

Un paso más hacia la conciliación familiar en la nueva regulación laboral del personal al servicio del hogar

POR MARÍA GERMANA APARICIO RUIZ.

Asesoría jurídica en Granada y doctoranda en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.



RESUMEN

El nuevo régimen del servicio del hogar familiar ha supuesto, después de 25 años de una normativa precaria, un primer avance en garantías y derechos para el/la trabajador/a, dando paso a una contratación más segura, mejor informada y que supone una mejora en relación a la mujer, a la conciliación de familia y trabajo, también en los momentos de crisis que estamos atravesando.

Bien es cierto que la especialidad de la relación hace que sea una regulación que conjugue el mantenimiento de las diferencias donde tienen su justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de las mismas cuando sea posible su equiparación progresiva a la relación laboral común. En este contexto, se pretende hacer un análisis de la especialidad de la relación laboral, destacando las novedades reguladas por el RD 1620/2011, tendentes a la conciliación con la vida familiar.

Palabras clave: Trabajadores y trabajadoras servicio doméstico, nueva regulación en España RD 16120/2011.

ABSTRACT

The new regime of the service of the familiar home in Spain has supposed, after 25 years of a precarious regulation, the first advance in guarantees and rights for the worker, giving to a surer, better informed contracting and that supposes an improvement in relation to the woman, to the conciliation of family and work, also in these moments of economic crisis that we are crossing. Well it is true that the speciality of the relation brings the maintenance of the differences where they have reasonable justification, with the reduction or elimination of the same ones when the progressive comparison is possible to the labor common relation. In this context, this article tries to do an analysis of the speciality of the labor relation -service of the familiar home-, emphasizing the innovations of RD 1620/2011, tending to the conciliation with the familiar life.

Keywords: Workers in home private services, new regulation in Spain RD 16120/2011.

I. INTRODUCCIÓN

Amparado en el art. 2.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) en el que se considera la relación laboral de carácter especial del personal al servicio del hogar familiar, se ha mantenido vigente durante 26 años la regulación del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto¹. Bien es cierto que junto con la conservación de las singularidades propias de esta relación laboral especial, se ha hecho necesaria una revisión de esta normativa para renovar y modernizar diversas instituciones jurídicas fruto de los cambios sociales y la evolución de las costumbres². Lo cual se ha llevado a cabo 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 que ha tenido por principal finalidad la “dignificación” de las condiciones de los trabajadores domésticos, aunque sería más exacto hablar de trabajadoras, tal como aparece en la Exposición de motivos³ y, de manera indirecta, en la Disposición adicional segunda⁴.

El RD 1620/2011 contiene por tanto, una regulación que procura conjugar el mantenimiento de las diferencias donde tienen su justificación objetiva y razonable, con la reducción o eliminación de las mismas cuando

no tengan razón de ser y sea posible su equiparación progresiva a la relación laboral común.

Será la Ley 27/2011 la con efectos de 1 de enero de 2012. Si bien, el RD 1620/2011, en la Disposición Transitoria primera, fija la aplicabilidad de la nueva regulación a las relaciones laborales vigentes a la fecha de entrada en vigor de la norma –su publicación en el BOE el 17 de noviembre de 2011– para dotar de máxima efectividad e inmediatez a la reforma, a excepción de la cuantía de la indemnización por desistimiento, que solamente se aplicará a los contratos que se concierten tras la entrada en vigor del RD.

La nueva regulación va de la mano de los cambios operados a nivel internacional con el Convenio núm. 189 de la OIT sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos y la Recomendación núm. 201⁵. Este cambio jurídico también está unido al que se ha obrado en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados del hogar, fruto de los diferentes Acuerdos sociales pro-

1

RD 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar (BOE, 13 de agosto, núm. 193, p. 25617).

2

RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE del 17 de noviembre, núm. 277). Exposición de motivos.

3

RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar (BOE del 17 de noviembre, núm. 277). Exposición de motivos: “los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%, y el 6% restante, a hombres”.

4

Una referencia a la importante presencia femenina en este sector de actividad se encuentra recogida, de manera indirecta, en la DA 2^a ya que la evaluación de la norma a que queda obligado el gobierno deberá incluir, conforme a lo previsto en el art. 20 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, “la variable de sexo en las estadísticas, encuestas y recogidas de datos que se realicen”.

5

(<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>). El Convenio define qué debe entenderse por trabajo doméstico y trabajador doméstico, tratándose en el primer caso del trabajo realizado en un hogar u hogares, o para los mismos, y el segundo a toda persona, “de género femenino o masculino” que realiza un trabajo doméstico “en el marco de una relación de trabajo”. La norma se aplicará con carácter general a todos los trabajadores, si bien se autoriza al Estado que la ratifique a excluir a algunas categorías de trabajadores para las que “esté previsto otro tipo de protección social por lo menos equivalente”, o respecto de las que “se planteen problemas especiales de carácter sustantivo”. El Convenio recoge gran parte de los derechos establecidos en otros Convenios de la OIT y los aplica ahora a los trabajadores domésticos.



ducidos en vistas a la simplificación e integración de regímenes.⁶ Aunque la regulación no sea aquí materia de nuestro estudio, hay que destacar que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social de los Empleados del Hogar en el Régimen General es la que habilita al Gobierno a modificar la regulación de la relación laboral de los empleados de hogar.⁷ También en materia de Seguridad Social, hay que tener presente el RD 1596/2011, de 4 de noviembre, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados del Hogar.⁸

La nueva regulación es un paso adelante en la relación laboral que estamos tratando y, en particular, cabe destacar los avances que se han dado en las siguientes materias:

En primer lugar, con la nueva normativa se han logrado mejorías en materia de género ya que los empleados de hogar son un público mayoritariamente femenino⁹ que estaba muy desprotegido con la regulación precedente. El nuevo RD acoge referencias explícitas a la ausencia de discriminación en el acceso al empleo (art. 4.2 RD 1620/2011), conforme ya señalan la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y que tratan de favorecer la igualdad, también a la hora de hacer una evaluación de impacto sobre el empleo y las condiciones de trabajo (DA 2ª, 1). Además, es un sector profesional que también acoge a un amplio porcentaje de personas extranjeras que se encontraban en un estado de precariedad y de ocultismo en muchas ocasiones. La nueva normativa favorece salir de esta situación, evitando cualquier discriminación por motivos de origen y garantizando la aplicación de la normativa general vigente de extranjería,¹⁰ como así se determina en las fuentes reguladoras de la relación laboral (art. 3, b) RD 1620/2011).

Otro de los avances de gran calado es el referente a la conciliación ya que, respecto a los empleados del hogar, se fijará el horario de trabajo de común acuerdo entre las partes, y se amplía el descanso entre jornadas; igualmente, se aplica la regulación de art. 37.3 ET respecto al disfrute de los permisos que le garantizan una mejor compatibilidad de su vida profesional, familiar y personal, como es el disfrute de permisos por matrimonio, nacimiento del hijo/a, lactancia de un hijo o hija menor, fallecimiento, accidente o enfermedad, traslado de domicilio, etc.

La conciliación de la familia y el trabajo que permite la relación laboral de los empleados del hogar recobra mayor actualidad en los momentos de crisis que estamos atravesando, en donde se hace necesario mayor dedicación al trabajo o tiempo a la búsqueda del mismo para poder sacar adelante la familia. De esta manera, se hace más necesaria cubrir las necesidades del hogar, con terceras personas. La posibilidad de que los empleados de hogar coticen por horas como permite la DA 39ª, 3, a) de la nueva Ley 27/2011, facilita a la familia su contratación y favorece también al empleado su realización de manera segura. Por tanto, en tiempo de crisis sigue siendo necesaria y abierta la conciliación familiar, así como el acceso de la mujer al trabajo y mercado laboral.

Una manifestación de la importancia de la conciliación en este ámbito son las ayudas autonómicas que favorecen la contratación de terceras personas. Algunos ejemplos los encontramos en el Decreto 136/2005 de 7 de junio de Extremadura de ayuda al Plan Integral de Empleo¹¹ que desarrolla diversas fórmulas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, entre ellas, la concesión de subvenciones para la contratación de empleados de hogar; las convocatorias de conciliación reguladas en el País Vasco por Orden de 30 de junio de 2010¹² para el cuidado de hijos y/o hijas menores; las actuaciones propiciadas en Teruel¹³ para la conciliación de familia y trabajo, así como las deducciones fiscales, en el caso de Galicia, por cuidado de hijos/as de tres o

6

El Pacto de Toledo, celebrado en abril de 1995, recomendó la simplificación e integración de regímenes. De los diversos Acuerdos sociales posteriores, cabe señalar el Acuerdo de medidas en materia de Seguridad Social, de 13 de julio de 2006, en donde se prevé en el apartado V, la elaboración de un estudio de la regulación de la relación laboral de carácter especial, con el fin de proponer una adecuada a la realidad actual, así como el establecimiento de medidas paulatinas de convergencia del Régimen Especial de Empleados de Hogar con el Régimen General.

7

Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social de los Empleados del Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. Disposición Adicional Trigésima novena, 5: "El Gobierno procederá a modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, con efectos de 1 de enero de 2012".

8

Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla la disposición adicional quincuagésima tercera de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con la extensión de la acción protectora por contingencias profesionales a los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar (BOE núm. 290 de 2 de diciembre de 2011).

9

Los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%, y el 6% restante, a hombres (cfr. www.ine.es y Exposición de motivos RD 1620/2011).

10

En esta situación hay que distinguir los nacionales de países pertenecientes a la Unión Europea y el resto de países. Así pues, respecto a los ciudadanos de la UE hay que atenerse a lo regulado por Real Decreto 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Caso particular es el de los ciudadanos de Bulgaria y Rumanía.

En cuanto a los nacionales del resto de países, el régimen actual está regulado en Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de los artículos 31 bis y 59 bis en relación a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que estén en situación de irregularidad. (LOEx) y en el Real Decreto 557/2011 Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que desarrolla esta norma (RDEx).



11

Modificado por Decreto 167/2008, de 1 de agosto (Diario Oficial de Extremadura de 7 de agosto, n. 153, p. 21845 y ss) en que se amplían algunas medidas en esta línea.

12

ORDEN de 30 de junio de 2010, de la Consejera de Empleo y Asuntos Sociales, por la que se aprueban las cuantías de las ayudas y las instancias normalizadas de solicitud previstas en el Decreto 177/2010, de 29 de junio, sobre la conciliación de la vida familiar y laboral.

13

<http://www.derecho.com/legislacion/bop-teruel/10/01/2011>

14

http://www.elderecho.com/contable/Deducciones-autonomicas-IRPF_11_273430001.html

15

La regulación tiene encaje en la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002 que modifica la Directiva 80/987/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que permite excluir “al personal doméstico al servicio de una persona física” de la protección salarial debida en un supuesto de insolvencia del empleador. Sin embargo, dista de la propuesta contenida en la Recomendación número 201 de la OIT.

16

RAMÍREZ MACHADO, JM. *Domestic work, conditions of work and employment: a legal perspective*. Ginebra, OIT (2003). pp. 8-9.

17

OJEDA AVILÉS, A. “Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria”. *Relaciones Laborales* (1990), I, p. 224.

18

CARDENAL CARRO, M. “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta”. *Aranzadi Social* (2000), V, p. 156-157.

19

Del art. 1. RD de 1985 cabía concluir que las prestaciones de servicios domésticos eran las efectuadas a favor de una familia en sentido propio y las realizadas a favor de una sola persona o de una pluralidad de personas convivientes, siempre que no constituyeran una persona jurídica.

menos años de edad por una empleada de hogar que esté dada de alta en el régimen especial o en guardería, si ambos padres trabajan, hasta un límite de ingresos. De modo similar se regula en la Comunidad Valenciana¹⁴. Estas y otras medidas son una prueba evidente de la necesidad del cuidado del hogar, también con la contratación de personas en este servicio.

Las fuentes reguladoras son otro avance importante del RD 1620/2011 por la remisión a la normativa laboral común que se aplica de manera supletoria, también en relación a los derechos de los trabajadores domésticos, lo que no cabe duda de interpretación ante la aplicación de derechos que anteriormente no tenían una remisión expresa para los empleados del hogar. Aun así hay que contar con una limitación genérica –las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación– y la inaplicación del art. 33 ET respecto al Fondo de Garantía Salarial¹⁵.

II. LA ESPECIALIDAD DEL TIPO CONTRACTUAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Al observar la regulación laboral del trabajo doméstico a nivel internacional¹⁶, se advierte que, de 60 países de diversas geografías, en torno a 1/3 ha promulgado leyes o regulaciones específicas para el empleo doméstico y 1/3 ha dedicado un capítulo específico en sus códigos generales de trabajo, al empleo doméstico. Los países europeos se encuentran dentro de estos dos supuestos quedando de manifiesto que existe una amplia concienciación de la especialidad de esta relación.

Precisamente en el caso de la relación del servicio del hogar familiar en nuestro ámbito, si partimos de las notas jurídicas reguladas en el supuesto de hecho del RD 1620/2011 nos encontramos rasgos comunes al tipo general del contrato y otros específicos que determinan la singularidad del mismo. Se pueden destacar principalmente tres: el lugar de prestación de los servicios: el hogar familiar; el/la empleador doméstico: el titular del

hogar familiar; el objeto del contrato: los servicios domésticos. Estos rasgos se enuncian ya en la Exposición de motivos así como en el art. 1.2 del RD 1620/2011. Dentro de las singularidades, nos centraremos en el lugar de la prestación, por las características también especiales que en el hogar se desarrollan: la mutua confianza y la intimidad.

II.1

El hogar familiar como lugar de prestación de servicios.

Con carácter general, algunos autores radican la atipicidad de las relaciones laborales especiales en el lugar de desarrollo de la prestación, por realizarse en espacios distintos al del establecimiento empresarial y bajo una organización y dirección inhabituales¹⁷, así se destaca en el personal no funcionario al servicio de establecimientos militares, de los representantes de comercio, de los penados en instituciones penitenciarias, del servicio del hogar familiar, etc. Si el lugar de prestación de servicios es un elemento específico, también conviene tener en cuenta que un principio locativo no puede ser el/la informador/a y fundamento de todas las relaciones laborales especiales¹⁸.

En nuestro caso, el hecho de que la prestación de servicios se realice en un lugar coincidente con aquel en que se desenvuelve buena parte de la vida privada de las personas y distinto a un puesto donde se ejercitan actividades de mercado es un fuerte rasgo caracterizador, específico del contrato de servicio doméstico. Este rasgo está recogido en el art. 1.2 RD 1620/2011 “...en el ámbito del hogar familiar” y ampliado en el art. 1.3 cuando se cita al titular del hogar familiar, ya lo sea efectivamente o como simple titular del domicilio o lugar de residencia en el que se presten los servicios domésticos. Con lo cual, el RD 1620/2011 amplía el concepto de hogar familiar, incluyendo las prestaciones de servicios domésticos realizadas para dos o más personas, sin constituir una familia ni una persona jurídica¹⁹. Por lo que cabe destacar dos ideas:



A

en primer término, que el hogar familiar queda más desfigurado que anteriormente ya que basta que el servicio se realice para un mínimo de dos personas aunque no sean familia. Aun así, esta ampliación de hogar pone de manifiesto que cualquier persona necesita la atención de unos servicios básicos, si bien, el ámbito familiar es quien más puede necesitar esta atención por los vínculos que se establecen;

B

por otra parte, también cabe advertir que la nueva regulación podría haberse planteado la conveniencia de excluir las actividades domésticas realizadas a favor de una pluralidad de personas convivientes que no sean una familia, aunque aparezca como empleador/a uno de los componentes del grupo, cuando los servicios se presten para todos ellos²⁰, por los problemas de cotitularidad y responsabilidad que surgen en todos ellos, así como en la sociedad de gananciales y de uniones de hecho²¹.

Lo cierto es que la designación del lugar de prestación de servicios con los términos “hogar familiar”, determina la integración en el tipo especial. Concretamente el significado otorgado por la OIT a “hogar familiar” y “domicilio o lugar de residencia” se refiere al “hogar privado”²². Debiendo entenderse por tal, el lugar donde se satisfacen las necesidades vitales, materiales de las personas que en ella vivan (habitación, alimentación, descanso, cuidado corporal...), así como al desarrollo de buena parte de la vida privada, de manera tal que el servicio doméstico prestado vaya dirigido a afectar directamente al hogar familiar y sus miembros²³. Siendo estas dos vertientes las que ponen de manifiesto la importancia del hogar para el desarrollo de la persona y la necesidad de realizar este trabajo en un marco de mayor protección jurídica.

Tomando como base la propia Exposición de motivos del RD 1620/2011, una de las condiciones particulares de

las personas que trabajan en el servicio doméstico es “el ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, tan vinculado a la intimidad personal y familiar y por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales”²⁴. Por tanto una de las especialidades de la relación se basa precisamente en el lugar donde se desarrolla el trabajo, el hogar familiar. Este lugar de trabajo (hogar familiar) permite una relación más intensa de la que se originarán dos expresiones claras: una mayor confianza mutua entre trabajador/a y empleador/a y la introducción del empleado en el círculo de convivencia e intimidad de la familia²⁵.

II.2

Particular relación de confianza

Hemos de partir de la base de que la mutua confianza debe presidir en todas las relaciones laborales –no solo en esta especialidad– como consecuencia de la dignidad humana²⁶. De forma tal, que la necesidad de una mutua confianza implica que –dentro del respeto al derecho a la intimidad– el empleador/a pueda acceder a la información de aquellos aspectos del trabajador/a que considere relevantes a fin de que surja y se mantenga la confianza en que el trabajador/a es una persona idónea para satisfacer la finalidad que persigue al contratar. Sin embargo, el análisis de las cualidades señaladas debe realizarse en un marco de objetivación, limitando indagaciones arbitrarias del empleador o carentes de justificación objetiva, que no garanticen un adecuado equilibrio de los intereses de ambas partes y que decaiga en discriminación.

En este sentido, la nueva regulación del RD 1620/2011 tiene presente como una de las especialidades de la relación el vínculo personal basado en una especial relación de confianza que no tiene que estar forzosamente presente en los restantes tipos de relaciones de trabajo²⁷, al tiempo que se destaca como novedad, en el ingreso al trabajo, la garantía y ausencia de discriminación en el acceso al empleo,

20

LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete, Bomarzo (2008). p. 105-106.

21

CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 159.

22

OIT. “Situación y condiciones de empleo de los trabajadores domésticos en los hogares privados: Estudio de la OIT”. *Revista Internacional del Trabajo*. (1970), 82, núm. 4, pp. 433-445. El Convenio núm. 189 de la OIT designa en art. 1. a) la expresión «trabajo doméstico» al realizado en un hogar u hogares o para los mismos. (<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>).

23

STSJ de Madrid, de 19 de enero de 1999 (Ar. 1999, 165).

24

La Exposición de motivos del RD 1985 señalaba que “es precisamente el ámbito de la prestación de servicios, es decir el hogar familiar, el factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en esta norma”. Esta especialidad –según el legislador– era el motivo por el cual la regulación requería una mayor flexibilidad jurídica y una mayor libertad a la autonomía de las partes, que iba en detrimento de la seguridad jurídica en la contratación.

25

STS de 5 de junio de 2002 (número recurso 2506/2001).

26

PACHECO ZERGA, L. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª. Pamplona (2007). p. 31.

27

Exposición de motivos RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

28

PACHECO ZERGA, L. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ª. Pamplona (2007). p. 215.

29

Cfr. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 11 de enero de 2005 (TEDH 50774/99) y STEDH de 16 de noviembre 2004 (TEDH 53678/00).

30

DEL REY GUANTER, S. “La aplicación de los valores superiores de la Constitución Española en el Derecho del Trabajo”, en: AA.VV. *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*. Madrid, (1988).

31

SMURAGLIA, C. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milano (1967). p. 31.

32

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 30 de junio de 2004 (Ar. 22599).

33

JORGE BARREIRO, A. “El delito de revelación de secretos (profesionales y laborales)”. *Diario La Ley* (1996), p. 1300.



conforme ya señalan la Ley 56/2003, de 16 de diciembre de Empleo y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En la misma línea, el art. 4.2 RD 1620/2011 establece el principio de igualdad en el acceso al empleo, “no pudiendo establecer discriminación alguna basada en motivos de origen, incluido el racial o étnico, sexo, edad, estado civil, religión o convicciones, opinión política, orientación sexual, afiliación sindical, condición social... siempre que los trabajadores se hallasen en condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo o empleo de que se trate”. El equilibrio entre confianza, no discriminación y condiciones de aptitud para desempeñar el trabajo concreto en un hogar determinado son criterios a valorar. Un equilibrio que, teniendo en cuenta la mutua confianza necesaria y determinando el contenido específico en cada caso, proteja a ambas partes de la relación.

Así, el nuevo RD 1620/2011 introduce como novedad que el desistimiento del empleador se comunique por escrito y conste de modo claro e inequívoco la voluntad del empleador/a (art. 11. 3).

II.3

Una relación en el marco de la intimidad personal y familiar

El lugar de la relación laboral está vinculado especialmente a la intimidad personal y familiar. La doctrina jurídica emplea como sinónimos los términos de intimidad y vida privada²⁸. Así se aprecia también en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de acuerdo con el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁹.

En la relación laboral del servicio doméstico entrañan particular importancia los derechos a la dignidad y a la intimidad por el grado de implicación de la persona del trabajador/a en esta relación. El derecho

al trato digno reviste especial relieve en esta relación donde la dependencia se da con mayor intensidad, y se extiende a la protección del trabajador/a frente a ofensas verbales o físicas y frente al acoso por razones de origen racial o étnico, condición social, etc. en aplicación del art. 4.2, e) ET. En este mismo sentido, el derecho a la dignidad personal supone un límite en el ejercicio de las facultades de organización, dirección y vigilancia y control de la persona que emplea, que crece en cuanto el trabajador/a adquiere mayor responsabilidad en función de su capacitación, si bien la ausencia de regulación sobre la formación profesional en este ámbito muestra que es un reto por cubrir para mejorar la cualificación de las personas que realizan este trabajo así como la calidad de las tareas desempeñadas.

Otro ámbito del derecho al trato digno viene afectado por la vigencia de los derechos fundamentales “inespecíficos”. El hecho de que la relación de trabajo doméstico se desenvuelva en la “domus”, lugar donde el empleador/a ejercita también algunos de sus derechos fundamentales como persona, hace que se presente la doble ambivalencia y la ponderación de los intereses en juego³⁰. Así, por ejemplo, el trabajador tendrá libertad de pensamiento, de religión (art. 16.1 CE), sin embargo, en la manifestación de sus convicciones en estos órdenes pueden sufrir restricción en el supuesto de que en el hogar ejerza tareas educativas en las que esté implicado, ya que está en juego el derecho fundamental de los padres de proporcionar a los hijos e hijas “...la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 CE). Este derecho fundamental se erige también en límite al ejercicio de las facultades de vigilancia y control del empleador/a (art. 20.3 ET), salvo que concurren las circunstancias de inviolabilidad de la persona del trabajador/a recogidas en el art. 18 ET, aplicadas de modo restrictivo.

Ante lo cual se aprecia la dificultad de dar soluciones generales, ya que ha de procederse en cada caso a una ponderación de los concretos intereses en juego, y tener como trasfondo el evitar una conducta discriminatoria y el surgimiento o mantenimiento de la confianza precisa en la relación.

Unido al respeto a la intimidad familiar está la regulación del art. 11.5 RD 1620/2011 que, en su parte final, alude a los “deberes de lealtad y confianza” como causa de extinción por falta grave. En cuanto a la confianza, se trata de que el trabajador/a también se acomode a parámetros generales y objetivos, si bien en mayor grado que en otras relaciones³¹, por la especialidad del ámbito familiar en que se realiza. Especificaciones típicas de esta obligación y de lealtad y observancia de las reglas de buena fe que cimientan la confianza son: procurar el trato respetuoso, la prohibición de hurtos,³² causar daños en la casa, bienes o instrumentos, etc.

Otra concreción específica es la obligación de sigilo del trabajador/a doméstico en lo concerniente a la esfera íntima de la persona y cuya revelación a terceros puede dañar la intimidad personal o familiar, así como los aspectos profesionales y laborales con relevancia jurídica y que el titular quiere mantener en el conocimiento de un reducido círculo de personas³³.

III. NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DEL RD 1620/2011

Para destacar las más importantes novedades que introduce el RD 1620/2011, se hace necesario explicar la nueva norma, comparándola con el texto anterior del Real Decreto 1424/1985 de 1 de agosto, ya que en parte se ha mantenido el contenido del mismo, si bien ha supuesto un avance de garantías, por más que todavía faltan tomar medidas para reconocer los derechos equiparables al resto de relaciones laborales.



III.1

Objeto y ámbito de aplicación de la normativa reguladora

La definición sobre la actividad al servicio del hogar familiar (art. 1.4 RD 1620/2011) es semejante a la del RD de 1985, con una ampliación importante y que responde a la realidad en la que operan estas relaciones. Mientras que el texto anterior incluye el cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio, la nueva norma se refiere de forma más amplia al cuidado de las personas *“que forman parte del entorno doméstico o familiar”*.

En art. 1.3 RD 1620/2011 se regula la prestación de servicios que se realice para dos o más personas que, sin constituir una familia ni una persona jurídica, convivan en la misma vivienda. En tales casos, 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”.

Por otra parte, el art. 2 RD 1620/2011 excluye de la norma a supuestos regulados en los últimos años como son las relaciones concertadas a través de empresas de trabajo temporal, las de los/as cuidadores profesionales contratados por instituciones públicas o entidades privadas, y las de los/as cuidadores no profesionales³⁴.

III.2

El esperado contrato de trabajo por escrito

III.2.1

El ingreso al trabajo

Una de las mejoras en el ingreso al empleo es la ausencia de discriminación en el acceso al mismo, adoptando como base la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y

34

En los dos últimos supuestos de acuerdo a lo regulado en la Ley 39/2006 de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia.

35

Esta citación específica parecía relevante desde el punto de vista del “tipo social” ya que ponía de manifiesto la relativa frecuencia con que los contratados en este sector pueden ser extranjeros CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 246.

36

WEINERT, P. *Foreign Female Domestic Workers: Help wanted!*, Genova: International Labour Office. International Migration for employment (1991). p. 12.

En cuanto a datos estadísticos sobre afiliación de trabajadores extracomunitarios al Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar, casi tan elevada como la de españoles, *vid.* CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL. *La inmigración y el mercado de trabajo en España*. Informe núm. 4/2004, Madrid, 2004. p. 47, 52 y 54. *cf.* datos estadísticos en www.ine.es





37

Sobre la normativa de extranjería, cfr. nota n. 10.

38

OIT: *En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada*. Informe VI, CIT, 92.^a reunión (Ginebra, junio de 2004).

39

El Convenio está complementado por la Recomendación núm. 201 de la OIT, de modo que sea posible proporcionar el asesoramiento apropiado a los mandantes en materia de políticas y prácticas en la esfera del trabajo doméstico y concretamente, para hacer efectivas las medidas para la protección de los trabajadores (art. 20 y 21, 1) de la Recomendación.

40

DE LA VILLA GIL, E. *Las relaciones laborales de carácter especial; Servicio del hogar familiar*, «Documentación Laboral» (XII-1985), p. 215.

41

La duración anual de modo ilimitado en el contrato de trabajo doméstico mantenía al empleado en una situación de precariedad continuada. Esta situación de continua inseguridad debía encontrar algún límite ya que no se justificaba que se mantuviera indefinidamente al no ampararse en causa alguna.

Esta precariedad se ve reforzada todavía más en el caso de los trabajadores inmigrantes al estar sometidos a la renovación de la autorización para trabajar o la obtención del permiso de trabajo.

La situación resultaba paradójica pues al no exigirse que la duración anual responda a una causa, al empleado de hogar no se le aplicaba el régimen jurídico de los contratos temporales, ni en orden a la causalidad ni en orden a la indemnización prevista en el art. 49 ET.

Únicamente se establecía que la extinción por término anual da derecho a una indemnización con una cuantía equivalente a la del salario en metálico correspondiente a 7 días naturales multiplicado por número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con límite de 6 mensualidades (art. 9.3 RD 1985).

Parece que, ante esta situación de desequilibrio injustificada, resultaba inminente la supresión de la libre fijación anual, por falta de causa y base en la especialidad del contrato y reconducir la contratación hacia los supuestos previstos en el ET con requisitos causales y con derecho a las indemnizaciones previstas para estas modalidades contractuales (art. 49 ET).

42

Así se desprende de la interpretación conjunta, del art. 5.5 RD 1620/2011 y la disposición adicional primera sobre comunicación del contenido de los contratos.

hombres. Esta aportación se concreta en las medidas señaladas para el ingreso al trabajo, ya sea a través de la contratación directa, servicio público de empleo o agencias de colocación. Concretamente, será el art. 4. 2 RD 1620/2011 donde se establece que deben garantizarse en el ámbito de actuación de las entidades, *“el principio de igualdad en el acceso al empleo, no pudiendo establecer discriminación alguna...”*. Destacamos ahora un punto que se recogía explícitamente en la regulación anterior de 1985³⁵ y que en el RD 1620/2011 queda implícito en la ausencia de discriminación, como es la contratación por razón de la nacionalidad. Merece especial alusión por el porcentaje de personas de otros países que desempeñan este trabajo³⁶ y que, en aplicación de las fuentes de la relación laboral (art. 3, b) RD 1620/2011) se rige por la normativa general vigente para los trabajadores/as extranjeros en España³⁷.

Aunque la nacionalidad no forma parte de la especialidad del contrato, sí se encuentra dentro del “tipo social” del empleado/a doméstico de un modo cada vez más extendido, lo que ha provocado continuos estudios por parte de la OIT³⁸ y el Convenio núm. 189 lo ha regulado en el art. 8 señalando medidas para el trabajo doméstico con personas inmigrantes, así como el evitar abusos por parte de las agencias de colocación (art. 15)³⁹.

III.2.2

La forma del contrato

Una de las novedades más esperadas de la regulación es la referente a la forma del contrato, ya que según la normativa de 1985, podía formalizarse por escrito o verbalmente, y en el caso de no haber pacto formal se presumía que la duración era por un año. Esta especialidad injustificada es una de las modificaciones sustanciales que introduce el art. 5 RD 1620/2011. La especialidad respondía más bien a razones de política legislativa⁴⁰ y no parecía que existiera razón objetiva relacionada con la singularidad de la relación para establecer que fuera un

contrato indefinidamente temporal⁴¹. Finalmente desaparece el contrato anual no causal y la posible contratación temporal que quiera efectuarse se regirá por las reglas generales del artículo 15 de la LET.

En este sentido, el artículo 6 RD 1620/2011 dispone que el contrato podrá celebrarse por tiempo indefinido o por una duración determinada, *“en los términos previstos en el Estatuto de los trabajadores y sus normas de desarrollo”*, con el mantenimiento de la posibilidad de concertación de un período de prueba cuya duración se fija en dos meses, en coherencia con lo dispuesto en el artículo 8.2 de la LET. En caso de inexistencia de pacto escrito el contrato se presumirá celebrado por tiempo indefinido y a jornada completa cuando su duración sea superior a cuatro semanas, con la misma presunción *iuris tantum* que rige en la normativa común, es decir *“salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal o el carácter a tiempo parcial de los servicios”*.

Por otra parte, se refuerzan las obligaciones del sujeto empleador/a respecto a la información que debe facilitar a la persona contratada, siempre y cuando el contrato tenga una duración superior a cuatro semanas, con remisión a la normativa común contenida en el Real Decreto 1659/1988 y con la añadida obligación de incluir información sobre tres cuestiones que son específicas de esta relación laboral especial: las prestaciones salariales en especie si se han pactado (que nunca podrán superar el 30 % del salario total, con la obligación empresarial de abonar en metálico al menos el Salario Mínimo Interprofesional); la duración y distribución de los tiempos de presencia pactados, y el régimen de pernoctas, en su caso (art. 5.4 RD 1620/2011).

El texto finalmente aprobado parece que opta directamente por la comunicación del empleador/a a la Tesorería como vía de publicidad del contrato⁴².



III.3

Contenido de la relación laboral

III.3.1

Una adecuación de derechos y deberes a los empleados/as de hogar

Por lo que respecta al contenido de la relación laboral del servicio doméstico cabe destacar la remisión a los derechos y deberes establecidos en los art. 4 y 5 de la LET con una mención expresa al derecho a unas adecuadas condiciones de seguridad y salud en el trabajo que deberán tener en cuenta las características del trabajo doméstico, cuyo incumplimiento por parte del empleador/a dará derecho al trabajador/a a presentar su dimisión, efecto que ya estaba previsto en el artículo 13 del RD de 1985 y que no introduce ninguna modificación⁴³.

III.3.2

Retribución

Según la normativa de 1985, la **retribución** se fijaba por el acuerdo entre las partes o bien el convenio colectivo que sea de aplicación, que toma como punto de referencia el SMI y que debe ajustarse a las horas efectivamente trabajadas según si se trata de jornada de trabajo completa o a tiempo parcial. La reforma operada por el art. 8 RD 1620/2011 introduce varias modificaciones de interés, siendo dos de ellas la percepción en metálico, al menos, del SMI, y la equiparación del porcentaje de retribución en especie con el resto de trabajadores/as y que se ha fijado en el 30 % desde la entrada en vigor de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, sobre medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, frente al 45 % que se permitía con anterioridad, y además sin garantizar el percibo del SMI en metálico. El Ministerio de Trabajo deberá poner a disposición de los empleadores/as modelos de recibos de salarios para el cumplimiento de la norma en este punto. Además, en cuanto a la forma de documentar el pago del salario, el RD se remite en primer lugar a la forma que acuerden las partes, en el ejercicio de

la autonomía de la voluntad, para concretar el “*recibo individual y justificativo del pago del mismo*”, y sólo en defecto de ausencia de pacto será de aplicación la normativa general recogida en el artículo 29. 1 de la LET.

La regulación actual se ciñe a una retribución única de salario mínimo interprofesional ya que no se exige una capacitación profesional determinada para ejercer este trabajo. Como existe en los países de nuestro entorno, el establecimiento de categorías profesionales dentro del sistema de contratación en torno al hogar permitiría una gradación de salarios, en función de la preparación y promovería una mayor profesionalidad en el modo de realización de los servicios. Al no mencionar el RD 1620/2011 ninguna previsión sobre categorías profesionales y su repercusión sobre la estructura del salario, quedando tal cuestión remitida a la negociación colectiva, se ha dejado nuevamente al acuerdo individual en función de la posición contractual del trabajador/a como muchas otras condiciones de trabajo⁴⁴.

En relación a las pagas extras, la fijación de su cuantía se remite al acuerdo entre las partes, con la percepción en metálico, en cualquier caso, de “la cuantía del salario mínimo interprofesional en cómputo anual”. Una novedad considerable es la referente a la regulación de los incrementos salariales que perciba el sujeto trabajador/a; la regla general es la de atenerse a lo que pacten las partes, y solo en su defecto se aplicará, no la regla de la antigüedad, calificada por la Exposición de motivos como “obsoleta”, sino el incremento salarial anual igual al incremento salarial medio.

III.3.3

Mejoras en el tiempo de trabajo

Otra de las aportaciones considerables se refiere al **tiempo de trabajo**, ya que el art. 9 RD 1620/2011 se ha adaptado en parte a la regulación general de la LET. Cabe destacar que la fijación del horario se efectuará por acuerdo entre las partes, al menos legalmente, y no por la simple decisión

43

Son conocidas las dificultades que existen para las autoridades laborales para velar por el cumplimiento de la normativa vigente, en materia de seguridad, salud y condiciones del trabajo, con respeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio. Además, la actuación de la ITSS deberá ajustarse a las facultades y límites previstos en toda su normativa reguladora, habiendo desaparecido en el texto finalmente aprobado la mención expresa, y única, al artículo 5 de la Ley 42/1997, en cuyo apartado 1 se dispone que “*Si el centro sometido a inspección coincidiese con el domicilio de la persona física afectada, deberán obtener su expreso consentimiento o, en su defecto, la oportuna autorización judicial*”.

44

LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete, Bomarzo (2008). p. 131.

45

En esta línea, CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 286. LÓPEZ GANDÍA, J. *Las relaciones especiales*. Albacete, Bomarzo (2008). p. 123-124. El resto de la doctrina predomina la opinión contraria. No aparece clara la postura de GARCÍA VIÑA, J. *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados del hogar*. Granada, Comares (2009). p. 82-84. A favor del carácter retribuido del tiempo de presencia, ALONSO OLEA, M. – CASAS BAA-MONDE, E. *Derecho del Trabajo*. Civitas (2002). p. 286.

46

Se puede compensar con la manutención o alojamiento. cfr. GARRIDO PÉREZ, E. “El trabajo en el hogar: un replanteamiento de su especialidad desde el punto de vista normativo y jurisprudencial”. En: *Mujer y Trabajo*. Albacete, Bomarzo (2003). p. 242.

47

Convenio núm. 189 sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos (<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>). art. 10.3 “*Los períodos durante los cuales los trabajadores domésticos no disponen libremente de su tiempo y permanecen a disposición del hogar para responder a posibles requerimientos de sus servicios deberán considerarse como horas de trabajo, en la medida en que se determine en la legislación nacional o en convenios colectivos o con arreglo a cualquier otro mecanismo acorde con la práctica nacional*”.

48

www.eduardorojoblog.blogspot.com/2011/11/primera-aproximacion-la-nueva.html. El autor considera que la hora de presencia, como mínimo, debe ser remunerada como hora ordinaria.

49

STSJ de País Vasco, de 28 de noviembre de 2006 (AS 2007, 1140).

50

Daniel Pieters recomienda llegar a acuerdos similares a los de trabajadores más “cualificados”, como p.ej. los turnos de guardia de los médicos, que obligan a permanecer en el hospital y ponerse a trabajar cuando entra una urgencia. PIETERS, D. “¿Cómo conseguir una protección social adecuada de los empleados domésticos?”. *Tribuna Social* (2008). núm. 207, p. 30.

51

Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.



unilateral del empleador/a. Se amplía el descanso diario a doce horas, pudiendo reducirse a diez pero siempre y cuando se compense el disfrute de las dos horas restantes en un período de cuatro semanas. El descanso semanal será de treinta y seis horas consecutivas (frente a las veinticuatro horas vigentes) que incluirán como regla general la tarde del sábado o la mañana del lunes y todo el domingo, es decir en idénticos términos que la normativa general contenida en la LET. Para las vacaciones (treinta días naturales) habrá que estar al acuerdo entre las partes para su disfrute, y en defecto de pacto quince días los fijará el empleador/a y el resto por el/la empleador/a, concretando el artículo 9.7 del RD 1620/2011 que la decisión de empleador/a se adoptará “de acuerdo con las necesidades familiares”, y siendo lo más importante a destacar, en la misma línea que se recoge en el Convenio número 189 de la OIT, que durante los periodos vacacionales el/la trabajador/a “no estará obligado a residir en el domicilio familiar o en el lugar donde se desplace la familia o algunos de sus miembros”. Por fin, debe mencionarse que la reforma recoge expresamente el derecho de los niños/as de 18 años a disfrutar de los mismos derechos en materia de tiempo de trabajo que los restantes trabajadores que están acogidos a la LET.

Una cuestión importante, es la relativa a las **horas de presencia**, es decir periodos de tiempo que excedan del horario de trabajo pactado y durante los que el empleado/a de hogar sigue estando a disposición del empleador/a. De todos modos, el hecho de que el trabajador/a no pueda disponer de este tiempo, requerirá una compensación, que hasta la regulación anterior podría ser inferior a la del trabajo efectivo por no realizar una tarea determinada⁴⁵ pero que, actualmente, como señala el art. 9. 2 RD 1620/2011 –salvo que se compense de otra manera acordada por las partes–⁴⁶ “se retribuirán con un salario de cuantía no

inferior al correspondiente a las horas ordinarias”. Ahora bien, la pauta más clara y reciente nos la da el Convenio núm. 189 OIT al disponer que las horas de presencia deberán considerarse como horas de trabajo⁴⁷, y por consiguiente ser remuneradas o compensadas por tiempo de descanso equivalente⁴⁸, siempre que lo determine la legislación nacional. En este sentido, el Convenio no ayuda a dejar zanjada una cuestión que en la práctica de la relación laboral doméstica es quizá de las más importantes.

Es una realidad que la falta de determinación de régimen jurídico y la amplia disponibilidad para determinar este tiempo por las partes dificulta seriamente su concreción. Ahora bien, ha de ser fruto del acuerdo entre trabajador/a y empleador/a doméstico tanto su colocación en la jornada de trabajo como su modo de compensación, y no se permite el establecimiento unilateral por parte del empleador/a⁴⁹. La falta de determinación del tiempo de presencia en el RD 1620/2011 se debería suplir del mismo modo que otras jornadas especiales, evitando el uso del mismo como trabajo efectivo, como simplemente puesta a disposición, por las consecuencias que esto tiene en la ampliación de la jornada del trabajador/a doméstico.

Cabe señalar que es lógico que se mantenga la regulación del tiempo de presencia en los empleos en torno al hogar porque forma parte de la estructura del mismo, por el objeto y tipo de trabajo que se realiza. Ahora bien, es necesario unir la especialidad a una regulación escrita, para evitar abusos por ambas partes contratantes y precisar con más claridad los datos necesarios. La constancia por escrito, además de lo que fijen libremente las partes, tendría que seguir unos parámetros básicos acordados por negociación colectiva o bien, remitir a la regulación contenida en RD 1861/1995 de 21 de septiembre sobre jornadas especiales, que debería contemplar el trabajo de los empleados/as de hogar

como un supuesto más, ya que actualmente resulta difícil⁵⁰. Entre otros aspectos a tener en cuenta, cabe destacar que el art. 9.2 RD 1620/2011 ha logrado determinar una duración máxima total de la jornada en la que se incluya horas de trabajo efectivo (40 h.) y horas de presencia (no pueden exceder de 20 h), para respetar el art. 40 CE y la Directiva 2003/88/CEE de 4 de noviembre que no excluye al servicio doméstico y en cuyo art. 6, b) fija el tope semanal de trabajo en 48 horas, incluyendo las extraordinarias.

No existe novedad alguna en la reforma con respecto a la normativa de 1985 en materia de conservación del contrato del sujeto empleado/a, por lo que seguirán siendo de aplicación las reglas vigentes.

III.3.4

Novedades en la extinción del contrato

El art. 11 RD 1620/2011 regula la **extinción del contrato** de trabajo del empleado/a doméstico. Esta regulación ha introducido modificaciones considerables respecto a la regulación anterior de 1985 tendentes a reforzar los derechos del sujeto trabajador/a. Aun así es llamativa la desaparición de la referencia recogida en el proyecto de RD a la imposibilidad de la extinción por alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o en vulneración de algún o algunos derechos fundamentales y libertades públicas de las personas empleadas. La causa tal vez sea su regulación expresa tanto en el Estatuto de los Trabajadores/as como en la nueva normativa procesal⁵¹.

Entre las causas de extinción del contrato laboral de los empleados/as del hogar se sigue, a grandes rasgos, la normativa general. De hecho, el art. 11.1 remite a lo previsto en el art. 49 ET, a excepción de las causas señaladas en las letras h) i) y l) del apartado 1, que no resultan compatibles –según el legislador– con la naturaleza de la relación.



En materia de extinción contractual se le atribuye una tarea de documentación al Ministerio de Trabajo e Inmigración que facilite la actuación del empleador/a, en cuanto que deberá poner a disposición de los empleadores/as “modelos e información para la debida notificación de la extinción del contrato de trabajo a los trabajadores” (art. 11.6 RD 1620/2011).

El art. 11.2 recoge como causa de extinción el despido disciplinario. La extinción se remite a las conductas previstas en el art. 54.2 ET, aunque en la mayoría de los casos analizados por la jurisprudencia suele ser por ausencia en el puesto de trabajo sin justificación⁵². Se explicita que el empleador/a ha de comunicar su decisión por medio de “notificación escrita” y la entrega de la misma produce la resolución del contrato, aunque algunas sentencias admiten la forma verbal del despido porque el fundamento del mismo no es la ausencia de forma sino de causa⁵³. El contenido del escrito se regirá por las normas establecidas en el art. 55.1 ET, el cual exige que consten “los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos”⁵⁴. Por otro lado, no se prevé un plazo de preaviso en el despido, con lo cual no cabe exigir compensación por parte del empleado/a doméstico en el supuesto de que no exista⁵⁵.

En el caso de que el despido sea improcedente, por la especialidad de la relación que se basa en la mutua confianza, no se prevé la opción a favor del empleador/a entre la indemnización o la readmisión del trabajador/a, sin embargo nada se opone a esta posibilidad⁵⁶ si por el/la titular no hay inconveniente⁵⁷. Aun así, lo habitual será que el empleado/a reciba una indemnización equivalente al salario en metálico correspondiente a veinte días naturales multiplicados, por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de doce mensualidades⁵⁸. Cabe destacar que en el proyecto de RD se había fijado la indemnización en la misma cuantía que la prevista para el despido improcedente de los trabajadores/as con contrato indefi-

nido que no sea de fomento de empleo o con contrato temporal que finaliza de forma no conforme a derecho, es decir cuarenta y cinco días de salario por año de servicio⁵⁹.

Respecto al *despido nulo*, el art. 11.2 RD 1620/2011 tampoco contempla esta posibilidad ni, como consecuencia, la obligación de readmisión en estos supuestos. En este sentido, la jurisprudencia entiende que en esta relación de carácter especial no se puede imponer la readmisión, concluyendo varias sentencias que no existe la figura del despido nulo, incluso en casos de despido de una trabajadora embarazada⁶⁰, ni tampoco se da la opción legal de readmisión⁶¹. En cambio, en la doctrina se han planteado mayores dudas. Algunos autores/as admiten que podría existir la figura del despido nulo aunque con dificultades sobre su aplicación por las peculiaridades de la relación⁶². Otros afirman que no es factible la readmisión efectiva del trabajador/a por la especialidad del contrato⁶³ o, por el contrario, si se trata de despido nulo, otro sector piensa que el efecto inmediato es la readmisión del trabajador/a⁶⁴.

Ahora bien, con base en la Ley Orgánica 3/2007 de igualdad efectiva de hombres y mujeres (LOI) la situación cambia en determinados supuestos, como es la cuestión relativa al despido de una empleada doméstica por razón de embarazo o maternidad. Si se realiza, el art. 8 LOI señala que constituye una discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionadas con el embarazo o la maternidad. En cuanto al efecto, según el art. 10 LOI determina claramente que los actos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido. Por tanto, en aplicación de esta norma, puede haber tribunales que consideren el despido como nulo y dejen sin efecto la decisión empresarial, condenando al pago de unas determinadas indemni-

52

STC 115/2000, de 5 de mayo; STSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de septiembre de 2001; STSJ de Madrid de 16 de abril de 2002 (Jur 166169), STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 2003 (Jur 129499).

53

STCT de 9 de junio de 1987 (RTCT 12639).

54

STSJ de Galicia de 7 de junio de 2001 (AS 1785).

También en la STSJ de Cataluña de 6 de julio de 2007 se permite que la comunicación sea considerada válida cuando la lleva a cabo la esposa del titular del hogar familiar.

55

STSJ de Cataluña de 19 de enero de 1995 (AS 283).

56

SALA FRANCO, T. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales* (1986), núm 4, p. 34; CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p.431-432.

57

STSJ de Cataluña de 23 de mayo de 1998 (AS 32), STSJ País Vasco 29 de febrero de 2000 (AS 586).

58

Sobre el régimen jurídico de esta indemnización se puede ver, entre otras, la STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2002 (AS 1456); STSJ de País Vasco de 14 de enero de 2004 (AS 1550) y STSJ de Asturias de 30 de enero de 2004 (AS 290).

59

Limitado a doce mensualidades frente a las cuarenta y dos del régimen común regulado en el art. 56.1 a) ET. cfr. Proyecto Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. www.hogaradas.es art. 11.2.

60

STSJ de País Vasco de 14 de enero de 2003 (AS 1550) y STSJ de Madrid de 10 de abril de 2003 (AS 3087).

61

STCT de 15 de diciembre de 1987; STSJ de Madrid de 27 de enero de 1998 (AS 260) y STSJ de Madrid de 18 de mayo de 1999 (AS 1495).

62

DE LA VILLA GIL, E. *Las relaciones laborales de carácter especial; Servicio del hogar familiar*, «Documentación Laboral» (XII-1985). p. 220.

63

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JM. “Servicio del hogar”. *Comentario a las leyes laborales*; Ederesa (1987). p. 76; QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico. Madrid, *La Ley* (1991). p. 208; AYALA DEL PINO, C. *Cuestiones laborales de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar* (2005). p. 254-255.



64
SALA FRANCO, T. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales* (1986), núm 4, p. 313; CUEVA PUENTE, C. La relación laboral especial de los empleados de hogar. Valladolid, *Lex Nova* (2005). p. 436 y ss.

65
Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008 (AS 664).

66
RUANO ALBERTOS, S. “Declaración de nulidad del despido de una empleada de hogar (Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008)”. *Aranzadi Social* (2008), p. 45-46.

67
Proyecto Real Decreto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. www.hogaradas.es. art. 1.1 § 3.

68
www.eduardorjoblog.blogspot.com/2011/11/primera-aproximacion-la-nueva.html

69
Ley Procedimiento Laboral y Ley 36/2011 de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

zaciones. Este es el caso de la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid⁶⁵ que ha supuesto un cambio de especial trascendencia ya que aplica el mecanismo protector que instituye la Ley de igualdad a una relación como es la de empleados/as de hogar, cuya regulación específica es escasamente protectora, y califica como nulo el despido de una empleada de hogar por razón de embarazo, considerando irrelevante que el artículo 10 del RD 1424/1985 de agosto –entonces vigente– no contemple la nulidad del mismo, dado que el mencionado precepto quedaría derogado, según la sentencia, por la Disposición Derogatoria Única de la LO 3/2007⁶⁶.

Es llamativo que con la reciente normativa del RD 1620/2011 no se hayan recogido algunas referencias relacionadas con este tema, como las que había introducido el proyecto de RD sobre la imposibilidad de extinción por alguna causa de discriminación prohibida en la Constitución o en la Ley, o en vulneración de alguno de los derechos fundamentales y liberta-

des públicas de las personas empleadas⁶⁷. Probablemente se ha dado por supuesta su inclusión⁶⁸ al aplicar la normativa con carácter general a todos/as los trabajadores/as tanto en materia sustantiva con el Estatuto de los Trabajadores, como en materia procesal⁶⁹. Por la problemática generada en años anteriores, hubiera sido muy adecuada su referencia expresa de modo que no cupiese error.

La *facultad de libre desistimiento del empleador* es la peculiaridad más importante del régimen jurídico de extinción del contrato regulada en el RD 1620/2011 que introduce dos grandes modificaciones respecto a la normativa anterior. Por un lado la exigencia de comunicación por escrito de la decisión del empleador/a de desistir de la relación laboral, con manifestación clara e inequívoca de que la causa de extinción del contrato es el desistimiento y no otra. Por otro lado, se aumenta la indemnización de este supuesto, pasando de siete a doce días por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.



El objetivo es lograr una mayor protección y garantía de los derechos del trabajador/a ya que con la regulación de 1985 el empleador/a podría desistir en cualquier momento sin necesidad de alegar causa alguna y abonando una indemnización de siete días por año con el tope de seis mensualidades. Aun así, llama la atención su pervivencia cuando ha dejado de existir hace tiempo en la relación laboral ordinaria regulada en art. 49 ET y solo se encuentra presente en la relación laboral de carácter especial de alta dirección y en el servicio del hogar familiar, basada en la necesidad de la mutua confianza para mantenerla⁷⁰, así como el velar por el derecho a la intimidad personal y familiar como ya señala la Exposición de motivos del RD 1620/2011.

El ámbito del hogar, donde se desarrolla la relación, hace que la confianza y el derecho a la intimidad sea un fuerte rasgo caracterizador del contrato de trabajo doméstico. Ahora bien, si estos son los motivos que realmente afectan a la relación y que están unidos a la especialidad de la misma, habrá que precisar y tasar cuándo se alteran estas circunstancias para evitar que haya arbitrariedad por parte del empleador/a y que realmente haya una causa que motive el despido, para no dejar en una situación de indefensión al trabajador/a y para crear una barrera protectora del trabajador/a individual frente a conductas que pueden ser fácilmente abusivas. La necesidad de una causa que ampare el despido se refuerza con la existencia de unos límites al desistimiento como son la existencia de una causa lícita –no contraria a las leyes, moral u orden público–, así como el respeto a los derechos fundamentales (raza, sexo, religión, etc.) y libertades públicas del trabajador/a (libertad sindical, ideológica, religiosa, etc.), salvo que exista una concatenación entre estos derechos y la confianza necesaria en la idoneidad del trabajador/a para satisfacer la finalidad que el empleador/a persigue al contratar.

En este ámbito juega un papel importante la LOI en donde se debe conjugar la protección de la confianza necesaria en la relación con evitar cualquier discriminación del trabajador/a, como establece el título IV que recoge el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades.

Es evidente que la comunicación escrita del desistimiento del empleador/a es un paso adelante en garantía jurídica, sin embargo, la indeterminación de la causa que lo motiva, mantiene en inseguridad al empleador/a. En la regulación anterior, al no exigirse comunicación escrita, la jurisprudencia había adoptado dos tendencias en relación a la conexión entre despido y desistimiento: una favorable a la conmutabilidad del desistimiento por el despido para el caso de que no se cumplieran los requisitos previstos para el primero⁷¹ y la tendencia contraria a la posibilidad de transformación⁷².

En esta disyuntiva ha jugado un papel clave la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2002 en la que distingue nítidamente en materia de calificación jurídica del cese entre las figuras del despido y del libre desistimiento. Aun así, esta situación ha quedado clarificada con la exigencia de comunicación por escrito en la que consta la voluntad del empleador/a de finalizar la relación por desistimiento (cfr. art. 11. 3 RD 1620/2011).

No deja de ser una situación precaria y de singularidad que debe ser motivo de revisión para acatar la especialidad de la relación y someterla

70

SALA FRANCO, T. “La relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar y el contrato de trabajo doméstico”. *Relaciones Laborales* (1986), núm. 4, p. 35-36; QUESADA SEGURA, R. El contrato de servicio doméstico. Madrid, *La Ley* (1991). CARDENAL CARRO, M. “A los 15 años de existencia de las relaciones laborales especiales. Un balance y una propuesta”. *Aranzadi Social* (2000), V, p. 177.

71

STSJ de Cataluña de 22 de junio de 1999 (AS 2135) y 23 de mayo de 1998 (AS 2771).

72

STSJ de Valencia de 10 de mayo de 2001 (AS 2049) que al no cumplirse los requisitos del desistimiento previstos en art. 10.2 RDSHF se condena al pago de la indemnización requerida para el mismo. En la misma línea STSJ de Baleares de 10 de octubre de 2000 (AS 43116) en la que se obliga a abonar a los trabajadores la cantidad adecuada; STSJ de Madrid de 1 de junio de 2000 (AS 3234) que, ante el incumplimiento del pago del desistimiento, se aplicarán la regla general de daños y perjuicios (art. 1101 CC).

73

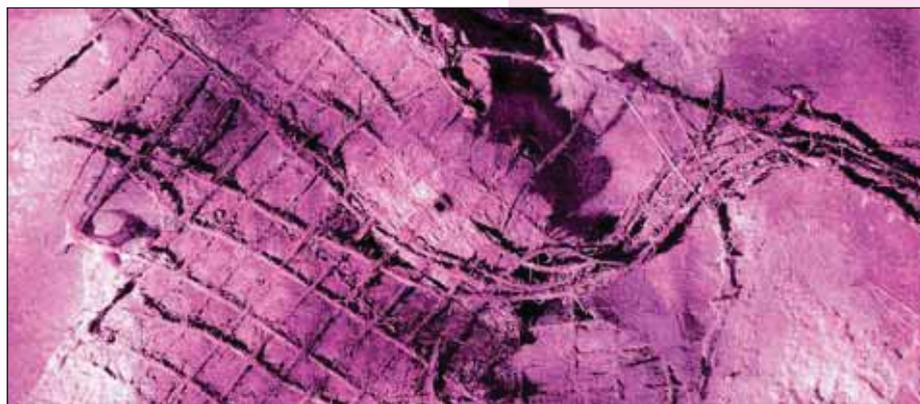
La viabilidad de aplicar “plenamente” la normativa laboral común de la LET al régimen de extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar, así como también la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, “entendido como pérdida de confianza en la persona empleada” en alguna causa de extinción del contrato recogidas en el artículo 49 de la LET (DA 2ª, 2, 1ª RD 1620/2011)

74

La preocupación por el coste que la medida puede tener, se plantea en la reciente reforma de la Ley de Seguridad Social y lleva a la norma a efectuar una manifestación expresa de que dicha medida debe garantizar “los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera” (DA 2ª, 2, 2ª RD 1620/2011).

75

La DA 3ª RD 1630/2011, manifiesta el deseo de velar por el buen cumplimiento de la normativa que han de aplicar empleadores cuyo desconocimiento de la normativa laboral suele ser elevado: “El Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de su sede electrónica y de sus oficinas de información socio-laboral, facilitará a los empleadores y a los trabajadores cuanta información sea necesaria para la aplicación del presente real decreto, incluyendo la puesta a disposición de modelos, en formato electrónico descargable o en papel, para el cumplimiento de las obligaciones formales y documentales contenidas en el mismo”.





a causas que justifiquen su extinción, evitando cualquier arbitrariedad en el fin del contrato.

También en materia de extinción contractual se le atribuye una tarea de documentación al Ministerio de Trabajo que facilite la actuación del sujeto empleador/a, al igual que hemos visto en apartados anteriores de la nueva norma, en cuanto que deberá poner a disposición de los empleadores/as *“modelos e información para la debida notificación de la extinción del contrato de trabajo a los trabajadores”* (art. 11. 3 RD 1620/2011).

III.3.5

Otras cuestiones de régimen jurídico

Junto a la regulación de infracciones (art. 12) y la jurisdicción del orden social como competente en esta materia (art. 13), se recogen tres Disposiciones Adicionales, dos Transitorias, una Derogatoria y tres Finales. Cabe destacar especialmente la DA 2ª ya que deja al nuevo gobierno diversas tareas: la evaluación del texto antes de final de 2012 para ver qué cambios cabe realizar, y la constitución de un grupo de expertos/as, en el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de la norma –y que todavía no se ha constituido– que deberá manifestarse antes del 31 de diciembre de 2012 sobre diversas cuestiones, dos de las cuales están relacionadas con la extinción del contrato de trabajo⁷³. Otro de los deberes que se le atribuye al grupo de expertos/as es la viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo que se adapte a *“las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar”*⁷⁴.

Por último, el nuevo texto legal será de aplicación a los contratos vigentes a partir de su entrada en vigor si bien hay una importante excepción, ya que la nueva cuantía de la indemnización por libre desistimiento empresarial sólo será de aplicación *“a los contratos que se*

concierten a partir de la entrada en vigor de este real decreto”. Además, se concede un plazo amplísimo, de un año, para que el/la empleador/a pueda formalizar los contratos de trabajo que ya estuvieran vigentes en la actualidad, y para facilitar la información antes citada al trabajador/a sobre sus condiciones contractuales.

En cuanto a la obligación de respetar la forma del contrato regulada en el artículo 5 RD 1620/2011, la disposición transitoria primera también remite su aplicación sólo a los contratos que se formalicen a partir de la entrada en vigor del RD. Ahora bien, queda condicionado a que el Ministerio de Trabajo, en una nueva tarea de ayuda administrativa a los/las empleadores/as, *“ponga a disposición de los empleadores los modelos de contrato de trabajo y de más documentación a que se refiere la disposición adicional tercera”*.

Lógicamente, se dispone que el RD 1620/2011 no afectará a las condiciones más beneficiosas existentes en el momento de entrada en vigor (DT 2ª), *“sin perjuicio de los establecido en materia de compensación y absorción de salarios en los artículos 26.5 y 27.1 del Estatuto de los trabajadores”*.

IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, es relevante señalar que las condiciones de los empleados/as del hogar han supuesto una mejora:

A en primer lugar, en el sistema de contratación en el que se garantiza el acceso al empleo de una manera más segura mejor informada, bien a través de la contratación directa, del servicio público de empleo o de las agencias de colocación;

B en segundo término, el sistema de contratación está facilitado por la colaboración y asistencia adminis-

trativa de las Administraciones a los empleados/as y contratantes, de manera que la complejidad que pueda suponer el acceso al empleo, se equilibre con una puesta a disposición de asesoramiento y de la documentación necesaria que se requiere para la efectiva puesta en marcha de la norma⁷⁵ y hacer más sencillo el contrato;

C un tercer aspecto refleja una clara mejora en las condiciones laborales, como son el tiempo de presencia, descanso, salario en especie, etc. y, en general, la remisión a los derechos y deberes laborales que permiten, de manera explícita, ampararse en la normativa común para proteger al trabajador/a.

Junto a lo anterior, es también manifiesta la necesidad de arbitrar medidas hasta lograr una equiparación respecto al resto de trabajadores/as, como es en el caso de la reducción de las indemnizaciones a percibir en caso de despido disciplinario o para la extinción contractual por desistimiento del trabajador/a, así como otros derechos que habría que promover para una mayor profesionalización de los empleados/as, a través de futuros convenios colectivos que se elaboren como explícitamente remite el RD 1620/2011.

Aun así, cabe señalar que el nuevo régimen del servicio del hogar familiar ha supuesto, dentro de la especialidad inherente a la relación, un primer avance en garantías y derechos para el trabajador/a, una mejora en relación a la mujer, a la conciliación de familia y trabajo, también en momentos de crisis, si bien la práctica dirá si realmente supone una mejora esta normativa a la vez que siguen quedando en el aire otras diversas cuestiones concernientes a esta relación laboral tan necesaria en nuestra sociedad y que facilita las necesidades vitales de la persona y del hogar familiar.