo 49.1.g ET que, como sabemos, reconoce la incapacidad y jubilación de la persona empleadora como causa extintiva con un régimen diferenciado (abono de una mensualidad).

2. La segunda causa es la «modificación sustancial de las necesidades de la unidad familiar que justifiquen que se prescinda de la persona trabajadora del hogar». Aunque la redacción de esta nueva causa integra varios conceptos muy abiertos, podemos pensar en circunstancias (a) que afecten a las personas cuidadas: 1) fallecimiento de un miembro de la familia, 2) aumento de autonomía de los menores, 3) inserción en sistemas de educación reglada, 4) emancipación, 5) ingreso de mayores en institución geriátrica, etc.; o (b) que afecten a la propia persona empleadora: supuestos de 1) separación o divorcio, 2) ejercicio de derechos de conciliación, etc.

3. La tercera causa (la más polémica, sin duda) es «el comportamiento de la persona trabajadora que fundamente de manera razonable y proporcionada la pérdida de confianza» del empleador.

Esta tercera causa, es evidente, integra un componente subjetivo que va a dar lugar a mucha litigiosidad, al contener elementos que podrían confundirse con el despido disciplinario por transgresión de la buena fe y abuso de confianza.

No obstante, su régimen jurídico es distinto en aspectos esenciales; en efecto, la novedosa extinción (a) no exige un incumplimiento contractual o comisión de falta sancionable, al hablar meramente de «comportamiento» del

empleado; (b) comportamiento que, además, no debiera alcanzar las cotas de gravedad y culpabilidad que lo integrarían en el marco disciplinario.

Básicamente, la estructura es la siguiente: 1) se extingue el contrato porque se ha perdido la confianza (igual que el «viejo» desistimiento), 2) pero como la extinción no obedece a un incumplimiento grave y culpable (no se puede despedir disciplinariamente), 3) ha de indemnizarse (en la cuantía reducida de 12 días) y 4) concretarse además qué comportamiento de la persona empleada determina tal pérdida de confianza (que es lo que va a permitir el ulterior control judicial y su calificación).

Es evidente, a la vista de esta tercera causa, que el legislador de 2022 no ha podido «desembarazarse» del todo del «viejo» desistimiento, al persistir esta extinción con indemnización minorada basada en la pérdida de confianza.

Pero es innegable que se ha reforzado la posición jurídica de la persona empleada. Y ello porque la norma deja claro que la extinción se producirá por alguna de las siguientes causas, «siempre que estén justificadas», esto es: deben poder acreditarse y tener entidad objetiva, suficiente para que se entienda legal la extinción.

Y esta afirmación debe relacionarse con uno de los principales problemas: la extrema dificultad probatoria en el ámbito doméstico. Con la normativa anterior, ante este tipo de comportamientos que quebraban la confianza, el empleador acudía al desistimiento (abonaba 12 días por año y el asunto podía considerarse «resuelto»); ahora, sin embargo, no solo se exige un esfuerzo probatorio del empleador sobre el hecho determinante de la pérdida de la confianza, sino que la norma introduce un elemento valorativo: la causa alegada ha de ser «suficiente» para considerar justificada la decisión empresarial, lo que obliga al Juez a realizar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad entre la conducta y la decisión.

Y ante esa obligación de «justificar» la causa que motiva razonable y objetivamente la pérdida de confianza, si la persona empleada de hogar niega los hechos, la dificultad probatoria de los mismos por el empleador va a conducir a que esta extinción causal se convierta en despido improcedente. Y lo mismo sucederá si, aunque se pruebe el hecho, la valoración subjetiva del Juez sobre la virtualidad del mismo para quebrar la confianza no coincide con la del empleador. Esta incertidumbre refuerza la posición de la persona trabajadora que, en ambos casos, verá casi triplicada su indemnización (al pasar de los 12 a los 33 días).

Quizás por ello el Legislador podría haber optado por mantener el desistimiento tal cual recogía el RD 1620/2011, pero incrementando la cuantía de

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

la indemnización (por ejemplo, a 20 días) como fórmula disuasoria de conductas abusivas.

De esta forma, el esquema de la extinción del trabajo doméstico, tras el RD Ley 16/2022, quedaría así: a) Extinción por las causas del artículo 49 ET, con aplicación de la normativa laboral común salvo en lo que resulte incompatible con las singularidades de la relación especial; y b) Extinción adicional por las nuevas causas específicas del 11.2 RD 1620/2011.

En relación al despido objetivo, es ciertamente complicado encajar en esta relación especial las causas del artículo 52.c relacionadas con la actividad empresarial, esto es, las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción, y mucho más el despido colectivo, dada la dificultad de concurrencia de tal tipo de causas y la superación de los umbrales de plantilla necesarios.

Es cierto que las dificultades económicas pueden sobrevenir también al titular del hogar familiar, lo que podría sugerir la aplicación del artículo 52 ET, en lo que a causas «económicas» se refiere; sin embargo, con la nueva redacción del artículo 11.2 RD 1620/2011, debiera poder encajarse en él la causa específica relativa a la disminución de ingresos de la unidad familiar, conclusión a la que, además, coadyuva la existencia de un régimen indemnizatorio más liviano bajo esta modalidad específica (12 días en lugar de 20).

La incompatibilidad se ve aún más clara, es obvio, en cuanto a la causa relativa a la inexistencia de consignación presupuestaria (letra e), que solo operarían en el ámbito de las Administraciones públicas.

Sí encuentran perfecto encaje, dentro de las causas objetivas del artículo 52 ET, aquellas que relacionamos con la ineptitud sobrevenida para seguir desarrollando su trabajo (integrándose aquí, por los tribunales, los supuestos de pérdida de permiso o autorizaciones para trabajar), o con su incapacidad para adaptarse a los cambios técnicos que, en condiciones razonables, hayan alterado la forma en que se desempeñaba la prestación laboral.

En cuanto a las causas del despido disciplinario, se aplican todas las del artículo 54 ET, no existiendo grandes singularidades en la práctica judicial. Sintéticamente:

a) En cuanto a las faltas de asistencia y puntualidad, tenemos el problema de la inexistencia de Convenios colectivos que concreten cuándo estamos

ante un incumplimiento grave. Y en los años 2020 y 2021, se apreció cierta flexibilidad en los Tribunales ante el fenómeno Covid-19.

b) La mayoría de despidos por indisciplina o desobediencia tienen que ver con incumplimiento de instrucciones relativas a descansos y disfrute de períodos vacacionales por personal extranjero que demora su vuelta al país más allá de la autorización del empleador. Y, nuevamente en contexto pandémico, por no respetar normas anticontagio, especialmente en labores de cuidado de personal sensible.

c) En materia de ofensas verbales o físicas, normalmente se producen en contextos de pérdida de confianza o de imputaciones de conductas graves que dan lugar a discusiones.

d) La transgresión de la buena fe contractual integra, también en esta relación especial, infinidad de conductas, muchas de ellas relacionadas con personal sensible o precisado de cuidados: desatención o negligencia en labores de cuidado, actos de disposición económica no permitidos o sospechosos.

e) La embriaguez habitual o toxicomanía se encuentran, en este ámbito, con los mismos problemas del régimen común: (a) prueba del hecho, de su habitualidad y, sobre todo, de la (b) repercusión en el trabajo doméstico, más difícil cuanto menos cualificado es, dependiendo además de un juicio excesivamente subjetivo del receptor de los servicios.

f) Los mismos problemas que existen para probar, con respecto a una persona empleada del hogar, que ha disminuido continuada y voluntariamente su rendimiento, al no contar con parámetros de comparación: no suele haber otro empleado, ni datos objetivados de su rendimiento previo.

g) Finalmente, en cuanto al acoso, en sus distintas vertientes, se advierte un escaso protagonismo en esta relación laboral especial. Por una parte, la persona empleada mantiene una situación de subordinación clara con respecto a la empleadora, posición que aún puede ser más débil si tenemos en cuenta la marginalidad con la que, en demasiadas ocasiones se presta este servicio.

Por otra, las posibilidades de acoso «horizontal» prácticamente no existen, salvo en aquellos casos en que prestan servicios para el mismo empleador varias personas empleadas del hogar. Más posible es la conducta si consideramos sujeto pasivo de la misma a otros convivientes, normalmente familiares del empleador, que puedan detentar una posición vulnerable que propicie comportamientos de la persona empleada del hogar constitutivos de acoso.

Por todo lo anterior, de manera abrumadora, las conductas de acoso, tanto moral como de naturaleza sexual, que llegan a conocimiento de nuestros tribunales en el ámbito especial de esta relación laboral, son las que provienen de la persona empleadora, normalmente masculina, y se dirigen a la empleada

mujer; conductas que ven la luz, precisamente, cuando la trabajadora es cesada, con cualquier pretexto, siendo el proceso por despido donde se desvela el hostigamiento previo sufrido, o la negativa a acceder a las peticiones ilegítimas del empleador como motivo real del cese.

Llegados a este punto, y una vez repasadas sucintamente las diferentes causas de despido disciplinario, cabría hacerse una pregunta: prescindiendo del acoso, estas causas de despido, desprovistas de las notas de gravedad y culpabilidad, ¿no equivaldrían, precisamente, a aquellos «comportamientos», que no incumplimientos, capaces de generar en el empleador la pérdida de confianza que da lugar a la extinción del artículo 11.2 del RD 1620/2011? Sin responderla, lo que planteamos es que la línea divisoria es muy fina, y además, la inexistencia de Convenios que concreten el régimen disciplinario en este colectivo, la hace aún más tenue.

Es cierto que para operar correctamente el despido disciplinario es precisa la comisión de un hecho objetivo que, con independencia de su desvalor moral, se encuentre regulado y tipificado como un incumplimiento contractual, incumplimiento que, además, habrá de ser grave y culpable; mientras que la extinción por pérdida de la confianza afecta a la esfera subjetiva del empleador, pues, aunque la misma derive de otro hecho, igualmente cierto, no se exige que el mismo se encuentre catalogado como incumplimiento de un deber contractual.

Entonces, ¿sería exigible que el empleador acudiese, necesariamente, a una u otra causa de extinción, en función de si el hecho alegado como factor desencadenante de la pérdida de confianza, tiene o no encaje cierto en el artículo 54 ET? Seguramente no, y lo normal es que pueda acudir a la causa extintiva indemnizada para resolver el contrato incluso ante un incumplimiento que pudiera ser susceptible de despido.

Lo que se confirma, entonces, es que cabe que la extinción del contrato, basada en un mismo hecho pueda ser considerada improcedente si se ha operado a través del despido disciplinario del artículo 54 ET y ajustada a Derecho si lo articulado fue una extinción causal del artículo 11.2 RD 1620/2011.

El problema es que, ante la inexistencia de Convenios Colectivos, la diferencia va a estar en el análisis de notas poco tangibles como son la gravedad y/o la culpabilidad del hecho, que son, a la postre, las que pueden integrar la acción en el concepto de incumplimiento con trascendencia disciplinaria.

Sin lugar a dudas, una de las cuestiones más recurrentes es determinar ¿qué consecuencias singulares tiene una decisión extintiva antijurídica en el ámbito del empleo doméstico?

Comenzando por la impropiedad, sabemos que, desde la conformación de la relación especial, el legislador ha considerado que la consecuencia de la misma era el abono de una indemnización, sin contemplar la opción por la readmisión.

Así sucedía en el RD 1424/1985, y así se mantuvo en el RD 1620/2011, siendo unánimes las sentencias que recordaban que el régimen extintivo estaba claramente diferenciado del común al menos en tres aspectos: (a) no existe posibilidad de readmisión; (b) la indemnización es de 20 días; y (c) no existen salarios de tramitación.

Ahora, el RDLey 16/2022, opta por una remisión en bloque al régimen estatutario del despido, pero recordemos que sigue condicionándola a aquello que resulte «compatible»; y, a este respecto, la mayoría sigue afirmando que la readmisión es, precisamente, una consecuencia incompatible con la especialidad del régimen.

Aun así, hay posturas doctrinales que apuestan por una valoración casuística de las circunstancias de cada supuesto, sin excluir a priori la posibilidad de readmisión, pues habrá casos en que la relación pueda restablecerse sin perjuicio de los derechos fundamentales, ya que: a) La vulneración de la inviolabilidad del hogar y la intimidad familiar dejan de ser relevantes desde el momento en que es el propio empleador quien decidiría rehabilitar el vínculo; b) Y siendo cierto que los mayores problemas se suscitan con respecto al derecho de la persona empleada del hogar a su intimidad y libertad de residencia (esta última especialmente comprometida en relaciones internas), en el resto de supuestos, sólo cabría plantearse la posible vulneración de derechos fundamentales por la obligación de reingreso en un ambiente hostil, situación ante la que nuestro ordenamiento tiene resortes protectores (art.50 ET). De *lege ferenda*, hay quien propone la indemnización salvo que las partes, de mutuo acuerdo, opten por la readmisión (como en alta dirección).

En cuanto a la nulidad, sabemos que el RD 1424/1985 no la contemplaba, siendo ese silencio normativo el que llevó a muchos Tribunales a negar la posibilidad de considerar nulo el cese de una persona empleada de hogar.

En un segundo momento, la propia virtualidad de los derechos fundamentales, y el empuje de la LO 3/2007 de Igualdad, llevó a la doctrina judicial a integrarla en sus resoluciones, de manera que los ceses discriminatorios o por las causas del artículo 55.5 ET, se consideraban nulos, con notorio protagonismo de esta calificación en la extinción de empleadas de hogar embarazadas.

El RD 1620/2011 siguió guardando silencio sobre la cuestión, pese a lo cual la línea judicial no ha cambiado, y sigue admitiendo la calificación de nulidad. No obstante, hay dos cuestiones que pueden influir en la materia de manera muy relevante: a) el cese por enfermedad y b) la extralimitación en el control empresarial:

En cuanto a los ceses de empleadas de hogar enfermas o en situación de incapacidad temporal, presumimos que el RDLey 16/2022 y la Ley 15/2022 Integral para la igualdad de trato y no discriminación van a ser muy invocados en el ámbito judicial. Es notorio, y así lo hemos comprobado al elaborar este estudio, que muchos ceses se producen cuando la persona empleada del hogar inicia una baja médica o la mantiene cierto tiempo. Con el sistema anterior, el empleador acudía al desistimiento y zanjaba el problema. Y los tribunales confirmaban su decisión, salvo que apreciase algún factor de estigmatización o de equiparación a discapacidad.

Ahora la situación cambia radicalmente. Desaparecido el desistimiento como causa extintiva, y no encajando este motivo en ninguno de los previstos por el nuevo artículo 11.2, la decisión extintiva relacionada con la enfermedad o baja médica, va a ser ilícita, sí o sí. Pero, ¿solo improcedente, o también nula? Pues habrá que aguardar a que el Tribunal Supremo aclare lo que la Ley 15/2022 no aclara con la contundencia que debiera, esto es, si la situación de incapacidad temporal es un indicio suficiente de discriminación en caso de despido, de tal forma que si el empresario no acredita una causa suficiente y razonable que justifique la procedencia del despido, el mismo merecerá la calificación judicial de nulidad. Aclaración necesaria porque, no solo algunos tribunales, sino también doctrina autorizada considera que la introducción de la enfermedad como causa de discriminación no supone un cambio con respecto a la situación anterior.

La otra cuestión, relativa a la nulidad, es la posibilidad de acreditar los hechos motivadores del cese, a través de video-vigilancia. Aparentemente el tema excede los límites y el propósito de este trabajo, pero tengamos en cuenta que, por el ámbito tan cerrado en el que se desarrolla la prestación de servicios, es extremadamente difícil demostrar ciertos hechos, dificultad que no elimina la carga empresarial de probar en un juicio aquellos que pretenden justificar el despido.

Uno de estos medios es la video-vigilancia, modalidad a la que se aplican las normas estatutarias y de protección de datos, en la manera interpretada por nuestros tribunales. En este contexto es notoria la trascendencia que ha tenido la STS 22 julio 2022, que valida el despido de una empleada del hogar que presta servicios para persona dependiente (tetrapléjica) por hechos captados a

través de la cámara que enfoca al armario donde está la caja fuerte, instalada ante las sospechas de sustracción de elementos de valor, sin que se hayan cumplido los requisitos de información previa ni dispositivo anunciador.

Ello ha animado el debate en el seno de asesorías de empresa, que han visto un hilo de luz para la práctica de este control enmarcado en la tutela judicial efectiva. Personalmente, entiendo que es una opción arriesgada, pues, además de que la sentencia indicada aborda un supuesto muy excepcional, tampoco parecen descartadas las posibilidades de «contaminación» de la decisión extintiva por la nulidad de la prueba ilegalmente obtenida.

Finalmente, no hay duda de que la cuestión «estrella» entre los laboristas es determinar las consecuencias de la nulidad del despido, una vez declarada judicialmente; esto es, establecer si con arreglo al régimen estatutario debe imponerse la readmisión o, al contrario, la especialidad del empleo doméstico determina, precisamente, que dicha readmisión se excluya.

Todos conocemos que la posición mayoritaria hoy día, entre la doctrina judicial y académica, es la contraria a la readmisión: el respeto a derechos constitucionales como la intimidad personal y familiar o la inviolabilidad del domicilio siguen haciendo inexigible reintegrar en un contexto de máxima confianza a aquella persona con la que ya no se desea compartir un espacio tan limitado.

No obstante tal restricción, deben ponerse en valor los hitos judiciales conseguidos en un camino que dura ya 40 años:

- 1.º Aceptar la nulidad, pese a no contemplarse en la norma.
- 2.º Aparejar a la nulidad el régimen indemnizatorio de la improcedencia de la relación especial (indemnización de 20 días por año)
- 3.º Avanzar hasta la indemnización del régimen común (33 días), como fórmula para valorar ese «plus» de lesividad de la conducta.
- 4.º Añadir el devengo de salarios de tramitación, aclarando ya que tal devengo se produce hasta la sentencia que declara la nulidad, no sólo hasta la de instancia, si la misma se declara en una fase posterior.
- 5.º Incluir el régimen adicional de compensación de daños patrimoniales y morales, flexibilizando la prueba de estos últimos, y admitiendo la aplicación de la LISOS, pese a la condición no empresarial del titular del hogar.

La cuestión es si el hecho de aceptar que el círculo de las consecuencias de la nulidad se ha cerrado así implica asumir que los derechos fundamentales

de la persona empleada doméstica no tienen valor «suficiente» para reclamar el efecto normativo principal de la nulidad.

Sabemos que el debate sobre esta cuestión, prácticamente pacífica, se ha «avivado» con la Sentencia del TSJ Andalucía de fecha 14 de julio de 2022 que, en un pronunciamiento tan sugerente como arriesgado apuesta por la readmisión forzosa, oponiéndose a la «monetarización» de derechos indisponibles, pese al ámbito singular en el que habría de desenvolverse el vínculo, una vez restaurado tras la declaración de nulidad. En efecto, el Tribunal andaluz, obviando el principio dispositivo («la trabajadora cuestiona la readmisión y pretende enajenar su derecho a la readmisión por una indemnización»), pese a ser coincidente el interés de ambas partes en este extremo (el deseo de no reanudar el vínculo), decide solucionar el conflicto de la única manera que entiende posible: aplicando la regla de la «inalienabilidad de derechos», según la cual, cuando el Derecho (artículo 55.6 ET) fija unas consecuencias concretas para unos daños objetivos, no cabe utilizar un sucedáneo del mercado permitiendo a los particulares poner un precio, en este caso, a la dignidad de la mujer, pues el carácter de derecho fundamental de la no discriminación por razón de sexo limita la autonomía privada, en la medida en que ésta pueda afectar al bienestar general de la Comunidad.

Según el TSJ el ordenamiento jurídico prohíbe tales transacciones porque colectivamente se consideran intolerables, al margen de la utilidad que para las partes pueda tener una consecuencia distinta.

Se trata, en definitiva, de una tesis basada en la función social del derecho, quizás demasiado rígida y alejada de la problemática real que hay que resolver, tesis que, además, intenta desacreditar, por «falaces» todos los argumentos que la doctrina tradicional ha empleado para negar la posibilidad de readmisión. Así, para el TSJ andaluz: a) Es una falacia pensar que el servicio doméstico no forma parte de la economía de mercado (como si no se prestase a cambio de una contraprestación económica, en su mayor parte monetaria), b) Igualmente falaz es el Preámbulo del RD 1620/2011, que para identificar al empleador, recurre al subterfugio de dotar al hogar de un «titular» cuando, en nuestra práctica jurisdiccional, para identificar al empleador hay que acudir al concepto general de empresario laboral, definido en el ET, por el cual, «serán empresarios todas las personas... que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior»; c) Como falaz es la apelación a la confianza, que no puede justificar la excepcionalidad del régimen especial, pues los activos de los hogares suelen ser menos valiosos que los de las empresas y, en la regulación del mercado de trabajo no se opta por dar importancia a

la confianza salvo en el ámbito de los contratos de alta dirección; en el resto, esa variable carece de escaso protagonismo en la regulación laboral.

Como ha señalado la doctrina, el reciente pronunciamiento, pese a ser aislado, abre un nuevo escenario en cuanto a los efectos que se derivan de la declaración de nulidad de la extinción contractual de las personas empleadas del hogar, siendo una «incógnita» la repercusión que esta tesis, basada en la «función social» del derecho, pueda tener en un futuro próximo.

Desgraciadamente, y ello ha sido objeto de censura por la doctrina, el RD Ley 16/2022 no aporta solución alguna a esta problemática, por lo que seguirán siendo los órganos judiciales los que perfilen los márgenes de la readmisión en casos de nulidad en el empleo doméstico, siendo evidente que, más temprano que tarde, el Tribunal Supremo habrá de pronunciarse, algo que no ha hecho hasta ahora porque los supuestos analizados (dos, como mínimo, en 2020 y 2022), dictados en contextos de nulidad del despido de empleada de hogar embarazada, no incluían el citado debate casacional.

BIBLIOGRAFÍA

A

- AGUILERA IZQUIERDO, Raquel, «La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022», *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2023.
- ÁLVAREZ CORTÉS, Juan Carlos, «El subsidio extraordinario para personas empleadas del hogar familiar: una protección ‘asistencializada’ e imperfecta. A propósito del Real Decreto-Ley 11/2020 y la Resolución de 30 de abril de 2020 del Servicio Público de Empleo Estatal», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 233/2020, Aranzadi, 15 págs.
- APARICIO ALDANA, Rebeca Karina, «Período de prueba y discriminación», *Aranzadi Social*, núm. 58, 2014.
- APARICIO RUIZ, María Germana, «Medidas especiales en tiempos de Covid-19: la situación laboral de los empleados de hogar», *Labos*, 2020, núm. 3.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel, «La cuantificación de la indemnización por daño moral por transgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos», *Boletín Oficial del Estado*, Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social, 2023.
- ASQUERINO LAMPARERO, María José, «El período de prueba en las relaciones laborales especiales», *Temas Laborales*, núm. 139/2017.
- AYALA DEL PINO, Cristina, «Comentario a la SJS núm. 30 de Madrid, de 18 de diciembre de 2003 (AS 2003, 3485)», *Aranzadi Social*, núm. 5, 2003, pp. 527-531.
- «Cuestiones laborales de la relación laboral especial de servicio del hogar familiar», *Laborum*, 2005.
- «La conciliación de la empleada del hogar: inexistente e invisible», *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 56, 2023, pp. 73-94.
- «La extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar en España», *Themis-Revista de Derecho*, núm. 75/201, 2019, pp. 43-62.
- «La ordenación jurídica vigente del trabajo de los empleados del hogar familiar», *Anuario jurídico y económico escurialense*, núm. 51, 2018, pp. 145-162

B

- BAJO GARCÍA, Irene, «Embarazo y nulidad objetiva de la extinción del contrato durante el período de prueba», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36, 2014.
- BALLESTER PASTOR, María Amparo, «El período de prueba», *Tirant Lo Blanch, «Colección Laboral»*, Valencia, 1995.
- BARCELÓN COBEDO, Susana, «La relación laboral del servicio del hogar familiar tras el RD 1620/2011, de 14 de noviembre. Con una breve aclaración sobre la protección social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1/2012, 36 págs.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, Ignasi, «Es discriminatorio que las empleadas del hogar no tengan acceso a las prestaciones del FOGASA (SJS/32 Barcelona 16/3/22)», *El Blog de Ignasi Beltrán*, 5 de mayo de 2022.
- BENAVENTE TORRES, M.^a Inmaculada, «La extinción de la relación laboral especial del trabajo en el hogar familiar», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51/2018, pp. 84-124.
- «Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019, pp. 250-275.
- BENITO BENÍTEZ, María Angustias, «Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género», *Lex Social*, vol. 9, núm. 2, 2019.
- «El reconocimiento de la protección por desempleo al servicio doméstico», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 5, Universidad de Cádiz, 2022, pp. 13-22.

C

- CÁMARA BOTÍA, Alberto, «La extinción del contrato de trabajo por mutuo disenso del empresario y el trabajador», *La extinción del contrato de trabajo*, Aranzadi, 2011, Sempere Navarro, Antonio Vicente (dir.), Martín Jiménez, Rodrigo (coord.), pp. 45-72.
- CANO GALÁN, Yolanda, «Despido de trabajadora embarazada empleada doméstica: problemas derivados de la declaración de nulidad. Comentario a la STSJ Madrid, de 24 de noviembre de 2008 (AS 2009,146)», *Revista Doctrinal Aranzadi Doctrinal*, Vol. 1, núm. 21, abril, 2009, pp. 25-36.
- CARRASCO DURÁN, Manuel, «La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por embarazo en el ámbito de las relaciones laborales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 875/2013.
- CASTELLANO BURGUILLO, Emilia, «Uso de cámaras de videovigilancia y derechos fundamentales: un nuevo paso», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 260/2023, Aranzadi.

- CAVAS MARTÍNEZ, Faustino, «Las limitaciones a la extinción de contratos de trabajo y la cláusula de salvaguarda del empleo en la legislación social anti-covid, o el canon que han de soportar las empresas por las medidas laborales y económicas para mitigar el impacto de la pandemia por Covid-19», *Revista Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 240/2021.
- CORDERO GORDILLO, Vanessa, «La relación laboral especial del servicio del hogar familiar. RD 1620/2011, de 14 de noviembre», *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, Juan, «La aplicación de la directiva sobre despidos colectivos», *Temas Laborales*, núm. 44, 1997.
- CUADROS GARRIDO, M.^a Elisa, «Los daños punitivos en el Derecho del Trabajo», *Colex*, 2022.
- «Retribuciones de las empleadas del hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.).

D

- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, «La relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar», *Documentación laboral*, número monográfico, 1985.
- DESDENTADO DAROCA, Elena, «La nueva regulación del trabajo doméstico cinco años después. Un análisis crítico», *Revista de Derecho Social*, núm. 75, 2016.
- «Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España», *Investigaciones Feministas*, vol. 7, núm. 1, 2016.
- «El proceso de dignificación del trabajo doméstico diez años después: la ratificación del Convenio 189 OIT y la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2022», *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, Trabajo y Mujer, núm. 55, 2023.
- DURÁN LÓPEZ, Federico, «El período de prueba», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 1988.

F

- FERNÁNDEZ COLLADOS, Belén, «Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 210/2018, Parte Estudios, Aranzadi.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

- FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier, «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. 53/2014, Lex Nova, 14 págs.
- «Aspectos prácticos de la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar, en el Régimen General de la Seguridad Social», *Diario La Ley*, núm. 7745, 2011.
- FERRANDO GARCÍA, M.^a Francisca, «La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 428, 2018, pp. 19-54.
- FERRANDO GARCÍA, M.^a Francisca y LÓPEZ ANIORTE, M.^a Carmen, «Precariedad y desprotección social del trabajo de limpieza y cuidados ante la situación de crisis sanitaria provocada por la Covid-19», *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, 2021, pp. 214-245.

G

- GALLEGO MOYA, Fermín, «El período de prueba en el contrato de trabajo», *Aranzadi*, 2016.
- «El período de prueba en el empleo doméstico», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.), pp. 147 a 176.
- GARCÍA GONZÁLEZ, Guillermo, «Derechos sociales y empleados del hogar: reformas jurídicas inaplazables para la dignificación del trabajo doméstico en España», *Revista de Derecho Social*, vol. 77, 2017.
- «El nuevo marco regulador de los empleados del hogar. Una aproximación crítica desde la dogmática jurídica», *Dykinson*, 2023.
- GARCÍA LÓPEZ, Rafael, «Extinción del contrato de empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor», *Actualidad Laboral*, núm. 30, 1987, pp. 1625-1636.
- GARCÍA NINET, José Ignacio, «Propuestas para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar», *Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008.
- GARCÍA ROMERO, Belén, «Lagunas de cobertura del sistema español de Seguridad Social y la necesaria reordenación del nivel no contributivo», *Revista de Derecho Social*, núm. 68, 2014, pp. 67-98.
- GARCÍA SALAS, Ana Isabel, *El Foro de Labos* (Blog de 9-03-2023).
- GARCÍA TESTAL, Elena, «La necesidad de una protección por desempleo para los trabajadores domésticos en España», *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017.
- «La extinción del contrato de trabajo de los trabajadores domésticos en España: un régimen jurídico injustificablemente diferenciado», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, vol. 9, núm. 2/2019, pp. 275-298.

- GARCÍA VIÑA, Jordi, «Aspectos laborales, de salud laboral y de seguridad social de los empleados de hogar», Granada, *Comares*, 2009.
- GIL PLANA, Juan, «El despido de la trabajadora embarazada», *Civitas*, 2011.
- «La nulidad del despido de la trabajadora embarazada», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 154, 2012, pp. 287-306.
- «La STC núm. 92/2008, de 21 de julio, y la aplicación tanto de la tesis subjetiva como de la tesis objetiva en los despidos de las trabajadoras embarazadas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 144, 2009, pp. 973-994.
- GÓMEZ GARCÍA, Francisco Xabiere, «Empleados de hogar y protección de la Seguridad Social: una situación aún deficitaria», *Revista Lex Social*, vol. 11, núm. 2/2021.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, José Antonio, «Seguridad Social de los Empleados de Hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.).
- GONZÁLEZ DEL RÍO, José María, «Excepciones a la obligación general de información previa al trabajador de la instalación de cámaras de vigilancia. Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2022 (RJ 2022/3159)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 258/2022, Aranzadi, 5 págs.
- GRAU PINEDA, Carmen, «El trabajo doméstico y de cuidados: la incidencia del Convenio 189 OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos», *Doc. Labor*, núm. 116, 2019, vol. 1.

H

- HERNÁNDEZ MÁRQUEZ, Miguel, «Tratado elemental de Derecho del Trabajo», *Instituto de Estudios Políticos*, Madrid, 1955.
- HIERRO HIERRO, Francisco Javier, «Discapacidad, igualdad de trato y no discriminación. Breve análisis de la directiva 2007/78/CE y de su transposición a nuestro ordenamiento jurídico», *XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004, 2005, pp. 383-400.
- «Despedimento e procesos de incapacidad temporal: unha aproximación á doutrina xudicial e xurisprudencial española antes e tras a STXUE do 1 de decembro de 2016, Daouidi, asunto C-395/15», *Revista Galega de Dereito Social*, 2.ª etapa (RGDS), 2017, pp. 91-132.

L

- LASAOSA IRIGOYEN, Elena, «Extinción del contrato de trabajadora embarazada durante el período de prueba y nulidad objetiva», *Aranzadi Social*, núm. 57/2014.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

- LENZI, Olga, «El control de la prestación laboral a través de fórmulas de videovigilancia: el concreto supuesto del trabajador doméstico», *Temas Laborales*, núm. 146/2019, pp. 159-184.
- LLANO SÁNCHEZ, Mónica, «El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar», *Actualidad Laboral*, núm. 6, 2012.
- LLORENS ESPADA, Julen, «La extinción del contrato de trabajo doméstico: despido y desistimiento», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, I Congreso Vasco de Empleo Doméstico, Vitoria-Gasteiz, 2020.
- LÓPEZ ANIORTE, M.^a Carmen y FERRANDO GARCÍA, M.^a Francisca, «Precariedad y desprotección social del trabajo de limpieza y cuidados ante la situación de crisis sanitaria provocada por la Covid-19», *Revista internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, 2021. Págs. 214-245.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan y TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, «Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de Seguridad Social. Propuestas de reforma», *Básicos de Derecho Social*, núm. 22, Bomarzo, 2006, 93 págs.
- «El nuevo régimen laboral y de Seguridad Social de los trabajadores al servicio del hogar familiar», *Básicos de Derecho Social*, núm. 60, Bomarzo, 2012, 95 págs.
- LUJÁN ALCARAZ, José, «El Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar», *Cuadernos de Aranzadi Social*, Aranzadi, 2000.
- «¿Despido improcedente o desistimiento?», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 3/2003, *Aranzadi*, 9 págs.

M

- MARÍN MARÍN, José, «Orígenes de la Magistratura del Trabajo en España. Especial referencia a su implantación en Murcia (1939-1940)», *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado*, 2021.
- MARÍN MARÍN, José y FONTES BASTOS, María Dolores, «Prontuario jurídico del trabajo doméstico asalariado y guía de buenas prácticas», *Ed. Murcia Acoge*, 2007.
- MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, «La extinción del contrato de trabajo», Sempere Navarro, Antonio Vicente (dir.), Martín Jiménez, Rodrigo (coord.), *Aranzadi*, 2011, pp. 797-897.
- «Nulidad del despido de un trabajador de baja médica que es presionado para que se reincorpore al trabajo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 819, 2011.
- MATTER, Celia, «Los trabajadores domésticos en Europa se organizan», *Federación Europea de Sindicatos de los sectores de la alimentación, la agricultura y el turismo* (EFFAT), 2015.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, Lourdes, SAN MARTÍN MAZZUCONI, Carolina y PALOMINO SAURINA, Pilar, «La relación especial del personal al servicio del hogar

- familiar», *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, / coord. Arias Domínguez, A., Sempere Navarro, A. V. (dir.), Cardenal Carro, M. (dir.), volumen 2, *El contrato de Trabajo*, Aranzadi, 2011.
- MENÉNDEZ CALVO, Remedios, «Regulación convencional del servicio doméstico, imprescindible para conocer sus derechos», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, I Congreso Vasco de Empleo Doméstico, Vitoria-Gasteiz, 2020.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz, «Despido disciplinario o desistimiento empresarial en el trabajo al servicio del hogar familiar», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 119/2003, pp. 691-710.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Paz y MINCULEASA COPCEA, Álex, «Inmigración y servicio doméstico: claves laborales de sus recientes reformas», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.).
- MIÑAMBRES PUIG, César, «El nuevo régimen jurídico de los empleados del hogar familiar», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 157/2013, *Civitas*, 16 págs.
- MIÑARRO YANINI, Margarita, «El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación», *Reus*, Madrid, 2013.
- «Lucha por el derecho y prestación por desempleo de las empleadas del hogar: ¿Fin de trayecto? A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de febrero de 2022», <https://www.laboral-social.com/prestacion-desempleo-empleadas-hogar-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html>
- MIÑARRO YANINI, Margarita y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, «Nuevas controversias de derecho vivo del trabajo y de la seguridad social: *in magister memoriam* don Efrén Borrajo», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 470, 2022, pp. 147-191.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y LÓPEZ INSUA, Belén, «Discriminación indirecta y reconocimiento de las prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar: un punto de partida para la consecución de una plena igualdad», *La Ley Unión Europea*, núm. 101, Wolters Kluwer, 2022.
- MONEREO PÉREZ, José Luis y RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, «La legislación española que excluye constitutivamente de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, *Laborum*, núm. 29, 2021.
- MORALES VÁLLEZ, Concepción, «Sobre la indemnización adicional derivada de la vulneración de derechos fundamentales», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2022.

N

NIETO ROJAS, Patricia, «Trabajo doméstico y derechos colectivos. Algunas reflexiones al hilo del RD 1620/2011 y del Convenio 189 OIT», *Revista Jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, vol. 9, núm. 2/2019, pp. 397-410.

O

ORDÓÑEZ CASADO, María Inmaculada, «El servicio doméstico desde la perspectiva del concepto de «trabajo decente» propuesto por la OIT», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 9, núm. 4, 2021, p. 209.

OTXOA CRESPO, Isabel, «El incumplimiento de los requisitos del desistimiento en el contrato de servicio doméstico», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, paraf. 69, parte Presentación, Aranzadi, 1999.

— «La aplicación de la causa de extinción del Artículo 49.1.b del Estatuto de los Trabajadores en un contrato de trabajo doméstico. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 16 de junio de 2015, Rec. Núm. 1015/2015», *RTSS-CEF*, núm. 393, diciembre, 2015.

P

PALOMINO SAURINA, Pilar, «La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar», *Revista de Información laboral*, núm. 5/2012, Aranzadi, 10 págs.

PÉREZ DEL PRADO, Daniel, «El debate en torno a la protección por desempleo en el empleo doméstico», *Reflexiones sobre el empleo doméstico. De dónde venimos, dónde nos encontramos y hacia dónde vamos*, I Congreso Vasco de Empleo Doméstico, Vitoria-Gasteiz, 2020.

Q

QUESADA SEGURA, Rosa, «El contrato de servicio doméstico», *La Ley*, 1991.

— «La dignificación del trabajo doméstico: el Convenio n.º 189 de la Organización Internacional del Trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 27, 2011.

— «Sobre los derechos que mejoran las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las trabajadoras del hogar familiar. Análisis el Real Decreto-Ley 16/2022, de 6 de septiembre», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 63, 2022.

- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, «Extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba y lesión de derechos fundamentales», *Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 164, 2014, pp. 335-354.
- QUINTERO LIMA, María Gema, «A vueltas con la extinción de la relación laboral especial de trabajadora al servicio del hogar familiar. Comentario de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1.^a), de 19 de octubre de 2020», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 243/2021, Aranzadi, 5 págs.
- «Las modificaciones introducidas por el Real Decreto-Ley 16/2022 de 6 de septiembre para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar, y su impacto en las personas empleadoras», *IUSLabor* 3/2022, pp. 120-140.
- «La desprecariación de un colectivo discriminado: una norma de urgencia para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 473, marzo-abril 2023, pp. 87-124.

R

- RODRÍGUEZ COPÉ, María Luisa, «Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar. Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada». Comentario a la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018, *Temas Laborales*, núm. 146/2019, pp. 211-222.
- RODRÍGUEZ INIESTA, Guillermo, «El trabajo de las personas al servicio del hogar familiar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.).
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, Rosa, «La protección de los derechos colectivos en las relaciones laborales especiales», *Universtitat Rovira i Virgil*, Tarragona, 2004.
- RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, Beatriz, «Extinción del contrato de los empleados de hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.).
- ROJO TORRECILLA, Eduardo, «(Des)protección por desempleo y discriminación por razón de sexo del personal al servicio del hogar familiar (en España). Notas a la importante sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)», *El Blog de Eduardo Rojo*, 26 de febrero de 2022.
- «Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar. Notas introductorias y texto comparado con la normativa derogada o transitoriamente vigente», *El Blog de Eduardo Rojo*, 8 de septiembre de 2022.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

- ROJO TORRECILLA, Eduardo, «El TSJ de Cataluña confirma el derecho de una trabajadora empleada de hogar al percibo de indemnización por despido a cargo del FOGASA. Notas a la sentencia de 25 de abril de 2023, y recordatorio de la sentencia del JS núm. 32 de Barcelona de 14 de marzo de 2022», *El Blog de Eduardo Rojo*, 13 de mayo de 2023.
- ROMERAL HERNÁNDEZ, Josefa, «Uso y abuso del período de prueba: límites temporales y sustantivos a la luz de la jurisprudencia reciente», *Tribuna Social*, núm. 226, 2009.
- «El impacto del Convenio 189 de la OIT en las condiciones de trabajo de los empleados de hogar», *Aranzadi Social*, núm. 7/2013.
- RUANO ALBERTOS, Sara, «El régimen jurídico de los empleados de hogar», Barcelona, *Atelier*, 2013.

S

- SALA FRANCO, Tomás, «La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico», *Relaciones laborales*, 1989-I.
- SÁNCHEZ PUJALTE, Lourdes, «El sistema especial de empleados del hogar tras la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2022», *Diario La ley*, núm. 10196, 27-12-2022, 7 págs.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen, «Control de la prestación a los empleados de hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.).
- SANZ SÁEZ, Concepción, «La protección social de las empleadas de hogar. La desaparición definitiva del Régimen Especial de la Seguridad Social y su integración en el Régimen General como Sistema especial: análisis actual y de futuro», *Editorial Bomarzo*, 2017.
- «La discriminación en contra de las empleadas de hogar como forma de manifestación de las discriminaciones múltiples», *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018.
- «Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas del hogar en la crisis del COVID-19», *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 67-68, 2020.
- «Los derechos colectivos del trabajo doméstico en relación con el Estatuto de los Trabajadores», *Revista de Relaciones Laborales Lan-Harremanak*, núm. 45, 2021.
- SELMA PENALVA, Alejandra, «Economía sumergida en la relación laboral especial de empleados de hogar», *El Nuevo Régimen Jurídico de las Empleadas del Hogar*, Colex, 2023, Cuadros Garrido, María Elisa y Selma Penalva, Alejandra (dir.).

- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente, «Sobre la terminación empresarial del contrato durante el período de prueba», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, 2013.
- «La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico», *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022.
- SOMOVÍA, Juan, «El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana», *OIT*, 2014.

V

- VELA DÍAZ, Raquel, «La promoción internacional de un trabajo decente para las personas empleadas de hogar: el Convenio 189 de la OIT sobre trabajadores domésticos», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 127, 2017.
- «Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos 2011 (núm. 189)», *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, 2019.
- VILLALBA SÁNCHEZ, Alicia, «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 470/2022, pp. 47-76.

ANEXO

RESOLUCIONES JUDICIALES ANALIZADAS

TRIBUNAL JUSTICIA LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE 11 julio 2006, asunto C-13/05.
- STJUE 22 noviembre 2012, asunto C385/11.
- STJUE 14 abril 2015, asunto C 527/13.
- STJUE 9 noviembre 2017, asunto C98/15.
- STJUE 24 febrero 2022, asunto C 389/20.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC núm. 88/1985, 19 julio 1985.
- STC núm. 247/2006, 24 julio 2006.
- STC núm. 92/2008, 21 julio 2008.
- STC núm. 173/2013, 10 octubre 2013.
- STC núm. 61/2021, 15 marzo 2021.

TRIBUNAL SUPREMO (SALA CUARTA)

- STS 10 mayo 1983.
- STS 27 octubre 1983.
- STS 29 marzo 1984.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

- STS 7 mayo 1985.
- STS 25 enero 1988.
- STS 29 diciembre 1988.
- STS 12 febrero 1990.
- STS 22 febrero 1990.
- STS 26 febrero 1991.
- STS 5 junio 2002, Rec. 2506/2001.
- STS 22 noviembre 2007.
- STS 4 diciembre 2007, Rec. 507/2007.
- STS 27 junio 2008, Rec. 2235/2007.
- STS 3 febrero 2010, Rec. 3673/15, ECLI: ES: TS:2016:7886.
- STS 18 abril 2011, Rec. 2893/2010, ECLI: ES: TS:2011:4233.
- STS 19 diciembre 2011, Rec. 882/2011.
- STS 8 junio 2014, Rec. 282/2013.
- STS 2 febrero 2015, Rec. 279/2013.
- STS 13 julio 2015, Rec. 221/2014.
- ATS 14 junio 2016, Rec. 3673/2015.
- STS 2 noviembre 2016, Rec. 262/2015.
- STS 16 noviembre 2016, Rec. 1341/2015.
- STS 24 enero 2017, Rec. 1902/2015.
- STS 5 octubre 2017, Rec. 2497/2015, ECLI: ES: TS:2017:3908.
- STS 19 diciembre 2017, Rec. 624/2016.
- STS 25 enero 2018, Rec. 30/2017.
- ATS 13 febrero 2019, Rec. 1714/2018, ECLI: ES: TS:2019:2424A.
- STS 8 mayo 2019, Rec. 42/2018.
- STS 29 enero 2020, Rec. 2401/2017, ECLI: ES: TS:2020:591.
- STS 23 junio 2021, Rec. 3444/2018, ECLI: ES: TS:2021:2457.
- STS 13 octubre 2021, Rec. 3715/2018.
- STS 11 enero 2022, Rec.2099/2019, ECLI: ES: TS:2022:61.
- STS 14 febrero 2022, Rec. 4897/2018, ECLI: ES: TS:2022:579.
- STS 23 febrero 2022, Rec. 4322/2019, ECLI: ES: TS:2022:830.
- STS 22 julio 2022, Rec. 701/2021, ECLI: ES: TS:2022:3160.
- STS 26 julio 2022, Rec. 1675/2021, ECLI: ES: TS:2022:3192.

TRIBUNALES SUPERIORES JUSTICIA

Andalucía/Granada

- STSJ Andalucía/Granada 2 noviembre 2019, Rec. 1332/2018, ECLI: ES: TSJAND:2018:15701.

Andalucía/Málaga

- STSJ Andalucía/Málaga 15 marzo 1999, Rec. 1772/1998.
- STSJ Andalucía/Málaga 28 octubre 2010, Rec. 1056/2010, ECLI: ES: TSJAND:2010:19467.
- STSJ Andalucía /Málaga 5 mayo 2011, Rec. 264/2011.
- STSJ Andalucía/Málaga 29 noviembre 2017, Rec. 1644/2017, ECLI: ES: TSJAND:2017:12912.
- STSJ Andalucía/Málaga 8 marzo 2023, Rec. 90/2023, ECLI: ES: TSJAND:2023:2161.

Andalucía/Sevilla

- STSJ Andalucía/Sevilla 30 enero 2003, Rec. 2647/2002.
- STSJ Andalucía/Sevilla 14 abril 2009, Rec. 2270/2008.
- STSJ Andalucía /Sevilla 4 junio 2012, Rec. 2504/2011.
- STSJ Andalucía/Sevilla 17 enero 2013, Rec. 776/2012, ECLI: ES: TSJAND:2013:214.
- STSJ Andalucía/Sevilla, 21 junio 2018, Rec. 1470/2017, ECLI: ES: TSJAND:2018:4520.
- STSJ Andalucía/Sevilla 13 febrero 2019, Rec. 117/2018, ECLI: ES: TSJAND:2019:978.
- STSJ Andalucía/Sevilla 16 junio 2021.
- STSJ Andalucía/Sevilla de 14 julio 2022, Rec. 3149/2020, ECLI: ES: TSJAN:2022:9801.

Asturias

- STSJ Asturias 12 mayo 2006, Rec. 536/2006.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

- STSJ Asturias 11 marzo 2011, Rec. 65/2011, ECLI: ES: TSJAS:2011:970.
- STSJ Asturias 17 enero 2017, Rec. 2643/2016.
- STSJ Asturias 27 septiembre 2018, Rec. 1679/2018, ECLI: ES: TSJAS:2018:3289.
- STSJ Asturias 27 septiembre 2022, Rec. 1470/2022, ECLI: ES: TSJAS:2022:2552.
- STSJ Asturias 15 noviembre 2022, Rec. 2066/2022, ECLI: ES: TSJAS:2022:3194.

Cantabria

- STSJ Cantabria 10 agosto 2006, Rec. 739/2006.
- STSJ Cantabria 24 marzo 2010, Rec. 199/2010.

Castilla-La Mancha

- STSJ Castilla-La Mancha 10 marzo 2016; Rec. 1893/2015, ECLI: ES: TSJCLM:2016:666.
- STSJ Castilla-La Mancha 21 junio 2018, Rec. 364/2018, ECLI: ES: TSJCLM:2018:1613.
- STSJ Castilla-La Mancha 4 noviembre 2020, Rec. 799/2020, ECLI: ES: TSJCLM:2020:2678.
- STSJ Castilla-La Mancha 1 octubre 2022, Rec. 837/2022).

Castila y León/Burgos

- STSJ Castilla y León/Burgos 7 septiembre 2010, Rec. 467/2010, ECLI: ES: TSJCL:2010:4663.
- STSJ Castilla y León/Burgos 28 octubre 2022, Rec. 734/2022, ECLI: ES: TSJCL:2022:4227.

Castilla y León/Valladolid

- STSJ Castilla y León/Valladolid 25 febrero 2013, Rec. 2/2013, ECLI: ES: TSJCL:2013:931.

- STSJ Castilla y León/Valladolid 25 mayo 2020, Rec. 191/2020, ECLI: ES: TSJCL:2020:1312.
- STSJ Castilla y León/Valladolid 12 diciembre 2022, Rec. 2445/2022, ECLI: ES: TSJCL:2022:4815.

Cataluña

- STSJ Cataluña 23 mayo 1998, Rec. 8620/1997.
- STSJ Cataluña 2 septiembre 1999.
- STSJ Cataluña 7 mayo 2003, Rec. 5077/2002.
- STSJ Cataluña 1 marzo 2006, Rec. 6604/2005.
- STSJ Cataluña 13 septiembre 2007, Rec. 4151/2007.
- STSJ Cataluña 31 enero 2011, Rec. 5635/2010, ECLI: ES: TSJ-CAT:2011:1222.
- STSJ Cataluña 28 junio 2012, Rec. 2220/2012, ECLI: ES: TSJ-CAT:2012:7726.
- STSJ Cataluña 15 enero 2013, Rec. 6810/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2013:533.
- STSJ Cataluña 8 abril 2013, Rec. 7553/2012, ECLI: ES: TSJCAT:2013:3935.
- STSJ Cataluña 5 diciembre 2013, Rec. 4235/2013, ECLI: ES: TSJ-CAT:2013:13227.
- STSJ Cataluña 7 octubre 2014, Rec. 4198/2014.
- STSJ Cataluña 22 julio 2019, Rec. 2079/2019, ECLI: ES: TSJ-CAT:2019:6148.
- STSJ Cataluña 9 octubre 2019, Rec. 3025/2019, ECLI: ES: TSJ-CAT:2019:8037.
- STSJ Cataluña 7 julio 2022, Rec. 1345/2022, ECLI: ES: TSJCAT:2022:6824.
- STSJ Cataluña 3 noviembre 2022, Rec. 5141/2022.
- STSJ Cataluña 22 noviembre 2022, Rec. 4297/2022, ECLI: ES: TSJ-CAT:2022:10943.
- STSJ Cataluña 5 diciembre 2022, Rec. 5285/2022, ECLI: ES: TSJ-CAT:2022:11201.
- STSJ Cataluña 22 febrero 2023, Rec. 6145/2022, ECLI: ES: TSJ-CAT:2023:2503.
- STSJ Cataluña 3 marzo 2023, Rec. 6251/2022, ECLI: ES: TSJ-CAT:2023:2653.
- STSJ Cataluña 20 marzo 2023, Rec. 6265/2022, ECLI: ES: TSJ-CAT:2023:2867.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

- STSJ Cataluña 22 marzo 2023, Rec. 2593/2022, ECLI: ES: TSJ-CAT:2022:9659.

Comunidad Valenciana

- STSJ Comunidad Valenciana 14 enero 1994.
- STSJ Comunidad Valenciana 10 mayo 2001, Rec. 924/2001.
- STSJ Comunidad Valenciana 22 noviembre 2006, Rec. 3308/2006.
- STSJ Comunidad Valenciana 19 junio 2007, Rec. 1579/2007.
- STSJ Comunidad Valenciana 13 febrero 2019, Rec. 3737/2018, ECLI: ES: TSJCV:2019:1370.
- STSJ Comunidad Valenciana 27 junio 2019, Rec. 1296/2019, ECLI: ES: TSJCV:2019:3746.
- STSJ Comunidad Valenciana 27 abril 2020, Rec. 2749/2019, ECLI: ES: TSJCV:2020:2148.
- STSJ Comunidad Valenciana 28 mayo 2020, Rec. 814/2019, ECLI: ES: TSJCV:2020:4229.
- STSJ Comunidad Valenciana 10 diciembre 2020, Rec. 1895/2020, ECLI: ES: TSJCV:2020:8465.

Extremadura

- STSJ Extremadura 30 noviembre 2017, Rec. 625/2017, ES: TSJEXT:2017:1344.

Galicia

- STSJ Galicia 4 junio 2010, Rec. 920/2010.
- STSJ Galicia 29 noviembre 2010, Rec. 719/2007, ECLI: ES: TSJGAL:2010:9990.
- STSJ Galicia 6 marzo 2018, Rec. 5376/2017, ECLI: ES: TSJGAL:2018:1462.
- STSJ Galicia 26 julio 2018, Rec. 1301/2018, ECLI: ES: TSJGAL:2018:3831.
- STSJ Galicia 13 octubre 2020, Rec. 2632/2020, ECLI: ES: TSJGAL:2020:5606.
- STSJ Galicia 15 febrero 2021, Rec. 4586/2020, ECLI: ES: TSJGAL:2021:1178.

- STSJ Galicia 22 septiembre 2021, Rec. 3048/2021, ECLI: ES: TSJ-GAL:2021:5142.
- STSJ Galicia 30 septiembre 2021, Rec. 1111/2021, ECLI: ES: TSJ-GAL:2021:5499.
- STSJ Galicia 14 septiembre 2022, Rec. 2962/2022, ECLI: ES: TSJ-GAL:2022:6033.
- STSJ Galicia 6 octubre 2022, Rec. 4797/2022, ECLI: ES: TSJ-GAL:2022:6746.

Islas Canarias

- STSJ Islas Canarias/Las Palmas 16 enero 2017, Rec. 1157/2016, ECLI: ES: TSJCAN:2017:17.
- STSJ Islas Canarias/Santa Cruz Tenerife 25 septiembre 2019, Rec. 248/2019 (ECLI: ES: TSJCAN:2019:2728).

Madrid

- STSJ Madrid 27 enero 1998, Rec. 5426/1997.
- STSJ Madrid 10 abril 2003, Rec. 5757/2002.
- STSJ Madrid 17 diciembre 2003, Rec. 4039/2002.
- STSJ Madrid 26 septiembre 2006.
- STSJ Madrid 25 abril 2007, Rec. 259/2007.
- STSJ Madrid 23 julio 2007, Rec. 2635/2007.
- STSJ Madrid 1 julio 2008, Rec. 1800/2008.
- STSJ Madrid 15 septiembre 2008, Rec. 2403/2008.
- STSJ Madrid 24 noviembre 2008, Rec. 4191/2008.
- STSJ Madrid 10 diciembre 2010.
- STSJ Madrid 3 mayo 2012, Rec. 6289/2011.
- STSJ Madrid 7 mayo 2012, Rec. 324/2012, ECLI: ES: TSJM:2012:11233.
- STSJ Madrid 11 octubre 2012, Rec. 3861/2012.
- STSJ Madrid 15 octubre 2012, Rec. 4155/2012, ECLI: ES: TSJM:2012:14028.
- STSJ Madrid 18 abril 2016, Rec. 90/2016, ECLI: ES: TSJM:2016:4255.
- STSJ Madrid 26 septiembre 2016, Rec. 352/2016.
- STSJ Madrid 21 octubre 2016, Rec. 633/2016.
- STSJ Madrid 27 marzo 2017, Rec. 99/2017, ECLI: ES: TSJM:2017:3345.

■ LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

- STSJ Madrid 12 septiembre 2018, Rec. 531/2018, ECLI: ES: TSJM:2018:11484.
- STSJ Madrid 6 marzo 2019, Rec. 822/2018, ECLI: ES: TSJM:2019:1849.
- STSJ Madrid 2 diciembre 2020, Rec. 503/2020, ECLI: ES: TSJM:2020:13885.
- STSJ Madrid 16 noviembre 2022, Rec. 879/2022, ECLI: ES: TSJM:2022:13568.
- STSJ Madrid 22 febrero 2023, Rec. 1216/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:1992.
- STSJ Madrid 6 marzo 2023, Rec. 1333/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:2356.
- STSJ Madrid 9 marzo 2023, Rec. 20/2023, ECLI: ES: TSJM:2023:2902.
- STSJ Madrid 10 marzo 2023, Rec. 1426/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:2953.
- STSJ Madrid 17 marzo 2023, Rec. 829/2022, ECLI: ES: TSJM:2023:3456).
- STSJ Madrid 22 marzo 2023, Rec. 1400/2022.

Navarra

- STSJ Navarra 14 febrero 2000, Rec. 56/2000.
- STSJ Navarra 4 junio 2015, Rec. 243/2015, ECLI: ES: TSJNA:2015:429.
- STSJ Navarra 10 mayo 2018, Rec. 126/2018, ECLI: ES: TSJNA:2018:185.

País Vasco

- STSJ País Vasco 14 enero 2003, Rec. 2618/2002.
- STSJ País Vasco 5 octubre 2004, Rec. 1455/2004.
- STSJ País Vasco 27 julio 2005, Rec. 1235/2004.
- STSJ País Vasco 29 febrero 2000, Rec. 3129/2009.
- STSJ País Vasco 7 febrero 2012, Rec. 3099/2011.
- STSJ País Vasco 13 mayo 2014, Rec. 864/2014, ECLI: ES: TSJPV:2014:975.
- STSJ País Vasco 16 junio 2015, Rec. 1015/2015, ECLI: ES: TSJPV:2015:2301.
- STSJ País Vasco 20 octubre 2015, Rec. 1736/2015, ECLI: ES: TSJPV:2015:3306.
- STSJ País Vasco 24 enero 2017, Rec. 2549/2016, ECLI: ES: TSJPV:2017:394.
- STSJ País Vasco 4 julio 2017, Rec. 1373/2017, ECLI: ES: TSJPV:2017:2552.
- STSJ País Vasco 12 junio 2018, Rec. 1028/2018, ECLI: ES: TSJPV:2018:1950.
- STSJ País Vasco, 2 noviembre 2021, Rec. 1511/2021, ECLI: ES: TSJPV:2021:3177.

Región Murcia

- STSJ Murcia 28 mayo 2012, Rec. 829/2011, ECLI: ES: TSJMU:2012:1344.
- STSJ Murcia 24 octubre 2016, Rec. 186/2016.
- STSJ Murcia 6 febrero 2019, Rec. 1408/2018, ECLI: ES: TSJMU:2019:141.
- STSJ Murcia 21 febrero 2023, Rec. 727/2022, ECLI: ES: TSJMU:2023:164.

JUZGADOS LO SOCIAL

- SJS 32 Barcelona 14 marzo 2022, Proc. 200/2019.
- SJS 33 Barcelona 19 noviembre 2013, Proc. 398/2013, ECLI: ES: JSO:2013:154.
- SJS 1 Burgos 27 febrero 2023, Proc. 758/2022.
- SJS 1 Cartagena 22 noviembre 2022, Proc. 576/2022.
- SJS 1 Gijón 23 marzo 2023, Proc. 452/2022, ECLI: ES: JSO:2023:1031..
- SJS 1 Granada 15 febrero 2023, Proc. 753/2022.
- SJS 1 Ibiza 2 junio 2022, Proc. 165/2020, ECLI: ES: JSO:2022:6278.
- SJS2 Logroño 3 noviembre 2021, Proc. 153/2021, ECLI: ES: JSO:2021:7082.
- SJS 1 Mieres 14 febrero 2023, Proc. 64/2023.
- SJS 3 Ourense 18 noviembre 2022, Proc. 632/2022.
- SJS 2 Pamplona 2 diciembre 1999, Proc. 500/1999.
- SJS 3 Pamplona 4 abril 2023, Proc. 738/2022.
- SJS 2 Ponferrada 13 julio 2018, Proc. 252/2018.
- SJS 1 Vigo 13 diciembre 2022, Proc. 473/2022.

JUZGADOS LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- SJCA 2 Vigo 17 marzo 2022, Proc. 93/2020.

Fermín Gallego Moya

Licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia (1995). Doctor (2015) por la misma universidad con la calificación unánime de sobresaliente cum laude y posterior premio extraordinario: «Aspectos esenciales del período de prueba: formalización, duración y extinción: transformación y tendencias de una institución clásica». Acreditado (ANECA) como Profesor de Universidad Privada, Profesor Ayudante Doctor y Profesor Contratado Doctor (2018) y como Profesor Titular (2023). En 2004 se incorporó a la Universidad de Murcia como profesor adscrito al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, compaginando su labor docente (inicialmente como Profesor Asociado y luego como Ayudante y Contratado Doctor) con el ejercicio profesional de la Abogacía. Ha publicado varias monografías (4), más de 60 artículos en revistas especializadas, 26 colaboraciones en obras colectivas y participado como ponente en varios congresos nacionales e internacionales.

Colección Derecho del Trabajo y Seguridad Social

Director:

Antonio V. Sempere Navarro

Últimos títulos publicados:

10. Empresa concursada: regulación de empleo y sucesión en la venta de unidades productivas
Elena Pérez Pérez
11. El Ingreso Mínimo Vital
Faustino Cavas Martínez
Belén García Romero
Dirección y coordinación
12. La obra jurídica de Aurelio Desdentado Bonete
Antonio V. Sempere Navarro
Director
Yolanda Cano Galán
Coordinadora
13. La previsión social militar: Génesis y evolución
Isabel María Romero Lucas
14. La reordenación del tiempo de trabajo
Juan Pablo Maldonado Montoya
Isabel Marín Moral
Antonio V. Sempere Navarro
(Dirección y coordinación)
15. La cuantificación de la indemnización por daño moral por trasgresión de derechos fundamentales en los despidos nulos
Ángel Arias Domínguez
16. La discriminación por motivos de salud ante la contratación laboral y el despido. Estado de la cuestión tras la Ley 15/2022
Raquel Aguilera Izquierdo
17. Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia
María Emilia Casas Baamonde
Ignacio García-Perrote Escartín
Román Gil Alburquerque
Adriano Gómez García-Bernal
Antonio V. Sempere Navarro
Directores
18. La nueva regulación del estatuto del artista. Una visión comparada
Djamil Tony Kahale Carrillo

El Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, ha acometido una profunda remodelación del marco extintivo del empleo doméstico, integrando medidas de calado, con el objetivo de mantener tan solo aquellos elementos diferenciadores que, por las singularidades de esta relación especial, no encajen plenamente en el esquema común de las causas de extinción del contrato de trabajo. La más relevante, sin duda, la eliminación de la figura del desistimiento, decisión dirigida a corregir disfunciones de la regulación, hasta entonces vigente, como la notoria «vis atractiva» de dicha figura, que ha venido siendo utilizada como el mecanismo habitual de extinción (salvo concurrencia de un motivo de despido disciplinario irrefragable y plenamente acreditable). Desde el prisma constitucional, era igualmente evidente el efecto lesivo sobre los derechos fundamentales de un mecanismo que no exigía causa alguna para operar (repárese en el efecto abusivo que el desistimiento ha tenido sobre los derechos fundamentales de las empleadas del hogar embarazadas).

Ahora, eliminada tal posibilidad de extinción libre, y concretadas las causas que, al margen del artículo 49 ET, pueden dar lugar a la terminación contractual (las contempladas en el nuevo artículo 11.2. RD 1620/2021), la posición de la persona empleada del hogar frente a un cese injustificado queda notablemente reforzada.

La presente obra expone detalladamente ese «nuevo esquema» y pretende resolver las dudas interpretativas en la aplicación de la nueva norma, abordando, entre otras cuestiones, el complejo deslinde entre el cese indemnizado del citado artículo 11.2 y el que deriva de la extinción disciplinaria del artículo 54 ET. En todo momento se ha procurado combinar el rigor dogmático con la visión práctica de los diversos problemas abordados.