

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS EMPLEADOS DEL HOGAR EN ESPAÑA

EXTINCTION OF AN EMPLOYMENT CONTRACT FOR DOMESTIC WORKERS IN SPAIN

Cristina Ayala del Pino*
Universidad Rey Juan Carlos

The Royal Decree 1629/2011 approaches the special employment relationship of the domestic employees to the common labor normative. However, the regulation of the extinction of employment relationship has kept the the fundamental lines its precedent.

The author of this paper seeks to analyze the extinction of the employment contract of household workers in disciplinary dismissal and withdrawal; examining judicial rulings, legal literature and the current state of the subject.

KEY WORDS: *Domestic service; family home; household employees; extinction of contract.*

En España, el Real Decreto 1620/2011 ha supuesto un acercamiento del empleo doméstico al régimen laboral común. Sin embargo, esto no sucedió con la extinción laboral que siguió las líneas comunes de su precedente.

La autora busca en este artículo analizar la extinción del contrato de trabajo de los empleados del hogar en el despido disciplinario y el desistimiento, a través del análisis de la jurisprudencia, doctrina y situación actual.

PALABRAS CLAVE: *Servicio doméstico; hogar familiar; relación laboral especial; extinción del contrato.*

* Abogada. Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos (URJC). Ex profesora de la Universidad Carlos III y la Universidad Alfonso X el Sabio. Profesora de la URJC. Contacto: cristina.ayala@urjc.es.

I. INTRODUCCIÓN

El 11 de abril de este año la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) ha cumplido su primer centenario. Lo que, sin duda, es un motivo de celebración para la longeva disciplina autónoma del iuslaboralismo, debe también servir de reflexión sobre nuestro futuro. Si bien es cierto que el Derecho del Trabajo es una rama que puede presumir de tener en su origen una manifiesta vocación internacional, en la actualidad ha sufrido una evolución inversa, toda vez que su desarrollo ha sido encapsulado en las fronteras de cada estado. Ello constituye una diferencia saltante respecto de la emergente transnacionalidad de otras disciplinas jurídicas.

En España, el empleo doméstico tuvo tratamiento civil hasta el advenimiento del Real Decreto 1424/1985 (en adelante, RD 1424). Con esta norma reglamentaria la materia ingresó en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, aunque sometida a disposiciones especiales que afectarían importantes aspectos de la relación contractual y en virtud de las cuales se introducía una gran flexibilidad en las condiciones de trabajo. Como ejemplo, tenemos que, a falta de disposición contraria, se presumía la duración del contrato por un año; de esta manera, se asentó la predilección por la contratación temporal. Asimismo, se permitió al empleador el desistimiento sin causa con una indemnización reducida, lo cual facilitó la extinción del contrato de trabajo. Finalmente, el tiempo de trabajo y salario estuvieron sometidos a una regulación especial, menos garantista.

A lo largo de los últimos años, sin embargo, se ha constatado una creciente preocupación por la precariedad en las condiciones de desarrollo del empleo doméstico. Como indicábamos, en el ámbito internacional cabe destacar la labor de la OIT que, tras la elaboración de varios informes, adoptó en junio de 2011 el Convenio 189 y la Recomendación 201, a través de los cuales se estableció de manera conjunta estándares mínimos de protección para los empleados domésticos cuya efectividad quedaba al albur de cada estado. Al respecto, es preciso reflexionar sobre el papel de tales disposiciones en el ordenamiento español pues de acuerdo a la raíz monista de nuestro modelo constitucional un tratado internacional, una vez suscrito y publicado, deviene en directamente aplicable, conforme lo indica el artículo 96.1 de la Constitución Española. Aquello no significa solamente que tal norma se sitúa por encima de la ley en la jerarquía del elenco normativo, sino también que los demás derechos previstos en la propia Constitución deben ser interpretados a la luz de aquel acuerdo internacional sobre la base del artículo 10.2 de la Constitución Española.

Pese a que tales normas internacionales aún no habían sido ratificadas por el Estado, estas podrían haber ejercido una influencia en el legislador español, pues aquel decidió abordar de manera conjunta la reforma laboral del empleo doméstico y la protección social de su colectivo de trabajadores. Como es sabido, tal encargo fue encomendado al Gobierno en la Disposición Adicional Trigésima Novena de la Ley 27/2011 y el encargo se cumplió una vez fue aprobado el Real Decreto 1620/2011 (en adelante, RD 1620). La nueva regulación entró en vigor el 1 de enero del 2012 y extendió su aplicabilidad inclusive para los contratos que estuvieran vigentes hacia esa fecha, con algunas excepciones de aplicación *ex post*, tales como la referida a la cuantía indemnizatoria frente a la extinción del contrato por desistimiento empresarial.

El RD 1620 pretende conjugar el mantenimiento de las diferencias de justificación objetiva y razonable en el despido con la reducción o eliminación de las que carezcan de ella con el fin de armonizar o equiparar progresivamente la relación jurídica laboral especial al régimen general o común. Al respecto, el preámbulo de la norma reglamentaria vigente reconoce que tal regulación “se dirige a la consecución de la dignificación de las condiciones de trabajo de las personas que realizan la prestación de servicios en el hogar familiar” a través de las siguientes vías:

- a) El establecimiento de mayores y mejores derechos de los trabajadores aplicando, en lo que resulte factible, la regulación general prevista en el Estatuto de los Trabajadores y normativa complementaria.
- b) La introducción de una mayor estabilidad en el empleo a través de la supresión del contrato temporal anual no causal y la sujeción a las reglas del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratación temporal.
- c) La introducción de mecanismos de reforzamiento de la transparencia, sobre todo en asuntos como el de la prohibición de la discriminación para el acceso al empleo y en las obligaciones del empleador en materia de información, al empleado del hogar, respecto a las condiciones de trabajo.

Debe entenderse que la sección inicial del RD 1620 anuncia estas pretensiones sustentándose en la necesidad de mantener la relación laboral doméstica como una de carácter especial, tal como lo recuerda su referencia al artículo 2.1. b) del Estatuto de los Trabajadores. Por ello, las posibles mejoras en este régimen jurídico y su aproximación se realizarán conforme a las adaptaciones necesarias

derivadas, precisamente, del carácter especial de esta relación laboral. En este sentido, el presente trabajo busca analizar la extinción de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar al amparo del RD 1620 y junto a los aportes doctrinales y judiciales de su precedente normativo, para así presentar una visión general de la materia.

El centenario de la OIT pone de manifiesto la necesidad de que el iuslaboralismo –junto a los agentes sociales y la ciudadanía– aproveche el momento para debatir sobre el rediseño del papel y las atribuciones de dicho organismo, así como sobre el futuro del Derecho Laboral tanto a nivel internacional como nacional. Esto constituye también una oportunidad única para llevar a la práctica un replanteamiento de la doctrina judicial de la primacía aplicativa de los Convenios de la OIT, en nuestro caso del Convenio 189 y la Recomendación 201. Nadie cuestiona la especial dificultad de esta tarea; sin embargo, omitir la globalización de los derechos sociales encierra el riesgo del crecimiento de la desigualdad y una ulterior e inminente degradación de la democracia.

II. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIO DOMÉSTICO

Aunque el artículo 11 del RD 1620 prevé la extinción del contrato de servicio doméstico en términos muy similares a los previstos en el derogado RD 1424 (Ayala del Pino, 2005, pp. 207-212), la norma introduce también algunas modificaciones encaminadas a reforzar los derechos del trabajador doméstico. Como se ha indicado ya, el precepto analiza esta materia remitiéndose a la regulación general aplicable y a su vez estableciendo sus peculiaridades como consecuencia de la naturaleza singular de la relación.

Las causas por las que esta relación laboral especial puede extinguirse vienen recogidas en el apartado primero del RD 1620, que hace una remisión al mismo y a dos literales del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, EdT). Con respecto a esta última norma, cabe destacar la inaplicabilidad de las causas de extinción contractual previstas en los siguientes extremos:

[...]

h) por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo, siempre que su

existencia haya sido debidamente constatada conforme a lo dispuesto en el apartado 12 del artículo de esta ley;

i) por despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquel haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Asimismo, se provee la denominación colectiva “l) por causas objetivas legalmente procedentes”, lo que es una excepción de los artículos 51, 52 y 53 del EdT.

Podemos decir que la inaplicación prevista no resulta del todo exacta y las causas excluidas son en realidad compatibles, pues las circunstancias que posibilitan su aplicación son pasibles de darse en el ámbito doméstico. Pese a ello, el legislador ha previsto una vía de extinción distinta: la del desistimiento del empleador¹, a desenvolverse mediante un procedimiento más sencillo y de menor onerosidad.

Con respecto al supuesto de fuerza mayor (literal h), no cabe duda que están vetadas las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como las mencionadas en el artículo 52 e) del EdT ya que su configuración estatutaria hace referencia a que son, en esencia, mercantiles y ajenas al hogar familiar. La fuerza mayor se incluye entre las causas que pueden afectar a cualquier tipo de relación laboral, como lo son también la ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida, la falta de adaptación a las modificaciones técnicas del puesto de trabajo y las faltas de asistencia al trabajo justificadas e intermitentes (contenidas en el artículo 52 a), b) y d) del EdT). Por ello, las citadas causas y las relativas a las dificultades económicas que pudieran afectar al empleador (literal i)) deberían de haberse articulado desde un desistimiento unilateral indemnizado, a desarrollarse mediante un procedimiento simplificado y de reparación más sostenible para el titular del hogar familiar –que al carecer del auxilio del Fondo de Garantía Salarial (artículo 3 b) del RD 1620) se ve obligado a responder con sus bienes personales.

Es más: los límites de la extinción por causas objetivas (literal l)) no son razonables para el empleo doméstico, si es que se analizan a detalle. Si se

¹ Por lo que no estaríamos ante un problema de incompatibilidad, sino más bien de mayor o menor conveniencia. En este sentido, véase lo señalado por Miñarro Yanini quien afirma que una muestra de que no existe un impedimento objetivo es que el derogado artículo 9 del RD 1424, el cual incluía la fuerza mayor como causa de extinción y que está excluida por la norma reglamentaria de 2011 (2012, p. 6). En contra, Palomino Saurina señala que se trata de una “exclusión lógica pues las propias características de la relación laboral de empleados de hogar descartan la posibilidad de efectuar este tipo de despidos” (2012, p. 30).

evalúa, por ejemplo, el despido por inadaptación del trabajador a las modificaciones técnicas de su puesto, encontramos que resultaría desproporcionado requerir al titular un curso de formación a cargo propio. Tampoco resulta razonable exigir al empleador utilizar el mismo porcentaje de ausencias justificadas para la procedencia del despido, toda vez que aquel carece de la capacidad propia de reorganización de un empresario regular.

Un sector de la doctrina ha criticado acertadamente que la Directiva 98/59 de la Comunidad Europea del 20 de julio de 1998, relativa a los despidos colectivos en su artículo 1.2, no prevé que su articulado sea inaplicable a los contratos con empleados domésticos, diferenciación que sí se adoptó para otros colectivos. Así, encontramos la falta de amparo legislativo para excluir los procedimientos de despido colectivo para la extinción de los contratos laborales para trabajadores domésticos. Tal objeción también ha sido señalada por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que denomina **empresario** a cualquier empleador y aboga por una interpretación comunitaria del concepto de trabajador, así como una comprensión expansiva de los conceptos de aplicabilidad de la Directiva. Pese a tales observaciones la importancia práctica de la Directiva es relativa pues, en atención a la naturaleza del empleo doméstico, sus exigencias numéricas resultarían en la mayoría de casos de poca utilidad y su uso devendría en marginal.

En definitiva, conforme a la regulación del vigente Real Decreto y su precedente, en esta relación laboral especial hay dos formas de despido: **desistimiento unilateral** y **despido disciplinario**. Ambos reglamentos, en especial el RD 1620, resultan inciertos con respecto a la oportunidad de la aplicación supletoria del EdT. Sin embargo, el RD consolida su aporte a partir de una realización más extensiva de la materia del despido, antes agotado sólo en los artículos 9 y 10 del RD 1424. Dicho esto, conforme al artículo 49 del EdT y el artículo 11 del RD 1620, se aplicarán en esta relación laboral especial las siguientes causas extintivas (Ayala del Pino, 2005, pp. 213-224):

- a) Por mutuo acuerdo de las partes (según el artículo 49.1, literal a) del EdT).
- b) Por las causas resolutorias consignadas válidamente en el contrato de trabajo, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario. Res-

pecto a la finalización de la relación por esta causa, cabe señalar que, el trabajador tendrá derecho, excepto si se trata de un contrato de interinidad, 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 servicio² (según el artículo 49.1, literal b) del EdT).

- c) Por finalización del término temporal pactado en el supuesto de haberse formalizado un contrato temporal (según el artículo 49.1, literal c) del EdT).
- d) Por baja voluntaria del empleado del hogar, en cuyo caso deberá mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar (según el artículo 49.1, literal d) del EdT).
- e) Por muerte, jubilación, gran invalidez o incapacidad permanente total o absoluta del trabajador (según el artículo 49.1, literales e) y f) del EdT).
- f) Por muerte, jubilación o incapacidad del empleador, causa ésta que no es de aplicación inmediata, permitiendo al empresario la extinción, así como la continuación de la relación laboral, incluso en el caso de fallecimiento de continuarse los servicios domésticos con el resto de los miembros de la familia (según el artículo 49.1, literal g) del EdT).
- g) Por decisión de la trabajadora, si se ve obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (según el artículo 49.1, literal m) del EdT).
- h) A instancia del trabajador por incumplimientos contractuales graves del empleador, al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (según el artículo 49.1, literal j) del EdT).
- i) Por despido disciplinario del trabajador (según el artículo 49.1 k) del EdT y artículo 11.2 del RD 1620).
- j) Por desistimiento de la relación laboral a instancias del empleador (según el artículo 11.3 del RD 1620).

Cabe destacar que ninguna de las causas por las cuales se extingue la relación laboral doméstica

² Esta cantidad es superior a la fijada con anterioridad, la cual era de siete días naturales multiplicado por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de seis mensualidades (artículo 9.3 del RD 1424).

está exenta de problemas en su aplicación. Por ejemplo, en el caso de la extinción por incumplimiento contractual del empresario, se impide al trabajador abandonar su puesto de trabajo hasta que tenga la resolución judicial que se pronuncie sobre la adecuación de la referida extinción³. Asimismo, resulta criticable que el incumplimiento grave y culpable de las obligaciones del empresario en materia de prevención de riesgos laborales posibilite la dimisión del trabajador (conforme al artículo 7.2 del RD 1620), cuando más bien debiera permitir la extinción de la relación laboral conforme al artículo 49.1 j) del EdT, pues se trata de un incumplimiento del titular del hogar familiar como empleador a la obligación de que el trabajo del empleado doméstico sea desempeñado en debidas condiciones de seguridad y salud⁴.

A. El despido disciplinario

El apartado segundo del artículo 11 del RD 1620 regula el despido disciplinario a partir de una presunción *iuris tantum*: “se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores”. Es decir, se sigue el régimen común estatutario en lo que se refiere a causas, forma y calificación (según las disposiciones 11.2 y 11.3., literal b del RD 1620)⁵; de esta manera, se opera una remisión al artículo 54.2 del EdT en los siguientes casos concretos:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa, o a los familiares que convivan con ellos.
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.
- f) La embriaguez habitual o toxicomanía, si repercuten negativamente en el trabajo.
- g) El acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

No obstante, este precepto prevé un caso que difiere al previsto del régimen laboral común. Así, si el contenido de la resolución judicial declara improcedente al despido disciplinario aquel tiene los efectos de nulidad sobre el contrato y elimina la posibilidad al trabajador de optar entre readmisión o indemnización. Tales diferencias han intentado justificarse por las características especiales de esta relación laboral, donde los servicios domésticos son desarrollados en un ámbito familiar. En este sentido, nuestros Tribunales han entendido que el legislador no ha querido obligar a la readmisión ya que podría derivar en “una situación de tirantez, muchas veces extremada” (Ayala del Pino, 2005, p. 249)⁶.

El despido disciplinario tendrá los efectos siguientes dependiendo de su calificación:

1. Procedente

El despido justificado no genera derecho a indemnización alguna a favor del empleado del hogar (Ayala del Pino, 2005, p. 229). La razón de ello reside en que, como se señalaba, el despido disciplinario del empleado del hogar sigue el régimen jurídico estatutario común y las exigencias formales que proceden por aplicación del EdT pueden satisfacerse hasta en una segunda oportunidad. En ese nuevo despido se deben cumplir todos los requisitos antes omitidos en el precedente en un

³ Al respecto véase la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (en adelante, STSJ) de 15 de octubre, recurso 4155/2012, que se pronuncia sobre la extinción fundamentada en el artículo 50 del EdT, determinándose en la misma que la indemnización a pagar será la fijada en la norma reglamentaria.

⁴ El artículo 3.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales establece que no se aplica al empleo doméstico, pero también que “el titular del hogar familiar está obligado a cuidar de que el trabajo de sus empleados se realice en las debidas condiciones de seguridad e higiene”. En este sentido, véase la STSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 2003, recurso 1857/03, en la que se resuelve declarando que no hay responsabilidad del empresario ya que “no incurrió en ningún ilícito laboral puesto que no se acredita la existencia de norma alguna que le obligara [...] a facilitar a la demandante algún tipo de calzado especial o a construir en el jardín de su casa un camino o sendero de piedra. Así, pese a existir un daño para la trabajadora, faltan los requisitos del incumplimiento empresarial y, por tanto, de la relación de causalidad entre éste y el daño producido”.

⁵ Véase la STSJ de Galicia 2587/2011 de 13 de mayo, recurso 218/2011, la cual reconoce en un supuesto de despido procedente por agresiones al dueño de la casa, que las causas del despido admitidas son las comunes, esto es, las del artículo 54 del EdT, ya que no se recoge regulación especial sobre las mismas.

⁶ Véanse las STSJ de Madrid, de 18 de mayo de 1999 (AS 1999, 1495), de 27 de enero de 1998 (AS 1998, 260) y de 14 de junio de 1989 (AS 1989, 478); del País Vasco, de 14 de enero de 2003 (AS 2003, 1550).

plazo máximo de veinte días desde el siguiente al primero y con la disponibilidad de los salarios devengados en los días intermedios en alta de la Seguridad Social durante el referido plazo (conforme al artículo 55 del EdT)⁷. Debe recordarse que esta facultad está excluida para el desistimiento.

2. Improcedente

En la relación laboral doméstica, el despido improcedente sí presenta peculiaridades relevantes derivadas de su específica regulación reglamentaria que han sido reconocidas y delimitadas por nuestros Tribunales⁸. En consecuencia, sus efectos son diferentes a los comunes, ya que la norma reglamentaria contiene una regulación de aquéllos específica y cerrada, sin posibilidad alguna de remisión supletoria al artículo 56 del EdT⁹.

El artículo 11 del RD 1620 prevé tales especialidades al igual que lo hacía la norma precedente, por

lo que nuestros Tribunales mantienen la misma doctrina en iguales términos¹⁰. El precepto citado dispone en su apartado segundo lo siguiente:

Para el caso que la jurisdicción competente declare el despido improcedente¹¹, 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 mensualidades¹².

No hay referencia expresa o implícita sobre los salarios de tramitación¹³, lo que supone una rebaja a considerar. Ante la falta de referencia reglamentaria, se ha discutido sobre el referido abono de salarios de tramitación y su reconocimiento sin mantener una postura unánime. Un sector de la doctrina y la mayoría de los pronunciamientos judiciales han interpretado que el silencio es una exclusión de su aplicación, mientras que otros han

⁷ El hecho de que una trabajadora se oponga radicalmente a recibir la carta de despido puede justificar el retraso en el abono de los aludidos salarios, sin que sea necesario exigir en tales casos la simultaneidad en su abono o puesta a disposición, siempre que conste la voluntad de cumplimiento por parte del empleador y el mantenimiento en alta en la Seguridad Social. Confróntese la STSJ de Galicia 2587/2011 de 13 de mayo, recurso 218/2011.

⁸ En este sentido, de manera uniforme y en consonancia con el Tribunal Supremo se han pronunciado nuestros Tribunales Superiores de Justicia, cuya doctrina en este aspecto es pacífica, entre otras muchas, cabe citar las siguientes: STSJ de Cataluña 6760/2012 de 11 de octubre, recurso 4396/2012; STJ de la Comunidad Valenciana 479/2012 de 15 de febrero, recurso 5/2012; STSJ de Andalucía/Sevilla 1796/2012 de 4 junio, recurso 2504/2011; de Asturias 3278/2011, de 30 diciembre, recurso 2835/2011; de Andalucía/Málaga 777/2011 de 5 de mayo, recurso 264/2011; de Galicia 2907/2010 de 4 junio, recurso 920/2010; de Cataluña 2811/2009 de 2 de abril, recurso 371/2009 y 5958/2007 de 13 septiembre, recurso 4383/2007.

⁹ Por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 5 de junio de 2002, recaída en el expediente 2506/2001.

¹⁰ Siguiendo el criterio marcado por la STS de 5 de junio de 2002, recurso 2506/2001, seguido a su vez por nuestros Tribunales Superiores de Justicia; véanse, entre otras, las STSJ de Valladolid 12/2018, de 29 de enero, recurso 596/2017; de Asturias 9/2017 de 17 enero, recurso 2643/2016. Estas reconocen que los efectos del despido son especiales en esta relación laboral, ya que al estar regulado no cabe aplicación supletoria del régimen común; el despido improcedente daría lugar a una determinada indemnización que va a ser inferior a la común, sin dar derecho a salarios de tramitación ni a la opción de la readmisión, puesto que se desempeña una actividad en el domicilio familiar, primando en tal caso el desecho constitucional sobre el laboral. En igual sentido, véanse las STSJ de Cataluña 6539/2014 de 7 octubre, recurso 4198/2014 y de Madrid 839/2012 de 11 octubre, recurso 3861/2012.

¹¹ Confróntese la STSJ de Asturias de 30 de enero de 2004 (AS 2004, 290). Esta sentencia entendió que constituía despido el hecho de que la empleada comunicara a la empleada del hogar que debía abandonar la casa porque había contratado a otra persona. El despido se calificó como improcedente por incumplimiento de los requisitos para formalizar el despido por parte del empleador.

¹² No obstante, el Tribunal Supremo ha declarado que "ante lo escueto de la regla especial, hay que acudir como complementaria a la regla común contenida en el artículo 56.1.b) del EdT [...] por años de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año"; confróntese la STS del 5 junio de 2002, recurso 2506/2001. Asimismo, cabe indicar, que en este supuesto tiene lugar una importante rebaja con respecto a la prevista en la normativa laboral común, ya que conforme al artículo 56.1 del EdT, que regula el despido improcedente tras la reforma laboral aprobada por Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, fija una indemnización de 33 días por año de servicio, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. Recordar, que con anterioridad la indemnización ascendía a 45 días por año de servicio con un máximo de 42 mensualidades. Por lo que se equipara a la indemnización por despido objetivo procedente del artículo 53.1.b) del EdT.

¹³ Cabe señalar que con anterioridad a la reforma laboral aprobada por Real Decreto-Ley 3/2012, del 10 de febrero, a la indemnización establecida en el EdT se añadía los salarios de tramitación, que son los dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declare la improcedencia del despido. No obstante, tras la entrada en vigor de esta reforma, se modifica el artículo 56.1 del EdT, estableciendo que cuando el despido sea declarado improcedente, el trabajador tendrá derecho a los salarios de tramitación sólo en el caso de que el empresario opte por su readmisión (conforme al artículo 56.2 del EdT). Si el despedido fuera un representante de los trabajadores o un delegado sindical, tendrá derecho a los salarios de tramitación tanto si opta por la indemnización como si lo hace por la readmisión. Como hemos dicho en el texto no es posible la imposición obligatoria de la readmisión en la relación laboral especial del hogar familiar, por lo que la discusión sobre el abono o no de los salarios de tramitación se debe entender ya superada pues en todos los supuestos en que se susciten se procederá al abono de la indemnización.

considerado que tal omisión no puede equivaler a la intención del legislador de excluir su aplicación (Llano Sánchez, 2012, p. 5). Esta discusión debería considerarse superada, ya que la imposición obligatoria de la readmisión no cabe en la relación laboral doméstica y se resuelven con el planteo del abono de la indemnización.

De hecho, no es posible optar por la readmisión del empleador ni del trabajador. Aunque pareciera evidente que no puede imponerse la subsistencia del vínculo al empleador, tampoco debe imponerse al trabajador (en nuestro caso al empleado del hogar) ya que estamos frente a una relación de confianza. Al ser bidireccional, quebrantada la confianza de una de las partes por un despido improcedente, no es propio el reingreso en una esfera tan íntima como el hogar familiar. De esta manera se evitaría también que la readmisión pudiera convertirse en una posible argucia para intentar llevar a cabo el desistimiento y una obtención injustificada del abono de la indemnización por despido¹⁴.

Entonces, el despido improcedente aplicable a la relación laboral especial del servicio del hogar familiar tiene varias características: no hay opción entre readmisión o indemnización; aquella es inferior respecto a la prevista en el EdT; y, al no producirse la readmisión, no es posible solicitarla conforme a la regulación de los salarios de tramitación¹⁵.

Estas peculiaridades derivan no solamente del carácter del empleador y del lugar donde se desarrolla el trabajo (donde se presume una menor capacidad económica¹⁶), sino también de su carácter fiduciario, habida cuenta de que la inviolabilidad del domicilio garantiza que sea imposible imponer al empleador una relación laboral prestada en el ámbito íntimo y familiar. En definitiva, en este espacio privado no puede imponerse la permanencia de la relación laboral especial contra la voluntad de las

partes y el despido improcedente ha sido siempre ejecutivo sin generar salarios de tramitación.

A la necesidad de que concurran una o varias de las causas mencionadas¹⁷ se une que el despido se ha de comunicar por escrito al trabajador, sin que le quepa a este último derecho a una indemnización –la cual únicamente existirá si la jurisdicción competente declara improcedente la extinción. Asimismo, la norma reglamentaria precisa que, de otorgarse aquella, es necesario que el íntegro del monto se abone en efectivo, lo que supone que han de formar parte de su cálculo también las retribuciones en especie (Palomino Saurina, 2012, p. 31; Llano Sánchez, 2012, p. 15) y los períodos de trabajo inferiores a un año¹⁸. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos formales mencionados conlleva que el despido se califique como improcedente, con las consecuencias derivadas en la norma reglamentaria para este supuesto. Cabe resaltar a la extinción verbal mencionado en el artículo 11.2.2 del RD 1620 que, al igual que se hacía en el artículo 10.1 del RD 1424, tiene como consecuencia su calificación como despido (y no desistimiento) improcedente¹⁹.

3. Nulo

En cuanto a esta posible calificación, hay que señalar que la norma reglamentaria, al igual que la precedente, no hace referencia alguna a tal supuesto; controversial, de considerarse que esto se añade a la existente incertidumbre sobre la aplicación supletoria del EdT y la imposibilidad de readmisión del trabajador en la improcedencia del despido.

No obstante, si tenemos en cuenta a la normativa de carácter superior como la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de los derechos de mujeres y hombres, puede admitirse esta calificación en supuestos de despido por discriminación frente al embarazo o maternidad (según el artículo 8 de

¹⁴ En este sentido, véase la STSJ de Andalucía/Sevilla 126/2013, de 17 enero, recurso 776/2012, la cual declara que “imponiéndose la indemnización como única alternativa, lo que se evidencia como lógico, si se tiene en cuenta la delicada posición en que se encuentra una persona trabajando dentro del hogar de otra, lo que exige máxima confianza y no situaciones impuestas contra la voluntad de cualquiera de las partes después de acreditada la falta de entendimiento o la voluntad de no mantener el vínculo”.

¹⁵ En suma, no hay derecho a salarios de tramitación, ya que al prever las consecuencias económicas del despido improcedente, no aparece tal partida reparadora.

¹⁶ En este sentido, véase la STSJ de Galicia 2765/2009 de 2 de junio, recurso 1294/2009, la cual declara que esta capacidad económica es inferior “ya que [...] entre otras razones, los elevados costes de sujeción a otro régimen harían imposible en la mayoría de los casos para una persona no empresaria efectuar tal tipo de contrataciones”.

¹⁷ Cabe recordar que las causas de declaración de la improcedencia son las comunes al no estar éstas específicamente reguladas.

¹⁸ Conforme a “un criterio finalista de la norma”, véase la STSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2012, recurso 3099/2011.

¹⁹ A este respecto cabe la aplicación del artículo 55.2 del EdT. Sin embargo, no procedería la readmisión, ya que no es posible la misma, la aplicación del artículo 110.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la realización de un nuevo despido dentro del plazo de siete días a contar desde la notificación de la sentencia.

dicha norma) para las trabajadoras del hogar²⁰ —si bien nuestros Tribunales se han negado frente a esta posibilidad²¹.

Ahora bien, en cuanto a los efectos jurídicos derivados del mismo —esto es, la obligación de readmisión inmediata del trabajador con el correspondiente abono de salarios dejados de percibir (conforme al artículo 55.6 del EdT)— los tribunales han declarado que debe acomodarse:

[e]n atención al derecho a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar, sin que quepa por lo mismo imponer como obligatoria la readmisión, [...] [no excluyendo] el abono de los salarios dejados de percibir; que vendrían obligados de ser la relación ordinaria, por una decisión que le es ajena y porque la norma reglamentaria no contemple tal figura ni la de salarios de tramitación, siendo que la decisión extintiva, tachada de nula por discriminatoria, merece un reproche especial, mayor que la meramente injustificada, y exige una reparación proporcionada al perjuicio sufrido, habiendo de acudirse, para reconocerse, sino a la normativa común, si como forma de indemnizar la lesión de un derecho fundamental²².

Esta posición que se presenta como mayoritaria es la que aboga por la declaración de nulidad. A pesar de lo expuesto, algún pronunciamiento ha considerado aplicable las consecuencias del des-

pido nulo sin tener en cuenta la adaptación a la peculiaridad de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar²³.

En consecuencia, se aplicarían los efectos del despido improcedente, pero en la cuantía fijada en la normativa general (treinta y tres días de salario por año de servicio) y prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año repartibles hasta un máximo de veinticuatro mensualidades (según el artículo 56.1 del EdT). Los salarios que se deben abonar son los dejados de percibir hasta la calificación del despido²⁴ y, en su caso, la correspondiente indemnización por vulneración de derechos fundamentales²⁵. Debe recordarse que aunque la norma reglamentaria no mencione a los salarios pendientes, ello no quiere decir que no se tenga derecho a ellos, pues si un trabajador común tendría derecho a ellos el mismo derecho y en los mismos términos debe amparar al empleado del hogar (Salcedo Beltrán, 2014, p. 133)²⁶.

En virtud de la aplicación supletoria de aquello no previsto por la norma es procedente la declaración de nulidad del despido en los supuestos comunes previstos en el artículo 55 del EdT, de resultar compatible con el empleo doméstico. Como no hay posibilidad de readmisión, la indemnización debe calcularse hasta la fecha de la sentencia, así como los salarios de tramitación correspondientes y, si hay vulneración de derechos fundamentales, la indemnización por daños morales y perjuicios adicionales

²⁰ A este respecto, Cano Galán señala que la declaración de nulidad del despido le dota de dos efectos diferenciados, “un efecto declarativo”, en el que “la calificación de nulidad del despido supone una manifestación del especial reproche jurídico que merece una determinada conducta empresarial” y un “efecto constitutivo”, en el que “a dicho reproche jurídico se anuda una sanción más grave para quien discrimina [...] permitiendo un mayor resarcimiento del sujeto discriminado” (2008, p. 6).

²¹ En este sentido, véase la STSJ de Madrid 644/2016, de 17 de octubre, recurso 517/2016, que deniega la nulidad objetiva del artículo 55.5 del EdT, a la trabajadora embarazada. En igual sentido, la STSJ de Extremadura 76/2012, de 22 de febrero, recurso 634/2011.

²² Esta es la opción defendida en la STSJ de Extremadura 383/2016, de 15 de septiembre, recurso 338/2016 al declarar “pues 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 igual sentido, la STSJ de Andalucía/Málaga 1983/2017, de 29 de noviembre, recurso 1644/2017, que hace referencia a la indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, sobre esta cuestión, véanse las STSJ de Castilla-León/Burgos de 7 de septiembre de 2010, recurso 467/2010 y de Castilla-León/Valladolid de 25 de febrero de 2013, recurso 2/2013.

²³ Confróntese la STJS 31 de Madrid de 16 de abril de 2008, recurso 49/2003. Asimismo, véase lo afirmado por Ruano Albertos quien reconoce que la Ley Orgánica 3/2007 derogaba al RD 1424 “al contradecir frontalmente sus normas de obligado cumplimiento para garantizar la igualdad de todos los españoles, entre los que se encuentran necesariamente los empleados de hogar, cuya regulación específica se caracteriza por ser escasamente valedora de los derechos del trabajador” (Cano Galán, 2008, p. 28-38).

²⁴ En este sentido, véanse las STSJ de Madrid 882/2016 de 26 de octubre, recurso 614/2016 y 598/2016 de 26 de septiembre, recurso 352/2016; del País Vasco 1968/2015 de 20 de octubre, recurso 1736/2015; de Cataluña 286/2013 de 15 de enero de 2013, recurso 6810/2012. No obstante, la STSJ de Castilla y León/Valladolid reconoce, sin cuestionar la cuantía indemnizatoria, que se adeudan los salarios de tramitación, no en virtud de la aplicación de la normativa común, sino conforme a la indemnización por lesión de derecho fundamental, ya que merece un reproche especial.

²⁵ Al respecto véase, la STSJ del País Vasco 947/2014 de 13 de mayo, recurso 864/2014, relativa a un supuesto de despido nulo por acoso sexual.

²⁶ En cambio, Ruano Albertos considera que a pesar de que “la actual normativa no hace alusión a los salarios de tramitación, se debe hacer hincapié en la escasa operatividad de los salarios de tramitación también en la relación laboral común tras la reforma operada por la Ley 3/2012, de 6 de julio” (2013, p. 127).

de los artículos 182 y 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social²⁷ (en adelante, LRJS). Ahora bien, lo que no puede haber es una condena de readmisión (conforme a los artículos 55.6 del EdT y 113 de la LRJS) ni su planteo como opción (López Gandía y Toscani Giménez, 2006, p. 42), dada la especialidad que prima en esta relación laboral del servicio del hogar familiar²⁸.

B. El desistimiento

El libre desistimiento del empleador es, sin lugar a dudas, la especialidad más relevante de la relación laboral doméstica. El vigente RD 1620 prevé los requisitos formales que se exigen para que concurra esta figura jurídica, pero sigue sin definirse reglamentariamente en lo que se refiere a su delimitación conceptual frente al despido. Si bien es verdad que nuestros Tribunales han llevado a cabo una gran labor por diferenciarlas, dicha tarea no se ha visto plenamente realizada si la comparamos con la del despido disciplinario, pese a que su delimitación es necesaria respecto a las restantes causas de extinción²⁹. Asimismo, el desistimiento del empleador no es lo mismo que el desistimiento en el período de prueba ya que, de lo contrario, no tendría sentido lo previsto en el artículo 6.2 del RD 1620, con la única excepción de negar una ínfima indemnización por extinción.

Dicho esto, podemos definir al desistimiento del empresario como la libertad de extinción indemnizada de la relación laboral sin alegación de causa alguna. Es lógico pensar que toda conducta tiene una causa que constituye la voluntad de quien la ejecuta. Ahora bien, la característica específica de la relación

laboral doméstica es que dicha causa no precisa de ser expresada. Es más: si se manifestara no debería coincidir con ninguna de las que se admiten en su régimen específico, ya que en tal supuesto tendría que dirigirse la extinción conforme a esas modalidades específicas salvo concurrieran otros elementos formales que permitieran interpretar la naturaleza jurídica del acto extintivo. De ahí la importancia que nuestros Tribunales han dado a los elementos formales del desistimiento, actualmente con un valor constitutivo mayor al cuasiconstitutivo.

Además, ha de tenerse en cuenta que el desistimiento de estos casos está previsto como una causa más en el conjunto de las previstas en el artículo 49 del EdT mencionado anteriormente, de ahí que su régimen de extinción sea ventajoso para el empleador y por seguridad jurídica tenga que estar compensado para el empleado del hogar siempre que se trate de este caso y no de otras causas de extinción como, en concreto, el despido disciplinario³⁰. De ahí que la formación de la voluntad del que desiste sea libre y no precise de manifestarse en la comunicación, pues en caso contrario podría correrse el riesgo de ser encaminada hacia otra figura extintiva.

De tal modo quedarían al margen del desistimiento las causas que pudieran ser contrarias a los derechos fundamentales (de conformidad con los artículos 14 y 28 de la Constitución Española; en adelante, CE), pues al igual que sucede en una relación laboral común deben de valorarse sobre una prueba de indicios (Ayala del Pino, 2005, p. 203)³¹. Asimismo, la razón jurídica del desistimiento está ligada a los derechos contenidos en las disposiciones

²⁷ Esta tesis es la que defiende la STSJ del País Vasco 1968/2015 de 20 de octubre, recurso 1736/2015. En virtud de la misma, los efectos del despido nulo de los empleados del hogar familiar deben ser los comunes del despido nulo y no los del despido improcedente, ya que carece de base objetiva dicha opción exegética con resultado de una menor tutela ante la vulneración de los derechos fundamentales. Ahora bien, en esta relación laboral especial no cabe la posibilidad de readmisión, lo que se asemeja bastante con relación a la naturaleza de los derechos en juego al supuesto previsto en el artículo 286.2 de la LRJS, el cual debe ser aplicado por analogía junto al artículo 110.1. b) de la LRJS, de forma que se puede acordar en la sentencia y no esperar a la fase de ejecución. En consecuencia, correspondería una indemnización superior y salarios de trámite calculados ambos hasta la fecha de la sentencia, si bien en el supuesto no se solicita indemnización por daños morales. Asimismo, se aclara que los salarios de trámite hasta la fecha de la sentencia que declara la nulidad del despido, en este caso, la de duplicación. En igual sentido, véase la STSJ de Madrid 882/2016 de 26 octubre, recurso 614/2016.

²⁸ No sólo atendiendo a la especialidad de esta relación, sino también a las dificultades que podrían surgir después de una necesaria vigilancia posterior a la readmisión con el propósito de evitar que el desistimiento se utilizara como una medida de represalia o, de alguna manera, eludir la condena.

²⁹ En este sentido, véase la STS de 30 de marzo de 2016, recurso 1141/2015.

³⁰ Por todas, véase la STS de 5 de junio de 2002, recurso 2506/2001.

³¹ En este sentido, véase la STSJ de Cataluña 4417/2016 de 7 de julio, recurso 3080/2016 declara que no hay fraude de ley en un caso de desistimiento en el que la extinción pudiera derivar de la enfermedad de una trabajadora, ya que el desistimiento no tiene causa y el hecho de recurrir al mismo está previsto por el legislador sin que pueda ser calificado de ilegítimo, salvo que haya vulneración de derechos fundamentales. Por su parte, la STSJ de Andalucía/Málaga 508/2013 de 14 de marzo, recurso 32/2013 declara que no hay despido encubierto sino desistimiento, ya que se cumplen los requisitos formales que se exige al mismo, con independencia de la motivación que alegue el empleador, puesto que es una alternativa legal prevista por la norma. Asimismo, la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 12 de diciembre de 2012, recurso 2173/2012 reconoce que existe desistimiento al cumplirse las formalidades de forma escrita, preaviso y puesta a disposición de la indemnización; declarando que el desistimiento carece de causa, pudiéndose realizar éste ante la negativa de la empleada del hogar a aceptar la reducción de jornada que en su momento se le propuso para poder

18.1 y 18.2 de la CE referidos a la inviolabilidad del domicilio y el honor, la intimidad personal y familiar, así como a la propia imagen.

Por su relevancia debe mencionarse al supuesto de desistimiento del empleador durante el embarazo de la empleada del hogar o durante el descanso por maternidad. Salvo alguna excepción, en tal caso nuestros Tribunales vienen defendiendo la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia relativa al período de prueba³². De esta forma, durante el embarazo de la trabajadora es posible el desistimiento del empleador, siempre que no esté vinculado a una causa discriminatoria. Los indicios de la discriminación se presumen conocidos por el empresario y generan la inversión de la carga de la prueba y la obligación de probar que el desistimiento —aunque libre, razonable y proporcional— se debió a una causa ajena al citado móvil discriminatorio. Por esto, en el supuesto de apreciarse discriminación alguna, el desistimiento es efectivo con independencia de ser incausado y no habrá aplicación analógica de las disposiciones 55.5 o 53.4 del EdT, ya que la calificación de nulidad se prevé solamente respecto al despido causal y como alternativa al despido improcedente³³.

Cierto es que la interpretación mencionada parece desde el punto de vista intelectual intachable; sin embargo, no lo es si se observa desde un prisma singular ya que equiparar los efectos del desistimiento aquí debatidos a los acontecidos en el período de prueba sería prescindir de las diferencias principales entre ambas. En especial, sería omitir las que hacen referencia a la finalidad, duración y

naturaleza del despido —excepcional en el desistimiento, normalizada en el período de prueba. Así, mientras en la relación laboral común dicha protección cualificada sólo se suprimiría durante un breve período de tiempo, para las empleadas del hogar familiar supondría eliminarlas a lo largo de toda la relación. Esta desprotección se agravaría más si se tiene en cuenta la exclusión de la aplicación prevista en el artículo 52 del EdT que implicaría también la inoperatividad de otra tutela como es la imposibilidad de despedir por ausencias derivadas de la maternidad, riesgo durante el embarazo, parto, lactancia y paternidad.

Si se entiende al desistimiento como una alternativa frente al despido objetivo y al despido disciplinario con la única finalidad de eludir la indemnización, la impoluta equiparación se derrumbaría. Es más, si por defectos formales el desistimiento se califica como despido³⁴ sí se aplicaría el artículo 55.5 del EdT³⁵ y sería suficiente subsanarlos para atribuir indicios de discriminación en un marco específico de despido libre³⁶. Por consiguiente, el desistimiento es un despido cuyas causas no podrían quedar ocultas ni ausentes de control.

En suma, el hecho de mantener la postura mayoritaria defendida por nuestros Tribunales Superiores de Justicia evidencia que estamos en presencia de un sector muy feminizado respecto al cual hay una inferior tutela de derechos fundamentales en comparación a la relación laboral común. De ahí que pueda concluirse que la diferencia de trato no esté justificada por la especialidad de la relación ni prevalezca el artículo 18 sobre el 14 de la CE.

continuar, así, con la relación laboral, sin que en tal caso se acredite vulneración de la garantía de indemnidad por reclamación de sus derechos. No obstante, se considera vedados el fraude y abuso de derecho para el desistimiento.

³² Al respecto, véanse las sentencias del Tribunal Constitucional 92/2008 de 21 de julio 2008, 124/2009 de 18 de mayo de 2009 y 173/2013 de 10 octubre de 2013, así como STS de 18 de abril de 2011, recurso 2893/2010.

³³ En este sentido, véanse las STSJ de Madrid 714/2015, de 26 de octubre que defiende que “esta misma solución de inaplicación de la analogía ha de utilizarse en el presente supuesto, rechazando que la previsión legal del artículo 55.4 EdT claramente establecida para el despido causa 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”. Asimismo, véanse las STSJ de Extremadura 383/2016 de 15 de septiembre, recurso 338/2016; de Asturias 1718/2014 de 12 de septiembre, recurso 1498/2014; de Andalucía/Sevilla 3064/2014, de 20 de noviembre, recurso 2743/2013; de Madrid 143/2014 de 14 de febrero, recurso 1834/2013 y de Cataluña 688/2011 de 31 de enero, recurso 5635/2010.

³⁴ Al respecto, véase la STSJ de Madrid 882/2016, de 26 de octubre, recurso 614/2016 reconoce que no hay desistimiento sino despido cuando falta la indemnización en un caso de extinción de contrato de trabajadora embarazada. Asimismo, la STSJ de Cataluña 286/2013, de 15 de enero, recurso 6810/2012 califica como nulo el despido verbal, sin preaviso y sin puesta a disposición de indemnización de trabajadora embarazada, máxime cuando dicho estado era conocido por el empleador. En aplicación de la Disposición Adicional de la norma precedente derogada, se aplica el artículo 55.5 del EdT.

³⁵ Por el contrario, la STSJ de Madrid 644/2016 de 17 de octubre, recurso 517/2016 se pronuncia en contra al declarar que no se aplica el artículo 55.5 del EdT al desistimiento ilegal.

³⁶ En este sentido, véanse las STSJ del País Vasco 1901/2017 de 3 de octubre, recurso 1746/2017; de Andalucía/Málaga 1983/2017 de 29 de noviembre, recurso 1644/2017; de Cataluña 6550/2014 de 7 de octubre, recurso 2838/2014 de Castilla y León/Valladolid de 3 de octubre de 2012, recurso 1482/2012 y de Extremadura 76/2012 de 22 de febrero, recurso 634/2011. En contra, las STSJ de Extremadura 383/2016, de 15 septiembre recurso 338/2016 y de Cataluña 688/2011 de 31 de enero, recurso 5635/2010.

Por el contrario, los mismos argumentos que sustentaron la necesidad de conceder la tutela cualificada prevista en las disposiciones 55.5 y 53.4 del EdT son los que han de tenerse en cuenta para la empleada del hogar familiar, máxime si esta no tiene derecho a la prestación por desempleo e incluso puede tener difícil acceso a la prestación por maternidad, no por haber cotizado de forma insuficiente, sino por no estar en situación asimilada al alta en el momento del parto³⁷. Es cierto que aplicar por analogía el artículo 55.5 al desistimiento colisiona con la exigencia prevista para la declaración de nulidad o “la declaración de la procedencia del despido”; sin embargo, el obstáculo no es insalvable pues la procedencia atendería a la prueba “de motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”³⁸, valorados desde el artículo 18 de la CE y la confidencialidad propia de esta relación laboral especial³⁹. Asimismo, el despido tendría que estar motivado conforme a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Directiva 92/85 de la Comunidad Europea. Por último, cabe señalar que la declaración del despido, en este supuesto por desistimiento, nunca puede imponer la continuidad de la relación laboral.

Conforme al apartado tercero del artículo 11 del RD 1620, el contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador sin causa alguna dada la importancia específica que tiene el mantenimiento de la confianza y mutuo entendimiento en esta relación laboral especial⁴⁰. Si bien el libre desistimiento del empleador supone una amplia libertad de resolución, no es menos cierto que ésta es limitada por el cumplimiento de ciertos requisitos señalados por la disposición 11.3 de la referida norma; esto es, la concesión de un plazo de preaviso al trabajador y la puesta a disposición de la indemnización aparejada al cese *ad nutum*⁴¹.

Con respecto al preaviso, el empleador debe dirigirlo al afectado con veinte días de antelación⁴² si éste lleva más de un año en el hogar; y con siete días⁴³ si el tiempo de servicio es menor—duración computada desde la comunicación al trabajador de la decisión de extinción— salvo prefiera pagar una indemnización equivalente al salario en metálico de esos días⁴⁴. El empleado tiene derecho a ausentarse del trabajo seis horas semanales durante ese período a fin de buscar un nuevo empleo⁴⁵, así la licencia opera dentro de dicho plazo⁴⁶ y su

³⁷ Al respecto, ha de tenerse en cuenta el artículo 14 del Convenio de la OIT 189, en virtud del cual se establece que las condiciones de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la maternidad, no pueden ser más desfavorables que las del resto de trabajadoras.

³⁸ En este sentido, véase la STSJ de Madrid 882/2016 de 26 de octubre, recurso 614/2016 declara “acreditada la concurrencia del embarazo en el momento en que se produjo la decisión extintiva empresarial, y, más aún, el conocimiento empresarial (señalar que actualmente éste es innecesario), sin que haya resultado acreditada la procedencia de la decisión extintiva por causas ajenas al embarazo, no se estima que la resolución recurrida haya incurrido en infracción normativa alguna al calificar como nulo el despido, procediendo a la desestimación del motivo formulado asimismo en relación a este particular”.

³⁹ Al respecto, véanse las STSJ de Madrid 262/2015 de 21 de abril, recurso 962/2014 y de Asturias 2068/2014 de 30 de septiembre, recurso 1584/2014.

⁴⁰ Confróntese la STSJ del País Vasco de 18 de abril de 2000 (AS 2000, 1598), declara que “para el desistimiento del empleador (igual que para la dimisión del trabajador), nuestro legislador no ha estimado necesario exigir requisito de forma alguno para la notificación, al otro contratante del acto de voluntad del que no quiere continuar ya con el vínculo contractual”.

⁴¹ Requisitos que ya los exigía la anterior norma derogada. En este sentido, véanse las STSJ de Madrid, de 2 de julio de 2002 (AS 2002, 3098); de Andalucía/Málaga de 30 de mayo de 2002 (JUR 2002, 248223) y de Sevilla de 19 de mayo de 2000 (JUR 2001, 1336); de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2001 (AS 2001, 2049) y 11 de octubre de 2000 (AS 2000, 1367); de Cataluña de 21 de marzo de 2003 (JUR 2003, 130279); de 19 de junio de 2001 (AS 2001, 3506) y de 2 de septiembre de 1999 (AS 1999, 3614).

⁴² Confróntese la STSJ de Madrid, de 14 de junio de 1989 (AS 1989, 478).

⁴³ Al respecto véase la STSJ de Madrid, de 27 de junio de 1989 (AS 1989, 529). Y, con anterioridad, la Sentencia del Tribunal Central del Trabajo (en adelante, **STCT**) de 22 de enero de 1987 (RTCT 1987, 1212).

⁴⁴ No debe pasar desapercibido que, en relación a su sustitución económica, el artículo 11.4 del RD 1620/2011 se refiere a “los salarios correspondientes a dicho período”, es decir, se han de considerar incluidos los salarios en especie, “que se abonarán íntegramente en metálico” conforme el artículo 11.3 RD 1620/2011. Por el contrario, la norma precedente facultaba para su sustitución “por una indemnización equivalente a los salarios en metálico de dicho periodo”, lo que excluía la compensación por los salarios en especie perdidos. Asimismo, confróntese la STS 123/207 de 14 de febrero de 2017, recurso 1520/2015.

⁴⁵ Confróntese las STSJ de Madrid, de 20 de marzo de 2002 (AS 2002, 1506); de 6 de julio de 1994 (AS 1994, 3141); de 14 y 27 de junio y 10 de octubre de 1989 (AS 1989, 478, 529 y 1825, respectivamente); de la Comunidad Valenciana, de 10 de mayo de 2001 (AS 2001, 2049); de 11 de octubre de 2000 (AS 2000, 1367); de Cataluña, de 19 de enero de 1995 (AS 1995, 277) y de Cantabria, de 26 de julio de 1990 (AS 1990, 1938). En términos similares, las STCT de 4, 17 y 24 de febrero de 1987 (RTCT 1987, 2303, 3293 y 3923, respectivamente).

⁴⁶ En este sentido, véanse la STSJ de Cataluña, de 19 de enero de 1995 (AS 1995, 277) y la STCT de 24 de febrero de 1987 (RTCT 1987, 3923).

sustitución conlleva a su vez la última que absorbe. Debe advertirse que el párrafo cuarto del artículo 11.3 del RD 1620 al tratar “seis horas semanales” se refiere a una jornada laboral a tiempo completo y se deduce que la licencia será proporcional a la jornada, máxime cuando cabe la contratación a tiempo parcial.

En lo referido a la indemnización, el vigente RD 1620 es una mejora respecto al anterior RD 1424 (Ayala del Pino, 2005, pp. 230-245) ya que su cuantía será “equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio⁴⁷ con el límite de seis mensualidades”, mientras la norma anterior la limitaba al salario correspondiente a siete días naturales⁴⁸. Sobre esta cuestión, la Primera Disposición Transitoria del RD 1620 señala: “la cuantía de la indemnización prevista a la finalización del contrato por desistimiento conforme al artículo 11.3, se aplicará a los contratos que se concierten a partir de la fecha de entrada en vigor de este real decreto⁴⁹. Se deduce así que, si los contratos formalizados con anterioridad a esta fecha se extinguieran por desistimiento del empleador, los empleados no podrían beneficiarse de la mejora normativa en la cuantía de la indemnización.

Esto es contradictorio si tenemos en cuenta el primer párrafo de la citada disposición transitoria, en virtud de la cual se establece que “lo dispuesto en el presente Real Decreto será de aplicación a los contratos vigentes a la fecha de entrada en vigor del mismo”, siendo así que la única excepción de la aplicación es la nueva cuantía de la indemnización por desistimiento del empleador.

Junto a estos dos requisitos del desistimiento del empleador, la norma reglamentaria vigente incorpora otro: “deberá comunicarse por escrito al empleado del hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa⁵⁰. Esta obligación de expresar la intención “de modo claro e inequívoco” al empleado del hogar está en consonancia con la doctrina defendida por el Tribunal Supremo⁵¹, e incluso la mayoría de las sentencias señalan que no cabe el desistimiento verbal y exigen de manera indudable su forma escrita⁵². Asimismo, tras la reforma normativa cabe destacar que las sentencias exigen con mayor rigor la simultánea puesta a disposición de la indemnización y en caso contrario declaran la improcedencia del despido⁵³. No obstante, conforme

⁴⁷ En cuanto a la forma de cálculo de los años de servicio, la norma precedente hacía referencia a que eran “naturales”. Sin embargo, la vigente no lo indica, por lo que hay que entender que se hará conforme a las reglas generales en la relación laboral común.

⁴⁸ Al respecto, cabe señalar que se equipara sí, ahora como entonces, a la extinción por finalización de contrato temporal, si bien en la normativa vigente la extinción por contrato temporal se remite como novedad y, de manera implícita, al artículo 6.1 del RD 1620/2011, prevista en el artículo 9.3 por remisión del artículo 10.2 del RD 1424/1985 y, en la normativa vigente, en el artículo 11.3 del RD 1620/2011.

⁴⁹ Conforme a la Disposición Final Tercera “el presente real decreto entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del estado y, de acuerdo con lo establecido en el apartado 5 de la disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011 de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, surtirá efectos desde el 1 de enero de 2012”.

⁵⁰ En este sentido, la STS de 27 de junio de 2008 (Rec. 2235/2007) calificó el cese de la relación laboral como despido y no como desistimiento, por no haberse indicado claramente en la notificación entregada al trabajador. En igual sentido, las STSJ de Asturias 1381/2016, de 14 de junio de 2016, recurso 1246/2016 y 808/2016, de 18 de abril de 2016, recurso 475/2016.

⁵¹ Por todas, la STS UD de 5 de junio de 2002 (RJ 2002, 8133), esta sentencia declaraba que la decisión del empleador bien de desistir o bien de despedir “debe ser clara, por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de veinte días y le otorga, en caso de ser declarado improcedente, una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, o está ante un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso y una indemnización reducida, cuya eventual reclamación se permite durante plazos más dilatados, que además son de prescripción”. En igual sentido, véanse, entre otras, las STSJ de Castilla y León/Valladolid de 9 de febrero de 2004 (JUR 2004, 82251); de Madrid de 29 de junio de 2004 (JUR 2004, 235223); del País Vasco de 14 de enero de 2003 (AS 2003, 1550); de Cataluña de 7 de marzo de 2003 (JUR 2003, 129499) y de Canarias/Las Palmas de 25 marzo de 2003 (AS 2003, 3734).

⁵² En este sentido, véanse las STSJ de Valladolid 12/2018 de 29 de enero, recurso 596/2017, que califica como despido improcedente y no desistimiento por defectos de forma; de Cataluña 7432/2016 de 16 de diciembre, recurso 5874/2016; de Madrid 592/2014 de 30 de junio, recurso 246/2014; de Castilla y León/Burgos 237/2014 de 28 de abril, recurso 221/2014 y de Madrid 839/2012 de 11 octubre, recurso 3861/2012 declara que no cabe el desistimiento verbal.

⁵³ En este sentido, véanse las STSJ de Madrid 200/2018 de 5 de marzo, recurso 1256/2017 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; de Cataluña 613/2018, de 30 de enero, recurso 6121/2017; de Asturias 1381/2016 de 14 de junio, recurso 1246/2016 y 808/2016 de 19 de abril, recurso 475/2016 declaran “sin la comunicación escrita y el pago simultáneo de la indemnización no hay desistimiento sino despido”; del País Vasco 842/2015 de 19 de abril, recurso 475/2015; de Andalucía/Málaga 508/2013 de 14 de marzo, recurso 32/2013; de Madrid 426/2013 de 10 de junio, recurso 458/2013 y 292/2014 de 9 de abril, recurso 1840/2013. En cambio, la STSJ de Cataluña 4417/2016 de 7 de julio, 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.

al artículo 53.4 del EdT y el artículo 11.4 del RD 1620 se ha disminuido la importancia, no de los errores justificables en el cálculo de la indemnización⁵⁴ sino de la concesión del preaviso “en tanto no supondrá que el empleador ha optado por el despido, sin perjuicio de la obligación del mismo de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta”⁵⁵.

Habida cuenta las consideraciones expuestas, cabe precisar cuál es el valor exacto de la presunción prevista en el citado artículo sobre la falta de claridad en el contenido del desistimiento y cuándo puede equiparse a la ausencia de forma escrita. De hecho, no siempre se utiliza la terminología del RD 1620 y en el contenido se aprecia un mayor margen valorativo conforme a la doctrina judicial precedente de nuestros Tribunales. Por eso se puede acudir a la interpretación de las expresiones previstas en el escrito sin referencia a otra causa legal de extinción como la atribución de incumplimientos por parte del empleado del hogar⁵⁶. Asimismo, también cabría la interpretación de la voluntad del emisor desde otros actos coetáneos, entre ellos la puesta a disposición de la indemnización y el preaviso o su sustitución económica⁵⁷. Desde esta perspectiva, los errores injustificables⁵⁸ provocan la improcedencia del despido y oscurecen la interpretación de la voluntad de desistir y únicamente en este ámbito cabría tener en cuenta la jurisprudencia y la doctrina precedente sobre la claridad en la forma. Mientras que la exigencia de que el medio sea, por escrito y la simultaneidad de la indemnización son requisitos que no admiten esa flexibilidad interpretativa.

En suma, aunque este requisito de comunicación por escrito constituye una garantía para el trabaja-

dor con el propósito de que esté informado de la extinción del empleo doméstico, debe tenerse en cuenta que la figura del desistimiento es característica de esta relación laboral y su fundamento se distancia y diferencia del sentir propio de la normativa laboral, por estar naturalizada la extinción sin causa alguna (Vela Díaz, 2012, p. 83). Al respecto, cabe resaltar que una vez producida la extinción por despido sin forma no puede pretenderse la subsanación mediante un posterior desistimiento o su comunicación extemporánea pues una vez ha tenido lugar se constituye como un acto considerado irrevocable⁵⁹.

De todo lo expuesto se deduce que los requisitos del desistimiento son exclusivamente formales, no causales y por eso su delimitación o diferenciación con otras figuras considera el cumplimiento de los mismos.

Por último, es posible preguntarse si se podría declarar nulo al desistimiento. El artículo 55.5 del EdT expresa que es posible, aunque con ciertas matizaciones. El precepto prevé en su apartado primero una regla general en virtud de la cual “será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o bien produzca con violencia de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”, un contenido aplicable al desistimiento del empleador doméstico y que impide que responda a motivos discriminatorios o que vulneren derechos fundamentales. Si así fuera, debería aplicarse lo expuesto anteriormente para el despido nulo con las especialidades referidas en la readmisión. Por otra parte, el apartado segundo prevé la enumeración de una serie de supuestos específicos en los que “salvo que se declare la procedencia del despido” operaría la declaración de nulidad

⁵⁴ Al respecto, véanse la STSJ de Madrid 426/2013 de 10 de junio, recurso 458/2013. Criterio mantenido por sentencias anteriores al amparo de la norma precedente; confróntese la STSJ de Cataluña 5925/2007 de 13 de septiembre, recurso 4151/2007. En cambio, la STSJ de la Comunidad Valenciana 847/2017 de 30 de marzo, recurso 3830/2016 califica como despido y no desistimiento, ya que considera cumplida la forma escrita a través de comunicación vía la aplicación denominada WhatsApp, pero no la simultánea puesta a disposición de la indemnización, aun cuando se le haya ofrecido otra cantidad.

⁵⁵ Al respecto, véase la STSJ de Aragón 586/2017 de 31 de octubre, recurso 505/2017 declara que hay desistimiento, ya que se cumplen los requisitos de forma escrita y entrega simultánea de la indemnización, con abono más tarde del correspondiente preaviso. Este criterio ya se había mantenido por las sentencias anteriores al amparo de la norma precedente. Confróntese la STSJ de Galicia 530/2012 de 30 de enero, recurso 4453/2011.

⁵⁶ Confróntese la STSJ de Cataluña 3507/2013 de 17 de mayo, recurso 1101/2013 relativo a un supuesto anterior al vigente RD 1620.

⁵⁷ Al respecto, véase la STSJ de Andalucía/Málaga 841/2014 de 29 de mayo, recurso 593/2014 declara que es despido improcedente y no cese, ya que en la comunicación de la extinción no se especifica si es desistimiento o despido y, además, no se pone a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente al desistimiento.

⁵⁸ Por ejemplo, no introducir todos los conceptos que deben estar previstos en el salario regulador del despido. Confróntese la STSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de enero de 2016, recurso 2320/2015.

⁵⁹ Al respecto, véanse las STSJ de Andalucía/Granada 1284/2010 de 5 de mayo, recurso 743/2010 y 1123/2010, de 21 de abril, recurso 574/2010. En igual sentido, las STSJ de Andalucía/Granada 793/2010 de 17 de marzo, recurso 205/2010 y de Galicia 2765/2009 de 2 de junio, recurso 1294/2009.

automática, no aplicables al empleador doméstico pues aquel no está obligado a justificar su decisión extintiva alegando una determinada causa. Así lo han considerado los distintos pronunciamientos judiciales que exigen para estos casos una prueba indiciaria del móvil discriminatorio o de la lesión del derecho fundamental⁶⁰.

V. CONCLUSIONES

Como consideraciones finales sobre el desistimiento o despido, no cabe duda de que existen puntos de conexión entre ambos pues el primero constituye una resolución unilateral del empresario sin necesidad de alegar causa alguna y con la obligación de abonar una indemnización (Ayala del Pino, 2005, pp. 230-256; Menéndez Sebastián, 2003, 691-710), lo que con algunas diferencias lo aproxima al despido (García Viña, 2008, p. 120), máxime cuando el juez lo califica improcedente⁶¹. Sin embargo, como sabemos, el desistimiento no está previsto en el EdT y así no se compara a la normativa laboral común y tiene además una importante diferencia en la indemnización a pagar por el empleador del hogar familiar; en el desistimiento por doce días y en el despido improcedente por veinte días.

De lo expuesto se obtiene que el desistimiento es una forma de extinción incausada del contrato que se ha naturalizado en el ámbito de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar. Esta normalización es la que determina si atendemos al aspecto que su aplicación sea menos gravosa económicamente para el empleador que la del despido improcedente, pese a que este también constituye un despido sin causa. En consecuencia, aunque podemos afirmar que tanto el desistimiento como el despido son incausados, el RD 1620 busca establecer una nítida diferencia entre ambas figuras al reconocer un mayor grado de reprobación respecto al despido y fijarle una indemnización superior y ser la sanción frente al desistimiento irregular.

Podría cuestionarse si aún guarda sentido la regulación de ambas figuras, pues el desistimiento es más ventajoso para el empresario ya que la indemnización a pagar es menor, pese a que la regulación

vigente exige al empleador comunicar por escrito su voluntad de dar por finalizada la relación laboral, requisito que antes no se pedía (García Viña, pp. 230-56).

Así, podría suceder que, al existir las dos vías de extinción (despido o desistimiento), si el titular del hogar familiar se convence de la declaración judicial de despido procedente, no se obligue a pagar ninguna indemnización y opte por el despido para evitar el cumplimiento de la indemnización inmediata aparejada al desistimiento, actuando de esta manera con un ánimo defraudador (Quesada Segura, 2008, p. 47). Por ello, el legislador del RD 1620 ha incorporado el apartado cuarto del artículo 11, en virtud del cual

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

El contenido de este precepto parece, pues, vincular al incumplimiento de los requisitos formales de la extinción los efectos de la improcedencia del despido. Pero, añade un segundo párrafo que establece:

No obstante, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no supondrá que el empleador ha optado por el despido, sin perjuicio de la obligación del mismo de abonar los salarios correspondientes a dicho período o al pago de la indemnización en la cuantía correcta.

Se deduce que no se opta por el despido aunque no se haya respetado el preaviso o haya existido un error en cuanto al cálculo en la cuantía de la indemnización a pagar.

En definitiva, el artículo 11.4 del RD 1620 establece una presunción que puede ser destruida por el

⁶⁰ En este sentido, véanse las STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014 (AS 2014, 2987), de Asturias (JUR 2014, 250248) y de Madrid de 14 de febrero de 2014 (AS 2014/539). Estas sentencias hacen referencia 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 de abril de 2011 (RJ 2011, 5814) hace referencia a la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba, en la que no resulta aplicable la nulidad automática prevista en el apartado segundo del artículo 55.5 del EdT. En contra de este criterio general encontramos la STSJ de Cataluña de 15 de enero de 2013 (AS 2013,224), que aplica el contenido del apartado segundo del artículo 55.5 del EdT al supuesto de un despido de una empleada doméstica embarazada, que declara nulo.

⁶¹ Asimismo, confróntese la STSJ de Cataluña de 10 de abril de 2002 (JUR 2002, 173039).

empleador mediante la prueba de que buscaba aplicar un desistimiento, lo cual no resulta muy complicado dado el carácter incausado de esta modalidad extintiva. En el hipotético caso que decidiera no llevar a cabo esta actividad probatoria se debería entender que ha optado por aplicar un despido, reconduciéndose la extinción al artículo 11.2 del RD 1620 que producirían los mismos efectos del declarado improcedente –es decir, el empleado del hogar percibiría la indemnización de veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce meses. Por eso podemos pensar que el carácter incausado junto a las mínimas exigencias formales introducidas por la norma vigente, determinen que la derivación hacia el despido en estos casos se introduzca de manera cautelosa, sin llegar a establecer de forma directa sus efectos ni tan siquiera cuando la presunción se confirme.

Destaca también que la presunción se vincule a los requisitos formales exigidos al desistimiento, que son el preaviso, la comunicación en forma escrita y la puesta a disposición de la indemnización simultánea a dicha comunicación del desistimiento; si bien la norma no prevé tal efecto a la ausencia o defecto de cualquiera de ellos, sino sólo a algunos o en determinadas condiciones.

En este sentido el incumplimiento del preaviso no da lugar a la aplicación de la presunción, una precisión innecesaria pues se deducía del artículo 11.3 del RD 1620 que anticipaba la posibilidad de sustituir dicho período por su equivalente económico. Por otra parte, en la comunicación por escrito el artículo 11.4 se remite al 10.3 para determinar cuándo es irregular y en virtud del último se exige que la voluntad del empleador de desistir del contrato conste de modo claro e inequívoco. Por eso este requisito sólo se incumple si la voluntad extintiva se ha comunicado al empleado del hogar verbalmente, si la forma escrita no manifiesta con la claridad precisa la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral, o si en la forma escrita no hay referencia directa al desistimiento.

Por lo que respecta a la puesta a disposición de la indemnización simultánea a la comunicación del desistimiento para el empleado, se le ha de ofrecer la cantidad que resulte de calcular doce días de salario por año de servicio con el máximo de seis mensualidades. En consecuencia, la presunción del despido operaría si no cumple con esta obligación o si dispone una cantidad inferior. Este último supuesto debe matizarse, pues conforme al segundo párrafo del artículo 11.4, la presunción de despido no opera cuando la diferencia entre la indemnización ofrecida y la efectivamente recibida

corresponda a un error excusable en su cálculo, si bien es evidente que el empleador ha de abonar al empleado la cuantía correcta. De esta manera, se constata que al igual que en el incumplimiento del preaviso se otorga un tratamiento de defecto menor y es insuficiente para presumirlo despido, aunque a diferencia del preaviso no se configura con una presunción absoluta pues la excepción podría alterarse si la diferencia no fuera debida a un error excusable.

Ciertamente, la existencia de ambas figuras puede generar controversia. Por ello el legislador, consciente de esta posibilidad, ha considerado necesario revisar las mismas y así lo ha manifestado en la Segunda Disposición Adicional del RD 1620 que en su punto segundo establece:

En el mes siguiente a la entrada en vigor de este Real Decreto, el Ministerio de Trabajo e Inmigración procederá a la constitución de un grupo de expertos, integrado por un máximo de seis personas propuestas por el propio Ministerio y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, para que realice un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre [...] la 1ª viabilidad de aplicar plenamente el régimen de extinción del contrato de trabajo de la relación laboral común establecido en el Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, así como la posibilidad de incluir el desistimiento del empleador, entendido como pérdida de confianza en el empleado, en alguna de las causas comunes de extinción del contrato de trabajo establecidas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores.

El referido informe no se ha realizado todavía, pero debería haberse hecho hace tiempo.

Por último, el artículo 11 en su apartado quinto dispone que en los supuestos de despido o desistimiento:

La decisión extintiva no podrá llevarse a cabo respecto del empleado interno entre las diecisiete horas y las ocho horas del día siguiente, salvo que la extinción del contrato esté motivada por falta muy grave a los deberes de lealtad y confianza.

También en su apartado sexto, conforme a lo previsto en la Tercera Disposición Adicional, atribuye una tarea de documentación al Ministerio de Empleo y Seguridad Social al establecer que “pondrá a disposición de los empleadores modelos e información para la debida notificación de la extinción del contrato de trabajo a los trabajadores”. 

REFERENCIAS

- Ayala del Pino, C. (2005). *Cuestiones laborales de la relación especial de servicio del hogar familiar*. Murcia: Ediciones Laborum.
- Cano Galán, Y. (2009). Despido de trabajadora embarazada empleada doméstica: problemas derivados de la declaración de nulidad. En: *Aranzadi Social 1 (21)*, pp. 25-36.
- García Viña, J. (2008). *Aspectos laborales de salud laboral y de seguridad social de los empleados de hogar*. Granada: Comares
- López Gandía, J. y D. Toscani Giménez (2012). *Los trabajadores al servicio del hogar familiar: Aspectos laborales y de seguridad social, propuestas de reforma*. Albacete: Bomarzo.
- Llano Sánchez, M. (2012). El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar. En: *Actualidad Laboral 6*, pp. 1-19.
- Menéndez Sebastián, P. (2013). Despido disciplinario o desistimiento empresarial en el trabajo al servicio del hogar familiar. En: *Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo 119*, pp. 691-710.
- Miñarro Yanini, M. (2013). *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Madrid: Reus.
- (2012) La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (I y II). En: *Relaciones Laborales 4 y 5*, pp. 1-9 y 1-13
- Palomino Saurina, P. (2012). La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. En: *Información Laboral 5*, pp. 23-32.
- Quesada Segura, R. (2008). Aspectos laborales de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. En: *Tribuna Social 207*, pp. 39-47.
- Ruano Albertos, S. (2013). *El régimen jurídico de los empleados de hogar*. Barcelona: Atelier
- (2008) La nulidad del despido en la relación laboral especial de empleados de hogar (Comentario de la Sentencia del Juzgado de lo Social 31 de Madrid, de 16 de abril de 2008). En: *Tribuna Social 212-213*, pp. 28 a 38.
- Salcedo Beltrán, C. (2014). La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción. En: Espuny i Tomás, M.J.; García González, G. y M. Bonet Esteva (coords.) *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas*. Madrid: Dykinson, pp. 103-138.
- Vela Díaz, R. (2012). *El nuevo régimen de las personas empleadas de hogar*. Murcia: Laborum.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Constitución Española. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 29 de diciembre de 1978.

Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo. Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, del 16 de junio de 2011. Ratificado por el Perú el 26 de noviembre de 2018.

Directiva 92/85 de la Comunidad Europea. 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. En: *EUR-Lex*, 19 de octubre de 1992.

Ley 27/2011. Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 1 de agosto de 2011.

Ley 31/1995. Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 8 de noviembre de 1995.

Ley 36/2011. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 10 de octubre de 2011.

Ley Orgánica 3/2007. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 22 de marzo de 2007.

Real Decreto 1424/1985. Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 1 de agosto de 1985.

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

- del hogar familiar. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 14 de noviembre de 2011.
- Real Decreto Legislativo 2/2015. 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: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 23 de octubre de 2015.
- Real Decreto-Ley 3/2012. Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. En: Agencia Estatal *Boletín Oficial del Estado*, 10 de febrero de 2012.
- Recurso 1101/2013 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 3507/2013, de 17 de mayo de 2013.
- Recurso 1141/2015 del Tribunal Superior de Madrid, de 30 de marzo de 2016.
- Recurso 1246/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias recaído en el expediente 1381/2016, de 14 de junio de 2016.
- Recurso 1256/2017 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 200/2018, de 5 de marzo de 2018.
- Recurso 1294/2009 del Tribunal Supremo de Justicia de Galicia recaído en el expediente 2765/2009, de 2 de junio de 2009.
- Recurso 1482/2012 del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla y León/Valladolid, de 3 de octubre de 2012.
- Recurso 1498/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias recaído en el expediente 1718/2014, de 12 de setiembre de 2014.
- Recurso 1520/2015 del Tribunal Superior de Madrid recaído en el expediente 123/207, de 14 de febrero de 2017.
- Recurso 1584/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias recaído en el expediente 2068/2014 de 30 de setiembre de 2014.
- Recurso 1644/2017 del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Málaga recaído en el expediente 1983/2017, de 29 de noviembre de 2017.
- Recurso 1736/2015 del Tribunal Supremo de Justicia de del País Vasco recaído en el expediente 1968/2015, de 20 de octubre de 2015.
- Recurso 1746/2017 del Tribunal Supremo de Justicia de País Vasco recaído en el expediente 1901/2017, de 3 de octubre de 2017.
- Recurso 1834/2013 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 143/2014, de 14 de febrero de 2014.
- Recurso 1857/2003 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de noviembre de 2003.
- Recurso 2/2013 del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla-León/Valladolid, de 25 de febrero de 2013.
- Recurso 205/2010 del Tribunal Supremo de Justicia Andalucía y Granada recaído en el expediente 793/2010, de 17 de marzo de 2010.
- Recurso 2173/2012 del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla y León/Valladolid, de 12 de diciembre de 2012.
- Recurso 218/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia recaído en el expediente 2587/2011, del 13 de mayo de 2011.
- Recurso 221/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla y León/Burgos recaído en el expediente 237/2014, de 28 de abril de 2014.
- Recurso 2235/2007 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid, de 27 de junio de 2008.
- Recurso 2320/2015 del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla y León/Valladolid, de 27 de enero de 2016.
- Recurso 246/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 592/2014, de 30 de junio de 2014.
- Recurso 2504/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla recaído en el expediente 1796/2012, de 4 de junio de 2011.
- Recurso 2506/2001 del Tribunal Supremo de Madrid, de 5 de junio de 2002.
- Recurso 264/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga recaído en el expediente 777/2011, de 5 de mayo de 2011.
- Recurso 2643/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias recaído en el expediente 9/2017, de 17 de enero de 2017.
- Recurso 2743/2013 del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Sevilla recaído en el expediente 3064/2014, de 20 de noviembre de 2014.

Recurso 2835/2011 del Tribunal Superior de Justicia de Asturias recaído en el expediente 3278/2011, de 30 de diciembre de 2011.

Recurso 2838/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 6550/2014, de 7 de octubre de 2014.

Recurso 2893/2010 del Tribunal Superior de Madrid, de 18 de abril de 2011.

Recurso 3080/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 4417/2016, de 7 de julio de 2016.

Recurso 3080/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 426/2013, de 10 de junio de 2016.

Recurso 3099/2011 del Tribunal Supremo de Justicia de País Vasco, de 7 de febrero de 2012.

Recurso 32/2013 del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Málaga recaído en el expediente 508/2013, de 14 de marzo.

Recurso 338/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Extremadura recaído en el expediente 383/2016, de 15 de septiembre de 2016.

Recurso 352/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 598/2016, de 26 de septiembre de 2016.

Recurso 371/2009 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 2811/2009, de 2 de abril.

Recurso 3830/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Valenciana recaído en el expediente 847/2017, de 30 de marzo de 2017.

Recurso 3861/2012 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 839/2012, de 11 de octubre de 2012.

Recurso 4151/2007 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 5925/2007, de 13 de septiembre de 2007.

Recurso 4155/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recaído en el expediente 00678/2012, del 15 de octubre de 2012.

Recurso 4198/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 6539/2014, de 7 de octubre de 2014.

Recurso 4396/2012 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 6760/2012, de 11 de octubre de 2012.

Recurso 4453/2011 del Tribunal Supremo de Justicia de Galicia recaído en el expediente 530/2012, de 30 de enero de 2012.

Recurso 458/2013 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 426/2013, de 10 de junio de 2013.

Recurso 467/2010 del Tribunal Supremo de Justicia de Castilla-León/Burgos, de 7 de septiembre de 2010.

Recurso 475/2015 del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco recaído en el expediente 842/2015, de 19 de abril de 2015.

Recurso 475/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias recaído en el expediente 808/2016, de 18 de abril de 2016.

Recurso 49/2003 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid, de 16 de abril de 2008.

Recurso 5/2012 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana recaído en el expediente 479/2012, de 15 de febrero de 2012.

Recurso 505/2017 del Tribunal Supremo de Justicia de Aragón recaído en el expediente 586/2017, de 31 de octubre de 2017.

Recurso 517/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 644/2016, de 17 de octubre de 2016.

Recurso 5635/2010 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 688/2011, de 31 de enero de 2011.

Recurso 574/2010 del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Granada recaído en el expediente 1123/2010, de 21 de abril de 2010.

Recurso 5874/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 7432/2016, de 16 de diciembre de 2016.

Recurso 593/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Málaga recaído en el expediente 841/2014, de 29 de mayo de 2014.

Recurso 596/2017 del Tribunal Supremo de Justicia Castilla y León/ Valladolid recaído en el expediente 12/2018, de 29 de enero de 2018.

- Recurso 6121/2017 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 613/2018, de 30 de enero de 2018.
- Recurso 614/2016 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 882/2016, de 26 de octubre de 2016.
- Recurso 634/2011 del Tribunal Supremo de Justicia de Extremadura recaído en el expediente 76/2012, de 22 de febrero de 2011.
- Recurso 6810/2012 del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 286/2013, de 15 de enero de 2013.
- Recurso 743/2010 del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Granada recaído en el expediente 1284/2010, de 5 de mayo de 2010.
- Recurso 776/2012 del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Sevilla recaído en el expediente 126/2013, de 17 de enero de 2012.
- Recurso 864/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de del País Vasco recaído en el expediente 947/2014, de 13 de mayo de 2014.
- Recurso 920/2010 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia recaído en el expediente 2907/2010, de 4 de junio de 2010.
- Recurso 962/2014 del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaído en el expediente 262/2015, de 21 de abril de 2015.
- Sentencia del Tribunal Central del Trabajo (RTCT 1987, 3923), de 24 de febrero de 1987.
- Sentencia del Tribunal Central del Trabajo (RTCT 1987, 1212), de 22 de enero de 1987.
- Sentencia del Tribunal Central del Trabajo (RTCT 1987, 2303), de 4 de febrero de 1987.
- Sentencia del Tribunal Central del Trabajo (RTCT 1987, 3923), de 24 de febrero de 1987.
- Sentencia del Tribunal Central del Trabajo (RTCT 3293, 1987), de 17 de febrero de 1987.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español recaída en el expediente 92/2008 de 21 de julio de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español recaída en el expediente 124/2009 de 18 de mayo de 2009.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español recaído en el expediente 173/2013 de 10 de octubre de 2013.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña recaído en el expediente 5958/2007, de 13 de setiembre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Supremo (RJ 2002, 8133), de 5 de junio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (AS 1989, 529), de 27 de junio de 1989.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia (RJ 2011, 5814) de 18 de abril de 2011.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Andalucía/Málaga (JUR 2002, 248223), de 30 de mayo de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias (AS 2004, 290) de 30 de enero de 2004.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Asturias (JUR 2014, 250248).
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cantabria (AS 1990, 1938), de 26 de julio de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (AS 1995, 277), de 19 de enero de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (AS 1995, 277), de 19 de enero de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (AS 2001, 3506), de 19 de junio de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (AS 2013, 224) de 15 de enero de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (AS 2014, 2987) de 7 de octubre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (JUR 2002, 173039) de 10 de abril de 2002.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña (JUR 2003, 130279), de 21 de marzo de 2003.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña de (AS 1999, 3614), 2 de setiembre de 1999.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Valenciana (AS 2001, 2049) de 10 de mayo de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Valenciana (AS 2000, 1367), de 11 de octubre de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Valenciana (AS 2001, 2049), de 10 de mayo de 2001.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de la Comunidad Valenciana (AS 2000, 1367), de 11 de octubre de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 1989, 1825), de 10 de octubre de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 1989, 478), de 14 de junio de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 1989, 529), de 27 de junio de 1989.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 1994, 3141), de 6 de julio de 1994.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 1998, 260) de 27 de enero de 1998.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 1999,1495), de 18 de mayo de 1999.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 2002, 1506), de 20 de marzo de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 2002, 3098), de 2 de julio de 2002.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid (AS 2014, 539) de 14 de febrero de 2014.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid recaída en el expediente 714/2015, de 26 de octubre de 2015.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Sevilla (JUR 2001, 1336), de 19 de mayo de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco (AS 2000,1598), de 18 de abril de 2000.

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del País Vasco (AS 2003, 1550) de 14 de enero de 2003.