

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS / IKASGAIEN AMAIERAKO LANA

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

.....

**LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN
LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR**

Ane Servent Beloqui

DIRECTOR / ZUZENDARIA

Luis Gabriel Martínez Rocamora

Pamplona / Iruñea

20 de enero de 2022

RESUMEN

La actual regulación de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar da lugar a diversas vulneraciones de derechos fundamentales de las trabajadoras que integran este sector, que son, en su gran mayoría, mujeres. A pesar de la intención del legislador de equiparar las condiciones laborales del empleo doméstico a las condiciones laborales comunes, las diferencias entre este régimen laboral especial y el régimen laboral común son considerables. Todo ello se ha intentado equilibrar jurisprudencialmente, dando lugar a pronunciamientos muy diversos. Además, la existencia del desistimiento del empleador como forma de extinción de la relación laboral es el cauce que adoptan la mayoría de las vulneraciones de derechos fundamentales de las trabajadoras domésticas, debido a que se trata de una figura extintiva que no requiere justificación alguna por parte del empleador.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, Discriminación, RLESHF, Desistimiento, Nulidad.

ABSTRACT

The current regulation of the special employment relationship of the family home service results in a number of violations of the fundamental rights of the workers forming the sector, the vast majority of whom are women. Despite the legislator's recognized intention to progressively equate the working conditions of domestic employment to common working conditions, the differences between this special labor regime and the common regime are considerable. Efforts have been made to balance this jurisprudentially and have resulted in very diverse pronouncements. In addition, the existence of the withdrawal of the employer as a form of termination of the employment relationship is one of the reasons for the majority of violations of fundamental rights of domestic workers, because it is an extinguishing figure that does not require any justification on the part of the employer.

KEY WORDS

Fundamental rights, Discrimination, RLESHF, Withdrawal, Nullity.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	ESQUEMA GENERAL DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR	2
1.	Configuración y régimen jurídico de la relación laboral especial objeto de análisis	2
1.1.	El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar	3
1.2.	El Convenio núm. 189 y la Recomendación 201 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos	5
2.	Objeto y sujetos de la RLESHF.....	6
3.	La colisión de derechos debido al lugar de prestación del servicio.....	9
4.	El vínculo de confianza como nota característica de la RLESHF	10
III.	ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR.....	11
1.	La extinción de la RLESHF y derechos fundamentales	12
1.1.	Discriminación por razón de sexo y extinción de la RLESHF	18
1.2.	Derecho fundamental de la garantía a la indemnidad y la extinción de la RLESHF	26
1.3.	Discriminación por razón de salud y extinción de la RLESHF	28
1.4.	Situación ocasionada por la pandemia de Covid-19 y extinción de la RLESHF	31
2.	Exclusión de la RLESHF del derecho a la prestación por desempleo y derechos fundamentales	33
IV.	ANÁLISIS PROCESAL DE LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR.....	39

1. Incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 179. 3 LRJS.....	39
2. Consecuencias jurídicas de la extinción del contrato de trabajo del empleado del hogar familiar con vulneración de derechos fundamentales.....	42
3. Indemnización adicional del Convenio núm. 158 de la OIT.....	48
V. CONSIDERACIONES FINALES	50
VI. JURISPRUDENCIA ANALIZADA	52
VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA	55
VIII. NORMATIVA CONSULTADA.....	56
IX. OTRAS FUENTES	58
X. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	58

La tutela de derechos fundamentales en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo surge a partir de la constatación de que el Régimen Laboral Especial del Servicio del Hogar Familiar, regulado por el *Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar*, no había sido revisado desde hacía más de 20 años, hasta la creación de dicha norma. Asimismo, el nuevo Real Decreto pretende equiparar progresivamente esta relación laboral especial con la común. Sin embargo, como se expondrá en el presente trabajo, dicha equiparación es actualmente inexistente y la regulación actual del trabajo doméstico da lugar a diversas vulneraciones de derechos fundamentales de las trabajadoras del sector del empleo doméstico.

Por un lado, se realiza un análisis sustantivo de la tutela de derechos fundamentales en la RLESHF. En él, se muestra que el desistimiento es una figura extintiva que no requiere motivación o justificación alguna por parte del empleador para llevarla a cabo, siendo suficiente el hecho de que el empleador considere que la especial confianza que le unía con la empleada se ha quebrado. Si bien el desistimiento es una figura que se encuentra justificada por las especiales características de la RLESHF, también veremos que en muchas ocasiones es utilizada por los empleadores para extinguir la relación laboral que encubriendo realmente un despido con vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora. También se expondrá la vulneración del derecho a la igualdad del artículo 14 CE que se da con ocasión de la exclusión de las trabajadoras al servicio del hogar familiar del derecho al desempleo conforme a lo establecido en el artículo 251.d) de la Ley General de la Seguridad Social.

Y, por otro lado, se realiza un análisis procesal de la tutela de derechos fundamentales en la RLESHF. En él se exponen las consecuencias jurídicas que tiene la extinción de la RLESHF con vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, que como se verá, las consecuencias prácticas que aplican los diferentes tribunales son muy dispares.

II. ESQUEMA GENERAL DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

1. Configuración y régimen jurídico de la relación laboral especial objeto de análisis

El Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), establece en su artículo 2. 1.º apartado b), que se considera relación laboral de carácter especial la del servicio del hogar familiar.

El ordenamiento jurídico laboral no define qué debe entenderse por relación laboral especial¹, por lo que la definición va a construirse a través de diferentes artículos doctrinales, jurisprudencia y la normativa que le es de aplicación a dicha relación laboral.

La consecuencia de que el artículo 2.1 del ET clasifique como relación laboral especial la del servicio del hogar familiar (en adelante, RLESHF), es el desarrollo de un régimen jurídico diferenciado del que existe para las relaciones laborales comunes. En este punto, cabe cuestionarse si dicha diferenciación vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE), lo cual ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional², que ha considerado que no se vulnera el art. 14 CE por el hecho de que una relación resulte excluida de la legislación laboral por falta de reglamentación específica pese a que la Ley decidiera calificarla como relación laboral, dado que se trata de un *supuesto objetivamente diferenciado que no puede compararse*

¹ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002, pág. 10, señala que la manera de definir las relaciones laborales especiales, es atendiendo a uno o varios criterios (como el tipo de actividad, la forma en que se realiza, la cualidad de los sujetos que intervienen en la relación laboral, el lugar donde se realiza, la atenuación de la subordinación, etc.), de manera puramente descriptiva, positivista y nada conceptual. VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales: algunos puntos críticos”, en *RL*, núm. 17, 1998, pág. 1, afirma que la jurisprudencia en unificación no ha elaborado un cuerpo de doctrina sobre el alcance de la noción de la relación laboral especial, tema inédito, a pesar de su relevancia.

² En este sentido, el FJ 5.º de la STC, de 01/06/1983, núm. 49/1983. En la misma línea, la STC, de 24/03/1988, núm. 56/1988, señala que “no es contraria al artículo 14 CE la existencia de regímenes jurídicos distintos para los diferentes colectivos de trabajadores por cuenta ajena, siempre que ello esté justificado por las características especiales de cada tipo de trabajo. La existencia de relaciones especiales de trabajo... ha sido tradicional en el Derecho del Trabajo, que no en vano es un sector del ordenamiento caracterizado, precisamente, por su fuerte veta «sectorial» y «profesional»”.

con las situaciones ajenas pertenecientes al ámbito laboral sino sólo con las incluidas en tal supuesto.

Si bien esta separación de regímenes jurídicos no vulnera el principio de igualdad del artículo 14 CE, es doctrinalmente admitido que dicha separación sí supone la privación de ciertas garantías reconocidas por la legislación laboral común, situando el régimen laboral especial como un régimen jurídico menos protector y más desfavorable en comparación con el común³.

Así las cosas, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, en su Disposición Adicional Trigésima Novena, apartado 5.º, encomendó al Gobierno *la modificación de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012*. Hasta entonces, la RLESHF se encontraba regulada en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto. Así, con el encargo mencionado, se aprobó el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que se encuentra actualmente en vigor desde el 1 de enero de 2012.

1.1. El Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar

La aprobación del Real Decreto tuvo como objetivo mejorar las condiciones laborales del sector del servicio doméstico, e intentó acercar dicha relación laboral a la normativa reguladora del resto de sectores. Por ello, tras la entrada en vigor del Real Decreto, los empleadores dispusieron de un periodo de un año para formalizar por escrito los contratos de trabajo vigentes que como consecuencia de la nueva regulación hubieran de revestir esa forma, y de otro plazo de un año para adecuarse a la obligación de informar al empleado del hogar sobre los elementos más esenciales del contrato de trabajo (DT 1.^a del RD 1620/2011). Sin embargo, aunque en un primer momento, con su aprobación, se produjo un aumento de las afiliaciones y de la regularización de las trabajadoras de este

³ Cfr. MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre las relaciones especiales de trabajo”, op. cit. pág. 11, señala que “el régimen de las relaciones especiales es deficitario respecto de las comunes y ordinarias”.

sector, a partir del año 2015 dicha regularización ha sido decreciente⁴, y ha aumentado la informalidad.

Como se ha indicado, el Real Decreto 1620/2011 trajo consigo un avance al regular el trabajo doméstico como una relación laboral. Sin embargo, son varios autores los que consideran que se trata de un avance insuficiente porque el RD define la relación laboral especial manteniendo gran parte de los rasgos civilistas privados que existían con anterioridad, y que conllevan la inexistencia de una verdadera regulación laboral que pueda equipararse a la del resto de trabajadores⁵.

De la lectura de la norma, concretamente en su artículo 1, vemos que *se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que conciertan el titular del mismo, como empleador, y el empleado que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar.*

La especialidad de esta relación laboral radica en el tipo de trabajo que se lleva a cabo y en el ámbito espacial en que se produce. Esto es así porque la prestación del trabajo se realiza en el hogar familiar, y como veremos, el trabajador se inserta en *el círculo de convivencia e intimidad de la familia.*

Esta relación, se encuentra configurada por las notas de una íntima, forzosa y continuada convivencia en el espacio del hogar familiar, de manera que la prestación del servicio tiene un componente diferente al del simple resultado del trabajo o la cuantía de la retribución. En esta relación es de gran importancia el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que preside, desde su nacimiento, la relación familiar entre el empleador y los trabajadores del hogar⁶. Pero como se ha señalado doctrinalmente, la confianza es un elemento que resulta esencial para el empleador, y, sin embargo, carece de tal relevancia para el trabajador⁷.

⁴ Cfr. Informe de la OIT “Impacto de las reformas legislativas en el sector del empleo del hogar en España”, 2016.

⁵ Cfr. LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de seguridad social. Propuestas de reforma.* Bomarzo, Albacete, 2006, pág. 7.

⁶ Véase el segundo párrafo del Preámbulo 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.

⁷ Cfr. GARCÍA LÓPEZ, R.: “Extinción del contrato del empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor”, *AL*, tomo II, 1987, págs. 1625 a 1626.

1.2. *El Convenio núm. 189 y la Recomendación 201 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos*

El 16 de junio de 2011, hace diez años, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó dos nuevas normas; el Convenio 189 y la Recomendación 201, sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Estas tienen como objetivo *sentar la base normativa para mejorar las condiciones de trabajo y de vida de decenas de millones de personas empleadas en una actividad laboral que desde siempre ha sido subvalorada y realizada tradicionalmente por mujeres*. Asimismo, exige a los Estados el diseño y aplicación, de manera efectiva, de políticas para que el trabajo decente sea una realidad para este colectivo, “hiperfeminizado” y altamente precarizado⁸.

Las normas mínimas que establece el Convenio, van dirigidas a la *promoción y protección de los derechos humanos de las personas trabajadoras en el sector doméstico, así como el respeto a los derechos “fundamentales” en el trabajo, en particular, el derecho a la libertad de asociación, a la negociación colectiva, a la transparencia en la información, y a la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación*⁹.

Establece directrices para las políticas laborales; la previsión de los arts. 10 a 12, consistente en acciones para garantizar la igualdad de trato entre el trabajo doméstico y el trabajo en general, respecto a las horas de trabajo, compensación por horas extras, periodo de descanso y vacaciones, tiempos de presencia en el lugar de trabajo, salario mínimo y salario en especie; el art. 13, sobre el derecho a tener un entorno de trabajo seguro y saludable; el art. 14, relativo a la protección de la seguridad social; el art. 17, que habla sobre la resolución de conflictos dentro de esta relación laboral especial, dado que prevé el acceso a otros medios de solución de controversias y establece que los Estados Miembro deben poner en práctica medidas relativas a la Inspección del Trabajo.

⁸ Cfr. RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?” en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 11 (2), 594-627, 2021, pág. 5. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5977>

⁹ Ibid.

Sin embargo, llegados a este punto, cabe decir que España no ha ratificado por el momento dicho Convenio¹⁰. Por lo tanto, tampoco se ha adaptado la normativa laboral interna y de Seguridad Social a los contenidos de dicho Convenio¹¹.

Hay tres factores principales que dificultan la ratificación del Convenio por parte de España¹². Estos son: la existencia de la figura del desistimiento del empleador como modo de extinción de la relación laboral especial, la falta de reconocimiento del derecho a la protección por desempleo a estas trabajadoras, y, por último, la inaplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL). Por ello, en el presente trabajo, analizaremos, entre otras cosas, las consecuencias de la existencia de la figura del desistimiento del empleador como modo de extinción de la RLESHF, así como la falta de reconocimiento del derecho a la protección frente al desempleo.

2. Objeto y sujetos de la RLESHF

En virtud del artículo 1.4 del RD 1620/2011, el objeto de la RLESHF *son los servicios o actividades prestados para el hogar familiar, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de algunas de sus partes, el cuidado o atención de los miembros de la familia o de las personas que forman parte del ámbito doméstico o familiar, y otros trabajos que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas, tales como los de guardería, jardinería, conducción de vehículos y otros análogos.*

Respecto a la regulación anterior de la relación laboral especial, se ha modificado la definición de las partes de la relación, siendo una relación laboral concertada entre el titular del hogar familiar (el empleador) y el empleado (artículo 1.2 del Real Decreto 1620/2011).

¹⁰ Ratificación del C189 – Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011, (núm. 189). (2013, 5 de septiembre). Organización Internacional del Trabajo (ilo.org). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:2551460

¹¹ Cfr. RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?”. Op. cit. pág. 7.

¹² Cfr. Ibid.

Como puede observarse, el elemento subjetivo en esta relación laboral especial se configura a su vez, dependiendo del lugar en el que se presta el servicio y la clase de vinculación personal que mantengan las partes en el ámbito donde se presta la relación¹³.

Concretamente, en lo que respecta al empleador, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.3 del Real Decreto 1620/2011, lo será el *titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Cuando esta prestación de servicios se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda, asumirá la condición de titular del hogar familiar la persona que ostente la titularidad de la vivienda que habite o aquella que asuma la representación de tales personas, que podrá recaer de forma sucesiva en cada una de ellas*. Sobre esto, señala Ramírez Martínez, que *lo relevante, en este sentido, es que sea el sujeto beneficiario del trabajo del empleado del hogar*¹⁴.

El artículo 2 del mismo Real Decreto, excluye de su regulación las relaciones concertadas por personas jurídicas, civiles o mercantiles, las concertadas a través de ETT, las de los cuidadores contratados por instituciones públicas o entidades privadas, las de cuidadores no profesionales que prestan atención a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada, las concertadas entre familiares, las realizadas a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, las conocidas como *au pair*¹⁵. De esta manera,

¹³ STSJ del País Vasco, de 22/09/2015, Recurso núm. 1467/2015.

¹⁴ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de la frontera del derecho del trabajo*, Madrid, 1990, pág. 50.

¹⁵ Cfr. La STSJ de Castilla y León/Valladolid, de fecha 20/05/2000, núm. 2699/2000 (Rec. Núm. 5644/200), señala en su Fundamento Jurídico Segundo que “*La diferencia entre la relación laboral especial del servicio del hogar familiar a que se refiere el artículo 2.1º.b) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 1.2º del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, y el negocio jurídico llamado "a la par" (au pair) a que se refiere el artículo 2.2º a) de este último Real Decreto, estriba que el primero tiene las notas características típicas de una relación laboral como es la ajeneidad en la prestación de servicios, la existencia de una retribución, y la actuación dentro del ámbito organizativo y directivo del empleador, en tanto que el segundo supone la existencia de una convivencia familiar, asumiendo el conviviente la obligación de cuidar a los niños, enseñarles idiomas e incluso alguno de los servicios a que se refiere el artículo 1.4º del Real Decreto 1424/1985, pero que han de tener carácter marginal y por ello su actividad lógicamente ha de ser esporádica, y a cambio de esas actividades, recibe alimentación, alojamiento o compensaciones de gastos, pero estas prestaciones no tienen carácter salarial y no supone por ello una contraprestación a sus servicios o actividades en el seno de la familia con quien convive*”. Obtenida en la

el titular del hogar familiar es la persona física que tiene poder de organizar y dirigir al trabajador doméstico¹⁶. Por ello, la prestación de servicios como el de limpieza, cocina, etc. que sean contratados por una empresa para ser desarrollados en una residencia de la que la empresa es titular, no es la relación laboral especial objeto de este estudio, sino una relación laboral ordinaria¹⁷.

El empleador en términos laborales y no mercantiles, no es necesariamente un empresario económico o mercantil¹⁸. De esta manera, el empleador será siempre la persona física titular del hogar familiar, que se diferencia de los empresarios porque el empleador no produce bienes o servicios con el objetivo de ponerlos en circulación en el mercado. Es decir, el empleador no tiene como fin obtener un máximo beneficio económico, a diferencia del empresario¹⁹. La doctrina judicial entiende que el titular del hogar tiene que ser el receptor de los servicios domésticos, y así se ha señalado en diversas sentencias como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16/05/2002, núm. 3878/2002 (AS 2133).

Aclarado esto, cabe mencionar que los empleadores tienen la opción de contratar a los trabajadores de manera directa, o a través de los servicios públicos de empleo o de las agencias de colocación debidamente autorizadas (artículo 4.1 del Real Decreto 1620/2011). Esta inclusión es consecuencia de las acciones de intermediación que a ambos agentes se les encomiendan a través de la normativa laboral, como el artículo 32 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo (en adelante, LE), pero a su vez, dicha inclusión no implica que esos agentes puedan considerarse empleadores en los términos del Real Decreto 1620/2011.

base de datos oficial del Consejo General del Poder Judicial:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/46bf9cc4ef075a9a/20050331>

¹⁶ Cfr. SALA FRANCO, T. *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico*, *Relaciones Laborales*, Tomo I, núm. 4, 1986, pág. 289.

¹⁷ Cfr. STSJ de Madrid, de 25/03/2004, Recurso núm. 5439/2002.

¹⁸ Cfr. DESDENTADO DAROCA, E. *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Ed. Lex Nova, Valladolid. 2006, pág. 506. CAMPS RUIZ, L. M. El concepto laboral de empresario. *Comentario al art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores*. (Dir. Efrén Borrajo Dacruz), *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores* (Edresa), 1990, T.I.

¹⁹ Cfr. DE LA VILLA GIL, L.E., “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, núm. monográfico. Las relaciones laborales de carácter especial”, en *Documentación Laboral*, diciembre 1985, pág. 210.

Las agencias de colocación son una especie de intermediarios entre el trabajador del hogar y el titular del hogar familiar, y deben cumplir dos requisitos:

- Debe tratarse de empresas autorizadas para actuar como tales (de acuerdo con los artículos 4.1 del Real Decreto 1620/2011 y 33.1 LE). Para cumplir con este requisito, deben presentar una declaración responsable previa al inicio de su actividad, ante el Servicio Público de Empleo Estatal en caso de que pretenda actuar en más de una comunidad autónoma (art. 33.2 LE).
- Su función principal debe ser la de intermediar en el mercado laboral, conectando las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan empleo (art. 33 LE)²⁰.

3. La colisión de derechos debido al lugar de prestación del servicio

Se trata de una relación laboral en la que los derechos laborales de las trabajadoras entran en conflicto con los derechos de los empleadores (el derecho a la intimidad de los habitantes del lugar de prestación del trabajo, así como la inviolabilidad del domicilio), que son los titulares del hogar familiar en el que se ejerce el trabajo. Y como es conocido, las limitaciones a los derechos fundamentales sólo se pueden realizar respetando el principio de proporcionalidad, siempre que sean necesarias y respondan a intereses generales reconocidos por la Unión Europea o a la exigencia de proteger derechos y libertades de otras personas²¹. En esta misma línea, afirma Javier Barnes que (...) *aún presuponiendo que ninguno de los derechos en cuestión ceda por entero hasta desaparecer, el principio de proporcionalidad impide que se sacrifique inútilmente, más allá de lo necesario o en forma desequilibrada un derecho a favor del otro. La proporcionalidad se pondrá, una vez más, del lado del derecho que padece la restricción, del que se lleva la peor parte*²².

²⁰ Cfr. RODRÍGUEZ CARDÓ, I.A. “El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una ‘revolución inconclusa’”. Civitas. En *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 158, 2013, pág. 61.

²¹ Véase artículo 52 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

²² BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 35-36.

Hay un nexo claro entre el derecho a la intimidad personal y familiar regulado en el artículo 18.1 CE, y el derecho a la inviolabilidad del domicilio regulado en el apartado 2 del mismo artículo, y así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 17/02/1984, núm. 22/1984²³, en la que señala que *el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella.*

Y en la RLESHF, las especialidades de su regulación se justifican en las características del trabajo que se presta y en el ámbito en que este se presta (el hogar familiar del empleador). Y es verdad que esta relación laboral implica *una profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia* de acuerdo con lo establecido por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en Sentencia de 05/06/2002 (RJ 2002/8133)²⁴.

Como se verá a lo largo del presente trabajo, el hecho de que el lugar de prestación de los servicios sea el hogar familiar, un lugar tan íntimo y privado, suele dar lugar a la colisión de diferentes derechos fundamentales. Esto es así porque, por un lado, están el derecho a la intimidad personal y familiar *ex* artículo 18.1 CE y el derecho a la inviolabilidad del domicilio *ex* artículo 18.2 CE que le asisten al empleador, y, por otro lado, está el derecho al trabajo *ex* artículo 35.1 CE que le asiste a la empleada.

4. El vínculo de confianza como nota característica de la RLESHF

Como ya se ha mencionado anteriormente, la RLESHF es una relación en la que preside un vínculo personal basado en una especial relación de confianza entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar. Este vínculo de confianza implica de alguna manera, el refuerzo de la obligación de la buena fe²⁵. El principio de buena fe, es

²³ STC de 17/02/1984, núm. 22/1984, BOE núm. 59, de 9 de marzo de 1984. Obtenida de la base de datos oficial del Tribunal Constitucional: <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/275>

²⁴ STS soc., de fecha 05/06/2002, RJ 2002/8133.

²⁵ Cfr. CUEVA PUENTE, M.C. “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, en *Lex Nova*, 2005, págs. 368 y ss.

un principio subjetivo, indeterminado, y que como veremos a lo largo de este trabajo, puede llegar a ser problemático en esta relación laboral especial.

La jurisprudencia ha señalado que *en ningún caso puede imponerse una convivencia que no sea mutuamente deseada*²⁶, y ello lo dice porque como ya se ha indicado en varias ocasiones, la especial confianza es un factor que configura esta relación laboral especial, y cuando esta se rompe, la relación laboral especial no puede continuar.

Se puede afirmar que en la RLESHF *es indispensable el respeto a la intimidad del empleador y su familia, el cuidado de los bienes materiales afectados en la relación y el respeto y discreción para con los bienes inmateriales, para ello se precisa una relación de confianza entre las partes, basada en la buena fe, sin la cual esta relación contractual deviene inviable*²⁷. Es por ello que, el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011 prevé la posibilidad de extinción de la relación laboral mediante el desistimiento del empleador, que se trata de una figura empleada cuando la especial confianza que configura esta relación laboral se quiebra.

III. ANÁLISIS SUSTANTIVO DE LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

La Disposición Adicional Segunda, apartado 2.1.ª del RD 1620/2011, estableció la necesidad de realizar una valoración acerca de la viabilidad de aplicar el régimen de extinción contractual de la relación laboral común regulado en el ET a la RLESHF, así como la posibilidad de incluir la figura del desistimiento del empleador en alguna de las causas comunes de extinción de la relación laboral previstas en el art. 49 ET.

De la lectura de las diversas sentencias dictadas por los tribunales de nuestro país, se observa que el de la RLESHF es un sector del trabajo altamente feminizado, en el cual se da una inferior tutela de los derechos fundamentales en comparativa con las relaciones

²⁶ SANZ SÁEZ, C. “Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio” [Tesis doctoral]. Universidad de Castilla La-Mancha, 2015. pág. 388.

²⁷ Ibid., pág. 197.

laborales del régimen común²⁸. Por ello, en el presente apartado de este estudio, se analiza, por un lado, el régimen jurídico de la extinción del contrato de trabajo en la RLESHF, en relación a los derechos fundamentales, y, por otro lado, la exclusión del derecho al desempleo en la RLESHF, en relación con los derechos fundamentales.

1. La extinción de la RLESHF y derechos fundamentales

El artículo 11 del Real Decreto 1620/2011 regula la extinción del contrato en la RLESHF. El precepto, se remite a la regulación general aplicable y, a su vez, establece unas peculiaridades dado que se trata de una relación laboral especial. El apartado 1.º de dicho artículo prevé que la relación se puede extinguir por las causas previstas en el artículo 49 ET, excepto las de fuerza mayor, despido colectivo y despido objetivo (lo cual implica una excepción de los arts. 51, 52 y 53 del ET).

Conforme a la regulación del Real Decreto 1620/2011 (arts. 11.2 y 11.3), en la RLESHF hay dos formas de extinción de la relación: el desistimiento unilateral del empleador y el despido disciplinario²⁹. Asimismo, podrá extinguirse por las siguientes causas reguladas en el artículo 49 ET:

a) Por mutuo acuerdo de las partes.

b) Por las causas consignadas válidamente en el contrato salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario.

c) Por expiración del tiempo convenido. A la finalización del contrato, excepto en los contratos formativos y el contrato de duración determinada por causa de sustitución, la persona trabajadora tendrá derecho a recibir una indemnización de cuantía equivalente a la parte proporcional de la cantidad que resultaría de abonar doce días de salario por cada año de servicio, o la establecida, en su caso, en la normativa específica que sea de aplicación. (...)

²⁸ Cfr. AYALA DEL PINO, C. “La extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar”, en *Themis, Revista de Derecho*, núm. 75, 2019, pág. 52.

²⁹ Cfr. *Ibid.*, pág. 46.

d) *Por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar.*

e) *Por muerte, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 48.2.*

f) *Por jubilación del trabajador.*

g) *Por muerte, jubilación en los casos previstos en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, o incapacidad del empresario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, o por extinción de la personalidad jurídica del contratante. (...)*

j) *Por voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario.*

k) *Por despido del trabajador.*

m) *Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.*

Al ser el libre desistimiento del empleador una de las especialidades más relevante de la regulación de la RLESHF³⁰ y tratarse de la figura más empleada a la hora de extinguir la relación laboral, entraremos a analizar esta institución más en concreto. El artículo 11.3 del RD 1620/2011 señala que *el contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador, lo que deberá comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa.*

En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de veinte días. En los demás supuestos el preaviso será de siete días.

Simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización, que se abonará íntegramente en

³⁰ Cfr. Ibid., pág. 51.

metálico, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

Durante el 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.

El empleador podrá sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los salarios de dicho período, que se abonarán íntegramente en metálico.

De una lectura del precepto, puede observarse la falta de delimitación o diferenciación conceptual con el despido, la cual se ha intentado definir a través de la jurisprudencia. Así, la figura del desistimiento del empleador es *la libertad de extinción indemnizada de la relación laboral sin alegación de causa alguna*³¹. El desistimiento no requiere de razonamiento alguno por parte del empleador, porque de no ser así, se correría el riesgo de que la decisión extintiva pudiera calificarse como cualquier otra de las previstas en el artículo 49 ET. Por lo tanto, se trata de una figura que beneficia al empleador, que no se encuentra obligado a justificar o razonar la extinción de la relación laboral, y probablemente con el fin de compensar o dotar de un mayor equilibrio entre las partes contractuales, el RD prevé una indemnización para la trabajadora en estos supuestos.

El libre desistimiento del empleador le otorga a este una amplia libertad de extinción del contrato, pero dicha libertad se encuentra limitada por el cumplimiento de los requisitos que el propio artículo 11.3 del RD establece; la concesión de un plazo de preaviso a la trabajadora, que será de 20 días cuando la prestación de servicios haya superado la duración de un año, y de 7 días para los demás supuestos; la puesta a disposición de indemnización, que consistirá en una cuantía equivalente al salario correspondiente a 12 días naturales por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades; y un requisito formal, que consiste en que debe *comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa* (art. 11.3 del RD 1620/2011).

³¹ Ibid.

Sobre este último requisito, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Supremo, indicando la necesidad de que el empleador exprese claramente que la causa de extinción del contrato es el desistimiento y no otra³². De esta manera, *toda 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 incumplimiento de esta obligación, supone que el acto extintivo deba calificarse como despido*³³.

En relación con esto, podemos observar que la Disposición transitoria primera del RD establece que *la norma será de aplicación a los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor* de la misma. Sin embargo, señala respecto a la cuantía de la indemnización prevista para la finalización de los contratos por desistimiento del empleador regulada en el artículo 11.3, que esta se aplica únicamente a los contratos concertados a partir de la fecha de entrada en vigor del RD. El anterior RD 1424/1985 establecía una indemnización equivalente al salario correspondiente a siete días naturales, a diferencia de los 12 días naturales por año de servicio que regula el actual. Por lo tanto, cabe concluir que los contratos celebrados con anterioridad a la fecha de entrada del nuevo RD no podrán beneficiarse de la mejora normativa que este ha supuesto en lo que concierne a la cuantía de la indemnización por desistimiento. En el caso de los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo RD, las sentencias exigen para los casos de desistimiento, la simultánea puesta a disposición de la indemnización, y en caso de incumplimiento de dicho requisito, declaran la improcedencia del despido³⁴.

³² Cfr. SANZ SÁEZ, C. “Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio”. Op. cit. Pág. 384.

³³ Ibid, pág. 387.

³⁴ En esta línea, véanse STSJ de Madrid de fecha 05/03/2018, núm. 200/2018, recurso 1256/2017, que declara que, una vez cumplida la forma escrita y el preaviso, las consecuencias del incumplimiento de la puesta a disposición de la indemnización no es otra que la de presumir de que se ha optado por el despido; del TSJ de Cataluña de fecha 30/01/2018, núm. 613/2018, recurso 6121/2017; del TSJ de Asturias de fecha 14/06/2016, núm. 1381/2016, recurso 1246/2016 y núm. 808/2016 de fecha 19/04/2016, recurso 475/2016 declaran “sin la comunicación escrita y el pago simultáneo de la indemnización no hay desistimiento sino despido”; del TSJ del País Vasco de fecha 19/04/2015, núm. 842/2015, recurso 475/2015; del TSJ de Andalucía/Málaga de fecha 14/03/2014, núm. 508/2013, recurso 32/2013; del TSJ de Madrid de fecha 10/06/2013, núm. 426/2013, recurso 458/2013 y 292/2014 de 09/04/2014, recurso 1840/2013. En cambio, la STSJ de Cataluña de fecha 07/07/2016, núm. 4417/2016, recurso 3080/2016 declara que, cumplidos los requisitos formales de comunicación escrita, haciendo constar que lo es por desistimiento e indemnización, no cabe presumir despido.

Estos requisitos establecidos en el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011 son de obligado cumplimiento para el empleador, de manera que, el apartado 4 del mismo artículo prevé que el incumplimiento de dichos requisitos implicará la presunción de que el empleador ha optado por el despido de la trabajadora, con la finalidad de que esta figura extintiva (el desistimiento) no se utilice de manera fraudulenta para ocultar un despido. Sin embargo, el precepto puntualiza que la falta de concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no traerán consigo la presunción de que el empleador ha optado por el despido.

No se encuentran dentro del margen del desistimiento las causas que puedan ser contrarias a los derechos fundamentales (arts. 14 y 28 CE), pues estas causas deben valorarse sobre prueba indiciaria. Es decir, *La extinción no debería producirse por alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley (artículo 14 de la CE y del artículo 17 del ET), o en vulneración de algún o algunos derechos fundamentales y libertades públicas de las personas empleadas*³⁵.

En esta línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga, de 14/03/2013, núm. 508/2013 (recurso núm. 32/2013), señala que no hay despido encubierto, sino que se trata de desistimiento, porque se cumplen los requisitos formales que el mismo exige, independientemente de la motivación o razonamiento que alegue el empleador, dado que es una alternativa legal prevista por la norma. En la misma línea, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León/Valladolid, de 12/12/2012, (recurso núm. 2173/2012), señala que se trata de desistimiento al cumplirse las formalidades de forma escrita, preaviso y puesta a disposición de la indemnización legalmente prevista. Y así, declara que el desistimiento carece de causa, pudiéndose ejercer este ante la negativa de la empleada del hogar a aceptar la reducción de jornada que en su momento se le propuso para poder continuar con la relación laboral, sin que en tal caso se acredite la vulneración de la garantía de indemnidad por reclamación de sus derechos. Sin embargo, se consideran vedados el fraude y el abuso de derecho para el desistimiento.

³⁵ SANZ SÁEZ, C. “Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio”. Op. cit. Pág. 373.

El desistimiento se encuentra estrechamente unido con los derechos fundamentales de inviolabilidad del domicilio, el honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen, regulados en el artículo 18 CE. Y ello es así, porque como ya se ha referenciado anteriormente, se trata de una prestación que tiene lugar en el hogar familiar, y que, además, uno de sus pilares fundamentales es la relación de confianza entre empleador y empleado. Sobre esto, son varias las sentencias que afirman que el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) tienen un mayor rango jurídico, por tratarse de derechos fundamentales, que el derecho cívico del artículo 35.1 CE (derecho al trabajo)³⁶.

La extinción de la RLESHF no puede producirse por las causas de discriminación que prohíben la Constitución y las Leyes, ni puede producirse con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas de la trabajadora. En relación con esto, el contenido del artículo 55.5 ET, es aplicable al desistimiento de la relación de las empleadas domésticas, aunque como veremos, se aplica con ciertas peculiaridades. Concretamente, dicho artículo establece que *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*.

El segundo párrafo del mismo artículo, señala otros supuestos en los que se declarará la nulidad del despido, salvo que se logre probar su procedencia. Estos segundos supuestos, que son los relacionados con el embarazo, el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia, no siempre se han considerado aplicables a la RLESHF porque el empleador no se encuentra obligado a razonar la causa de su decisión extintiva. Son varias las sentencias que así lo han considerado, y han señalado que se requieren pruebas indiciarias para que en estos casos se tome como probado el móvil discriminatorio o lesión del derecho fundamental con ocasión de la decisión extintiva³⁷.

³⁶ Véase Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia de la Sección 3.ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 20/11/2018, núm. 767/2018.

³⁷ En esta línea, las SSTSJ de Cataluña, de fecha 07/10/2014 (AS 2014, 2987), del TSJ de Asturias, JUR 2014/250248 y del TSJ de Madrid de fecha 14/02/2014, AS 2014/539. Estas sentencias se refieren a la doctrina constitucional (STC 173/2013, de 10 de octubre) y la jurisprudencia de la Sala IV del Tribunal Supremo. La STS de 18/04/2011 (RJ 2011, 5814) relativa a la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba, en la que se considera que no resulta aplicable la nulidad automática prevista en el

1.1. Discriminación por razón de sexo y extinción de la RLESHF

Podemos observar que la extinción de la relación laboral por embarazo de la empleada, ha recibido un trato diferente dependiendo de si se trata de una relación laboral común o si se trata de una relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Con la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, a partir del año 2002, tanto los Tribunales Superiores de Justicia³⁸, como el Tribunal Supremo³⁹ y el Constitucional⁴⁰ han dejado clara la prohibición de despedir a las trabajadoras embarazadas, declarando nulo el despido incluso cuando el embarazo no ha sido comunicado formalmente al empresario.

Puede decirse que a partir del año 2008 la doctrina del Tribunal Constitucional dio un giro radical a la jurisprudencia relativa a este asunto, dando a entender que se estaba ante una “nulidad objetiva”, eximiendo a la trabajadora con este cambio el probar si puso o no en conocimiento del empleador su embarazo, que además no tiene por qué hacerlo porque ello forma parte de la esfera íntima de la persona⁴¹. Además, con la introducción del vigente artículo 55.5 ET, se introdujo la calificación de nulidad de todas las extinciones que se den en situaciones de embarazo de la trabajadora, de manera automática, y al margen de que haya trato o móvil discriminatorio⁴².

Sin embargo, en el supuesto de la RLESHF, al existir la figura del desistimiento, el empleador puede extinguir la relación laboral con la trabajadora doméstica embarazada haciendo uso de su facultad de desistimiento, incluso cuando la razón del cese haya sido el riesgo para el embarazo, dado que la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 10 de abril de 2003 (Rec. 5757/2002) establece que el

apartado segundo del artículo 55.5 del ET. En contra de este criterio, encontramos la STSJ de Cataluña de 15/01/2013 (AS 2013,224), que declara nulo el despido de una empleada doméstica embarazada en aplicación del apartado segundo del artículo 55.5 ET.

³⁸ Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de fecha 11/07/2002, núm. 5133/2002 (JUR 2002/244760).

³⁹ Sentencia de la Sala de lo Social del TS de fecha 26/02/2004, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2569/2003 (RJ 2004/1013).

⁴⁰ STC de fecha 25/02/2002, núm. 41/2002 (RTC 2002/41).

⁴¹ SANZ SÁEZ, C. “Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio”. Op. cit. Págs. 394-395.

⁴² Cfr. Ibid., pág. 395.

cese (llevado a cabo mediante desistimiento del empleador) de la empleada doméstica embarazada es improcedente y no nulo. Y en la misma línea se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 29 de abril de 2003.

Continuando con el derecho a la igualdad ante la ley, y en concreto, con la interdicción de discriminación por razón de sexo, regulada en el artículo 14 CE, en la RLESHF, debido a su regulación actual, se dan supuestos de menor protección del derecho fundamental mencionado en comparación con la protección de este derecho en las relaciones laborales comunes. Esto es así, porque el empleador de la RLESHF puede cesar la relación laboral mediante el desistimiento, al cual no le es aplicable el régimen de nulidad automática previsto en el artículo 55.5 ET, dado ese es un régimen que aplica a los despidos.

Puede observarse que la existencia de la figura del desistimiento en la RLESHF, en el ámbito de la igualdad ante la ley del artículo 14 CE, y concretamente, en el ámbito del derecho a la no discriminación por razón de sexo, trae, como mínimo, una consecuencia:

La imposibilidad para que el desistimiento del empleador sea declarado nulo por discriminatorio por razón de sexo de manera automática y sin exigencia de que haya conocimiento por parte del empleador acerca del embarazo de la trabajadora. Imposibilidad debida a que la nulidad automática prevista en el artículo 55.5 ET se aplica únicamente a los despidos y no a los desistimientos.

Al ser el desistimiento una figura extintiva que no requiere de justificación o de razonamiento alguno⁴³, es la modalidad extintiva más utilizada por los empleadores en el ámbito de la RLESHF. Pero además de la falta de exigencia de expresar la causa que motiva la extinción, el desistimiento en la RLESHF, es difícilmente declarado nulo por discriminatorio por razón de sexo por parte de los órganos judiciales dado que, a diferencia de lo que ocurre con el despido en las relaciones laborales comunes, en la RLESHF la extinción de la relación laboral de una trabajadora embarazada no deviene automáticamente nula, sino que, para que esta se declare nula, se ha establecido

⁴³ Véase el artículo 11.3 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.

jurisprudencialmente un doble requerimiento: la prueba – por parte de la trabajadora – de indicios razonables de discriminación por razón de sexo (no sirviendo únicamente el hecho de que el empleador tuviera conocimiento de su embarazo), así como la falta de un razonamiento justo de la decisión extintiva por parte del empleador. De esta manera, se excluye la RLESHF de la mayor protección que brinda el artículo 55.5 ET para estos supuestos.

Es decir, la doctrina mayoritaria niega la aplicación analógica del artículo 55.5 o 53.4 ET, porque según señala Benavente Torres, “consideran, en definitiva, que dicha calificación de nulidad está prevista sólo respecto del despido causal y como alternativa al despido improcedente”^{44, 45}.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ En este sentido, entre otras muchas: STSJ de Madrid de fecha 26/10/2015, núm. 714/2015, recurso núm. 552/2015 –pese a su conocimiento, no se aprecian indicios y, en cualquier caso, se alega causa económica-: << sostiene en primer lugar la nulidad del despido con carácter "objetivo" con arreglo al art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, por la mera condición de embarazada de la actora, tesis que ha sido rechazada por la sentencia de instancia con apoyo en la STC 173/13, que denegó recurso de amparo contra la sentencia del TS de 18-4-11 rec. 2893/10, que a su vez había confirmado la de esta Sala de Madrid (sección 1ª) de 11-6-10 rec. 1357/10. De estas sentencias se infiere que la protección objetiva y reforzada respecto a la normativa comunitaria que el art. 55.5 del ET regula se refiere solamente al despido causal y no cabe apreciar analogía con el supuesto del desistimiento durante el período de prueba. Entendemos que esta misma solución de inaplicación de la analogía ha de utilizarse en el presente supuesto, rechazando que la previsión legal del art. 55.4 del ET claramente establecida para el despido causal, sea disciplinario u objetivo, se extienda al supuesto del desistimiento en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que si bien exige ciertos requisitos de forma a diferencia del período de prueba, tiene en común con éste la característica de atenuación o excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario.>>. En este sentido, también respecto de trabajadora del hogar, cuyo estado de gravidez desconocía el empleador: STSJ de Andalucía/ Sevilla de fecha 20/11/2014, núm. 3064/2014, recurso núm. 2742/2013; STSJ de Extremadura de fecha 15/09/2016, núm. 383/2016, recurso núm. 338/2016; STSJ de Cataluña de fecha 31/01/2011, núm. 688/2011, recurso núm. 5635/2010; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14/02/2014, núm. 143/2014, recurso núm. 1834/2013. También, en esta línea en el caso un tanto particular en que el empleador desiste con conocimiento del embarazo de la trabajadora, pero acredita causas ajenas al embarazo respecto de su desistimiento: STSJ de Asturias de fecha 12/09/2014, núm. 1718/2014, recurso núm. 1498/2014. En dicho caso el desistimiento se considera con motivos fundados en la pérdida de confianza al comunicarle, junto con el embarazo, que sus condiciones de trabajo eran esclavistas y ellos unos explotadores, sin que se acreditase las condiciones de insalubridad en las que se supone que trabajaba, ni la jornada nocturna y las mentiras que en ella se vertían y el ultimátum amenazante de futuras denuncias. Tampoco hay vulneración de la garantía de indemnidad porque no se aprecia acto obligatorio preparatorio alguno de reclamación de derechos por parte de la actora ni denuncia posterior. También considera justificada la pérdida de confianza y lícito el desistimiento pese al conocimiento del estado de gestación de la trabajadora: STSJ de Madrid de fecha 21/04/2015, núm. 363/2015, recurso núm. 962/2014.

Asimismo, de conformidad con lo señalado por Benavente Torres, puede observarse que, a pesar de las trascendentes diferencias entre la figura del desistimiento en la RLESHF y la figura del desistimiento en el período de prueba en las relaciones laborales comunes, los tribunales aplican, con alguna excepción⁴⁶, la doctrina constitucional y jurisprudencia respecto del mismo supuesto en el período de prueba (SSTC 92/2008, 124/2009, y TS 18/04/2011, recurso núm. 2893/2010), en el caso del desistimiento del empleador durante el embarazo o periodo de maternidad de la trabajadora del hogar. Por lo que, según dice el mismo texto mencionado, *en tales situaciones persiste la posibilidad ilimitada del desistimiento no discriminatorio*⁴⁷.

Ejemplo de lo anterior es la Sentencia de la Sección 1.^a de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 31 de enero de 2011, núm. 688/2011 (AS/2011/1022). Esta sentencia trata sobre un supuesto en el que la empleada del hogar recibió la carta de desistimiento por parte de su empleador, encontrándose ella en estado de gestación. Además, se considera hecho probado que el empleador tenía desde hace años una conducta procaz en relación al trato con la trabajadora. La sentencia de instancia confirmó la validez de la extinción contractual por desistimiento del empleador, por lo que la trabajadora interpuso recurso de suplicación por varios motivos. Los que aquí interesan son los siguientes:

– Solicita la declaración de nulidad de actuaciones por haber sido denegada la prueba de grabación magnetofónica propuesta con el fin de probar los comentarios de tono sexual que su empleador tenía hacia ella. Sobre esto, la Sala del TSJ llega a la conclusión de que *la denegación de la prueba de grabación que aportó la demandante fue injustificada al no ser una prueba ilícitamente obtenida*. Sin embargo, a pesar de considerar que la inadmisión de la prueba supuso una irregularidad procesal, considera que *la solución al conflicto no habría sido diferente a la alcanzada en instancia*, y que, por lo tanto, dicha irregularidad *no puede conllevar la declaración de nulidad instada*.

⁴⁶ Sentencias que aplican la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada, sin explicar porqué no es desistimiento pese a cumplirse todos los requisitos formales del mismo y desconocerse el embarazo por parte del empleador: STSJ de Madrid, de fecha 06/03/2019, núm. 237/2019, recurso núm. 822/2018; STSJ de Madrid de fecha 26/09/2016, núm. 598/2016, recurso núm. 352/2016.

⁴⁷ Cfr. BENAVENTE TORRES, M.I. “Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral” en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, 2019, pág. 263.

- En segundo lugar, solicita *que se adicione que en el momento del despido la demandante se encontraba en la 14ª semana de gestación y que este hecho era conocido por el demandado*. La Sala rechaza el motivo porque considera que no se ha probado que el empleador tuviera conocimiento de la situación de embarazo de la demandante.

- Denuncia la infracción de los artículos 55.5 y 56.1.a) ET, 8 a 13 de la LOIEMH y arts. 14 y 15 CE. Ello lo hace alegando que el desistimiento se ha producido con vulneración de derechos fundamentales por encontrarse enlazado cronológicamente y causalmente al hecho de encontrarse la trabajadora embarazada en el momento del despido, y también por haberse negado reiteradamente a los favores sexuales que el empleador le pedía. La sentencia argumenta que, en el caso concreto, *al no existir despido, sino desistimiento, se exige que la trabajadora aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto en la decisión extintiva y que permita deducir la posibilidad de que tal lesión ha podido producirse*.

Así, considera que la trabajadora no ha aportado indicios razonables de que el desistimiento haya lesionado su derecho fundamental que surge por el hecho de su embarazo, *sin que sea suficiente la mera alegación de tal estado* (el de gestación). Al no constar que el empleador tuviera conocimiento de su estado de gestación, y considerarse que no hay indicios de que pueda deducirse que la decisión extintiva se ha adoptado por discriminación. Además, añade sobre el supuesto acoso sexual que sufría la trabajadora por parte del empleador, que, *la demandante podría haber solicitado la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento contractual del empleador, acción que no ha ejercitado, sino que, ante el desistimiento alega una determinada situación de acoso, vinculando el despido con una negativa a la obtener favores sexuales*. Por todo ello, considera el TSJ que la decisión extintiva no fue tomada con un móvil discriminatorio, y confirma la sentencia de instancia declarando el desistimiento producido conforme a derecho.

Lo mismo ocurre en la Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 7 de octubre, núm. 655/2014. La sentencia analiza un supuesto en el que la empleadora tenía contratadas a tres personas en el servicio

doméstico, realizando turnos. Esta comunicó a una de las trabajadoras la extinción de su contrato de trabajo como empleada del hogar, a través de la figura del desistimiento, en fecha 02/04/2013, y con efectos del día siguiente a la comunicación. Lo mismo realizó con otra de las tres trabajadoras.

Resulta que anteriormente, con fecha 31/10/2012, la trabajadora demandante había iniciado un periodo de incapacidad temporal por nacimiento de su hijo, y el 03/04/2013 debía reincorporarse a su puesto de trabajo tras haber disfrutado del periodo de maternidad. Sin embargo, como se ha indicado, no pudo reincorporarse por la comunicación de desistimiento por parte de su empleadora.

Por ello, la trabajadora interpuso demanda denunciando la infracción por inaplicación de los artículos 14 CE, 55.5 ET, y 8 de la LOIEMH, y de la doctrina jurisprudencial, por considerar que *habiéndose producido el desistimiento empresarial en momento en que la trabajadora se reincorporó a su puesto de trabajo tras haber disfrutado de un período de maternidad, concurren indicios suficientes para invertir la carga de la prueba, y declarar que lo producido fue un despido nulo, por razón de embarazo.*

Así, la sentencia, para delimitar si se trata de un desistimiento producido legalmente, o si se trata de un despido nulo por haber discriminación por razón de sexo (por el embarazo), primero entra a analizar la doctrina jurisprudencial que determina el *carácter automático de la declaración de nulidad en supuestos de despido de mujer embarazada o en ejercicio de los derechos de conciliación conferidos legalmente por maternidad, salvo que se pruebe la procedencia del despido por las causas invocadas en la carta.* De esta manera, aclara que la postura jurisprudencial sobre el alcance del artículo 55.5 ET ha sido rectificada tanto por el Tribunal Supremo como por el Constitucional, de manera que no se exige *el requisito de la previa notificación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora* a la hora de poder declarar el despido de las trabajadoras embarazadas como nulo, por su directa vinculación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (artículo 14 CE).

Sin embargo, el TSJ considera que los supuestos analizados en dicha doctrina (despido de una mujer embarazada) son divergentes con el supuesto concreto que pretende analizar (la extinción por desistimiento de un contrato de empleada del hogar),

y por ello trae a colación la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de octubre de 2013, núm. 173/2013, que aborda la cuestión relativa a la extinción del contrato de una mujer embarazada durante el período de prueba. Sobre esa sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), y en general, sobre la doctrina del TC, la sentencia explica que estas *rechazan que el mecanismo de garantía reforzada de las trabajadoras embarazadas en caso de despido previsto en dicho precepto pueda extenderse al supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba (...)*, razonando que la nulidad de la extinción del contrato en los supuestos de mujer embarazada en periodo de prueba no opera automáticamente, siendo exigible el conocimiento del empleador en aras a declarar la nulidad.

En la misma línea, el TSJ trae a colación el razonamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que señala que *esa protección reforzada prevista en el art. 55.5 b) LET para el despido no puede ser extendida por analogía al supuesto enjuiciado del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba (...) pues las diferencias sustanciales entre una y otra institución jurídica evidencian que el legislador se ha decantado conscientemente por limitar esa tutela reforzada del art. 55.5 b) LET al caso del despido de la trabajadora embarazada, excluyendo su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba.*

De esta manera, el TSJ razona que, al establecer la doctrina que las diferencias entre el despido y el despido en el periodo de prueba impiden aplicar la tutela automática del artículo 55.5 ET, lo mismo debe considerarse para el caso desistimiento en la RLESHF. Concretamente, el Tribunal establece que *La aplicación de la doctrina expuesta al objeto del recurso conduce a la desestimación de la infracción jurídica denunciada, dado que las diferencias sustanciales entre el despido y el desistimiento en la relación laboral de empleados al servicio del hogar familiar impide aplicar la tutela automática u objetiva prevista en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de la debida ponderación de la concurrencia de indicios de que se desprenda la vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo invocada.*

Por tanto, establece que la resolución por desistimiento del contrato de una empleada del hogar embarazada no debe calificarse como nula automáticamente, sino que

para que dicho desistimiento se califique de nulo por discriminatorio, deben ocurrir dos cosas: probarse por la parte demandante la existencia de indicios suficientes de discriminación, y, que la empresa no acredite que la extinción del contrato se ha producido por causas razonables y justificadas. Sobre esto, el TSJ añade para el caso concreto que analiza, que *el dato objetivo de que la trabajadora se encontraba en situación de baja por maternidad no es suficiente para configurar el indicio que altere las normas sobre carga de la prueba (...)*. Además, añade que, el hecho de que otra de las trabajadoras del hogar también viera extinguido su contrato por desistimiento en la misma fecha que la demandante, hace que no haya un indicio suficiente a fin de declarar la extinción nula. Por todo ello, el TSJ desestima la infracción jurídica denunciada, y confirma íntegramente la resolución del Juzgado de lo Social que considero válido el desistimiento producido por la empleadora.

En suma, vemos que, en el despido de trabajadoras embarazadas en relaciones laborales comunes, resulta indiferente el conocimiento por el empresario del embarazo de la trabajadora, e incluso el conocimiento de la propia trabajadora en el momento del despido. De esta manera, es irrelevante el móvil del empresario, dado que se trata de una calificación de nulidad objetiva, derivada del hecho del embarazo, y no subjetiva. Sin embargo, en el desistimiento de la relación laboral especial de las trabajadoras del hogar embarazadas, la calificación de la nulidad es subjetiva, porque sí tiene en cuenta los motivos que han llevado al empleador a tomar la decisión extintiva, y corresponde a la trabajadora demostrar que existen indicios razonables de discriminación en aras a que el desistimiento se califique como nulo.

Mientras en las relaciones laborales comunes, se dispensa a las trabajadoras de la obligación de acreditar los indicios de discriminación, proporcionándoles *una tutela más enérgica que la propia de la tutela antidiscriminatoria*⁴⁸, en el caso de la RLESHF, al existir la figura del desistimiento del empleador, en esos supuestos de extinción mediante el desistimiento, no se otorga dicha tutela más protectora.

En conclusión, puede decirse que existe una dificultad práctica de obtener fallos favorables a la nulidad radical en el enjuiciamiento de las extinciones de la RLESHF

⁴⁸ Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 14/02/2014, núm. 143/2014 (AS/2014/539).

concurriendo situación de embarazo de la trabajadora. Ello se debe, por un lado, a la existencia de la figura del desistimiento que no requiere motivación alguna por parte del empleador para llevarse a cabo, y, por otro lado, a que estando en juego dos derechos fundamentales (el derecho a la igualdad de la trabajadora *ex art. 14 CE*, y el derecho a la intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio *ex art. 18 CE*), los Tribunales han establecido la prevalencia de la intimidad del hogar en la ponderación de ambos derechos.

1.2. Derecho fundamental de la garantía a la indemnidad y la extinción de la RLESHF

La doctrina judicial viene a afirmar acerca de la garantía a la indemnidad que, *La conducta empresarial, que genere consecuencias negativas para el trabajador realizada a continuación de una negativa del trabajador a transformar su contrato de trabajo, no supone vulneración de la garantía de indemnidad ya que para que se produzca la misma, necesariamente ha de ir precedida del ejercicio por parte del trabajador de una acción judicial o de actos preparatorios o previos o reclamaciones extrajudiciales, (...)*⁴⁹.

Sin embargo, del análisis de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 12 de julio de 2021, núm. 500/2021, puede concluirse que en la RLESHF la garantía a la indemnidad no esta siendo aplicada siempre de la misma manera que en las relaciones laborales comunes.

En concreto, la sentencia falla sobre un supuesto en el que el empleador remitió a la trabajadora un correo electrónico en el que se le adjuntaba una carta de reducción de jornada supuestamente acordada entre empleador y empleada. La empleada no firmó la carta porque no quiso aceptar la reducción de jornada. Así, 8 días después, el empleador comunicó a la trabajadora la extinción de su contrato de trabajo por desistimiento del empleador.

La trabajadora impugnó dicha decisión, y el Juzgado de lo Social n.º 32 de Madrid, desestimó su demanda por despido, confirmando el desistimiento del empleador, por lo que la trabajadora interpuso recurso de suplicación.

⁴⁹ STS de fecha 26/04/2018, recurso núm. 2340/2016.

En el TSJ, en lo que aquí interesa, la trabajadora alegaba la nulidad del despido por lesión de la garantía de indemnidad conforme al artículo 24.1 CE, porque consideraba que no podía haber reclamación judicial indiciaria ni actos previos o preparatorios porque, dice literalmente, *no puede presentar una denuncia si el hecho nunca se consuma, es decir, jamás llega a reducirse la jornada de 30 horas del contrato original a 15 horas, luego por lo tanto, insistimos, no es denunciabile, porque no hay acto punible por aquel entonces....* Sobre esto, la Sala considera imposible apreciar la lesión de la garantía de indemnidad porque, a su criterio, *si ni siquiera hay ningún acto punible, que pueda ser objeto de denuncia, reclamación o demanda ¿cómo puede sostenerse que el empleador ha realizado un acto de represalia por haber efectuado la empleada una reclamación preparatoria o una acción judicial? La recurrente no advierte la contradicción de su argumento.*

Sin embargo, lo que no tiene en cuenta la Sala es que, por un lado, desde la comunicación de la reducción de jornada hasta la comunicación del desistimiento, únicamente transcurren 8 días naturales, teniendo la trabajadora un limitado margen de tiempo para iniciar una reclamación judicial, y por otro lado, la Sala no tiene en cuenta que para apreciar la lesión de la garantía de indemnidad la jurisprudencia no requiere necesariamente que el trabajador haya iniciado una acción judicial, sino que con una reclamación o una muestra de disconformidad fuera de la estricta esfera judicial, puede considerarse vulnerado el derecho a la indemnidad, siendo suficiente con que el trabajador al menos, realice un acto preparatorio de acción judicial⁵⁰.

A más abundamiento, la sentencia del TSJ de Madrid termina afirmando que *tampoco es reprochable la decisión de extinción de la relación mediante desistimiento por cualquier motivo, incluso si el motivo hubiera sido el de no interesar al empleador la continuación de la relación en las condiciones originales, pues la norma permite el desistimiento sin invocar causa alguna.*

Sin embargo, la Sentencia de la Sección 1.^a de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 22 de julio de 2019, núm. 3930/2019, declara la

⁵⁰ Así lo sostiene la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de fecha 22/06/2016, núm. 866/2016, al señalar sobre la garantía de indemnidad que esta consiste en que existe una *imposibilidad en nuestro ámbito de convivencia democrática, laboral en lo que ahora respecta, de ser objeto de represalia por el ejercicio de un derecho.*

extinción del contrato de una empleada del hogar como nula por vulneración de la garantía de indemnidad. Ello lo hace porque, en este supuesto sí que hubo una denuncia formal por parte de la trabajadora: los empleadores iniciaron conversaciones con la empleada para regularizar su situación laboral, pero la trabajadora se negaba a firmar un contrato de empleada de hogar de enero de 2017 cuando en realidad había prestado servicios como tal desde febrero de 2005, por lo que el 17 de marzo de 2017 interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo, discutiendo con sus empleadores el 28 de marzo, y recibiendo el 29 de marzo un burofax comunicándole la extinción de su relación laboral por desistimiento del empleador.

Dado ese relato fáctico, el TSJ considera que *la decisión extintiva es consecuencia de la negativa de la trabajadora a firmar un contrato como Empleada de Hogar del Régimen Especial de trabajadores Autónomos, por reconocerle una antigüedad de enero de 2017 (...)*, y, por lo tanto, declara nulo el desistimiento por vulneración de la garantía a la indemnidad.

1.3. Discriminación por razón de salud y extinción de la RLESHF

Como se ha mencionado anteriormente, el desistimiento en la RLESHF no puede tener lugar por causas contrarias a los derechos fundamentales, en virtud de los artículos 14 y 28 CE, porque de la misma manera que ocurre en las relaciones laborales comunes, las causas deben valorarse sobre una prueba de indicios⁵¹. Mas en concreto, en el ámbito de la extinción de la RLESHF por causa de enfermedad del trabajador, son varias las sentencias que consideran que no hay fraude de ley en un supuesto de desistimiento en el que la extinción puede tener causa en la enfermedad de la trabajadora, debido a que el desistimiento no exige justificación de causa alguna⁵².

⁵¹ Cfr. AYALA DEL PINO, C., 2005. Op. cit. pág. 203.

⁵² En este sentido, véase STSJ de Cataluña de fecha 07/07/2016, núm. 4417/2016, núm. recurso 3080/2016, sobre la extinción contractual de la RLESHF por desistimiento, de una trabajadora que se encontraba en proceso de Incapacidad Temporal, y que, en fechas próximas al desistimiento comunicó al empleador que había sido diagnosticada de una enfermedad que precisaba de tratamiento. Según consta en los hechos probados, “tal enfermedad afectó a la pelvis de la demandante y requirió RTP, según informe médico aportado (...)”. La Sala del TSJ considera que no existe fraude de ley en dicha extinción contractual porque la figura del desistimiento regulada en el artículo 11 del RD 1620/2011 “no exige ninguna causa especial para llevar a cabo el desistimiento”, más allá de las exigencias formales, que, en el supuesto concreto, son cumplidas por el empleador.

La Sentencia de la Sección 2.^a de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, 24 de abril de 2019, núm. 384/2019, decide sobre un supuesto en el que la trabajadora del hogar en fecha 13/11/2016 inicia una situación de incapacidad temporal por contingencias comunes, realizándose artroscopia del brazo derecho bajo anestesia general y del plexo braquial en fecha 17/03/2017. Posteriormente, en fecha 17/09/2017 se confirma la incapacidad temporal por contingencias comunes de la trabajadora. Y en fecha 14/03/2017, el empleador comunica a la trabajadora su decisión de finalizar la relación laboral por desistimiento.

El Juzgado de instancia desestimó la demanda interpuesta por la trabajadora, confirmando así el desistimiento realizado por el empleador. Dada la situación, la trabajadora recurre en suplicación, en lo que aquí interesa, por considerar infringidos los artículos 55.5 ET y 14 CE, al existir, bajo su criterio, *suficientes indicios para entender que el despido de la trabajadora se produjo "con vulneración de los derechos fundamentales" y por ello se debe estimar la nulidad del despido*. Sobre dicha pretensión, explica la Sala que jurisprudencialmente se ha establecido *la necesidad de que el trabajador aporte un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental o libertad pública (...) que no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido. Y sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales o libertades públicas (...)*. Asimismo, añade una referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2016 (Rec. 3348/2014) que rechaza la equiparación del concepto enfermedad y discapacidad, estableciendo que *en principio la enfermedad no constituye factor de discriminación*.

Por todo ello, la Sala considera que en el supuesto concreto no existen indicios serios, consistentes o sólidos de que se haya vulnerado algún derecho constitucional, porque la trabajadora no ha acreditado que sufra dolencias o secuelas equiparables a la discapacidad, y porque la cronología de los acontecimientos no permite concluir que el cese de la trabajadora deba calificarse de improcedente.

Por otro lado, como ejemplo de actualidad, es de mencionar la Sentencia del Juzgado de lo Social de Murcia de 10 de mayo núm. 141/2021. La sentencia entra a valorar un supuesto en el que la empleada del hogar informó al médico de que se encontraba mal en fecha 27 de octubre de 2020, y en la misma fecha el empleador le comunicó la extinción de su contrato laboral especial por desistimiento y con fecha de efectos de 16 de noviembre de 2020, que finalmente fue notificada mediante burofax el 23 de noviembre de 2020.

En concreto, la trabajadora presentaba un malestar generalizado desde el 27 de octubre de 2020, por lo que acudió a urgencias el 31 de octubre de 2020, donde le realizaron test rápido de antígenos SARS COVID, dando resultado positivo, por lo que causó baja médica ese mismo día.

La trabajadora solicitaba se declarase *la nulidad del despido por considerar que la empleadora ha usado fraudulentamente el desistimiento de la RLESHF para despedir a la trabajadora por haberse infectado de coronavirus*. Sin embargo, el Juzgado falla confirmando el desistimiento del empleador, por varias razones:

- La trabajadora no ha aportado indicios de que el desistimiento fuera en realidad un despido reactivo al contagio por coronavirus que sufrió la trabajadora. Ello es así porque la trabajadora no aporta documentación que pruebe que la empleadora o sus hijos tuvieran conocimiento de su contagio por coronavirus.

- El empleador ha probado que la extinción ha tenido lugar por desistimiento y no por despido al notificarle a la trabajadora la carta de desistimiento y poner a su disposición la indemnización legalmente correspondiente de manera simultánea. Es decir, el Juzgado considera que el empleador ha probado que la extinción tiene lugar por desistimiento y no por despido, por el simple hecho de cumplir los requisitos formales establecidos en el RD 1620/2011.

- La decisión extintiva se tomó con anterioridad a que la trabajadora acudiera al centro médico y fuera diagnosticada de coronavirus.

1.4. Situación ocasionada por la pandemia de Covid-19 y extinción de la RLESHF

Es de mencionar el supuesto contemplado en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Talavera de la Reina, de fecha 19/02/2021, núm. 41/2021 (JUR/2021/224526). En este caso, la trabajadora con fecha 23/02/2020, haciendo uso de los días de vacaciones que le correspondían, y de mutuo acuerdo con la empleadora viajó a Ecuador con billete de vuelta para el día 20/03/2020, ya que debía reincorporarse a su puesto el día 23/03/2020. Sin embargo, debido a la situación sanitaria ocasionada por la Covid-19, el Gobierno de Ecuador suspendió su vuelo de regreso a España de fecha 20/03/2020, por lo que la trabajadora se lo comunicó a su empleadora. Esta última, procedió a tramitar la baja de la trabajadora en la TGSS el 23/03/2020, haciendo constar como motivo la “dimisión/baja voluntaria”.

Dada la situación, la trabajadora impugnó el despido, exigiendo su declaración de nulidad, y subsidiariamente de improcedencia. Concretamente, considera que el despido es consecuencia de la pandemia por COVID y, consecuentemente, debe declararse nulo por contravenir el artículo 53.4 ET que declara nula la decisión extintiva cuando *tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien se hubiera producido con violación de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador (...)*.

Frente a ello, el Juzgado de lo Social explica que, para declarar la nulidad del despido por violación de derechos fundamentales o libertades públicas, el Tribunal Constitucional ha venido exigiendo que el trabajador aporte *indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor del alegato discriminatorio, siendo entonces el empresario quien debe probar la existencia de un motivo razonable de despido (sentencias núm. 114/1989, 135/1990 y 21/1992)*. Dicho esto, considera que en el supuesto concreto la trabajadora únicamente alega que el despido ha sido nulo, pero no aporta argumentos o indicios de vulneración de sus derechos fundamentales, y por ello rechaza la nulidad del despido.

Respecto a la improcedencia del despido, la empleadora se opone por considerar que la trabajadora tenía que haber disfrutado de las vacaciones de manera fraccionada conforme a lo establecido en el artículo 9.7 del RD 1620/2011, y que, al no ser así, se

trató de una dimisión voluntaria. Sin embargo, el Juzgado considera que, al no haberse pactado el fraccionamiento facultativo de las vacaciones entre el empleador y la empleada, debe darse por válido el disfrute de vacaciones sin fraccionamiento.

El Juzgado considera que la empleada vio dificultado su regreso a España por causas no imputables a ella, y, además, el empleador *no puede justificar el despido en ignorar que el trabajador tuviese dificultades para regresar a España desde Ecuador (...)*. Considera que *lejos de tratarse de una dimisión voluntaria de la trabajadora, se produjo como consecuencia de una causa de fuerza mayor que impidió al trabajador regresar e incorporarse a su puesto de trabajo (...) circunstancias que eran públicas y, como tal, el propio empresario las estaba “sufriendo” y no le eran extrañas ni desconocidas como muestran los mensajes de autos*. Por todo ello, el Juzgado entiende que no fue una dimisión voluntaria, sino un despido improcedente.

Por último, es de mencionar que los juristas debemos estar atentos a lo que pueda suceder ante la negativa de las trabajadoras del hogar a vacunarse frente a la Covid-19. La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Bilbao, de 08/09/2021, Autos núm. 832/2021, declara la nulidad del despido de una empleada de un centro de atención a dependientes que presta servicios como cuidadora y que se ha negado a que se le administre la vacuna contra la Covid-19. El Juzgado considera que la verdadera razón que motivó el despido fue la negativa a someterse al tratamiento recomendado por las autoridades sanitarias para la contención de la pandemia por Covid-19. Por lo tanto, la decisión extintiva solo podría evitarse obligando a la trabajadora a vacunarse, lo cual se encuentra limitado por nuestra jurisprudencia constitucional de acuerdo con el art. 15 CE⁵³.

Por todo ello, el Juzgado considera que el despido lesiona la integridad física de la trabajadora, derecho a través del cual se protege la inviolabilidad de la persona, por lo que declara la nulidad de su despido.

⁵³ Así lo señala la noticia (5 de noviembre de 2021). “JS. COVID-19 en residencia de atención a dependientes: es nulo el despido operado ante la negativa a vacunarse de la trabajadora”. CEF, Laboral Social. <https://www.laboral-social.com/covid-19-despido-nulidad-negativa-vacunacion-obligatoria-centro-atencion-dependientes-derecho-integridad-fisica.html>

Aunque la mencionada sentencia es sobre una trabajadora de residencia, vemos que el supuesto de hecho puede perfectamente darse en el ámbito de la RLESHF, y que, al existir la figura del desistimiento, puede darse una situación de desamparo de los derechos fundamentales de la trabajadora que se niega a vacunarse contra la Covid-19.

2. Exclusión de la RLESHF del derecho a la prestación por desempleo y derechos fundamentales

El artículo 14 del Convenio núm. 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos, aprobado el 16 de junio de 2011, dispone que “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 social (...)”. Como se ha indicado con anterioridad en el presente trabajo, España, pese a ser miembro de la OIT, no ha ratificado el mencionado Convenio⁵⁴.

Por otro lado, la disposición adicional segunda del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre de 2011, dispone que el Ministerio de Trabajo e Inmigración procederá a la constitución de un grupo de expertos para que realice un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre, entre otras cuestiones, “la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera”. Sin embargo, hasta la fecha, no se llevado a cabo lo dispuesto en el precepto mencionado.

Como consecuencia de dicha situación, en fecha 14 de agosto de 2020 tuvo lugar una petición de decisión prejudicial al Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Asunto C-389/20). Concretamente, el Juzgado de Vigo interesa que el TJUE se pronuncie *sobre la adecuación o respeto del art. 251 d) del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad*

⁵⁴ Véase página web de la OIT: <https://www.ilo.org/madrid/oit-en-espa%C3%B1a/lang--es/index.htm>

*Social, a la normativa europea contenida en 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, en particular, de sus artículos: 2, 3 a), 4, 5 y 6, y de 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, en concreto sus artículos: 1 c), 5 b), 7.1 a) v), y 9.1 e)*⁵⁵.

Dicha petición deriva de un supuesto en el que una empleada de hogar interesó de la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS), cotizar por la eventual contingencia de desempleo con el fin de adquirir el derecho a la correlativa prestación en el futuro. La TGSS rechazó su solicitud al amparo de lo dispuesto en el artículo 251.d) LGSS: *d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.* La actora impugnó ante el órgano superior jerárquico y nuevamente se inadmitió su solicitud por las mismas razones. Así, la controversia llegó al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo. Este último, vistas las alegaciones de las partes, consideró procedente el planteamiento ante el TJUE de las cuestiones prejudiciales relativas a ese asunto, por lo que ordenó la suspensión del procedimiento y planteó la mencionada petición de decisión prejudicial ante el TJUE⁵⁶.

⁵⁵ Antecedente de hecho cuarto de la Petición de decisión prejudicial ante el TJUE, con fecha de presentación 14/08/2020 y fecha de resolución de remisión 29/07/2020, Asunto C-389/20.

⁵⁶ Las cuestiones prejudiciales, fueron en concreto, del siguiente tenor: *El artículo 4.1 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 seguridad social, sobre igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, y el art. 5 b) de 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, que recoge idéntica prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones;*

¿deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS?: «d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.»

Para el caso de que se diera una respuesta positiva al interrogante anterior ¿debe considerarse que el referido precepto legal supone un ejemplo de discriminación proscrita, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1 apartados e) y/o k) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5

Llegados a este punto, cabe recordar que una cuestión prejudicial de apreciación de validez como a la que ahora nos referimos, debe ser resuelta por el TJUE mediante sentencia que puede declarar que el acto jurídico concreto es válido o inválido⁵⁷. En caso de que el acto jurídico sea considerado válido, el juez nacional debe simplemente aplicarlo. Pero en el caso de que sea declarado inválido, el juez nacional debe inaplicar dicho acto jurídico, y, además, la sentencia tendrá efectos *erga omnes*, y consecuentemente, todos los Tribunales de los Estados Miembros deben inaplicar dicho acto jurídico. Así, *el acto declarado inválido, a diferencia de lo que sucede con el recurso de anulación, subsiste y solo puede ser alterado o derogado por la Institución que lo adoptó, limitándose al TJUE a especificar los efectos de la sentencia de invalidez*⁵⁸.

En fecha 30 de septiembre de 2021, el Abogado General del TJUE presentó sus conclusiones sobre el asunto C-389/20 ya mencionado, en respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo. De acuerdo con lo establecido en la Introducción de las conclusiones del Abogado General del TJUE, la cuestión prejudicial tiene por objeto “la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE, (3) en el contexto de una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas por un régimen legal de seguridad social respecto de una categoría de trabajadores en su conjunto. En el presente asunto, la actividad de los empleados de hogar, colectivo compuesto casi exclusivamente por mujeres, se halla en el centro de las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente”. Así, a lo largo del escrito de sus conclusiones, el Abogado General responde a la siguiente pregunta: *¿Existe una discriminación indirecta, prohibida por la Directiva 79/7?*

Tras un largo argumentario, el Abogado General del TJUE concluye que la disposición controvertida *establece una discriminación indirecta en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, en la medida en que no está justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo*. Y por ello, propone

de julio de 2006, en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, son mujeres?

⁵⁷ Cfr. ALCALDE FERNÁNDEZ, J; CASADO RAIGÓN, R., Curso de Derecho de la Unión Europea, Tecnos, Madrid, 2014.

⁵⁸ SALVADOR ZAERA, E. *La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: sentencias Torresi, K y A, y Programa OMT*, 2016, pág. 6.

al TJUE que responda a la cuestión prejudicial del siguiente modo: “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 seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, cuando consta que estos empleados son casi exclusivamente mujeres”.

Dicha propuesta de respuesta a la cuestión prejudicial viene motivada, en resumen, por los siguientes argumentos que el Abogado General del TJUE menciona a lo largo de su escrito de conclusiones:

En primer lugar, establece que la disposición controvertida (artículo 251. d) LGSS) se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7, porque se enmarca en el ámbito de un régimen legal de protección contra uno de los riesgos relacionados con el art. 3.1. a) de la Directiva, que señala que “La presente Directiva se aplicará: a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: (...) – desempleo (...)”.

El Abogado General continúa diciendo que el artículo 251. d) LGSS implica una discriminación indirecta por razón de sexo en el sentido de la Directiva 79/7, porque el colectivo de trabajadores incluido en el sistema especial para empleados de hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino. Al ser una disposición que se aplica indistintamente a los empleados de hogar de uno u otro sexo, no constituye una discriminación directa por razón de sexo, pero sí indirecta, dado que “Según el Tribunal de Justicia, la existencia de tal desventaja particular podría acreditarse, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo”, y en el caso del régimen laboral especial del servicio del hogar familiar, estadísticamente se ha demostrado que “las mujeres representan casi el 100% de los trabajadores sujetos a ese régimen especial”, concretamente, a la fecha de la cuestión prejudicial, el colectivo de empleados del hogar estaba integrado por un 95,53% de mujeres.

Teniendo en cuenta las estadísticas mencionadas, el Abogado General considera que se demuestra que la cláusula controvertida afecta negativamente a una proporción significativamente mayor de empleados de hogar de sexo femenino que de sexo masculino. Asimismo, el Abogado General considera que dicha discriminación indirecta no se encuentra justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, dado que los objetivos de política social que pretenden justificarla no son ajenos a toda discriminación por razón de sexo. De hecho, añade que, la exclusión de las empleadas del hogar del sistema de protección al desempleo “conduce (...), 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”.

Por último, señala que la disposición controvertida no es proporcionada, atendiendo a los juicios de idoneidad y necesidad. El Abogado General del TJUE llega a esa conclusión por los siguientes seis motivos:

- La única categoría de trabajadores excluida de la protección frente a la contingencia de desempleo es la de los empleados de hogar.
- El riesgo de fraude o la dificultad de controlar no son más elevados respecto de las prestaciones de desempleo, que respecto de las otras prestaciones que sí se reconocen a los empleados del hogar.
- La exclusión absoluta de los empleados de hogar de la protección frente al desempleo, como medida de protección social, no es beneficiosa para estos trabajadores, dado que, en palabras del Abogado General del TJUE, “me 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 considerarse coherente”.
- La creación del sistema especial para empleados de hogar en 2012, condujo a un incremento de la afiliación de estos trabajadores en la Seguridad Social, aflorando así empleo sumergido anterior. Por ello, “no puede deducirse la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las cotizaciones y el trabajo sumergido”.

- El Abogado General del TJUE se pregunta, respecto a la importancia que reviste el lugar de trabajo sobre la exclusión que implica la disposición controvertida: “¿cómo puede conducir el hecho de que la prestación del servicio tenga lugar en el domicilio del empleador a excluirlas 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?”.

- No existen otras prestaciones que puedan compensar la falta de protección frente a la contingencia del desempleo, siendo el subsidio extraordinario por falta de actividad creado con motivo de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia Covid-19 un subsidio extraordinario y temporal.

Todas esas razones le llevan a concluir que “la disposición controvertida en el litigio principal no resulta adecuada para garantizar los objetivos de lucha contra el trabajo sumergido y el fraude y de protección del empleo, en la medida en que no parece responder verdaderamente al empeño de alcanzar estos objetivos ni aplicarse de manera coherente y sistemática” y que esta “va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos”.

A modo de conclusión, cabe decir que si bien la disposición adicional 2ª del Real Decreto 1620/2011 establecía la obligación del Ministerio de Trabajo de estudiar *la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera*, esta es una labor que todavía no ha sido abordada, siendo la actual regulación (artículo 251.d) LGSS) vulneradora del derecho a la igualdad ex art. 14 CE, por tratarse de una disposición que discrimina indirectamente a las empleadas de hogar por razón de sexo al ser este un sector integrado casi exclusivamente por mujeres.

En términos generales, el régimen jurídico del sistema especial de empleados de hogar insertado en el Régimen General de la Seguridad Social, es un régimen pendiente

aún de desarrollo jurídico y de especificación en varios de sus extremos⁵⁹, como es el del desempleo. Por ello, el legislador, tras tener conocimiento de la sentencia que dicte el TJUE a este respecto, deberá atender a lo que en ella se establezca y regular el acceso al desempleo de las empleadas de hogar atendiendo a las especiales características de la RLESHF.

IV. ANÁLISIS PROCESAL DE LA TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

1. Incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 179.3 LRJS

El artículo 179.3 LRJS establece los requisitos formales y de contenido que la demanda en la que se invoque la vulneración de derechos fundamentales debe cumplir. Esta demanda, debe *expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración, el derecho o libertad infringidos y la cuantía de la indemnización pretendida, en su caso, con la adecuada especificación de los diversos daños y perjuicios.*

De la lectura de diversas sentencias relativas a la extinción de la RLESHF con vulneración de derechos fundamentales, podemos observar que en muchas de ellas se ofrece por parte de la defensa de la trabajadora una errática y poco rigurosa alegación de la vulneración de sus derechos fundamentales en cada una de las fases procesales (en la demanda, en el recurso o impugnación del recurso de suplicación, etc.).

Más concretamente, se observa la falta de invocación del derecho fundamental concreto que se entiende vulnerado con ocasión de la rescisión del contrato por parte del empleador. En muchas ocasiones, la parte actora no plantea en la demanda de despido una vulneración de derechos fundamentales en sentido y forma del artículo 179.3 LRJS. A pesar de ello, como se verá, los Tribunales suelen entrar a analizar la posible vulneración de derechos fundamentales, y en muchos casos, declaran probada la discriminación que conlleva la declaración de nulidad del despido. No obstante, en otras

⁵⁹ Cfr. Comentario práctico “Sistemas especiales de la Seguridad Social. Sistemas Especiales del Régimen General”, en *Thomson Reuters Aranzadi Instituciones*, DOC 2021/1, 2021, pág. 28.

ocasiones, la pretensión por parte de la trabajadora no ha sido formulada correctamente y en la forma que establece el artículo 179.3 LRJS, procediendo los Tribunales a rechazar la pretensión de nulidad.

Un ejemplo ilustrativo de lo señalado se encuentra en la ya mencionada Sentencia del Juzgado de lo Social de Talavera de la Reina, de fecha 19/02/2021, núm. 41/2021, que es el de una trabajadora del hogar que haciendo uso de sus treinta días de vacaciones y de mutuo acuerdo con la empleadora, viajó a su país de origen debiendo proceder a su reincorporación el día 23 de marzo de 2020. Sin embargo, debido a la situación sanitaria existente en el momento de su regreso, su vuelo fue cancelado y así se lo comunicó a la empleadora. La empleadora, inmediatamente procedió a tramitar la baja de la trabajadora en la TGSS sin comunicárselo a esta última. Así, la trabajadora interpuso demanda de despido en la que interesó la declaración de nulidad del despido y, subsidiariamente la improcedencia.

Respecto a la nulidad, la trabajadora alegaba que el despido es consecuencia de la pandemia por COVID, pero el Juzgado rechazó dicha pretensión por considerar que *en el caso de autos la parte actora se limita a alegar, con carácter principal, que el despido ha sido nulo sin embargo no aporta un solo argumento y, menos aún, indicio alguno de vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora por lo que, no aportándose tales indicios debe ser rechazada la nulidad alegada como pretensión principal*. Así, vemos que la pretensión de nulidad es rechazada por el simple hecho de no haber formulado correctamente su pretensión, no cumpliendo con lo exigido por el artículo 179.3 LRJS.

En el supuesto enjuiciado en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Valladolid, de fecha 23/12/2020, núm. 126/2020, en la que se despide a una empleada del hogar estando embarazada, el Juzgado rechaza la pretensión de nulidad del despido de la trabajadora y lo declara improcedente. Lo hace porque considera que la doctrina de la nulidad objetiva y automática que se aplica en las relaciones laborales comunes, que no exige el conocimiento de la gestación por parte de la demandada, es jurisprudencialmente de aplicación controvertida en el ámbito de la RLESHF, pero al no invocarse en la demanda dicha doctrina, el tribunal no puede entrar a analizar dicha pretensión por considerar que *el análisis de si procede o no su aplicación al caso concreto que nos*

ocupa, (...) excedería, al entender de esta juzgados, del contenido del principio iura novit curia, para incurrir en incongruencia extra petita, causando indefensión a las demandadas. Así pues, se trata de un supuesto en el que, nuevamente, la falta de una demanda detallada en lo que respecta a la alegación de la nulidad automática, ha llevado al juzgador a rechazar la pretensión de nulidad del despido.

Diferente es el supuesto que contempla la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21/06/2018 núm. 885/2018, que versa sobre un caso en el que el empleador despide a la empleada de hogar encontrándose esta embarazada de cinco meses de gestación, por lo que el Juzgado de lo Social número 1 de Cuenca declaró la nulidad de la extinción de la relación laboral por ser discriminatoria por razón de sexo, y declaró el derecho de la trabajadora a percibir 1.000 euros en concepto de indemnización por daños morales *ex art. 183*. Sin embargo, la Sala del Tribunal Supremo en suplicación, rechaza el reconocimiento de la indemnización regulada en el art. 183 LRJS porque *resulta 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, y desde el momento en que la indemnización solicita no es otra que la analizada en el anterior fundamento de derecho, lo cierto es que el Juzgador de instancia se apartó de la causa de pedir de la demanda a la hora de fijar la indemnización por un daño moral que no fue demandó, incurriendo la sentencia en un manifiesto caso de incongruencia por "ultra petitum", que debe llevar a la estimación del motivo, con la consiguiente revocación del pronunciamiento relativo al daño moral.*

Cabe mencionar pues, que, como se ha visto, la falta de invocación o alegación del concreto derecho fundamental que se entiende vulnerado, o de la detallada conexión que este tiene con los hechos o contexto en el que se produce el despido, así como la falta de alegación de la pretensión concreta que se sostiene o la indemnización concreta que se solicita, puede llevar en ocasiones a la desestimación de la pretensión de nulidad del despido. De la lectura de diversas sentencias del ámbito de la RLESHF, podemos concluir que, en muchas ocasiones, las pretensiones de los trabajadores han sido desestimadas por incumplir los requisitos procesales expresados en este apartado del trabajo. Aunque también es cierto que, en otras muchas ocasiones, a pesar de no cumplir la demanda con los requisitos que el art. 179.3 LRJS exige, los tribunales fallan estimando la nulidad del despido, disculpando dicho error procesal.

2. Consecuencias jurídicas de la extinción del contrato de trabajo del empleado del hogar familiar con vulneración de derechos fundamentales

De lo dispuesto en el Real Decreto 1620/2011, y más concretamente, en su artículo 11 relativo a la extinción del contrato, puede observarse 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 jurídicas que de ella dimanen. Dicho vacío normativo ha sido cubierto por nuestros Tribunales de justicia con la normativa laboral común.

El art. 113 LRJS establece que cuando el despido se declare nulo, se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir. Sin embargo, en el caso de la RLESHF, la readmisión como consecuencia práctica de la nulidad no se contempla por nuestros Tribunales porque nos encontramos ante dos derechos fundamentales en conflicto⁶⁰, que son difíciles de conjugar: *de un lado, el atinente a la proscripción de toda suerte de trato discriminatorio, más aún cuando su causa proviene de hecho tan natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar que, por el motivo que fuere, vieron rota en un determinado momento la relación de confianza que mantenían con quien todos los días laborables acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica*⁶¹. En suma, los Tribunales de justicia han considerado que deben adaptarse las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales *a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial*⁶².

⁶⁰ Si bien, existen sentencias anteriores a la actual regulación de la RLESHF, como SJS de Madrid de 16/04/2008 núm. 178/2008, que declara la nulidad del despido de una trabajadora del hogar que se encontraba embarazada, y establece que la consecuencia jurídica de la nulidad de dicho despido no puede ser otra que la readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir, por lo que condena a la empleadora a readmitir a la trabajadora del hogar en las mismas condiciones anteriores al despido.

⁶¹ RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “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” en Revista *Dialnet Temas Laborales*, núm. 146, 2019, págs. 211-222.

⁶² Entre otras, la STSJ de Andalucía/Málaga, de fecha 29/11/2017, recurso núm. 1644/2017.

Se trata de un razonamiento lógico atendiendo al sacrificio que podría implicar para los integrantes del hogar familiar tener que readmitir en un lugar tan íntimo a una persona extraña al núcleo familiar una vez que se ha quebrado la relación de especial confianza que existía, dado que, como se ha mencionado a lo largo del presente trabajo, el empleo doméstico es una prestación de servicios *intuitu personae*. Por su lado, en el caso de las relaciones laborales comunes, para los supuestos de imposibilidad de la readmisión, el artículo 286 LRJS establece que:

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, 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.

Pero en el caso de la RLESHF veremos que la imposibilidad de la readmisión como consecuencia de la declaración de nulidad del despido ha dado lugar a pronunciamientos judiciales muy diversos, no existiendo unanimidad en la doctrina judicial respecto al pago de la indemnización y de salarios dejados de percibir desde la fecha del desistimiento hasta la de la sentencia, así como sobre la indemnización por haberse vulnerado derechos fundamentales. Debido a que la nulidad del despido y sus consecuencias jurídicas no se encuentran previstas en el Real Decreto 1620/2011, podemos encontrar pronunciamientos judiciales, como el de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 17/10/2016, recurso núm. 517/2016, que niegan la posibilidad de declarar la nulidad del despido, afirmando la improcedencia de este y aplicando la indemnización prevista en el art. 11.2 del Real Decreto.

Así, no existiendo, hasta ahora, pronunciamiento unificador del Tribunal Supremo en esta materia, observamos pronunciamientos muy diferentes. Todos ellos rechazan la posibilidad de readmitir a la trabajadora, pero existen diversas posturas acerca de la indemnización que corresponde.

Por un lado, algunos tribunales rechazan la aplicación de lo dispuesto en la normativa laboral común para los despidos improcedentes (el artículo 56.1 ET sobre el despido improcedente), que implicaría *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. Ello lo hacen porque consideran aplicable la indemnización fijada en el art. 11.2 del real Decreto 1620/2011 sobre el despido improcedente, que implica el abono de indemnizaciones que serán equivalentes al salario correspondiente a veinte días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de doce mensualidades.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de fecha 15/09/2016, núm. 383/2016, en la que, a pesar de considerar la Sala que hay indicios de un panorama discriminatorio por razón de sexo, y por tanto, el despido es calificado como nulo, aplica la indemnización prevista en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011 por considerar que “no existe razón jurídica que avale la aplicación del previsto en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, teniendo en cuenta el régimen especial de este tipo contractual”. En la misma línea falla la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de fecha 21/06/2018, núm. 885/2018, ante un caso similar, tanto por razones de seguridad jurídica que le lleva a ratificarse en el criterio mantenido por la misma Sala hasta el momento, así como por considerar respecto a la condena a salarios dejados de percibir que, “es claro que la indemnización tasada por la pérdida injustificada de un empleo incluido en la regulación del RD 1620/2011 es la de 20 días por año trabajado sin que se reconozca derecho alguno a salarios de tramitación”⁶³.

⁶³ Al respecto STSJ de Andalucía/Málaga de fecha 29/11/2017, que fija que *...aunque en el referido Real Decreto 1620/2011 no se regule específicamente la figura del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales de la empleada de hogar, consideramos que dicha figura resulta plenamente aplicable a esta relación laboral de carácter especial, por aplicación supletoria de lo previsto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, habrá que adaptar las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales previstas en el Estatuto de los Trabajadores (readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir y, en su caso, fijación de una indemnización adicional por la vulneración de los derechos fundamentales) a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial fijando por un lado la indemnización prevista para los supuestos de despido improcedente en el artículo 11.2 del repetido Real Decreto 1620/2011.*

Por otro lado, la línea doctrinal mayoritaria⁶⁴ considera que la consecuencia jurídica de la terminación del contrato de un empleado de hogar con vulneración de derechos fundamentales debe ser la del abono de una indemnización conforme al art. 56 ET, que conlleva el *abono de una indemnización 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*, así como la condena al abono de los salarios de tramitación *ex art. 56.2 ET*.

En este sentido, se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de fecha 20/10/2015, núm. 1968/2015, dado que estima que la “nulidad del despido sin posibilidad de readmisión debe conllevar la condena al cabeza de familia al pago de la indemnización legal, computándose como tiempo trabajado el transcurrido hasta la fecha de la sentencia, y a los salarios dejados de percibir por el empleado de hogar desde el momento del cese hasta la fecha de la sentencia”, basándose en lo establecido en el artículo 286.2 LRJS y en la solución dada por la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 06/10/2009, recurso núm. 2832/08. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de fecha 27/09/2018, núm. 2232/2018, considera que corresponde una indemnización con arreglo al art. 56.1 ET, así como la condena a los salarios dejados de percibir, por aplicación supletoria de lo dispuesto en el ET conforme al artículo 3.b) del Real Decreto 1620/2011. En un supuesto similar, en el mismo sentido falla la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), de fecha 21/06/2019, núm. 2012/2018⁶⁵.

Como se ha indicado, no existe pronunciamiento unificador que aclare cuál de esas dos consecuencias jurídicas es la más apropiada para los supuestos de declaración de nulidad del despido en la RLESHF, pero sí se ha unificado la doctrina con respecto a la determinación de la fecha hasta la que viene obligado el empleador al pago de los salarios de tramitación a la trabajadora cuyo despido se declara nulo. En concreto, una sentencia que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, la Sentencia del

⁶⁴ Cfr. RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “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”. Op. cit. págs. 211-222.

⁶⁵ Véase STSJ de Madrid de fecha 26/09/2016, recurso núm. 352/2016 que cita pronunciamientos anteriores en la misma línea argumentativa como la STSJ de Madrid de 24/11/2008 y la STSJ de Cataluña de 15/01/2013.

Tribunal Supremo, de fecha 29/01/2020, núm. 77/2020, viene a decir que la doctrina correcta es la *que obliga al pago de los mismos hasta el día en que se notifica la sentencia de suplicación que declara la nulidad*.

Consecuencia jurídica distinta y adicional es la que establece el artículo 183.1 LRJS, que dispone que *Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados*.

A este respecto, refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 12/06/01 (RJ 2001, 5931) que no es admisible afirmar que la única consecuencia legal del despido haya de ser la readmisión y abono de salarios de tramitación, pues pueden existir daños morales o incluso materiales, cuya reparación ha de ser compatible con la obligación legal de readmisión y abono de salarios de trámite. Esta compatibilidad ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23/03/00 (RJ 2000/3121) de forma clara y contundente.

En relación con la aplicación de la indemnización prevista en el art. 183 LRJS a los despidos nulos en el ámbito de la RLESHF, cabe hacer mención a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 27/09/2018 núm. 2232/2018, que falla sobre un supuesto de despido de una empleada del hogar cuando esta se encontraba embarazada. La Sala, tras confirmar la vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora por considerar el despido discriminatorio por razón de sexo, se pronuncia sobre la procedencia del abono de una indemnización adicional derivada de daño moral *ex art. 183 LRJS*. La Sala considera que una indemnización por importe de 1.000 euros es *plenamente ajustada en su integridad*, dado que se trata de *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 en el del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto*, a lo que añade que, *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 desplegar.

También cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 15/09/2016, núm. 383/2016, sobre un supuesto de despido de una empleada de hogar que se encontraba de baja por maternidad. La Sentencia declara el despido nulo por discriminatorio, y confirma la indemnización de daños y perjuicios vinculada a las vulneraciones de derechos constitucionales *ex art. 183 LRJS* que fija la sentencia de instancia en 753 euros.

Como puede verse, los pronunciamientos de los tribunales, en general, van dirigidos a determinar si la consecuencia jurídica de la declaración de nulidad de la extinción de la RLESHF debe ser la prevista en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, o la prevista en el artículo 56 ET. Sin embargo, si nos atenemos estrictamente a lo previsto en el artículo 182 LRJS, en el ámbito de la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, la sentencia que estime la demanda de vulneración de derechos fundamentales deberá cumplir lo siguiente:

b) Declarará la nulidad radical de la actuación del empleador (...)

c) Ordenará el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, o en su caso, la prohibición de interrumpir una conducta o la obligación de realizar una actividad omitida, cuando una u otra resulten exigibles según la naturaleza del derecho o libertad vulnerados.

d) Dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183.

De la aplicación de este precepto a los supuestos de vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora en la RLESHF, cabe deducir que la consecuencia jurídica correcta sería la reposición de la situación al momento anterior a producirse tal lesión de

sus derechos fundamentales – en el caso de la extinción de la relación laboral, sería la readmisión de la trabajadora –.

Sin embargo, la readmisión es una consecuencia indeseada en la mayoría de casos para la parte empleadora, así como para la trabajadora, y, además, supondría la vulneración del derecho fundamental a la intimidad del hogar familiar *ex art. 18 CE* del empleador. Por ello, atendiendo a lo establecido en el art. 182 LRJS y a las especiales características que configuran la RLESHF, probablemente, la consecuencia jurídica aplicable debiera ser la establecida en el artículo 11.2 del real Decreto 1620/2011, junto con una indemnización de los daños derivados de la lesión del derecho fundamental, de acuerdo con lo establecido en el art. 183 LRJS. De esta manera, se podría restablecer al demandante en la integridad de su derecho y repararse las consecuencias derivadas de la lesión de su derecho.

3. Indemnización adicional del Convenio núm. 158 de la OIT

Respecto a las consecuencias jurídicas de la declaración de improcedencia de un despido en el ámbito de la RLESHF, estas sí se encuentran reguladas expresamente en el Real Decreto 1620/2011. Concretamente, su artículo 11.2 establece que *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*. Puede observarse que, a diferencia de lo que ocurre con la improcedencia de los despidos en las relaciones laborales comunes (en virtud del art. 56.1 ET), en la RLESHF, cuando el despido sea declarado improcedente, no existe la posibilidad de que el empleador opte por la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización, siendo la indemnización la única opción que establece el Reglamento.

En relación con esto, cabe hacer mención a la tendencia que nuestra doctrina judicial está tomando en el ámbito de las relaciones laborales comunes para dar cobertura al derecho de reparación efectiva cuando se ratifique la improcedencia de un despido. Ello lo hacen en aplicación del artículo 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982. Como bien se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de fecha 01/03/2021,

recurso núm. 103/2021, *Una indemnización adicional a la legal en caso de declaración de improcedencia del despido es posible, tal como argumentan las sentencias del Juzgado de lo Social N.º 26 de Barcelona de 31 de julio de 2020 o del Juzgado de lo Social N.º 34 de Madrid de 21 de febrero de 2020 (Proc. 843/19)*⁶⁶.

El Convenio núm. 158 de la OIT, el cual ha sido ratificado por España⁶⁷, establece en su artículo 10 que si los órganos judiciales *llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada*⁶⁸. A mayor abundamiento, los postulados del Convenio núm. 158 de la OIT han sido recogidos por el artículo 24 de la Carta Social Europea (CSE), en su texto revisado de 1996, el cual garantiza el derecho de los trabajadores despedidos sin razón válida a *una indemnización adecuada o a otra reparación apropiada*. Lo realmente llamativo radica en las decisiones que, como máximo intérprete de la CSE, ha emitido el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)⁶⁹, y que son

⁶⁶ En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Cataluña, de fecha 23/04/2021, núm. 2273/2021, en la que el Tribunal comprende que *ocurre que en determinados supuestos excepcionales la indemnización resultante por aplicación de la ley puede no resultar "adecuada" y, por tanto, contraria al citado artículo 10 Convenio 158 OIT. En estas situaciones puntuales no resulta descartable a nuestro juicio que se superen los límites legales. Para que ello ocurra será necesaria la concurrencia de dos requisitos coincidentes: por un lado, la notoria y evidente insuficiencia de la indemnización por resultar la misma manifiestamente exigua; por otro, que sea clara y evidente la existencia de una ilegalidad, fraude de ley o abuso de derecho en la decisión empresarial extintiva del contrato.*

⁶⁷ Ratificado por España en fecha 26/04/1985 de acuerdo con el Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.

⁶⁸ Es de señalar que estas normas internacionales son directamente aplicables y prevalecen sobre cualquier norma de nuestro ordenamiento interno, incluso de rango legal, como el Estatuto de los Trabajadores. Asimismo, a diferencia del control de constitucionalidad –que queda reservado en exclusiva al Tribunal Constitucional–, para el control de convencionalidad son competentes los órganos judiciales ordinarios de cualquier rango.

⁶⁹ Una de estas decisiones del CEDS fue adoptada el 11 de septiembre de 2019 y publicada el 11 de febrero de 2020, y versa sobre la impugnación por parte de un sindicato italiano de la reforma laboral implantada por Italia en 2015. El sindicato defendía que la reforma laboral italiana contravenía el artículo 24 del texto de 1996 de la CSE, fundamentándolo en que la indemnización quedaba predeterminada y topada y su monto se fijaba de manera estrictamente automática en función del único criterio de la antigüedad en la prestación de servicios y el salario – ¿les suena de algo? –. Este último extremo – en concreto, el inciso que establecía un montante igual a dos mensualidades de la última remuneración de referencia por año de servicio – fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional de Italia incluso antes de la decisión del CEDS, con

traídas a colación con acierto en la reciente y muy comentada Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona de fecha 31/07/2020.

En el supuesto de la declaración de improcedencia de un despido en el ámbito de la RLESHF, vemos que por motivo de la naturaleza que configura la relación, la consecuencia jurídica consistente en la readmisión de la trabajadora no es viable y es por ello que el artículo 11.2 del RD 1620/2011 no contempla la readmisión como consecuencia de la declaración de improcedencia del despido. El hecho de que la trabajadora despedida de manera improcedente únicamente tenga acceso a una indemnización (bastante inferior a la contemplada para las relaciones laborales comunes), supone siempre y en todo caso, la pérdida de su empleo por no existir posibilidad de readmisión. Así, dicha carencia podría cubrirse jurisprudencialmente a través de la disposición aquí analizada, el artículo 10 del Convenio 158 OIT.

Hasta el momento, no se han publicado sentencias del ámbito de la RLESHF que declaren la procedencia de la indemnización adicional *ex art.* 10 del Convenio núm. 158 OIT.

V. CONSIDERACIONES FINALES

En el estudio de la RLESHF, hemos visto que históricamente ha sido una relación contractual en la que el empleador goza de un gran margen de discrecionalidad para definir las condiciones laborales y de poner fin a la relación laboral. Al ser un servicio

base precisamente en la aplicación del artículo 24 de la CSE. Posteriormente el CEDS consideró igualmente contrarios al artículo 24 de la CSE los topes indemnizatorios previstos por la ley italiana.

El Estado español aún no ha ratificado el Protocolo de Reclamaciones Colectivas de 1995, ni la Carta Social Europea revisada de 1996, por lo que técnicamente España aún no ha aceptado la jurisdicción del CEDS para la recepción de reclamaciones colectivas, si bien la situación podría cambiar en el futuro próximo una vez se complete el trámite de ratificación ya iniciado en 2019. Con ello en mente, no se nos pueden escapar las similitudes en materia de indemnización por despido entre la reforma laboral italiana de 2015, ya censurada por el CEDS, y la ley española. En este sentido, la posibilidad de que en España se llegue a abandonar la indemnización tasada por despido y los topes indemnizatorios, para pasar a un sistema dónde se analicen las circunstancias concretas de la persona despedida y de la empresa, a fin de fijar una indemnización que resulte adecuada y disuasoria en cada caso, podría no ser ya una cuestión de ciencia ficción, sino más bien una cuestión de tiempo.

que se presta en el hogar familiar, *favorece la invisibilidad de quien lo realiza*, siendo este un marco idóneo para el incumplimiento de la normativa que regula la relación.⁷⁰

El sector laboral de la RLESHF se encuentra principalmente compuesto por mujeres, por lo que la gran mayoría de sentencias que se analizan en el presente trabajo versan acerca de posibles vulneraciones del derecho fundamental a la igualdad regulado en el artículo 14 CE, y concretamente, acerca de posibles discriminaciones por razón de sexo de las empleadas del hogar.

Asimismo, es destacable que la figura del desistimiento como forma de extinción de la RLESHF es, actualmente, la más utilizada por los empleadores. Aunque dicha figura tiene su razón de ser en las especiales características que configuran la RLESHF, - la prestación del servicio en el hogar familiar y la especial confianza entre empleador y empleada, principalmente – en muchas ocasiones es utilizada para encubrir lo que en realidad debiera calificarse como un despido con vulneración de derechos fundamentales de la trabajadora. Como se ha podido observar, para las empleadas del hogar existe una gran dificultad probatoria de la vulneración de sus derechos fundamentales en la RLESHF debido a que para el empleador basta con alegar la pérdida de confianza hacia la trabajadora como motivo de la extinción de la relación laboral que les unía. Además, nuestros tribunales tienden a dar mayor peso al derecho fundamental a la intimidad del hogar de los empleadores que al derecho fundamental concreto que le asiste a la empleada del hogar en un determinado litigio.

Como se ha expuesto, las vulneraciones de los derechos fundamentales de las empleadas domésticas también se dan en el ámbito prestacional de la RLESHF, como es el supuesto de exclusión de este sector laboral del derecho a la prestación por desempleo, que según considera el Abogado General del TJUE, implica una discriminación indirecta por razón de sexo.

En general, existen pronunciamientos muy diversos por parte de los tribunales en los procesos de tutela de derechos fundamentales en la RLESHF. Ante esto, es clara la urgente necesidad de, por un lado, un pronunciamiento unificador por parte del Tribunal

⁷⁰ Cfr. SANZ SÁEZ, C. “Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio”. Op. cit. pág. 1.

Supremo que guíe a nuestros tribunales a la hora de fallar sobre procedimientos de tutela de derechos fundamentales en este sector laboral; y, por otro lado, una regulación más clara y precisa de los extremos más controvertidos, haciendo hincapié en la necesidad de ratificación por España del Convenio núm. 189 de la OIT, y una actualización del Real Decreto 1620/2011 para adaptarlo al contexto actual.

La ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT, así como la Recomendación 201, supondría un gran avance en las deficiencias que se han señalado a lo largo del presente trabajo, dado que las medidas contenidas en estos instrumentos van dirigidas a dignificar el empleo doméstico, y su ratificación acercaría la regulación de la RLESHF a la realidad de este sector laboral.

VI. JURISPRUDENCIA ANALIZADA

- Conclusiones del Abogado General del TJUE de fecha 30/09/2021, sobre el asunto C-389/20.
- Petición de decisión prejudicial ante el TJUE, con fecha de presentación 14/08/2020 y fecha de resolución de remisión 29/07/2020, Asunto C-389/20.
- Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de fecha 22/06/2016, núm. 866/2016.
- Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de fecha 11/07/2002, núm. 5133/2002 (JUR 2002/244760).
- Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 10/04/2003 (recurso núm. 5757/2002).
- Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 12/07/2021, núm. 500/2021.
- Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de 29/04/2003.
- Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 07/09/2014, núm. 655/2014.
- Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 22/07/2019, núm. 3930/2019.
- Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de 31/01/2011, núm. 688/2011 (AS/2011/1022).

- Sentencia de la Sección 1.^a de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 14/02/2014, núm. 143/2014 (AS/2014/539).
- Sentencia de la Sección 3.^a de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha 20/11/2018, núm. 767/2018.
- Sentencia de la Sección 2.^a de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, 24/04/2019, núm. 384/2019.
- SJS de Madrid de 16/04/2008 núm. 178/2008.
- SJS de Murcia de 10/05/2021 núm. 141/2021.
- SJS núm. 6 de Bilbao, de 08/09/2021, Autos núm. 832/2021.
- SJS núm. 26 de Barcelona de fecha 31/07/2020.
- SJS de Talavera de la Reina, de fecha 19/02/2021, núm. 41/2021 (JUR/2021/224526).
- SJS de Valladolid, de fecha 23/12/2020, núm. 126/2020.
- STC, de fecha 01/06/1983, núm. 49/1983.
- STC, de fecha 10/10/2013, núm. 173/2013.
- STC, de fecha 17/02/1984, núm. 22/1984.
- STC, de fecha 24/03/1988, núm. 56/1988.
- STC, de fecha 25/02/2002, núm. 41/2002 (RTC 2002/41).
- STC, núm. 124/2009.
- STC, núm. 92/2008.
- STS de fecha 03/05/2016 (Rec. 3348/2014).
- STS de fecha 12/06/2001 (RJ 2001, 5931).
- STS de fecha 18/04/2011, recurso núm. 2893/2010, (RJ 2011, 5814).
- STS de fecha 23/03/2000 (RJ 2000/3121).
- STS de fecha 26/04/2018, recurso núm. 2340/2016.
- STS, de fecha 29/01/2020, núm. 77/2020.
- STS soc., de fecha 05/06/2002 (RJ 2002/8133).
- STS soc., de fecha 06/10/2009, recurso núm. 2832/08.
- STS soc., de fecha 26/02/2004, en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2569/2003 (RJ 2004/1013).
- STSJ de Andalucía/Málaga, de fecha 14/03/2013, núm. 508/2013, recurso núm. 32/2013.
- STSJ de Andalucía/Málaga de fecha 29/11/2017, recurso núm. 1644/2017.

- STSJ de Andalucía/ Sevilla de fecha 20/11/2014, núm. 3064/2014, recurso núm. 2742/2013.
- STSJ de Andalucía/Sevilla, de fecha 21/06/2019, núm. 2012/2018.
- STSJ de Asturias de fecha 12/09/2014, núm. 1718/2014, recurso núm. 1498/2014.
- STSJ de Asturias de fecha 14/06/2016, núm. 1381/2016, recurso núm. 1246/2016.
- STSJ de Asturias de fecha 19/04/2016, núm. 808/2016, recurso núm. 475/2016.
- STSJ de Asturias, de fecha 27/09/2018, núm. 2232/2018.
- STSJ de Asturias, (JUR 2014/250248).
- STSJ de Castilla-La Mancha de fecha 21/06/2018, núm. 885/2018.
- STSJ de Castilla y León/Valladolid, de fecha 01/03/2021, recurso núm. 103/2021.
- STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 12/12/2012, recurso núm. 2173/2012.
- STSJ de Castilla y León/Valladolid, de fecha 20/05/2000, núm. 2699/2000, Recurso núm. 5644/200.
- STSJ de Cataluña de fecha 07/07/2016, núm. 4417/2016, recurso 3080/2016.
- STSJ de Cataluña, de fecha 07/10/2014 (AS 2014, 2987).
- STSJ de Cataluña de 15/01/2013 (AS 2013,224).
- STSJ de Cataluña de 16/05/2002, núm. 3878/2002 (AS 2133).
- STSJ de Cataluña, de fecha 23/04/2021, núm. 2273/2021.
- STSJ de Cataluña de fecha 30/01/2018, núm. 613/2018, recurso núm. 6121/2017.
- STSJ de Cataluña de fecha 31/01/2011, núm. 688/2011, recurso núm. 5635/2010.
- STSJ de Extremadura de fecha 15/09/2016, núm. 383/2016, recurso núm. 338/2016.
- STSJ de Madrid de fecha 05/03/2018, núm. 200/2018, recurso núm. 1256/2017.
- STSJ de Madrid, de fecha 06/03/2019, núm. 237/2019, recurso núm. 822/2018.
- STSJ de Madrid de fecha 09/04/2014, núm. 292/2014, recurso núm. 1840/2013.
- STSJ de Madrid de fecha 10/06/2013, núm. 426/2013, recurso núm. 458/2013.
- STSJ de Madrid de fecha 14/02/2014, AS 2014/539.
- STSJ de Madrid de 14/02/2014, núm. 143/2014, recurso núm. 1834/2013.
- STSJ de Madrid, de fecha 17/10/2016, recurso núm. 517/2016.
- STSJ de Madrid de fecha 21/04/2015, núm. 363/2015, recurso núm. 962/2014.
- STSJ de Madrid, de fecha 25/03/2004, Recurso núm. 5439/2002.
- STSJ de Madrid de fecha 26/09/2016, núm. 598/2016, recurso núm. 352/2016.
- STSJ de Madrid de fecha 26/10/2015, núm. 714/2015, recurso núm. 552/2015.

- STSJ del País Vasco de fecha 19/04/2015, núm. 842/2015, recurso núm. 475/2015.
- STSJ del País Vasco, de fecha 20/10/2015, núm. 1968/2015.
- STSJ del País Vasco, de 22/09/2015, Recurso núm. 1467/2015.

VII. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALCALDE FERNÁNDEZ, J; CASADO RAIGÓN, R., Curso de Derecho de la Unión Europea, Tecnos, Madrid, 2014.
- AYALA DEL PINO, C. “La extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar”, en *Themis, Revista de Derecho*, núm. 75, 2019.
- BARNES, J. “El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.
- BENAVENTE TORRES, M.I., “Un aspecto jurídico especialmente problemático: la extinción de la relación laboral” en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, 2019.
- CAMPS RUIZ, L. M. El concepto laboral de empresario. *Comentario al art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores*. (Dir. Efrén Borrajo Dacruz), Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores (Edresa), 1990, T.I.
- Comentario práctico “Sistemas especiales de la Seguridad Social. Sistemas Especiales del Régimen General”, en *Thomson Reuters Aranzadi Instituciones*, DOC 2021/1, 2021.
- CUEVA PUENTE, M.C. “La relación laboral especial de los empleados de hogar”, en *Lex Nova*, 2005.
- DE LA VILLA GIL, L.E., “La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, núm. monográfico. Las relaciones laborales de carácter especial”, en *Documentación Laboral*, diciembre 1985.
- DESDENTADO DAROCA, E. *La personificación del empresario laboral. Problemas sustantivos y procesales*. Ed. Lex Nova, Valladolid. 2006.
- GARCÍA LÓPEZ, R.: “Extinción del contrato del empleado de hogar: desistimiento, despido y fuerza mayor”, *AL*, tomo II, 1987.

- LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *Los trabajadores al servicio del hogar familiar. Aspectos laborales y de seguridad social. Propuestas de reforma*. Bomarzo, Albacete, 2006.
- MONTOYA MELGAR, A.: “Sobre las relaciones especiales de trabajo y su marco regulador”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 109, 2002.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de la frontera del derecho del trabajo*, Madrid, 1990.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A. “El nuevo sistema especial de empleados de hogar: una ‘revolución inconclusa’”. Civitas. En *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 158, 2013.
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “Empleo digno y de calidad: ¿utopía en el trabajo doméstico?” en *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 11 (2), 594-627, 2021. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.5977>
- RODRÍGUEZ COPÉ, M.L., “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” en *Revista Dialnet Temas Laborales*, núm. 146, 2019.
- SALA FRANCO, T. *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico, Relaciones Laborales*, Tomo I, núm. 4, 1986.
- SALVADOR ZAERA, E. *La cuestión prejudicial europea en la teoría y en la práctica: sentencias Torresi, K y A, y Programa OMT*, 2016.
- SANZ SÁEZ, C. “Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio” [Tesis doctoral]. Universidad de Castilla La-Mancha, 2015.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Jurisprudencia en unificación de doctrina y relaciones laborales especiales: algunos puntos críticos”, en *RL*, núm. 17, 1998.

VIII. NORMATIVA CONSULTADA

- Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).
- Carta Social Europea de 1996, que entró en vigor el 1 de julio de 1999.
- Constitución Española de 1978.

- Convenio núm. 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982.
- Convenio núm. 189 de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011. (C-189).
- 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.
- Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).
- Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982, BOE núm. 155, de 29 de junio de 1985.
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social
- Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales.
- Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
- Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
- Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar
- Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar
- Recomendación núm. 201 de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011. (R201).

IX. OTRAS FUENTES

- Informe de la OIT “Impacto de las reformas legislativas en el sector del empleo del hogar en España”, 2016.
- Noticia (5 de noviembre de 2021). “JS. COVID-19 en residencia de atención a dependientes: es nulo el despido operado ante la negativa a vacunarse de la trabajadora”. CEF, Laboral Social. <https://www.laboral-social.com/covid-19-despido-nulidad-negativa-vacunacion-obligatoria-centro-atencion-dependientes-derecho-integridad-fisica.html>
- Página web de la OIT: <https://www.ilo.org/madrid/oit-en-espa%C3%B1a/lang-es/index.htm>

X. LISTADO DE ABREVIATURAS

- **Art.:** artículo
- **CE:** Constitución Española
- **CEDS:** Comité Europeo de Derechos Sociales
- **Cfr.:** compárese con/ confróntese con
- **CSE:** Carta Social Europea
- **DT:** Disposición Transitoria
- **ET:** Estatuto de los Trabajadores
- **ETT:** Empresa de trabajo temporal
- **Ibid.:** en el mismo lugar/ igual que la referencia anterior
- **LE:** Ley de Empleo
- **LGSS:** Ley General de la Seguridad Social
- **LOIEMH:** Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres
- **LRJS:** Ley reguladora de la jurisdicción social
- **LPRL:** Ley de Prevención de Riesgos Laborales
- **OIT:** Organización Internacional del Trabajo
- **Op. cit:** “opus citatum” u “obra citada”
- **RD:** Real Decreto
- **RLESHF:** Relación laboral especial del servicio del hogar familiar
- **SJS:** Sentencia del Juzgado de lo Social

- **STC:** Sentencia del Tribunal Constitucional
- **STS:** Sentencia del Tribunal Supremo
- **STSJ:** Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- **TC:** Tribunal Constitucional
- **TGSS:** Tesorería General de la Seguridad Social
- **TJUE:** Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea
- **TS:** Tribunal Supremo
- **TSJ:** Tribunal Superior de Justicia