

**LIMITACIONES DEL DERECHO AL DESISTIMIENTO  
EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL PERSONAL  
AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR.  
Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la  
trabajadora embarazada**

*Comentario a la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018*

M.<sup>a</sup> LUISA RODRÍGUEZ COPÉ\*

**SUPUESTO DE HECHO:** La demandante, que había venido prestando sus servicios por cuenta y en el domicilio de la demandada en el ámbito de una relación laboral especial como empleada de hogar para el cuidado de un bebé, interpone demanda contra la decisión de la empleadora de extinguir el contrato de trabajo por desistimiento, al considerar que la extinción de su relación laboral constituye un despido que obedece a una reacción empresarial vulneradora de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de maternidad. Solicita la actora la declaración de nulidad de la decisión extintiva con su readmisión en las mismas condiciones de trabajo y abono de los salarios de tramitación o, subsidiariamente, improcedencia con condena a la readmisión en los mismos términos o a la extinción de la relación con abono de la indemnización legal correspondiente; en ambos casos, reclama una indemnización por el daño moral causado.

La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad del desistimiento empresarial al entender acreditado el móvil discriminatorio en la extinción por razón de sexo, considerando que no procede la readmisión sino la indemnización en cuantía equivalente a veinte días de salario por año de servicio y límite de doce mensualidades.

Contra la citada sentencia, la trabajadora interpuso recurso de suplicación.

**RESUMEN:** El Tribunal Superior de Justicia de Asturias en su Sentencia de 27 de septiembre de 2018<sup>1</sup>, estima el recurso condenando a la empleadora demandada al abono de una indemnización derivada de la nulidad de la decisión extintiva

\* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<sup>1</sup> Rec. Suplicación nº 1679/2018, ECLI: ES:TSJAS:2018:3289.

correspondiente a treinta y tres días de salario por año de servicio, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha de la sentencia de instancia. Asimismo, fija una indemnización adicional derivada de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo por el daño moral causado.

## ÍNDICE

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS
2. LA INAPLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA NULIDAD OBJETIVA: LAS EVIDENTES DEFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR
3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA NULIDAD –INCONTROVERTIDA- “A EFECTOS DIALÉCTICOS”
4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO: LOS PRINCIPIOS DE “SUFICIENCIA” Y DE “PREVENCIÓN”
5. NOTA FINAL

### 1. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS

La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos<sup>2</sup>. Los efectos que en la relación de trabajo puede provocar la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales.

Según reiterada jurisprudencia -constitucional<sup>3</sup> y ordinaria<sup>4</sup>-, en los despidos de mujeres embarazadas es de aplicación el principio de nulidad objetiva, configurán-

<sup>2</sup> El derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas (Art. 40.2 Constitución Española) o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos (Art. 39 Constitución Española).

<sup>3</sup> Véanse SSTC 92/2008, de 21 de Julio de 2008 (Rec. amp. 6595/2006), 124/2009, de 18 de mayo de 2009 (Rec. amp. 11224-2006) y 173/2013, de 10 de octubre (Rec. amp. 3773-2011).

<sup>4</sup> STS de 17 de octubre de 2008 (R. 1957/2007) y posteriormente por las STS, Sala de lo Social, de 16/01/2009, Rec. 1758/2008 -), STS, Sala de lo Social, de 17/03/2009, Rec. 2251/2008 -), 13 de abril (R. 2351/2008), 30 de abril (R. 2428/2008 - TS, Sala de lo Social, de 30/04/2009, Rec. 2428/2008 -) y 6 de mayo de 2009 (R. 2063/2008 - TS, Sala de lo Social, de 06/05/2009, Rec. 2063/2008 -), reiterando esta última la doctrina constitucional y estableciendo unas reglas básicas en torno a esta temática. Más recientes, STS de 28 de noviembre de 2017 (R. 3657/2015), que reitera su doctrina en relación a la nulidad del despido, en ausencia de causa justificativa, de las trabajadoras embarazadas, aunque el empresario desconozca el estado de gestación. También el Tribunal Supremo, en sentencia 20 de julio de 2018, (R. 2708/2016) declara nulo el despido de una trabajadora de una empresa dedicada a la alimentación con motivo de un ERE, coincidiendo con su embarazo, debido a que la motivación de la extinción del contrato no fue explícita para su caso concreto y, por tanto, no pudo probar las “causas reales y objetivas” de la eliminación de su puesto de trabajo.

dose, de este modo, una nulidad distinta de la nulidad por causa de discriminación, que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental y eximiéndola de probar que el empresario tenía conocimiento del embarazo. La jurisprudencia no deja margen a la duda: el despido de mujeres embarazadas, salvo que resulte justificado y procedente, será automáticamente nulo.

Recientemente, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha modificado el artículo 14 (apartados 2 y 3) del Estatuto de los Trabajadores. La nueva redacción establece expresamente la declaración de nulidad objetiva al afirmar que “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. La medida incorporada en el RD-Ley es de indudable importancia, ya que establece expresamente la nulidad de la rescisión del contrato de una embarazada durante el periodo de prueba. Hasta la fecha, la jurisprudencia<sup>5</sup>, haciéndose eco de la ausencia de una previsión estatutaria expresa, no ha extendido la “nulidad objetiva” fijada en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores a los supuestos de desistimiento empresarial durante el período de prueba, limitando de este modo la protección de la mujer embarazada.

La sentencia a comentar nos hace desviar el foco de atención a uno de los colectivos de trabajadoras más precarizados y desregulado: las empleadas de hogar (y hablamos en femenino porque este es, claramente, un sector fuertemente feminizado<sup>6</sup>). No olvidemos que, históricamente, las labores domésticas y de cuidados han sido realizadas casi exclusivamente por mujeres. En la actualidad, la externalización del trabajo doméstico continúa generando desigualdades al ser nuevamente ocupado por mujeres, esta vez asalariadas. Nos encontramos ante un sector económico desprestigiado, con una gran parte de la fuerza de trabajo en empleo informal y con un alto grado de desprotección tanto de los derechos laborales como de los derechos humanos. Las normas por las que se ha regido el servicio

<sup>5</sup> Véase, como ejemplo, STS de 18 de abril de 2011 (Rec. 2893/2010), que matiza la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio, en línea a lo establecido en la STC 173/2013, de 10 de octubre. De esta forma, la jurisprudencia ha venido estableciendo que la protección de las leyes a las personas trabajadoras durante el período de prueba no es la misma que la proporcionada por la normativa vigente una vez se hace firme el contrato. Al respecto, Rodríguez Copé, “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional. Temas laborales 123/2014, pp. 185 a 196.

<sup>6</sup> Según datos de la Encuesta de Población Activa (EPA), el 96% del empleo en el servicio doméstico está ocupado por mujeres. Véase: [https://www.ine.es/prensa/epa\\_prensa.htm](https://www.ine.es/prensa/epa_prensa.htm).

doméstico reflejan claramente su consideración como trabajo “de segunda categoría”<sup>7</sup>. La razón principal por la cual se justifica la existencia de una regulación especial para el servicio del hogar familiar es el ámbito donde se realiza el trabajo: los hogares. El hecho de que la prestación de los servicios se lleve a cabo en el círculo familiar, en la esfera personal e íntima de la persona empleadora, justifica una mayor exigencia de lealtad y de confianza y, por ejemplo, “normaliza” la figura del desistimiento como causa de extinción. Veamos los efectos que el recurso a esta figura provoca en los casos de las empleadas de hogar en estado de gestación.

## **2. LA INAPLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA NULIDAD OBJETIVA: LAS EVIDENTES DEFICIENCIAS DEL MARCO JURÍDICO REGULADOR DE LA EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE EMPLEADOS DE HOGAR**

A esta absoluta libertad de extinción del vínculo laboral sin alegación de causa alguna —a la que los Tribunales le exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales con valor constitutivo<sup>8</sup>—, no se le aplica por analogía ni el artículo 55.5 ni el 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, ya que dicha calificación de nulidad está prevista únicamente respecto del despido causal, sea disciplinario u objetivo.

Los Tribunales han venido aplicando a estos supuestos la misma doctrina fijada, en casos similares, para el desistimiento durante el período de prueba<sup>9</sup>, y ello a pesar de las argumentos esgrimidos, con acierto a nuestro parecer, por las partes recurrentes.

<sup>7</sup> En muchos países no ha estado sujeta a la legislación laboral sino al Derecho de Familia y en España al Derecho civil hasta 1985 exceptuando un corto período en la Segunda República. En 1985 se le reconoció el carácter de relación laboral con el Real Decreto 1424/1985 pero con carácter específico.

<sup>8</sup> El artículo 11. 3 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, establece que en caso de desistimiento, el trabajador tendrá derecho a un preaviso de siete o veinte días (si la duración de la prestación de servicios fue superior a un año) con derecho a una licencia semanal de seis horas retribuidas para buscar nuevo empleo; el preaviso es sustituible por el pago de los salarios correspondientes a dicho período; además, el empleador debe simultáneamente poner a disposición del trabajador una indemnización equivalente a doce días de salario en metálico por año de servicio. El pago de esta indemnización procede cuando el empleador ha manifestado expresamente que extingue el contrato por desistimiento, rechazando la jurisprudencia que sea el trabajador quien tenga que adivinar qué hay tras las palabras del empleador cuando dice al trabajador que se marche. (Por ello, en la sentencia del TS (Sala de lo Social), de 27/06/2008, (Rec. 2235/2007), se confirma la calificación de despido improcedente. En sentido similar, TSJ Asturias, Sala de lo Social, n.º 1381/2016, de 14/06/2016, Rec. 1246/2016 y TSJ Asturias, Sala de lo Social, n.º 808/2016, de 18/04/2016, Rec. 475/2016). Por tanto: forma escrita en la que se deje constancia de forma inequívoca la voluntad de extinción del vínculo, preaviso, susceptible de sustitución económica e indemnización se convierten en requisitos *sine que non* para que el desistimiento empresarial pueda, conforme a derecho, poner fin a la relación laboral.

<sup>9</sup> Véase, como ejemplo, STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015 (Rec. 552/2015). En el mismo sentido resolvió la sentencia TSJ de Madrid de 14 de febrero de 2014 (Rec. 1834/13) ó STSJ de Madrid de 21 de abril de 2015 (Rec.962/2014). Al respecto, muy interesantes, los comentarios de Benavente Torres, “La extinción e la relación laboral especial del trabajo del hogar familiar” Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social 51/2018, p. 102 (nota 48), con cita de abundante doctrina judicial.

tes (infracción del artículo 14 de la Constitución, del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, de los artículos 6, 8, 9, 10, 12, 13 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, del artículo 8 del convenio 183 de la OIT, de 30 de mayo de 2000 sobre protección de la maternidad y del artículo 10 de la Directiva 92/85, de 19 de octubre)<sup>10</sup>; y que, desde un punto de vista jurídico, no es posible equiparar el desistimiento durante el período de prueba con el desistimiento de la relación laboral especial del hogar familiar<sup>11</sup>, pues en este último caso se exigen unos requisitos formales, entre ellos el abono en metálico de las indemnizaciones, cuyo incumplimiento determina la consideración de despido. Los tribunales dejan claro su rechazo a que la previsión legal del art. 55.4 del ET, establecida para el despido causal – insisten-, 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 este la característica de atenuación o excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario”<sup>12</sup>. En consecuencia, mientras que, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019<sup>13</sup>, en las relaciones laborales comunes la protección cualificada de la mujer embarazada se ha venido suprimiendo únicamente durante un breve espacio de tiempo (período de prueba), en el caso de las empleadas de hogar la desprotección se va a prolongar durante toda su vida laboral.

Para las empleadas domésticas que han visto extinguida su relación laboral por desistimiento empresarial, el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación

<sup>10</sup> En este sentido, STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015, cit. En la sentencia, la recurrente-empleada de hogar- sostiene en primer lugar la nulidad del despido con carácter “objetivo” con arreglo al art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, por su mera condición de embarazada. La tesis es rechazada por la sentencia de instancia con apoyo en la STC 173/13. Como el propio tribunal apostilla “... de estas sentencias se infiere que la protección objetiva y reforzada respecto a la normativa comunitaria que el art. 55.5 del ET regula se refiere solamente al despido causal y no cabe apreciar analogía con el supuesto del desistimiento durante el periodo de prueba”. Y ello a pesar de que argumenta la recurrente que de conformidad con la Ley Orgánica 3/2007 (artículos 6, 8, 9, 10, 12, 13) “se ha de considerar discriminación por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, lo cual debe incluir necesariamente a las empleadas del hogar familiar, aunque en el RD 1620/11 de 14 de noviembre no se recoja la figura del despido nulo”.

<sup>11</sup> Al respecto, de nuevo, Benavente Torres, “La extinción de la relación laboral...”, cit., p. 100. Para la autora, el régimen más ventajoso del desistimiento se compensa con la exigencia de unos requisitos formales que adquieren un valor constitutivo; en cambio, el período de prueba constituye una condición resolutoria que faculta a las partes a resolver el contrato sin alegar justa causa, sin preaviso-salvo pacto en contrario-, sin exigencia formal alguna y sin indemnización.

<sup>12</sup> Véase, de nuevo STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015, cit. En el mismo sentido resolvió la sentencia del mismo TSJ de 14 de febrero de 2014 (Rec. 1834/13) declarando lo siguiente: “(...) No se puede extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, pero ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula -por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva- si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas.”

<sup>13</sup> Publicado en BOE núm. 57 de 7 de Marzo de 2019 (Vigencia desde el día 8 de Marzo de 2019).

de probar la regularidad constitucional de su acto. En estos supuestos, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. Serán los indicios de discriminación los que provocarán la inversión de la carga de la prueba y la obligación de demostrar que el desistimiento tuvo una causa razonable y proporcionada, no vulneradora de derechos fundamentales<sup>14</sup>. De este modo, si bien ha quedado constatada la inaplicación de la doctrina sobre la nulidad objetiva del despido, si se demuestra que el cese obedeció al embarazo este podría declararse nulo<sup>15</sup>.

Una vez expuestos estos aspectos, veamos el caso justiciable y los problemas que plantea.

### **3. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE UNA NULIDAD –INCONTROVERTIDA- “A EFECTOS DIALÉCTICOS”**

En el caso que nos ocupa no se discute que el desistimiento empresarial es nulo por ocultar una decisión extintiva discriminatoria con efectiva vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. El problema estriba en determinar cuáles han de ser las consecuencias prácticas de la nulidad constatada en una relación laboral especial con unas características propias tan marcadas como la de empleada de hogar y, en particular, si es admisible la readmisión, sin que el Real Decreto 1620/2.011 contemple expresamente tal tesitura. Nos encontramos ante dos derechos fundamentales en conflicto: de un lado, el atinente a la proscripción de toda suerte de trato discriminatorio, más aún cuando su causa proviene de hecho tan natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar que, por el motivo que fuere, vieron rota en un determinado momento la relación de confianza que mantenían con quien todos los días laborables acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica. Conjugar ambos derechos no resulta ciertamente fácil. Recurriremos, pues, a los pronunciamientos judiciales.

<sup>14</sup> “No se puede extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, pero ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula -por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva- si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas”. STSJ de Madrid de 14-2-14( Rec. 1834/13).

<sup>15</sup> No obstante, y dado que la posibilidad de declaración de nulidad del despido y sus consecuencias no están previstas en el RD 1620/2011 ( y las dudas sobre la aplicación supletoria del ET en esta materia así como la imposibilidad de condena de readmisión del trabajador en el despido improcedente - en este sentido, Benavente Torres, cit. p. 116-), encontramos pronunciamientos que niegan la posibilidad de declaración de nulidad, afirmando la improcedencia del despido y aplicando la indemnización prevista en el artículo 11.2 RD 160/2011. En este sentido, por ejemplo, STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2016 ( Rec. 517/2016).

Es la doctrina reiterada de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia la que ha dejado claro que “habrá que adaptar las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales [...] a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial [...]”<sup>16</sup>. Precisamente por el sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en una parcela tan íntima la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente.

La respuesta a la controversia jurídica aquí suscitada radica en las notas que configuran la relación laboral especial justificando -como el Real Decreto aclara en su exposición de motivos- una regulación específica que atienda a la mutua confianza. Sin duda, dada la especial naturaleza de esta relación laboral y el contexto en el que se lleva a cabo - prestación de servicios “*intuitu personae*” en un ámbito tan privado cual el del hogar familiar- no se contempla la readmisión de la persona trabajadora.

Volviendo al caso en cuestión, el despido es nulo, y la causa de ello es la situación de embarazo de la trabajadora. A la luz de los valores constitucionales enfrentados, la decisión extintiva adoptada, producida durante el embarazo y manifiestamente no procedente, solo puede calificarse como nula, si bien los efectos jurídicos que esta declaración supone han de ser atemperados o, si se prefiere, modalizados en atención al derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar<sup>17</sup>. Así pues, en cuanto a las consecuencias que debieran acompañar a la declaración de nulidad del desistimiento, debemos destacar, en primer lugar, una evidente: la extinción de la relación laboral que implica que, dada la especial naturaleza de la relación del personal al servicio del hogar familiar basada en la mutua confianza, la nulidad no lleve aparejada la readmisión- pronunciamiento que no se discute.

Sobre el resto de consecuencias jurídicas, esto es, pago de la indemnización y de salarios dejados de percibir desde la fecha del desistimiento hasta la fecha de la sentencia, así como de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, no hay unanimidad en la doctrina judicial.

En cuanto a la indemnización, las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia que en suplicación han venido resolviendo supuestos similares al aquí enjuiciado han alcanzado conclusiones distintas. A falta, hasta el momento, de pronunciamiento unificador en la materia, detectamos posturas diferentes. Todas

<sup>16</sup> Por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2.017 ( Rec. 1644/2.017).

<sup>17</sup> Haciéndose eco de otros pronunciamientos anteriores, véase, STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016 (Rec. 352/2016).

parten del rechazo a la posibilidad de readmisión por los motivos ya expuestos; sin embargo asumen la insuficiencia de saldar con la indemnización prevista para el desistimiento en el artículo 11 del Real Decreto 1620/2.011 los supuestos de nulidad del mismo. Partiendo de la descripción que hace la propia sentencia<sup>18</sup>, constatamos que existen varias posturas.

Hay una línea doctrinal<sup>19</sup> que reconoce aplicable al despido nulo del personal al servicio del hogar familiar la indemnización fijada en el artículo 11.2 del RD 1610/2011 para un despido improcedente de 20 días de salario con un máximo de 12 mensualidades, sin derecho a salarios de tramitación, considerando que, en estos casos no resulta de aplicación el artículo 56 E.T. Los efectos, pues, del despido improcedente deben ser los regulados “ad hoc” para este tipo de relación y no los aplicables a la relación laboral común.

Por otro lado, existe otra doctrina -mayoritaria-<sup>20</sup>, según la cual, al no haber previsión ni en el anterior RD 1424/1985 ni en el vigente RD 1610/2.011 acerca de las consecuencias del cese de un empleado de hogar con vulneración de derechos fundamentales, atendiendo a las especiales características de esta relación laboral especial, y en aras a preservar derechos fundamentales tales como la intimidad de los convivientes en el hogar familiar (art. 18.2 CE) y la integridad moral del trabajador (art. 15.1 CE), se debe prever una indemnización con arreglo a lo dispuesto

<sup>18</sup> Véase STSJ de Justicia de Castilla La Mancha (Albacete) de 21 de junio de 2018 (Rec. 364/2018), que ante caso similar, y destacando las diversas líneas judiciales existentes, concluye de manera diferente a la sentencia objeto de este comentario. Ante el desistimiento del empleador reconoce la indemnización de 20 días por año trabajado sin que se reconozca derecho alguno a salarios de tramitación. En cuanto al *dies ad quem* para el cálculo de dicha indemnización se fija en la fecha de la terminación de la relación laboral.

<sup>19</sup> Al respecto, STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 15 de septiembre de 2016 (Rec. 338/2016). Para llegar a tal conclusión, cita la STC 173/2013 de 10 de octubre, que consideró que el régimen de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada no es aplicable en los supuestos de desistimiento durante el periodo de prueba en los que resulta de aplicación la doctrina de inversión de la carga de la prueba siempre y cuando el trabajador aporte indicios del móvil discriminatorio del empleador, y haciendo una aplicación extensiva de dicha doctrina, considera que en estos casos no resulta de aplicación el art. 56 E.T., no procediendo otra indemnización que la fijada en el art. 11.2 del RD regulador de la relación especial calculada desde la fecha del cese. En sentido similar, STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2017, cit. En ella se llega a la misma solución sobre la base de una argumentación diferente. “...aunque en el referido Real Decreto 1620/2011 no se regule específicamente la figura del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales de la empleada de hogar, consideramos que dicha figura resulta plenamente aplicable a esta relación laboral de carácter especial, por aplicación supletoria de lo previsto en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Ahora bien, habrá que adaptar las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales previstas en el Estatuto de los Trabajadores (readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir y, en su caso, fijación de una indemnización adicional por la vulneración de los derechos fundamentales) a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial fijando por un lado la indemnización prevista para los supuestos de despido improcedente en el artículo 11.2 del repetido Real Decreto 1620/2011”.

<sup>20</sup> Véase, STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016 (Rec. 352/2016), con cita de pronunciamientos anteriores en el mismo sentido (STSJ Madrid de 24 de noviembre de 2.008 y del TSJ de Cataluña de 15 de enero de 2.013).

en el art. 56.1 E.T, que opera como norma supletoria. Esta aplicación supletoria, lleva aparejada la condena a los salarios dejados de percibir hasta la fecha de la sentencia (Art. 56.2 E.T.). Por tanto, según esta línea, a pesar de que la calificación de nulidad es únicamente a efectos declarativos, se le dota de las consecuencias propias del despido improcedente contemplado en el artículo 56.1 ET, y no a las previstas en la específica regulación reglamentaria.

Pronunciamientos más recientes se hacen eco de esta postura<sup>21</sup>, reconociendo la indemnización conforme al Estatuto -treinta y tres días de salario- y no al Real Decreto 1620/2011 -veinte días de salario-, fijando el *dies ad quem* para su cálculo en el día de la sentencia por la que se declara la nulidad del despido y reconociendo el derecho al abono de los salarios de tramitación, que no es sino otro efecto esencial del despido nulo.

En la sentencia que analizamos, el Superior de Justicia manifiesta que, aunque en la normativa específica no se regule específicamente la figura del despido nulo de la empleada de hogar, acudiendo a las fuentes generales del Derecho del Trabajo, dicha figura resulta plenamente aplicable por aplicación supletoria de lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores<sup>22</sup>. En consecuencia, si dicha normativa suple la previsión del artículo 11 del Real Decreto, y al no ser posible acoger la readmisión propia del despido nulo, habrá que acudir a la indemnización prevista para el despido improcedente en la normativa común (treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades). Del mismo modo, de manera análoga a si se tratase de un supuesto de readmisión inejecutable, procede reconocer el abono de salarios de tramitación.

Para no tratar como situaciones homogéneas las que no lo son –despido improcedente y nulo- y dado que, primero, el caso que se nos plantea carece de respuesta desde la normativa especial y, segundo, las particularidades de la relación especial impiden acoger la solución que la normativa general ofrece con carácter prioritario, el Tribunal se decanta por una respuesta que considera ajustada y que compartimos, pues lo contrario equivaldría a equiparar el despido nulo al improcedente.

<sup>21</sup> Véase la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Bilbao) de 12 de junio de 2.018 (Rec:1028/2018) que afirma que “la fórmula indemnizatoria ya no puede ser la del Reglamento, pues el art. 11 ha quedado superado por un marco normativo superior que ampara el supuesto concreto de la demandante -despido nulo-. De aquí, el que la indemnización a otorgar sea la propia del despido ordinario, por razón de la nulidad que impera en base al art. 55 ET. Esta indemnización debe comprender hasta la sentencia de instancia, porque es la que declara la nulidad del despido. Y de ello el que, como no es posible la readmisión en un supuesto de despido nulo por la configuración de la especial relación de empleada de hogar, se supla la misma con la extinción indemnizada, para que se produzca el otro efecto esencial del despido nulo como es el devengo de los salarios de tramitación”.

<sup>22</sup> Recordemos que el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011 establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial del personal al servicio del hogar familiar se regularán por las disposiciones de ese Real Decreto y, con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación laboral, por lo previsto en la normativa laboral común.

Concluyendo, y siguiendo a la doctrina<sup>23</sup>, los efectos del despido nulo del personal del hogar familiar deben ser los comunes de este y no los del despido improcedente, en tanto carece de base objetiva dicha opción con resultado de una menor tutela ante la vulneración de los derechos fundamentales.

#### **4. LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL CAUSADO: LOS PRINCIPIOS DE “SUFICIENCIA” Y DE “PREVENCIÓN”**

Ante la constatación de la vulneración de un derecho fundamental, el reconocimiento del daño moral causado y la necesidad de reparación del mismo es otra de las cuestiones planteadas y resueltas por la sentencia.

Son numerosos los pronunciamientos que, ante la lesión de un derecho fundamental, merecedor de un reproche especial, reconocen una indemnización equivalente a los salarios de tramitación – que no se adeudan en aplicación de la normativa laboral común sino como única forma de indemnizar la lesión del derecho-.<sup>24</sup>

En este supuesto, el Tribunal deja claro que ante la vulneración del derecho fundamental invocado, no hay duda sobre la procedencia de indemnizar el daño moral causado, si bien la cuantificación del mismo conlleva una dificultad incuestionable. Destacamos, por tanto, dos aspectos: en primer lugar el que se reconozca el derecho a una indemnización por daños y perjuicios adicionales, al margen de la cuantía que corresponde por salarios de tramitación; y, en segundo lugar, que se ponga de manifiesto lo complejo que resulta hacer una “traducción económica” del daño moral y la necesidad, por tanto, de flexibilizar las exigencias normales para la determinación de una indemnización.

Recordemos que el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales el juez deberá fijar una indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, indemnización que será compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

Para lograr la indemnización equitativa al daño moral sufrido por la recurrente, la sentencia se hace eco de lo establecido en la STS de 5 de octubre de 2017<sup>25</sup>, dictada en unificación de doctrina, en la que se pone de manifiesto que la

<sup>23</sup> En este sentido, de nuevo, BENAVENTE TORRES, cit. p. 118.

<sup>24</sup> Véanse, STSJ. de Madrid, de 26 septiembre de 2016 (Rec. 352/2016); STSJ. País Vasco de 20 octubre de 2015 (Rec. 1736/2015); STSJ. de Madrid de 26 octubre de 2016 (Rec. 614/2016); STSJ. de Cataluña de 15 enero de 2013 (Rec. 6810/2012) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 febrero 2013 (Rec. 2/2013). Más reciente, STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 1644/2017).

<sup>25</sup> Rec.2497/2015.

doctrina judicial no ha tenido uniformidad. En la evolución habida se distinguen varias posiciones, asumiendo algunas la concesión automática del pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este se presume<sup>26</sup>; entendiendo otras la necesidad de exigir bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena<sup>27</sup> (esto es, acreditada la violación del derecho, no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo). Un tercera postura subraya la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra, “diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio” de la aplicación de parámetros objetivos, pues “los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica<sup>28</sup>”. Finalmente, la doctrina actual, que es la aplicada al caso en cuestión, considera que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de exceptuarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración de derechos fundamentales cuando resulte difícil su estimación detallada<sup>29</sup>.

Así pues, siguiendo la doctrina jurisprudencial más reciente y ponderando la incidencia de la vulneración del derecho fundamental y el perjuicio que conlleva la imposibilidad de readmisión en el supuesto analizado, el Tribunal concluye afirmando que el importe indemnizatorio debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra sino, además, “para contribuir a la finalidad de prevenir el daño” (principios de suficiencia y de prevención). En concreto y solicitada por la recurrente una indemnización por importe de 1.000 euros, atendiendo al tenor literal de la sentencia “la misma se considera plenamente ajustada en su integridad, no ya solo porque se revela una cantidad ciertamente exigua en comparación con la que se derivaría de la aplicación que viene siendo admitida de otros parámetros tales como al importe medio de las sanciones para infracciones (...) sino sobre todo ponderando la incidencia de los hechos que se declaran probados en la vul-

<sup>26</sup> Véanse SSTS de 9 de junio de 1993 (Rec. 3856/92) y de 8 de mayo de 1995 (Rec. 1319/94).

<sup>27</sup> Como ejemplos, SSTS de 11 de junio de 2012 (Rec. 3336/11) y de 15 de abril de 2013 (Rec. 1114/12).

<sup>28</sup> Al respecto, SS (Sala de lo civil) STS de 15 de junio de 2010 (Rec. 804/06); STS de 27 de julio de 2006 (Rec. 4466/1999) y STS de 28 de febrero de 2008 (Rec. 110/01). En el mismo sentido, STS de 21 de septiembre de 2009 (Rec. 2738/08) y de 11 de junio de 2012 (Rec. 3336/11).

<sup>29</sup> En este sentido, SSTS 17 diciembre 2013 (Rec. 109/2012 ), de 8 julio 2014 (Rec. 282/2013 ), de 2 febrero 2015 (Rec. 279/2013), de 26 abril 2016 (Rec. 113/2015) - o de 12 julio de 2016 ( Rec. 361/2014 ).

neración del derecho fundamental y el perjuicio que conlleva a la trabajadora la imposibilidad de readmisión, que es ciertamente un daño más a tener en cuenta a efectos de la efectiva reparación que la tutela judicial debe desplegar”.

## 5. NOTA FINAL

En base al marco normativo vigente, las personas al servicio del hogar familiar disfrutan de una tutela de derechos fundamentales muy inferior a la que se prevé en la relación laboral común. Hasta fechas recientes, la doctrina judicial ha venido corroborando esta afirmación. La inaplicación, en caso de desistimiento, del principio de nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada – cuya finalidad es proporcionar a la misma una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental- es prueba palpable de ello.

Hemos tomado como base este reciente pronunciamiento para, haciendo repaso a la doctrina judicial existente, reflexionar en torno a las consecuencias jurídicas que la aplicación de la regulación en materia extintiva provoca en un colectivo hasta ahora invisible, el de las personas empleadas de hogar -ocupado mayoritariamente por mujeres- situándolas en una situación de mayor vulnerabilidad si cabe. Se va más allá, al reseñar el caso de las madres- trabajadoras en este sector, atendiendo en particular al estado biológico de gestación que, lamentablemente, es con más frecuencia causa de discriminación laboral.

En este caso, el Tribunal, ante la nulidad – incontrovertida- del desistimiento de la parte empleadora, resuelve dudas sobre la cuantificación de la indemnización correspondiente a la trabajadora agraviada, aplicando lo previsto en la normativa común en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación laboral, al no contemplar la normativa específica el despido nulo. Por ello, procede, en primer lugar, a reconocer una indemnización de 33 días de salario por año de servicio, tratándose de manera análoga a los supuestos de readmisión inejecutable, en segundo lugar, procediendo igualmente al reconocimiento del abono de salarios de tramitación que de otro modo sí percibiría, y en tercer lugar, considerando que, a pesar de la dificultad que supone su cuantificación, es igualmente adecuado indemnizar el daño moral causado.

La postura mantenida en el caso analizado nos ha permitido comprobar con satisfacción como la labor interpretativa del juez es sensible a derechos que van unidos a la dignidad de la persona y, que en este supuesto concreto, afectan a mujeres con alto grado de vulnerabilidad como son las trabajadoras-madres empleadas de hogar. De este modo, la doctrina judicial evita las consecuencias que la aplicación de la normativa vigente sin una interpretación flexible o, simplemente, inadaptada a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada y, por ende, desprovista del criterio lógico que exige el artículo 3.1 del Código Civil, puede ocasionar.