

TRABAJO EFECTUADO POR:

FRANCISCO JAVIER SÁNCHEZ ICART

*Profesor Titular de la Escuela Universitaria de
Derecho del Trabajo. Universidad Rovira i Virgili.*

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 1995

Sumario:

I. Evolución histórica.

1. Primeras manifestaciones del siglo XX.
2. El Código de Trabajo de 1926.
3. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931.
4. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944.
5. La Ley de Relaciones Laborales de 1976.
6. El Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 1424/1985.

- II. El trabajo al servicio del hogar familiar como relación laboral especial.
- III. Fuentes reguladoras.
- IV. Ámbito de aplicación.
 - 1. Concepto de trabajador del hogar familiar.
 - 2. Concepto de titular del hogar familiar.
 - 3. Objeto.
 - 4. Fundamento.
 - 5. Exclusiones.
- V. Régimen jurídico aplicable: contenido obligacional.
 - 1. Régimen de colocación.
 - 2. Capacidad para contratar.
 - 3. Forma del contrato.
 - 4. Período de prueba.
 - 5. Modalidades y duración del contrato de trabajo.
 - 6. Régimen retributivo.
 - 7. Jornada, horario, descansos y permisos y vacaciones.
 - 8. La seguridad e higiene en el trabajo doméstico.
 - 9. Los derechos colectivos de los trabajadores domésticos.
- VI. Régimen jurídico aplicable: vicisitudes y extinción del contrato de trabajo doméstico.
 - 1. Subrogación contractual.
 - 2. Movilidad geográfica.
 - 3. Suspensión contractual.
 - 4. Extinción del contrato.

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La generalización del trabajo dependiente como tipo básico de las prestaciones de trabajo surgen con la aparición de un nuevo sistema productivo: el capitalista. Junto a ella está la Revolución Industrial que va a tener una importancia esencial en el origen del Derecho del Trabajo (1). El sistema capitalista emanado de la Revolución Industrial supondrá una modificación del sistema de producción sustentándose en la división del trabajo y la mecanización con la exclusiva finalidad de producir más y a menor coste, para así aumentar el beneficio. En un primer momento, las relaciones de trabajo dependiente que surgen se regirán por el Derecho Civil común, rigiendo en ellas el principio de autonomía de la voluntad privadas de todo intervencionismo estatal pero carentes de igualdad (2). Las primeras referencias legislativas en ese contexto de exaltación de los valores liberales se encuentra en el Código Civil de 1889 (3) y se regula en los artículos 1.583 a 1.587 bajo el enunciado de «Del servicio de criados y trabajadores asalariados», comprendido en el arrendamiento de servicios, siendo en aquella época la figura del criado el elemento esencial de su configuración (4).

Las notas básicas del contrato de arrendamiento de servicios existentes entre el «criado doméstico» y el «amo» eran:

- Ámbito contractual:

«El criado doméstico destinado al servicio personal de su amo, o de la familia de éste ...» (5).

(1) ALONSO GARCÍA, M., afirma que el Derecho del Trabajo es «hijo de la Revolución Industrial». *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1959, pág. 10.

(2) ALONSO OLEA, M.: «La abstención normativa en los orígenes del Derecho del Trabajo moderno», en AA.VV.: *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Madrid 1978. Edit. Tecnos.

(3) Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889.

(4) BORRAJO DACRUZ, E.: «La relación jurídica de servicio doméstico». *Revista de Trabajo*, núm. 3 de 1960, pág. 43.

(5) Artículo 1.584 del Código Civil. Gaceta de 25 de julio de 1889. La STCO 26/1984, de 24 de febrero, declaró degradado su párrafo 1.º y derogado el segundo como opuesto a la dignidad de la persona -BOE núm. 59, de 9-3-1984-.

– Duración del contrato:

«Puede contratarse esta clase de servicio sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo» (6).

– Extinción:

«...Puede despedirse y ser despedido antes de expirar el término, pero si el amo despide al criado, sin justa causa, deberá indemnizarlo pagándole el salario devengado y el de quince días más» (7).

– Carga de la prueba:

«El amo sera creído, salvo prueba en contrario:

1.º Sobre el tanto del salario del sirviente doméstico.

2.º Sobre el pago de los salarios devengados el año corriente» (8).

Según QUESADA SEGURA (9), el contrato de servicio doméstico del Código Civil se caracterizaba por los siguientes rasgos:

1.º Su carácter fiduciario, que se manifiesta en la potestad resolutoria de ambas partes.

2.º La situación de desigualdad jurídica entre las partes.

3.º La necesidad del intervencionismo estatal en aras de limitar la autonomía de las partes.

Es indudable que la normativa recogida en los artículos 1.583 a 1.587, que fue inspirada directamente del Código de Napoleón del año 1804, constató la clara evidencia del retraso de la legislación laboral en España (10).

(6) Artículo 1.583 del Código Civil. Gaceta de 25 de julio de 1889.

(7) Artículo 1.584 del Código Civil. Gaceta de 25 de julio de 1889.

(8) Artículo 1.584 del Código Civil. Gaceta de 25 de julio de 1889. Este principio de credibilidad del pago del salario a favor del «amo» cuando no existe recibo o justificante alguno ha sido aplicable cuando la prestación de servicios ha estado excluida de la relación laboral. Veáanse Ss. del TS de 22 de abril de 1986 (A. 2223) y del TS de 15 de enero 1987 (A. 40).

(9) QUESADA SEGURA, R.: *El contrato de servicio doméstico*. Edit. La Ley. Madrid 1991, págs. 28 y 29.

(10) MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», en AA.VV.: *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo*. Estudios ofrecidos por los Catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor MANUEL ALONSO OLEA. MTSS Madrid 1990, pág. 213.

La insuficiencia del ordenamiento común, llevada a cabo al amparo del sistema liberal, no podía ser ignorada ni desatendida por los poderes públicos, a riesgo de que la cuestión social hiciera peligrar la estabilidad y consolidación del sistema político y económico (11). Por ello, se acrecentó la necesidad de proteger la prestación asalariada por medio de una legislación del trabajo, de ahí, que la relación entre «amos» y «sirvientes» ha ido recorriendo diversas etapas hasta la vigente, de reconocimiento como relación laboral de carácter especial.

Esta evolución la describimos en las siguientes etapas:

1. Primeras manifestaciones del siglo XX.

Una primera referencia reglamentaria al servicio doméstico después de la promulgación del Código Civil, la tenemos con el curioso Real Decreto de 9 de agosto de 1894, por el que se crea el servicio de Estadística del Trabajo en el Ministerio de Gobernación (12). Esta norma únicamente a efectos meramente estadísticos, hacía referencia a la necesidad de comunicar una serie de datos que debían comprender los extremos sobre organización y caracteres sociales del trabajo en el servicio doméstico.

Posteriormente, la Ley de 19 de mayo de 1908, por la que se crearon los Tribunales Industriales, y que constituyeron el primer supuesto de jurisdicción especializada en materia laboral, excluía totalmente de sus competencias los conflictos que se plantearan entre aquellas «cuyos servicios sean de índole puramente doméstica» (13). Esta norma es una muestra más de la total exclusión del ámbito laboral de los trabajos domésticos, tanto a nivel sustantivo como jurisdiccional. Posteriormente se inició un proceso orientado a la sustitución en el ámbito del trabajo asalariado de la legislación civil en esta materia por una disposición legal específica sobre el contrato de trabajo (14). A tal efecto, fueron presentadas a las cámaras legislativas diversos proyectos de ley que no fueron aprobados: Proyecto de Ley de contrato de trabajo de 1906 (Proyecto Dávila); Proyecto de Ley de contrato de trabajo de 1906 (Proyecto Merino); Proyecto de Ley de contrato de trabajo de 1914 (Proyecto Sánchez Guerra); Proyecto de Ley de contrato de trabajo de 1916 (Proyecto Ruiz Jiménez); Proyecto de Ley de contrato de trabajo de 1919 (Proyecto de Burgos y Mazo).

(11) BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*. Edic. revisada por F. VALDÉS DALRE. Madrid 1977-1978.

MONTALVO CORREA, J.: *Fundamentos de Derecho del Trabajo*. Edit. Civitas. Madrid 1975, pág. 149.

PALOMEQUE LÓPEZ, C.: *Derecho e ideología*. Ed. Tecnos 1987.

(12) Gaceta de Madrid de 12 de agosto de 1894.

(13) Gaceta de Madrid de 20 de mayo de 1908 -art. 2.º, *in fine*-.

(14) MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno...» *ob. cit.* pág. 220.

2. El Código de Trabajo de 1926.

El Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 (15), también llamado Código Aunós, consagra por primera vez en nuestro Derecho el contrato de trabajo definiéndolo como el realizado por un obrero y patrono, excluyendo expresamente el resto de los trabajadores no comprendidos en ese concepto. En definitiva excluye de su ámbito de aplicación el servicio doméstico. Exclusión que se extiende explícitamente a efectos de protección por accidentes de trabajo y de la jurisdicción laboral (Tribunales Industriales) (16).

3. La Ley de Contrato de Trabajo de 1931.

La Ley de 21 de noviembre de 1931 (17) incluía en su artículo 6.º en el ámbito laboral al servicio doméstico, al considerarse trabajadores a «... los ocupados en los servicios domésticos», aunque considerándola como relación laboral común. Se constata una significativa tendencia hacia la ampliación del ámbito subjetivo de la relación laboral debido al contexto político-social agitado de la II República (18). Pero será una reforma más formal que real, ya que el resto de las disposiciones laborales lo dejaban al margen de su regulación (19).

4. La Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

La Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 (20), globalmente es muy similar a la Ley de 1931, suprimiéndose las referencias a las huelgas y sindicatos. Referente al servicio doméstico se le excluye totalmente devolviendo dicha relación a la regulación del Código Civil (arts. 1.583 a 1.587) (21).

(15) Gaceta de Madrid de 1, 2 y 3 de septiembre de 1926.

(16) BORRAJO DACRUZ, E.: «La relación jurídica de ...» *ob. cit.* pág. 51.
HERNÁIZ MÁRQUEZ, M.: «Antecedentes históricos y legales del servicio doméstico». *Cuaderno de Política Social*, núm. 41. Madrid 1959, pág. 37.
También QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio ...» *ob. cit.* pág. 35.

(17) Gaceta de Madrid de 22 de noviembre de 1931.

(18) BELTRÁN MIRALLES, S.: La relación laboral del personal de alta dirección: ámbito subjetivo. Inédita. Memoria de Grado enero 1995. Universidad Rovira i Virgili. Pág. 19.

(19) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio ...» *ob. cit.* págs. 37 y 38.

(20) BOE de 24 de febrero de 1944.

(21) El artículo 2.º c) de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 señalaba que «... No están comprendidos en la regulación del contrato establecido por esta ley... c) El servicio doméstico, entendiéndose por tal el que se preste mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella, y que sea contratado no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro para trabajar en una casa o morada particular, al servicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus dependientes, bien se alberguen en el domicilio del amo o fuera de él...».

A pesar de su exclusión del ámbito laboral, los servicios domésticos se extienden a la protección de los Seguros Sociales por Ley de 7 de julio de 1944, posteriormente se creó por Decreto de 10 de agosto de 1960, el Montepío del servicio doméstico, más adelante se creará el Régimen Especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar, por el Decreto 2346/1969, quien los define como quienes se dedican a servicios exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia en el hogar familiar y percibiendo un sueldo o remuneración de cualquier clase que sea configurando, a su vez, al otro sujeto de la relación -el cabeza de familia- como «toda persona natural que tenga algún empleado de hogar a su servicio en su domicilio y sin ánimo de lucro» (22).

5. La Ley de Relaciones Laborales de 1976.

La Ley de Relaciones Laborales, 16/1976, de 8 de abril (23), da un paso importante transformando la naturaleza jurídica de la relación del servicio doméstico, configurándola dentro de las relaciones laborales de carácter especial.

Es la primera vez que el ordenamiento laboral introduce el concepto de relaciones laborales de carácter especial, variando la acepción de servicio doméstico, como «el trabajo al servicio del hogar familiar, en sus diversas modalidades» (24).

La disposición adicional cuarta de la Ley de Relaciones Laborales de 1976 autorizaba al Gobierno la regulación de la relación especial en el plazo máximo de dos años, previo informe de la organización sindical y a propuesta del Ministerio de Trabajo. El incumplimiento del Gobierno del plazo señalado, supuso en la práctica la inaplicación de cualquier normativa laboral común o especial (25), ya que se mantuvo como Derecho transitorio la Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

6. El Estatuto de los Trabajadores y Real Decreto 1424/1985.

Por mandato del artículo 35.2 de la Constitución, se promulga la Ley 8/1980, de 10 de marzo (26), que da al servicio doméstico igual calificación de relación laboral especial, que la Ley de Relaciones Laborales de 1976, y del mismo modo faculta al Gobierno para que desarrolle por Decreto dicha relación especial, habilitación que tampoco fue cumplida en el plazo de 18 meses. La utilización de

(22) ALONSO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho del Trabajo*. Ed. Ariel. Décima edición 1987, pag. 634.

(23) BOE de 21 de abril de 1976.

(24) Artículo 3.º a) de la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

(25) RAMÍREZ MARTÍNEZ, S. M.: *La relación laboral especial del servicio del hogar familiar en comentarios a las leyes laborales*. El Estatuto de los Trabajadores. Madrid, Edit. EDERSA. Tomo II, Vol. I, 1986, pág. 42.

(26) BOE de 14 de marzo de 1980.

la delegación legislativa al igual que en la Ley de Relaciones Laborales, sin tener en cuenta la entrada en vigor de la Constitución que cambió profundamente el sistema normativo, y concretamente la necesidad de ley para el desarrollo del estatuto, ha sido objeto de profundo debate doctrinal (27), habiéndose pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, afirmando la validez del sistema utilizado por el legislador, en un supuesto que expresamente hacía referencia a los empleados del servicio doméstico (28).

Incumplido por el Gobierno el plazo legal de 18 meses previsto por la disposición adicional segunda del Estatuto de los Trabajadores sin la promulgación del correspondiente Decreto, ya no era posible subsanar tal defecto, si no era a través de otra ley que habilitara al Gobierno para ello (29). La solución definitiva viene dada por la modificación parcial del Estatuto de los Trabajadores a través de la Ley 32/1984, de 2 de agosto (30), en la que se concede un nuevo plazo al Gobierno, esta vez de 12 meses en su disposición adicional primera, a fin y efecto, de regular el régimen jurídico de las relaciones laborales de carácter especial y, entre ellas, la del servicio del hogar familiar.

Dentro del plazo otorgado por la Ley de 1984, se dictó el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto (31), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

Por primera vez se incorpora al ámbito laboral una normativa expresa para regular las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del hogar familiar, rellenando así el vacío normativo existente en la materia, y creando una situación nueva de inclusión efectiva de los trabajadores del servicio doméstico en el ámbito del Derecho Laboral.

Hasta la entrada en vigor del Decreto -la exigencia no fue inmediata ya que se estableció una *vacatio legis* hasta el 1-1-1986-, la jurisprudencia (32) vino entendiendo que al no estar desarrollada legalmente tal relación continuaba vigente la normativa civil acerca del contrato de arrendamiento de servicios, y, lo que es más importante, declaró la incompetencia del orden jurisdiccional social para conocer de los conflictos con las relaciones del servicio doméstico, cuya competencia correspondía a la jurisdicción ordinaria civil.

-
- (27) BELTRÁN MIRALLES, S.: «La relación laboral del personal...» *ob. cit.* pág. 86-93.
BORRAJO DACRUZ, E.: El personal de alta dirección en la empresa. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 22 de 1985, pág. 161.
LOPERA CASTILLEJO, M. J.: El contrato de trabajo especial de las personas que intervienen en operaciones mercantiles. Edit. MTSS 1990, pág. 93.
SALA FRANCO, T.: La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas. Edit. Deusto, 1990, págs. 23 y 24.
- (28) BJC 1984, marzo, pág. 340.
- (29) SALA FRANCO, T.: La relación laboral especial del servicio del hogar familiar y el contrato de trabajo doméstico. *RL* 1986, T. II, pág. 285.
- (30) BOE de 4 de agosto de 1984.
- (31) BOE de 13 de agosto de 1985.
- (32) STS de 1 de julio de 1987 (A. 5052), TCT de 13 de octubre de 1987 (A. 21376).

II. EL TRABAJO AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR COMO RELACIÓN LABORAL ESPECIAL

Es por la Ley de 8 de abril de 1976, de Relaciones Laborales que aparece por primera vez la noción de relación laboral de carácter especial (33) siendo a partir de ahí donde se plantea el debate sobre la constitucionalidad de su desarrollo reglamentario tal como hemos señalado anteriormente, y la justificación del trato diferenciado de que es objeto. Sobre este último aspecto, y desde una visión constitucional, la problemática planteada estriba en determinar si existen elementos de justificación suficiente para una regulación específica de los trabajadores del hogar familiar, que se aparta en gran medida de los principios del Derecho Laboral, y en consecuencia precisar la posible violación del principio constitucional de igualdad. La duda sobre la constitucionalidad del artículo 2.º del Estatuto de los Trabajadores, es decir, sobre las Relaciones Laborales Especiales, ha quedado aclarada por la jurisprudencia constitucional, al afirmar que el principio de igualdad no queda lesionado si se da un tratamiento diferente a situaciones también distintas, ya que la diferencia de trato a éstas se encuentra justificada desde el momento en que resultan razonablemente desiguales; y sin que, por lo demás, presente un carácter discriminatorio, puesto que la desigualdad sólo es discriminatoria cuando es irracional. Lo que se prohíbe son desigualdades de trato basadas en ciertas circunstancias o razones específicas, a causa de que son arbitrarias, porque, al no apreciarse la razonabilidad de estas desigualdades, vienen prohibidas, expresamente por la Constitución (34).

La consideración de una relación laboral como de carácter especial, exige la existencia de peculiaridades en los elementos esenciales del contrato que sean importantes y de suficiente entidad para justificar un régimen jurídico singular del común (35), lo cual significa que la inclusión nor-

(33) Su artículo 3.º 1 disponía que tendrían el carácter de relaciones laborales especiales las que, reuniendo las notas de trabajo por cuenta ajena y dependencia ajena, se enumeran a continuación:

- a) El trabajo al servicio del hogar familiar en sus diversas modalidades.
- b) El trabajo a domicilio.
- c) El trabajo de las personas con capacidad física o psíquica disminuida en el grado que reglamentariamente se determine.
- d) El trabajo en el mar.
- e) El trabajo en la navegación aérea.
- f) El aprendizaje en la artesanía.
- g) El trabajo de los deportistas profesionales.
- h) El trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares.
- i) El trabajo de los representantes de comercio.
- j) El trabajo de los artistas en espectáculos públicos.
- k) El trabajo de alta dirección o alta gestión de la empresa.
- l) Las actividades laborales de los internos de los centros penitenciarios en sus distintas modalidades y de acuerdo con su naturaleza respectiva.
- m) Cualesquiera otros trabajos profesionales que sean expresamente declarados como relación laboral de carácter especial por una ley.

(34) STCO de 24 de febrero de 1984 (BJC 1984, marzo, pág. 340) y STCO de 1 de junio de 1983 (BJC 1983, junio, pág. 716).

(35) En este sentido son interesantes los estudios de GONZÁLEZ DE LENA, F.: Las relaciones especiales de trabajo, el Estatuto de los Trabajadores y los Decretos reguladores. *RL* 1981, T. I, págs. 111 y 112.
OJEDA AVILÉS, A.: Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria. *RL* 1990, núms. 6 y 7.

mativa del servicio doméstico en el ámbito del ordenamiento laboral común, debe reunir los caracteres propios del contrato de trabajo: prestación libre y personal de servicios, por cuenta y bajo la dirección de otra persona y a cambio de una remuneración (36).

Las razones de la especialidad de esta relación se encuentran en el ámbito en que han de prestarse estos servicios -el hogar familiar- y la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes (37), debido a la íntima, forzosa y continuada convivencia en el limitado espacio del hogar familiar (38).

III. FUENTES REGULADORAS

Con carácter general, el artículo 2.º 2 del Estatuto de los Trabajadores establece que «la regulación de dichas relaciones laborales especiales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución». A partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1424/1985 -1-1-1986- la normativa aplicable a dicha relación laboral especial está constituida por:

A) El propio Real Decreto 1424/1985 como norma especial.

En esta norma reglamentaria se establecen aquellas especialidades que vienen exigidas por la propia singularidad material de la relación que determina que se fundamente en la confianza (39), explicitándose las peculiaridades en su propia Exposición de Motivos (40).

B) En lo no previsto en el Real Decreto, será de aplicación la normativa laboral común, siempre y cuando resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación (41).

-
- (36) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...» *ob. cit.* págs. 59 y 60. En el mismo sentido, DE LA VILLA, L. E.: La relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. *ACARL*, núm. monográfico 1986, pág. 207.
- (37) Preámbulo del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto -BOE de 13-8-1985-, en el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...» *ob. cit.* pág. 286.
- (38) STCT de 26 de mayo de 1987 (A. 1186).
- (39) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...» *ob. cit.* pág. 93.
- (40) «... Es precisamente el ámbito de la prestación de servicios, es decir, el hogar familiar, el factor determinante de las especialidades que con respecto a la legislación laboral común se prevén en esta norma, ya que ello determina la necesidad de que esta relación se base en la mutua confianza de las partes, equilibrando el respeto a los derechos laborales básicos de los trabajadores con la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo, no cabiendo tampoco olvidar que en el ámbito familiar en el que se desarrolla el trabajo se proyectan derechos constitucionales, relativos a la intimidad personal y familiar».
- (41) Disposición adicional del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto (BOE de 13-8-1985). Véase STS del 20 de enero de 1993 (*RL*, T. I, pág. 545).

En la normativa laboral común, se incluyen el Estatuto de los Trabajadores y las normas de desarrollo, tanto en temas de relaciones laborales individuales como colectivas y procesales (42).

El propio Real Decreto contempla en algunas ocasiones, normas laborales incompatibles con la relación laboral especial. Así sucede, cuando en su disposición adicional se declara la inaplicación del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores que regula el Fondo de Garantía Salarial y el pago por parte de éste, de salarios o indemnizaciones en supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso del empresario. En cambio, el artículo 5.º del Real Decreto 1424/1985, que contempla como inaplicable el artículo 16.1 del Estatuto de los Trabajadores referente a la obligatoriedad empresarial de utilizar las oficinas de empleo, ha quedado sin contenido tras la reforma laboral, ya que el nuevo redactado del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980), se refería sólo a la necesidad de que en el momento de la contratación se pactara el contenido de las obligaciones laborales y su relación con una categoría (43), habiendo desaparecido el monopolio del Instituto Nacional de Empleo, en la colocación de trabajadores, suprimiéndose la obligación empresarial de solicitar de las oficinas públicas de empleo los trabajadores que necesiten (44).

C) El Real Decreto otorga a la autonomía individual una amplia libertad para la fijación del contenido obligacional del contrato doméstico, garantizando unos mínimos de derecho necesario (45).

Puede ser objeto de pacto individual:

- La modalidad y duración del contrato (art. 4.º 1 del Real Decreto).
- La suspensión y condiciones del período de prueba (art. 4.º 3 del Real Decreto).
- La mejora del salario mínimo interprofesional garantizado (art. 6.º 1 *in fine* del Real Decreto).

(42) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...» *ob. cit.* pág. 286.

(43) El artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores modificado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo -BOE de 23-5-1994- (en la actualidad art. 22.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el R.D.Leg. 1/1995, de 24 de marzo), queda redactado del siguiente tenor: «Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, así como su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa que se corresponda con dicha prestación.

Cuando se acuerde la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes».

(44) Artículo 1.º y disposición derogatoria única de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación -BOE de 23-5-1994-. Véase el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

(45) La Exposición de Motivos del Real Decreto 1424/1985, expresa claramente la necesaria potenciación de la autonomía de las partes al señalar: «...la necesaria flexibilidad que debe concederse a que el empleador y el trabajador determinen las condiciones de prestación de servicios por mutuo acuerdo». En tal sentido GUADALUPE HERNÁNDEZ, H.: Relaciones Laborales Especiales. Volumen I. II. Iustre Consell General de Col.legis de Graduats Social de Catalunya. Barcelona 1989, págs. 145-147.

SALA FRANCO, T. y AA.VV.: Derecho del Trabajo. 8.ª Edición, 1994. Ed. Tirant lo Blanch. págs. 605 y 606.

- El porcentaje de descuento del salario por prestaciones en especie, como alojamiento o manutención (art. 6.º 2 del Real Decreto).
- La mejora y la fecha de percibo de las gratificaciones extraordinarias (art. 6.º 4 del Real Decreto).
- Los tiempos de presencias del empleado del hogar a disposición del empleador (art. 7.º 1 del Real Decreto).
- Las modalidades de disfrute del descanso semanal (art. 7.º 3 del Real Decreto).
- Las modalidades de disfrute de las fiestas laborales previstas en el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores (art. 7.º 4 del Real Decreto).
- La forma de fraccionamiento de 15 de los 30 días de vacaciones anuales retribuidas (art. 7.º 6 del Real Decreto).
- La suspensión del contrato en caso de traslado temporal del hogar familiar a localidad distinta (art. 8.º 2 del Real Decreto).
- La subrogación contractual por cambio de la persona del empleador (art. 8.º 1 del Real Decreto).
- La extinción del contrato (art. 9.º 1 y 2 del Real Decreto).

D) Respecto al importante tema del régimen de control del cumplimiento de la legislación laboral relativa al contrato doméstico, se halla regulado por el propio Real Decreto, en los artículos 11 y 12, en un doble aspecto: el control administrativo que será competencia de la Inspección de Trabajo, y el control vía judicial, en defensa de los intereses de las partes, que será competencia de la jurisdicción social. El primero de los aspectos y, concretamente refiriéndonos al tema de la comprobación de las posibles infracciones por la Inspección de Trabajo se plantea la problemática no resuelta por la normativa especial de que la actuación de la Inspección de Trabajo sólo puede realizarse salvaguardando los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al debido respeto a la intimidad personal y familiar (46).

Nuestra Constitución es clara al respecto, y en tal sentido, sólo por consentimiento o supuesto de delito flagrante se puede entrar o registrar el hogar familiar.

Distintos autores consideran necesario e imprescindible tomar medidas complementarias que posibiliten a la Inspección de Trabajo su actuación en el ámbito doméstico (47) o, incluso, su sustitución por organizaciones como sindicatos de empleados de hogar (48). Respecto al segundo aspec-

(46) Artículo 18.1 y 2 de la Constitución Española.

(47) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* págs. 97-99.
SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 314.

(48) DE LA VILLA, L. E.: «La relación laboral de carácter...», *ob. cit.* pág. 221.

to indicado, el de la jurisdicción social competente a partir del 1 de enero de 1986, como dice el artículo 12 del Real Decreto: «Los conflictos que surjan como consecuencia de la aplicación de la normativa reguladora de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar corresponderán a los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional». Sin duda alguna, este cambio de la jurisdicción civil a la laboral, supone en palabras de SALA FRANCO (49), la modificación normativa de mayor trascendencia de las contenidas en el Real Decreto 1424/1985.

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Según el artículo 1.º 2 del Real Decreto 1424/1985, se considera relación laboral especial del servicio del hogar familiar la que concierne al titular del mismo, como empleador, y la persona que, dependientemente y por cuenta de aquél, presta sus servicios retribuidos en el ámbito del hogar familiar.

De esta definición general, surgen algunas notas que son comunes a la relación laboral ordinaria como son, la retribución, la dependencia y la ajeneidad, incluyéndose una característica nueva, que es la de realizar la prestación de servicios en el ámbito del hogar familiar, concepto que es precisado en otro apartado (50).

Es indudable, que la inclusión normativa del servicio doméstico en el ámbito de la legislación laboral ha supuesto el reconocimiento legal de la existencia en esta relación de los caracteres propios del contrato de trabajo. Estamos ante una relación jurídica de trabajo de naturaleza contractual (51). ALARCÓN CARACUEL por el contrario niega en dicha relación la existencia de ajeneidad y, por tanto, no existe contrato de trabajo, por lo que su inserción en la normativa laboral ha tenido carácter constitutivo (52).

El destinatario de los servicios -el hogar familiar- es una nueva nota característica cuyo concepto es muy amplio, debido a que además de la familia conyugal, son cada vez más frecuentes relaciones familiares unipersonales o pluripersonales, unidas por razones de compañerismo, amistad, vínculos ideológicos o religiosos, educativos, etc.

Otra nota definitoria que se ha de poner de relieve es el objeto de la relación laboral, es decir, los servicios prestados en el ámbito del hogar familiar, y que más adelante desarrollaremos.

(49) «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 314.

(50) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 47.

(51) En este sentido BORRAJO DACRUZ, E.: «La relación jurídica...», *ob. cit.* pág. 78.

ALONSO GARCÍA, M.: «Curso de Derecho...», *ob. cit.* pág. 634.

QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 59.

(52) «La ajeneidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, octubre-diciembre, 1986, págs. 511-513.

1. Concepto de trabajador del hogar familiar.

El empleado de hogar es aquella persona física que en virtud de un contrato se compromete a prestar libremente, de forma dependiente y por cuenta del titular del hogar familiar, servicios retribuidos en el hogar familiar.

Tal como hemos puesto de relieve, y habida cuenta la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo respecto de las prestaciones de servicio por cuenta ajena la relación de servicios domésticos ha sido considerada una relación jurídica laboral, que cumple los elementos configuradores de la relación laboral prevista en el artículo 1.º 1 del Estatuto de los Trabajadores. Efectivamente, como relación laboral existen los elementos que tipifican el contrato de trabajo:

- a) Relación bilateral: empleado-titular hogar familiar.
- b) Voluntariedad intrínseca a toda relación contractual, expresión del carácter libre del trabajo.
- c) Retribución que es la compensación que necesariamente ha de dar el cesionario por los frutos que le ceden (53).
- d) Ajeneidad, MONTOYA MELGAR (54) define la teoría denominada de la ajeneidad en la utilidad patrimonial, consistente en que la utilidad derivada del trabajo prestado por el trabajador se atribuiría a una persona distinta del propio trabajador. Se trata de una teoría similar a la de la ajeneidad en los frutos de ALONSO OLEA (55); la formulación es la misma pero cambia el término «frutos» por otro mucho más amplio que incluye elementos inmateriales: La «utilidad patrimonial». Al igual que MARTÍN VALVERDE (56) considera no aplicable al trabajo doméstico la teoría de la ajeneidad en el mercado de ALARCÓN CARACUEL donde el trabajador es ajeno al mismo y a los consumidores y donde el empresario se interpone entre éste y el mercado, y ello, porque en ocasiones en las que existe dependencia y ajeneidad -como es el caso del servicio en el hogar familiar- o en las prestaciones laborales dedicadas al autoconsumo, quedarían excluidas de la relación laboral si se utilizara esta teoría.
- e) Trabajo subordinado o dependencia. El artículo 1.º 2 del Real Decreto 1424/1985, configura claramente una figura en la que el trabajador o empleado de hogar está vinculado al titular del domicilio a través de una relación dependiente y por cuenta ajena.

(53) ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*. Universidad Complutense, 10.ª edición, 1991, pág. 38.

(54) MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo. Concepto y evolución*. Murcia 1983, pág. 29 y ss.

(55) ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*. EDERSA, Madrid 1974.

(56) MARTÍN VALVERDE, A.: «El discreto retorno...», *ob. cit.* pág. 219.

2. Concepto de titular del hogar familiar.

El concepto del otro sujeto de la relación laboral, el todavía denominado «cabeza de familia» (57) viene contemplado por el artículo 1.º 3 del Real Decreto 1424/1985, y genéricamente se puede definir al titular del hogar familiar como aquella persona natural titular del hogar o de la residencia donde los servicios se prestan y que, como consecuencia de la relación especial concertada, hace suya la utilidad resultante del trabajo ajeno, lo dirige y remunera (58).

La norma citada entiende como titular:

- El que efectivamente lo sea, o
- El simple titular del domicilio o lugar de residencia en que se presta el servicio doméstico.

En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 28 de octubre de 1992 (59) plantea un supuesto no previsto en la norma jurídica, para determinar sobre quién recaerá la responsabilidad económica cuando no coincida en un mismo sujeto, la persona que contrata y remunera los servicios del empleado doméstico -hijo-, y la persona que habita en el hogar donde se desarrollan éstos (madre), a estos efectos ambos serán considerados como responsables solidarios.

El concepto de titular del hogar familiar supone una gran diferencia frente a la relación laboral ordinaria ya que el empleador debe ser una persona física, pues las relaciones concertadas por personas jurídicas, están tajantemente excluidas del ámbito de aplicación del Real Decreto 1424/1985.

El Real Decreto, como se ha señalado, diferencia entre el titular del hogar familiar que lo sea en su sentido característico y el simple titular del domicilio o lugar de residencia. En el primer caso se presupone la existencia de una familia en su configuración tradicional; en el segundo, la existencia de una «célula familiar» formada por un grupo de personas que viven conjuntamente constituyendo una organización de carácter familiar. Todo lo anterior es importante a la hora de concretarse quién de las personas que forman la familia o «célula familiar» será el empleador responsable (60). Hay que tener en cuenta que junto a la denominada familia nuclear, que es el modelo imperante, existen otras «células familiares» vinculadas por amistad, compañerismo, vínculos ideológicos o religiosos, en definitiva, por razones de convivencia (61).

(57) CUBAS MORALES, A.: «Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen Especial de los Empleados de Hogar». *Tribuna Social*, núm. 42, pág. 38, 1994.

(58) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 118.

(59) AS 5159.

(60) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 124.

(61) RAMÍREZ MARTÍNEZ, S. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 48.

El Real Decreto al hablar de domicilio o lugar de residencia, utiliza un término amplio que permite englobar tanto hogares fijos -casas- y móviles -roulottes o embarcaciones- como hogares temporales -residencia de vacaciones o para realizar estudios-.

3. Objeto.

Una de las notas antes referidas, que definen la relación laboral especial es el objeto de la misma o tareas domésticas, que el artículo 1.º 4 del Real Decreto 1424/1985, se encarga de definir: «El objeto... son los servicios o actividades prestados en o para la casa en cuyo seno se realizan, pudiendo revestir cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas:

- Así como la dirección o cuidado del hogar en su conjunto o de alguna de sus partes.
- El cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan en el domicilio.
- Así como los trabajos de guardería, jardinería, conducción del vehículo.
- Y otros análogos, en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas».

Esta norma transcrita delimita el concepto de trabajo doméstico al enumerar las modalidades que pueden revestir tales trabajos, en un listado abierto de supuestos, para evitar una interpretación restrictiva (62). Así tenemos:

- a) Los trabajos domésticos habrá que entenderlos realizados en el ámbito del hogar familiar; será considerada relación laboral común, cuando además se realicen servicios en la empresa del titular del hogar familiar (63).
- b) Cualquiera de las modalidades de las tareas domésticas, entre las que podemos destacar las realizadas en la cocina, limpieza, cuidado de niños, plancha, costura, atención personal, servicio de puerta y mesa u otros análogos, que ha ido perfilando la característica figura en la terminología usual en España: «asistenta»; «muchacha», «chica para todo» (64).

(62) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 293.

También en este sentido QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 130.

(63) Véase STCT de 12 de julio de 1988 (A. 5019) y STSJ de Madrid de 28 de junio de 1989 (A. 401), STSJ de Cataluña de 7 de febrero de 1992 (AS 785).

(64) DE LA VILLA, L. E.: «La relación laboral de carácter...», *ob. cit.* pág. 210.

- c) Dirección o cuidado del hogar en su conjunto o en alguna de sus partes. En este apartado se incluirían las que conllevaran mayores responsabilidades por parte de la persona que los realiza tales como mayordomo, ama de llaves, administradores, etc.
- d) El cuidado o atención de los miembros de la familia o de quienes convivan con ellos. Aquí se incluirían los trabajos personales como señor/a de compañía, realización de compras de víveres, recados y asistencia (65). También las tareas de cuidar enfermos, aunque sean funciones de tipo técnico, siempre y cuando se realicen en el ámbito del hogar familiar, en relación de convivencia con el destinatario de la actividad de carácter de confianza e intimidad y carezca de título profesional (66), siendo posible que dichos cuidados se presten fuera del domicilio o lugar de residencia de quien los retribuye (67). Discutible sería que los servicios los prestara un titulado -Médico o ATS-, ya que habría que discernir sobre la calificación del vínculo existente, ya sea laboral especial o, arrendamiento de servicios, en función de las circunstancias concurrentes en cada supuesto (68).
- e) Trabajos de guardería, jardinería (69) y conducción de vehículos (70) u otros análogos en los supuestos en que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas. En este último apartado del artículo 1.º 4 de la norma reglamentaria se pueden incluir otros supuestos similares o semejantes a los anteriores. Por ello, si lo relacionamos con

(65) SsTCT de 21 de septiembre de 1988 (A. 6023) y de 22 de abril de 1989 (A. 1449).

(66) STCT de 13 de octubre de 1988 (A. 6350), STSJ de Madrid 14 de junio de 1989 (A. 478) y STSJ de Cantabria de 29 de julio de 1991 (AS 4489).

(67) STCT de 22 de abril de 1989 (AS 449).

(68) La STS de 1 de julio de 1987 (A. 5052), considera relación laboral ordinaria las tareas técnicas de enfermería, aun prestadas en el hogar familiar.

(69) STSJ de Cataluña de 10 de abril de 1992 (AS 2261): «... los trabajos de jardinería, prestados en el círculo de las tareas domésticas, son plenamente acogibles al régimen especial, por venir incardinados dentro de su campo de aplicación, ...».

(70) STS de 30 de septiembre de 1987 (A. 6432): «Durante mucho tiempo, la práctica y la jurisprudencia venía excluyendo de la condición de trabajador a esta clase de conductores y ello en virtud del artículo 2.º c) de la Ley de Contrato de Trabajo, sobre los llamados trabajadores domésticos.

La Orden de 21 de septiembre de 1950 incluye a todos los efectos, dentro de la Reglamentación de Transportes por Carretera de 1947, los conductores de turismo al servicio de particulares.

La Orden de 5 de marzo de 1952 deroga la regla anterior y únicamente hace referencia a la retribución mínima establecida para este colectivo, con el mismo criterio la vigente reglamentación de Transportes por Carretera no los menciona.

El artículo 3.º c) de la Ley de Relaciones Laborales pudiera incluirlos en esas relaciones de carácter especial, cuando se refiera a quienes prestan trabajo al servicio del hogar familiar en sus diversas modalidades.

El Estatuto de los Trabajadores, Ley 8/1980, incluye entre las relaciones laborales las de carácter especial del hogar familiar.

Y, por último, el Real Decreto 1424/1985, regula relación especial, en su artículo 1.º 4 como objeto de la misma cita expresamente la conducción de vehículos.

En consecuencia cabe deducir que el régimen jurídico de los contratos suscritos con conductores de turismos particulares se regirá, en su calidad de relación laboral de carácter especial, por el mencionado Real Decreto, sin perjuicio de las reservas en materia salarial que contiene la Orden de 5 de marzo de 1952, STSJ de Valencia de 5 de marzo de 1990 (AS 3571) y STSJ de Extremadura de 2 de enero de 1992 (AL, núm. 29, refer. 820).

el artículo 2.º de la misma norma reglamentaria podemos calificar las tareas domésticas por extensión de las domésticas en sentido propio, es decir, las relativas al estricto cuidado del hogar familiar, de las que se desarrollen formando parte del conjunto de tareas domésticas (71).

Así tenemos que están excluidos los trabajos que no se realicen en el domicilio o residencia del titular aunque el trabajo pueda tener la consideración de colateral (72).

Nuestros Tribunales han manifestado claramente que no es exigible la unicidad del domicilio familiar, ni puede limitarse a uno solo la existencia de personal a su servicio, cuando va extendiéndose la práctica de la segunda vivienda. Así, deben comprenderse los trabajos realizados para la vivienda o chalé de fin de semana o vacaciones (73).

4. Fundamento.

El preámbulo del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que regula la relación especial, pone de manifiesto que el principio de confianza inspira el desarrollo de la relación del hogar familiar, acepción del término «fiduciario» que se asienta en la existencia de una conexión entre las esferas privadas de las partes al entrar y participar el trabajador doméstico en el ámbito familiar del empleador. Carácter fiduciario, que al igual que en la relación laboral especial tiene su constatación más clara en la posibilidad del desistimiento *ad nutum*. El otro fundamento, que se plasma en la Exposición de Motivos, es el *intuitu personae* o carácter personalísimo respecto del trabajador, ya que se celebra el contrato especial en atención al servicio que se presta.

Ambos presupuestos, -el carácter fiduciario y el *intuitu personae*- van a configurar la mayoría de las especialidades contenidas en la norma reglamentaria.

5. Exclusiones.

El artículo 2.º del Real Decreto 1424/1985 establece una serie de exclusiones de la relación laboral especial, ya sea por ser relaciones laborales ordinarias o incluso excluidas de éstas. La relación reglamentaria es la siguiente:

(71) STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 1993 (AS 1530).

(72) STSJ de Galicia de 9 de julio de 1991 (AS 4575).

(73) SsTCT de 10 de noviembre de 1984 (A. 8536) y de 27 de abril de 1988 (A. 3401).

5.1. Por razón del vínculo jurídico.

- a) Las personas jurídicas que concierten la prestación de servicios o tareas domésticas, quedando sometidas a la normativa laboral común. También es similar a esta exclusión, aplicándose la normativa común en la que afecta a la prestación de servicios a comunidades de bienes, de vecinos, o asociaciones. En estos supuestos, a pesar que las funciones desempeñadas por el trabajador son las propias de la relación laboral especial, la exclusión viene determinada por el hecho de desarrollarse en lugares o entidades que no es el hogar familiar. En este caso no sería laboral especial la de la limpiadora de escaleras de la vivienda contratada por los vecinos (74), tampoco la limpiadora que presta su trabajo en una residencia de Monjas (75).
- b) Las tareas domésticas que se realizan a título de amistad, benevolencia o buena vecindad. Aunque sea difusa la línea divisoria entre la relación laboral y la colaboración amistosa o benévola para dirimir tal disyuntiva se debe atender al conjunto de elementos de la misma para orientar la interpretación de la intención de las partes, en el sentido, de que por tratarse de una exclusión no se puede presumir, sino que debe ser probada por la persona que se beneficie del servicio (76). Así, cabe calificar como trabajo benévolo la atención a una anciana sin esperar ni recibir contraprestación (77), los estudiantes de auxiliar de clínica que prestan servicios en una residencia de ancianos, siendo asimilados como becarios (78). También quedan incluidas en estos trabajos amistosos, las actividades gratuitas y altruistas para entidades que se encargan de funciones asistenciales o de voluntariado social hoy tan incipiente en nuestra sociedad, siempre que se den bajo esa perspectiva de trabajo social en beneficio de la comunidad (79) y aquellos servicios esporádicos, que se prestan a cambio de habitación (80).

En definitiva estas situaciones sólo se excluyen cuando no encubran verdaderas relaciones laborales, que se caracterizan por la existencia de las notas de retribución o dependencia.

(74) STSJ de Cataluña de 15 de marzo de 1993 (AS 1530).

(75) STCT de 15 de noviembre de 1988 (A. 7133), por el contrario la STSJ de Navarra de 10 de mayo de 1991 (AS 1991, 3198) considera como relación laboral especial y no común los servicios prestados en una vivienda habitada por sacerdotes.

(76) SsTCT de 17 de mayo de 1988 (A. 3503) y de 13 de enero de 1989 (A. 567).

(77) STCT de 24 de enero de 1989 (A. 1039).

(78) STCT de 15 de noviembre de 1988 (A. 7375). La Jurisprudencia del TS para excluirlos de la relación laboral común suele exigir que se trate de trabajos intermitentes, circunstanciales, de modo irregular o discontinuo, Ss. 26 de abril de 1988 (a 2302) y 14 de abril de 1989 (A. 2860) entre otras.

(79) SsTCT de 14 de junio de 1988 (A. 4410), de 19 de julio de 1988 (A. 5040).

(80) STCT de 28 de marzo de 1984 (A. 2852) y STSJ de Andalucía de 31 de diciembre de 1993 (AS 5172).

- c) La prestación conjunta de servicios domésticos y servicios ajenos al hogar familiar, cuando el trabajador presta sus servicios en el hogar familiar y además en actividades o empresas de cualquier carácter del mismo empleador, se presume una única relación laboral de carácter común (81).

Dicha presunción admite prueba en contrario, mediante la acreditación del carácter marginal o esporádico de la prestación de estos servicios con respecto a los puramente domésticos.

RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO (82) consideran que esta exclusión sólo puede operar cuando se trate de servicios objetivamente domésticos, siendo claro ejemplo del empleado que prestara servicios de limpieza en el hogar familiar y en el despacho profesional del empleador, cuya relación única será laboral común. En el mismo supuesto, si los servicios ajenos al hogar familiar no fueran «objetivamente domésticos» nos encontraríamos ante una situación de pluriempleo, es decir, dos relaciones: una laboral especial y la otra laboral común.

No existe ningún límite normado para considerar si un trabajo es marginal o esporádico, pudiendo consistir en determinar, la parte de la jornada total que el empleado de hogar dedica a servicios ajenos al hogar familiar, así como su valoración respecto a aquéllos, lo que servirá para concluir si la relación que une a los litigantes es especial o simplemente común. Sobre la valoración de estos servicios ajenos, cabe destacar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 7 de febrero de 1992 (AS 785) referenciada con anterioridad, que considera que si ambas tareas se desarrollan simultáneamente, o con carácter regular y ocupan entre el 25 ó 30 por 100 de la jornada total, será susceptible de contratación por separado y, por tanto, se considerará como una única relación laboral de tipo común.

Por el contrario, cuando el ámbito especial es la propia vivienda de profesionales liberales (abogados, médicos, notarios, dentistas, etc.) donde igualmente radica el despacho o consultorio profesional, siempre que su actividad tenga carácter indudablemente doméstico, se presumirá el carácter marginal de estos servicios ajenos, dado por el lugar donde se realizan (83).

- d) Las relaciones en las que falte alguno de los presupuestos configuradores de su naturaleza jurídico-laboral como la remunerabilidad, dependencia o ajeneidad.

(81) El artículo 8.º del Estatuto de los Trabajadores que establece la presunción de laboralidad entre todo el que presta un servicio por cuenta de otro, supone la consagración de que lo único relevante, a efectos de calificación de la relación existente, es el análisis de los hechos objetivos u obligaciones constituidas o producidas, deduciendo la existencia de un contrato de trabajo, no de lo que las partes digan, sino de lo que hagan. Principio que ha sido aplicado reiteradamente por la Jurisprudencia en el sentido de primar la verdad real sobre las formas jurídicas, STS de 21 de diciembre de 1983 (A. 6398).

(82) «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 54 y «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 291.

(83) STCT de 8 de marzo de 1988 (A. 2180).

- e) Las relaciones denominadas «a la par» (*au pair*) mediante las que se prestan algunos servicios como cuidado de niños, enseñanza de idiomas u otros de carácter marginal, a cambio de comidas, alojamiento o simples compensaciones de gastos. Estas relaciones se presumen excluidas, admitiendo prueba en contrario.

El Real Decreto 1424/1985 presume expresamente que son relaciones benévolas en las que falta alguna de las notas como la remunerabilidad, dependencia o ajeneidad.

Nos encontramos ante una presunción *IURIS TANTUM* que admite prueba en contrario referente al carácter marginal o no de los trabajos domésticos que se realicen (84).

Situación recogida en el Acuerdo Europeo de 24 de noviembre de 1969 ratificado por España en Instrumento de 24 de junio de 1988 (85).

5.2. Por razón de parentesco.

– Las relaciones concertadas entre familiares para la prestación de servicios domésticos, salvo que se demuestre su condición de asalariado.

Para determinar la consideración de familiar a estos efectos, según establece de forma expresa el artículo 2.º b) del Real Decreto 1424/1985, deberemos remitirnos a la legislación común, en concreto al artículo 1.º 3 e) del Estatuto de los Trabajadores que incluye: cónyuge, ascendiente, descendiente o cualquier otro pariente por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive -hijos, nietos, padres, abuelos y hermanos-, y en su caso, por adopción.

No se reúne el requisito de ajeneidad motivo por el que la norma reglamentaria los excluye, y por primera vez realiza una remisión expresa al artículo 1.º 3 e) del Estatuto de los Trabajadores por lo que habrá que entender como necesaria la condición de «convivencia» entendida en la económica o alimentaria (86).

Estamos ante una presunción *IURIS TANTUM* de que el pariente no es trabajador, admitiéndose la prueba que acredite la condición de asalariado para desvirtuar la exclusión.

(84) STSJ de Madrid de 25 de marzo de 1993 (AS 1454).

(85) BOE de 6 de septiembre de 1988. El anexo I a dicho acuerdo fue publicado en el BOE de 27 de junio de 1989 y se refiere a los aspectos de protección social de las personas colocadas *au pair*. Las características básicas de dicha relación son las siguientes:

- a) Convivencia familiar.
- b) Servicios marginales como cuidado de niños, enseñanza de idiomas, y tareas domésticas.
- c) Compensación económica que tiene la consideración de dinero de bolsillo -cuantía mínima 24.000 ptas./mes-.
- d) Edad del colocado entre 17 y 30 años.
- e) Duración máxima dos años.
- f) El tiempo de trabajo no puede exceder de cinco horas diarias, hasta un máximo de 25 a la semana.

(86) SsTCT de 28 de marzo de 1984 (A. 2851) y 28 de abril de 1987 (A. 8649).

En relación con esta exclusión, y en materia de afiliación al Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados del Hogar, se planteó la problemática de la falta de concordancia entre el artículo 3.º 1 a) del Decreto 2346/1969 de dicho régimen especial, y el ahora estudiado artículo 2.º 1 b) que regula la relación especial, ya que aquella norma excluye imperativamente de dicho Régimen Especial de Seguridad Social a los parientes hasta un grado determinado de afinidad o consanguinidad. Cuestión resuelta por la doctrina constitucional (87) reiterando en múltiples ocasiones que si el ordenamiento jurídico permite que entre el titular del hogar familiar y un pariente del mismo en primer grado de afinidad se concierte una relación laboral de carácter especial de servicio del hogar familiar, no cabe que el propio ordenamiento impida radicalmente, y, en todo caso, la inclusión en el correspondiente Régimen de la Seguridad Social, sin ni siquiera permitir al interesado probar su condición de asalariado, ni exigir tampoco a la Administración acreditar que aquél no reúne dicha condición para privarle de la protección dispensada por la Seguridad Social.

V. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: CONTENIDO OBLIGACIONAL

El Real Decreto 1424/1985 sigue la misma técnica empleada por el legislador en la regulación de las relaciones laborales especiales en el sentido de limitarse a recoger aquellos puntos o aspectos en que se aparta de la normativa general recogida en el Estatuto de los Trabajadores, destacando las peculiaridades de esta relación laboral.

1. Régimen de colocación.

Ya hemos puesto de relieve la no obligatoriedad por parte del empleador de la solicitud del trabajador a través de las oficinas de empleo por así explicitarlo el artículo 5.º del Real Decreto 1424/1985 que ha quedado vacío de contenido normativo por la modificación del artículo 16 del Estatuto de los Trabajadores (88).

(87) STCO 49/1994, de 16 de febrero (BOE de 17-3-1994); F. Jurídico 2.º establece: «Así delimitados los términos de la controversia sobre la primera de las quejas ya existe una consolidada doctrina de este Tribunal (SSTCO 79/1991, 92/1991, 2/1992 y 59/1992) que conviene evocar brevemente. El vínculo de parentesco entre el titular del hogar familiar y el empleado doméstico únicamente permite justificar aquellas diferencias de tratamiento que resulten razonables a la luz del conjunto del ordenamiento y, por tanto, la compatibilidad del artículo 3.º 1 a) del Decreto 2346/1969 con el artículo 14 de la CE impone una interpretación sistemática e integradora del precepto en el contexto normativo en que ha de aplicarse. Esto es, el régimen jurídico del parentesco establecido en el Derecho Laboral y en las propias normas generales del sistema de la Seguridad Social. Por consiguiente, como en esta regulación general normalmente sólo una presunción *IURIS TANTUM* de que el pariente no es trabajador -arts. 1.º 3 e) del ET, 2.º 1 b) del R.D. 1424/1985 y 7.º 2 de la LGSS, tanto en su antigua como en su actual redacción-, en el Régimen Especial del servicio doméstico tal circunstancia sólo podrá ser tenida en cuenta a estos efectos, so pena de incurrir en discriminación por una circunstancia personal, contraria al artículo 14 de la CE».

En el mismo sentido, SsTCO 79/1991 (BOE de 14-1-1991); 92/1991 (BOE de 19-5-1991); 2/1992 (BOE de 13-2-1992); 59/1992 (BOE de 13-4-1992) y 268/1993 (BOE de 26-10-1993).

(88) Véase cita 43.

El artículo 5.º del Decreto especial prohíbe expresamente las agencias privadas de colocación sin ninguna otra consideración, de igual manera debe quedar sin efecto tal restricción, y ser de aplicación el artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que asume los contenidos del derogado artículo 1.º 2 de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, sobre Medidas Urgentes de Fomento de la Ocupación (89), por la que solamente la prohibición alcanza a las agencias privadas de colocación con ánimo de lucro. Y ello, a pesar del silencio que las disposiciones derogatorias de la Ley 10/1994, 11/1994 y Real Decreto Legislativo 1/1995 han hecho respecto de la prohibición expresa del citado artículo 5.º.

Al no regular la norma reglamentaria la cuestión referente de registro de los contratos que se concierten por escrito, o la comunicación de la contratación efectuada ante la oficina de empleo, considero de aplicación el artículo 16 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por imperativo de la disposición adicional del Real Decreto 1424/1985, al no ser incompatible tales medidas con las singularidades del trabajo doméstico.

2. Capacidad para contratar.

En esta materia es de plena aplicación lo dispuesto en los artículos 6.º y 7.º del Estatuto de los Trabajadores, limitándose el Real Decreto a establecer en su artículo 3.º que «...en materia de nacionalidad se estará a lo que se disponga en la legislación vigente para los trabajadores extranjeros en España».

DE LA VILLA señala la gratuidad del redactado anterior por ser completamente inútil debido al carácter supletorio de la normativa en materia de extranjería (90).

La normativa está constituida en esta materia básicamente respecto de los extranjeros por el artículo 13 de la Constitución (91); Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y el Reglamento de Ejecución aprobado por Real Decreto 1119/1986, de 20 de mayo (92); Real Decreto 116/1988, de 5 de febrero; Real Decreto 1458/1991, de 11 de octubre.

Respecto a los ciudadanos de la Unión Europea tienen los mismos derechos que los nacionales españoles. Por lo que respecta a los demás extranjeros, es de plena aplicación la Ley Orgánica 7/1985, y el Reglamento que lo desarrolla, que exige permiso de residencia y de trabajo en los términos establecidos en dichas disposiciones legales. La falta de permiso de trabajo, desde el punto de

(89) BOE de 23 de mayo de 1994.

(90) «La relación laboral de carácter...», *ob. cit.* pág. 212.

(91) El Tribunal Constitucional ha declarado que la diferencia de trato de los extranjeros con los españoles no es inconstitucional, STCO 107/1994, de 23 de noviembre.

(92) Téngase en cuenta el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 (BOE de 23 de febrero).

vista estrictamente laboral, y sin perjuicio de posibles sanciones administrativas al empleador (93), determina según reiterada jurisprudencia (94), la nulidad absoluta o de pleno derecho del contrato de trabajo, teniendo el trabajador únicamente derecho a reclamar los salarios pendientes.

En todo caso, hay que destacar que, una vez autorizado en legal forma el trabajo a un extranjero, está en iguales condiciones de trabajo que el trabajador nacional, y en idénticos derechos.

3. Forma del contrato.

La relación laboral existe por el mero hecho de prestar servicios domésticos por cuenta del titular del hogar familiar quien los retribuye, aunque no evita, tal como dispone el artículo 8.º del Estatuto de los Trabajadores, que quien lo alegue tenga que acreditar que los servicios se prestan o se hayan prestado a otro. Así, la forma del mismo no presenta ningún requisito imprescindible para su validez, rigiéndose por el principio de libertad de forma cualquiera que sea su modalidad o duración. Esto significa, que esta libertad va mucho más allá de la que establece el artículo 8.º 1 del Estatuto de los Trabajadores ya que la literalidad del artículo 4.º 1 del Real Decreto posibilita que todos los contratos se articulen verbalmente, a excepción de la contratación de trabajadores extranjeros cuya normativa aplicable condiciona la expedición del permiso de trabajo a que se presente contrato de trabajo por escrito.

El nuevo redactado del artículo 8.º 4 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980) por la Ley 11/1994, en la actualidad y tras la aprobación del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el artículo 8.º 5 (95) impone a los titulares del hogar familiar cuando la relación sea de duración superior a cuatro semanas, la obligación de informar por escrito sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral (96) siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo si se hubiera formalizado por escrito. Esta obligación habrá de hacerse en los términos y plazos que se ha de establecer por vía reglamentaria.

(93) La Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE de 15-4-1988), en su artículo 35 considera sancionable la conducta consistente en utilizar trabajadores extranjeros por empresarios sin haber obtenido previamente el permiso de trabajo o su renovación, incurriendo en una infracción por cada uno de los trabajadores que hayan ocupado. Tal conducta constituye infracción muy grave, y puede ser sancionada con multa de 500.001 pesetas a 15.000.000 de pesetas -art. 37.4 del mismo texto legal-.

(94) La STSJ de Baleares de 14 de diciembre de 1993 (AS 5351), declara la nulidad absoluta de los contratos de dos extranjeros por no habérseles renovado el permiso de trabajo, sin que en consecuencia puedan reclamar los derechos y deberes de la relación laboral especial por ser ésta inexistente, teniendo solamente derecho a la retribución por el trabajo realizado.
En el mismo sentido, pero no referidas a la relación especial, STS de 27 de noviembre de 1989 (A. 8257); STSJ de Madrid de 15 de diciembre de 1992 (CISS/645); STSJ de Andalucía, de 2 de septiembre de 1992 (AS 4282).

(95) «Cuando la relación laboral sea de duración superior a cuatro semanas, el empresario deberá informar por escrito al trabajador, en los términos y plazos que se establezcan reglamentariamente, sobre los elementos esenciales del contrato y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral, siempre que tales elementos y condiciones no figuren en el contrato de trabajo formalizado por escrito».

(96) La Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991 (DOCE de 18-10-1991), relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, establece en su artículo 2.º 2, que los elementos que deben incluirse en la información son:

Cuando esta norma reglamentaria sea vigente, el incumplimiento del empleador podrá ser calificado como falta leve (art. 94 del R.D.Leg. 1/1995), y sancionado con multa de hasta 50.000 pesetas (Ley 8/1988).

Ello va a suponer en la práctica la extensión de la escritura en la mayor parte de los contratos, lo que evitará conflictividad (97).

4. Período de prueba.

En relación con el período de prueba el artículo 4.º 3 del Real Decreto dice: «La relación laboral se presumirá celebrada a prueba durante 15 días, computándose a estos efectos aquellos días en que se da prestación de servicios efectiva...».

Las singulares características de la relación laboral especial, se reflejan en el peculiar régimen jurídico establecido para dicho período, habida cuenta del establecimiento de una presunción legal sobre su existencia dejando a la voluntad del empleado y titular del hogar familiar para fijar o no un período de prueba, la naturaleza de la norma reglamentaria otorga disponibilidad total en el sentido que posibilita pactar expresamente una duración superior a 15 días (98). En sentido contrario, QUE-SADA SEGURA (99) afirma que el tiempo pactado que exceda de 15 días, se tendría por no válido pues el precepto reglamentario es de duración máxima.

-
- a) La identidad de las partes.
 - b) El lugar de trabajo; a falta de lugar fijo o predominante de trabajo, el principio de que el trabajador efectúe su trabajo en diferentes lugares, así como la sede o, en su caso, el domicilio del empresario.
 - c) La denominación, el grado, la calidad o la categoría del puesto de trabajo que desempeña el trabajador o la caracterización o la descripción resumidas del puesto de trabajo.
 - d) La fecha de comienzo del contrato.
 - e) En caso de que se trate de un contrato temporal, la duración previsible del contrato.
 - f) La duración de las vacaciones pagadas a las que el trabajador tenga derecho, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de atribución y determinación de dichas vacaciones.
 - g) La duración de los plazos de preaviso que deban respetar el empresario y el trabajador en caso de terminación del contrato, o si no es posible facilitar este dato en el momento de la entrega de la información, las modalidades de determinación de dichos plazos de preaviso.
 - h) La retribución de base inicial, los demás elementos constitutivos, así como la periodicidad de pago, a que tenga derecho el trabajador.
 - i) La duración de la jornada o semana laboral normal de trabajo.
 - j) En su caso, la mención de los convenios colectivos o acuerdos colectivos que regulen las condiciones laborales del trabajador o, si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por órganos o instituciones paritarias particulares, la mención del órgano competente o de la institución paritaria competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios.

(97) SALA FRANCO, T.: *La reforma del mercado de trabajo*. Edit. CISS, Valencia 1994, pág. 122.

(98) En el mismo sentido, SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 300.

(99) «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 149.

También RODRÍGUEZ SANTOS, B.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*. Ed. Lex Nova 1992, T. I, págs. 159-160.

El cómputo de los días de prueba comprenderá los que se dé prestación de servicios efectiva, por lo que se podrán descontar los días no trabajados por enfermedad o por cualquier causa, prorrogándose en tal caso el cómputo por el tiempo que duró la interrupción.

Durante el período de prueba cualquiera de las partes puede resolver unilateralmente el contrato, pero para que el desistimiento tenga plena virtualidad debe producirse antes de haber concluido el período de prueba presunto o expresamente pactado. Dicha comunicación no debe observar ninguna formalidad, así no es preciso que sea por escrito, preaviso alguno, alegar causa alguna que justifique la decisión ni obligación de abonar indemnización alguna (100).

Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose como período a tener en cuenta a efectos de antigüedad del empleado.

La modificación operada por Ley 11/1994 en el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980), en la actualidad artículo 14.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, ha procedido a dispositivizar los límites de duración del período de prueba a efectos de la negociación colectiva, afirma MARTÍNEZ ABASCAL (101), que ha perdido dicha norma legal, su histórica naturaleza de máximo de derecho necesario, por su actual relación de complementariedad respecto del convenio colectivo. Ello corrobora mi opinión -del carácter dispositivo de la institución del período de prueba en la regulación del régimen especial-, máxime cuando coincide en la Exposición de Motivos de ambas normas, la necesidad de flexibilizar la determinación de las condiciones de trabajo.

5. Modalidades y duración del contrato de trabajo.

5.1. Modalidades.

El Real Decreto en su artículo 4.º 2, admite en principio todas las modalidades y duración previstas en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas de nuestro ordenamiento laboral (102). Esta admisión sin límites que la normativa especial establece es errónea si examinamos los diversos supuestos problemáticos y su incompatibilidad con el carácter especial de esta relación:

(100) SsTCT de 30 de octubre de 1984 (A. 7382), 13 de enero de 1987 (A. 430) y STSJ de Madrid de 21 de junio de 1991.

(101) «La relación Ley-Negociación Colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿Una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?». Comunicación presentada al V Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pamplona, 27 y 28 de mayo de 1994, págs. 17 y 18.

(102) El artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el que se establecen los supuestos en que pueden celebrarse contratos de duración determinada ha sido desarrollado reglamentariamente su régimen jurídico mediante Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre -BOE de 20-1-1995-, concretándose los siguientes contratos:

a) Para la realización de una obra o servicio determinados.

- a) Se puede dar trabajo en común o celebrar un contrato de grupo -art. 10.1 y 2 del ET-, y también el caso del auxiliar asociado -art. 10.3 del ET-. No parece existir incompatibilidad en la contratación, por ejemplo de varios cocineros y camareros para satisfacer las necesidades personales de una residencia familiar, estando unidos con el titular del hogar por un solo vínculo jurídico especial. También parece incluso más factible la figura del auxiliar asociado, dándose cuando un trabajador, facultado por lo pactado por escrito con un empresario, asocia a otro trabajador para que le ayude en la prestación de su trabajo.
- b) Considero al igual que la doctrina mayoritaria que no resulta viable la modalidad del contrato a domicilio (103) por cuanto el lugar de la prestación del servicio doméstico no puede elegirlo libremente el empleado o realizarse en su domicilio, habida cuenta de lo preceptuado en el artículo 13.1 del Estatuto de los Trabajadores: «Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario».

Por el contrario QUESADA SEGURA opina que sí es posible su celebración, ya que lo que determina el carácter doméstico de los trabajos no es el lugar, sino la causa del contrato y el objeto de la prestación, poniendo el ejemplo de las costureras, lavanderas y planchadoras que realizan su trabajo en su propio domicilio por cuenta y bajo las directrices de un titular del hogar (104).

- c) El contrato de obra o servicio determinado, el eventual por circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos y el de interinidad, no plantea problemas de incompatibilidad con la naturaleza del trabajo doméstico, siendo a mi entender perfectamente asumibles por la propia singularidad material de la relación especial.

En cambio, el contrato por lanzamiento de una nueva actividad -art. 15.1 d) del ET-, está previsto para la potenciación de actividades productivas y empresariales y en consecuencia disminuir sus riesgos, y fomentar el empleo (105).

- b) Para atender circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos.
 c) Para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo.
 d) Por lanzamiento de una nueva actividad.

Los contratos formativos -prácticas, aprendizaje-, contrato a tiempo parcial, de relevo, están regulados en los artículos 11 y 12 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la transformación de los contratos de duración determinada en indefinidos en la Ley 22/1992; y los de fomento de empleo para 1996, en la Ley 42/1994 -BOE de 31-12-94-.

- (103) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 61.
 SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 297.
- (104) «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 147.
- (105) El artículo 5.º 1 del Real Decreto 2546/1994, de 29 de diciembre -BOE de 26-1-1995- establece: «Podrán celebrar contratos de trabajo de duración determinada, durante el período de lanzamiento de una nueva actividad, las empresas de nuevo establecimiento o aquellas ya existentes que amplíen sus actividades como consecuencia del lanzamiento de una línea de producción, de un nuevo producto o servicio o de la apertura de un nuevo centro de trabajo. El período de lanzamiento no podrá exceder de tres años».

- d) Respecto a los contratos formativos regulados por el artículo 11 del Real Decreto Legislativo 1/1995: el contrato en prácticas, en principio, no parece plantear incompatibilidad con la naturaleza de la relación especial. Ahora bien, dicha figura parece tener poco juego y utilidad debido a las tareas domésticas a realizar y a las pocas ventajas que ofrece respecto de las que prevé el especial.

El contrato de aprendizaje, en su nueva regulación entiendo que no puede ser aplicable, ya que su desarrollo se presume para realizar en empresas, y además su particularidad en materia de cotización de Seguridad Social y prestaciones, es del todo incompatible con la normativa del Régimen Especial de la Seguridad Social, que debería ser modificado en todo caso (106).

- e) El contrato a tiempo parcial es perfectamente compatible con la regulación especial, de manera clara ya que se hace referencia en los artículos 6.º 1 y 7.º 3 *in fine* del Real Decreto 1424/1985 (107), siendo uno de los más utilizados.

El contrato parcial fijo discontinuo -art. 12.2 del R.D.Leg. 1/1995-, no parece plantear ningún tipo de distorsión a la hora de aplicarse en la relación especial, siendo perfectamente utilizable en la residencia familiar de los fines de semana o vacaciones (108). El contrato parcial de relevo -art. 12.4 del R.D.Leg. 1/1995-, está configurado para fomentar el empleo, complementándolo con el cumplimiento de una serie de requisitos de Seguridad Social, que no acaban de encajar en la relación especial, ya que de por sí es suficientemente flexible como para establecer condiciones añadidas que dificulten su desarrollo.

- f) Los contratos de fomento de empleo para 1996 (109) los considero no compatibles con las características de la relación laboral especial, por cuanto las medidas articuladas para los colectivos mayores de 45 años, minusválidos y perceptores de prestaciones de desempleo tratan de insertarlos en algún tipo de actividad productiva dentro de una organización empresarial, con la finalidad de que ésta disminuya sus costes a través de bonificaciones a la Seguridad Social, y temporalidad de la relación -ya precaria por sí en la relación especial-, como ya se ha indicado su utilización implicaría modificar los preceptos de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social y, sobre todo, la poca utilidad de estas figuras, que no ofrecen -descartada la bonificación por impedirlo la normativa de Seguridad Social- ninguna ventaja que no oferte las peculiaridades de la relación especial.

(106) Sobre la necesidad de modificar este régimen es interesante el trabajo de CUBAS MORALES, A.: «Anotaciones para la necesaria reforma del Régimen...», *ob. cit.* págs. 29-39.

(107) Artículo 6.º 1: «... percibiéndose a prorrata si se realizase una jornada inferior». Artículo 7.º 3 *in fine*: «Cuando el empleado de hogar no preste servicios en régimen de jornada completa, con la duración máxima establecida en el número uno de este artículo, la retribución correspondiente al período de descanso se reducirá en proporción a las horas efectivamente trabajadas».

(108) En este sentido, STSJ de Baleares de 16 de junio de 1994 (AS 2618). Sobre el estudio en profundidad de esta modalidad, MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «El contrato de trabajo fijo y periódico de carácter discontinuo: análisis de las peculiaridades de su régimen jurídico». *REDT* núm. 36, oct.-dic. 1988, págs. 571-614.

(109) Artículo 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social -BOE de 31-12-1994-.

Es por ello, que tampoco podrá operar la transformación de los contratos temporales en indefinidos para acogerse a las subvenciones económicas previstas (110).

5.2. Duración.

El artículo 4.º 2 de la relación especial establece una presunción *IURIS TANTUM* a favor de la duración temporal de un año, siempre que no haya pacto escrito por el que se optase por cualquiera de las modalidades o duraciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

La reforma laboral suprime del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores la referencia de que el contrato de trabajo se presume por tiempo indefinido, lo que supone invertir el sentido de una normativa garantista arraigada en nuestro sistema jurídico, si bien, «todavía», la contratación temporal debe ser causal y excepcional.

El principio general expresado por la relación especial que opta por la modalidad temporal anual, se completa con la posibilidad de prorrogarse tácitamente por períodos anuales, de no mediar denuncia con anterioridad a su vencimiento.

Si el contrato fuera denunciado deberá serlo con una antelación de siete días. La omisión del preaviso será compensable con una indemnización equivalente al salario en metálico correspondiente a dicho período por analogía en relación con el artículo 10.2 del Real Decreto 1424/1985, y artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores referente a los efectos de la omisión del preaviso en los contratos de duración determinada.

Es factible y la norma especial así lo posibilita -art. 4.º 2- las prórrogas sucesivas sin limitación alguna; es decir, el encadenamiento contractual que es considerado por nuestra jurisprudencia fraudulento en interpretación de la contratación laboral común (111). Ello se deduce, como se ha dicho, no sólo de la propia norma sino también por la coherencia que mantiene no vulnerando la naturaleza especial del vínculo, que trata de asegurar la precarización en la prestación de los servicios. Por el contrario, RAMÍREZ MARTÍNEZ y SALA FRANCO mantienen que el régimen de prórrogas temporales tácitas tendrá como limitación el artículo 15.3 del Estatuto de los Trabajadores, según el cual, se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de Ley. QUESADA SEGURA difiere de ambos, y opina, que efectivamente las prórrogas sucesivas tanto tácita, como expresa no tendrán sujeción a límite alguno (112).

(110) Disposiciones adicionales primera y segunda del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y artículo 44 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre. La transformación de los contratos en prácticas, para la formación, de aprendizaje, posibilita una subvención de 550.000 pesetas. La transformación de contratos de fomento de empleo para colectivos menores de 25 años, mayores de 45 años, minusválidos y mujeres contratadas en profesiones subrepresentadas, otorgan subvenciones de 400.000 pesetas y 500.000 pesetas, además de bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social.

(111) STS de 25 de octubre de 1989 (A. 7439), y STCT de 30 de septiembre de 1987 (A. 2014).

(112) «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 151.

Para finalizar este apartado, poner de relieve que las partes solamente pueden optar, bien por la preferencia contractual anual de la norma especial, por la duración indefinida o por último, por alguna de las modalidades contractuales del Estatuto de los Trabajadores que no sea incompatible tal como hemos descrito con la singularidad de la relación especial del hogar familiar (113).

6. Régimen retributivo.

6.1. Salario mínimo.

El artículo 6.º 1 del Real Decreto establece la aplicación a esta relación laboral del Salario Mínimo Interprofesional (114), aunque añade que de forma proporcional a la jornada realizada, de ahí cabe establecer una doble distinción:

A) Trabajadores al servicio del hogar familiar que no trabajen por horas en régimen externo.

La norma reglamentaria declara aplicable, como se ha reseñado, el Salario Mínimo Interprofesional (SMI) fijado anualmente por el Gobierno de acuerdo con los términos y condiciones establecidos en el ordenamiento laboral común (115). Por ello, de conformidad con el vigente Decreto regulador del SMI (R.D. 2199/1995), el salario mínimo del empleado de hogar está constituido por la retribución en dinero como en especie, adicionándose los pluses y complementos fijados, que para el régimen especial, está compuesto por la antigüedad y dos gratificaciones extraordinarias que conformarán en palabras de SAGARDOY BENGOCHEA la cuantía «irreductible» (116) que debe percibir el trabajador doméstico que presta servicios a jornada completa.

Este salario podrá ser mejorado por pacto individual o por convenio colectivo -art. 6.º 1 *in fine* del Real Decreto 1424/1985-, resaltándose la ausencia normativa colectiva en esta relación, motivada por las especiales peculiaridades del servicio doméstico, y fundamentalmente, por el carácter -de no empresario- del titular del hogar familiar.

(113) Por el contrario, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 62, considera que la norma reglamentaria -art. 4.º 1-, admite cualquier duración por escrito o de palabra, sin que tenga que encajarse en alguno de los supuestos del artículo 15.1 del ET.

(114) La STCT de 16 de diciembre de 1989 (A. 1282) establece que la retribución será como mínimo el SMI, que estará compuesto por el salario percibido en especie y la retribución líquida.

(115) El Real Decreto 2199/1995, de 28 de diciembre (BOE de 29-12-1995), fija el SMI para 1996: para los trabajadores desde 18 años: 2.164 ptas./día o 64.920 ptas./mes. Para los trabajadores menores de 18 años: 1.674 ptas./día o 50.220 ptas./mes.

(116) «El salario mínimo interprofesional». Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Madrid, Edit. EDESA 1982, pág 97.

B) Trabajadores al servicio del hogar familiar que trabajen por horas en régimen externo.

Supuesto excepcional es el contemplado en el artículo 6.º 5 de la norma especial, según el cual la retribución de los empleados de hogar que trabajen por horas en régimen externo será el que fije en la normativa correspondiente con carácter general para los trabajadores eventuales y temporeros, que incluye todos los conceptos retributivos, este salario mínimo se abonará en proporción a las horas efectivamente trabajadas (117).

Esta modalidad por horas de la relación especial de hogar familiar es en la práctica una de las más utilizadas no correspondiéndose necesariamente con el supuesto de trabajo a tiempo parcial, ya que éste puede ser también por días externo y por horas interno, si bien este supuesto excepcional, es aplicable a cualquier otro de trabajo a tiempo parcial (118).

El Real Decreto 2199/1995, que fija los salarios mínimos para 1996 establece uno específico para trabajadores eventuales y temporeros cuyos servicios a una misma empresa no exceden de 120 días. Este cómputo de días no es aplicable para los trabajadores domésticos, ya que se les aplica la específica de dicha norma a los trabajadores domésticos que trabajen por horas en régimen externo. Este Real Decreto sobre salarios mínimos interprofesionales señala que las cuantías mínimas establecidas para eventuales y temporeros incluye también la parte proporcional correspondiente a domingos y festivos y las dos gratificaciones extraordinarias. Ello significa que el empleado de hogar que trabaje por horas en régimen externo percibirá englobado en su salario la parte correspondiente a los mencionados complementos.

Como se ha resaltado, el artículo 6.º 5 del Real Decreto 1424/1985, regula que el salario mínimo aplicable a los empleados de hogar que trabajen por horas en régimen externo, incluye todos los conceptos retributivos. Por ello, los complementos por antigüedad, pagas extraordinarias, domingos y festivos quedaría englobada en la cuantía salarial entregada.

6.2. Prestaciones en especie.

En la relación laboral ordinaria -art. 26.1 del ET- se posibilita que el salario percibido lo sea en metálico y en especie, si bien ésta no podrá superar el 30 por 100 del total de las percepciones del trabajador (119). La relación especial en su artículo 6.º 2 preceptúa: «En los casos de prestación de

(117) El artículo 4.º 2 del Real Decreto 2199/1995, de 28 de diciembre (BOE de 29-12-1995) establece: «De acuerdo con el artículo 6.º 5, del Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, que toma como referencia para la determinación del salario mínimo de los empleados de hogar que trabajen por horas el determinado para los trabajadores eventuales y temporeros, los salarios mínimos correspondientes a una hora efectiva trabajada serán los siguientes:

- a) Trabajadores desde 18 años: 504 ptas. por hora efectivamente trabajada.
- b) Trabajadores menores de 18 años: 390 ptas. por hora efectivamente trabajada».

(118) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* págs. 24 y 25.
RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 68.

(119) La posibilidad del pago de salario en especie se refiere al artículo 4.º del Convenio núm. 95 de la OIT.

servicios domésticos con derecho a prestaciones en especie, como alojamiento o manutención, se podrá descontar por tales conceptos el porcentaje que las partes acuerden, sin que de la suma de los diversos conceptos pueda resultar un porcentaje de descuento superior al 45 por 100 del salario total».

Como es de ver, existe una diferencia entre la legislación común y la especial, en la que se pasa del 30 por 100 al 45 por 100 que está motivada por la naturaleza de la relación y, además, la especialidad de los empleados internos. Cuando se utilice este tipo de retribución se procederá por acuerdo de las partes a la valoración de las prestaciones en especie respetando el límite máximo del 45 por 100 a descontar del salario total. En consecuencia el empleado doméstico percibirá al menos un 55 por 100 de su salario en metálico.

El fijar correctamente el porcentaje de descuento por la retribución en especie tiene gran importancia ya que después repercute en las pagas extraordinarias percibidas y en la antigüedad, habida cuenta que estos complementos salariales giran sobre el importe del salario en metálico. Así, la cuantía de los descuentos debe estar razonablemente justificada por las prestaciones en especie que se disfruten para no incurrir en abuso de derecho (120).

Nuestros Tribunales y la norma no han clarificado qué porcentaje puede descontarse por la retribución en especie. Hasta el límite máximo del 45 por 100, no se diferencia porcentaje alguno a aplicar según sea dicha retribución -alojamiento, manutención, sólo manutención con una o dos comidas, alojamiento y manutención, etc.-, se debe estar a lo que las partes acuerden, admitiéndose acuerdos tácitos para fijar la cantidad a descontar (121) y en caso de discrepancia o desacuerdo sería competente la Jurisdicción Social (122).

6.3. Antigüedad y pagas extraordinarias.

El empleado del hogar familiar tiene derecho a un incremento del salario en metálico de un 3 por 100, por cada tres años naturales de vinculación con el titular del hogar familiar, hasta un límite máximo de 15 años a partir del cual no se producen más aumentos en cuanto a este concepto -art. 6.º 3 del Real Decreto 1424/1985-.

(120) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 302: «Cabe preguntarse, no obstante, si la libertad de pactos dentro de los dos límites genéricos señalados no se encuentra a su vez limitada por la doctrina del abuso de derecho que el artículo 7.º 2 del Código Civil enuncia. Esto supondría que no cabrían lícitamente aquellos pactos que por las circunstancias en que se realicen sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho, consistentes en pactar un descuento en el salario que no se justifique razonablemente en las prestaciones en especie existentes».

(121) En este sentido STCT de 19 de mayo de 1987 (A. 1033). En sentido contrario manifestando la necesidad de que exista acuerdo expreso, ya que el descuento es potestativo, la STCT de 3 de mayo de 1988 (A. 3615).

(122) STSJ de Madrid de 12 de julio de 1989 (A. 816).

Es necesario poner de relieve nuevamente, el hecho que se refiera para su cálculo al salario en metálico no en especie lo que implica una gran disminución para los trabajadores domésticos que perciban la máxima cuantía de este tipo de retribución.

Estos cinco trienios, como máximo que se pueden percibir en esta relación, es un precepto de derecho necesario absoluto que no puede ser modificado ni para mejorar o suprimir por convenio colectivo o voluntad de las partes (123).

El tratamiento dado por el concepto de antigüedad en esta relación especial, con la actual regulación del Estatuto de los Trabajadores -art. 25.2-, es mucho más ventajosa para aquélla, dado su carácter de derecho necesario, y la desregulación de tal complemento por la reforma laboral (124), que lo elimina explícitamente, si bien mantiene la referencia al trabajo desarrollado y al respeto a los derechos adquiridos o en vías de adquisición (125). Por último, destacar que la disposición final de la norma reglamentaria indica que los períodos trabajados con anterioridad al 1 de enero de 1986, no se computarán a efectos de trienios, iniciándose, por tanto, el cómputo a partir de dicha fecha de vigencia.

Respecto a las pagas extraordinarias los empleados domésticos tienen derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año que se percibirán salvo pacto en contrario, al finalizar cada uno de los semestres del año -30 de junio y 31 de diciembre-, y en proporción al tiempo trabajado durante el mismo, según contempla el artículo 6.º 4 de la norma reglamentaria especial. Mediante convenio colectivo o acuerdo individual se pueden mejorar o acordar otras fechas de abono, e incluso su prorrateo mensual en las 12 pagas ordinarias.

La cuantía será como mínimo igual al salario en metálico correspondiente a 15 días naturales, frente a los 30 que se reconocen en la relación laboral común (126). QUESADA SEGURA entiende justificada tal diferencia por razones de política de empleo y por el carácter especial de la relación (127), si bien, históricamente las retribuciones de los trabajadores domésticos siempre han estado limitadas (128).

(123) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 302.

(124) El nuevo redactado del artículo 25.2 del ET de 1980 (en la actualidad Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), efectuado por la Ley 11/1994, de 19 de mayo -BOE de 23-5-1994-, queda del siguiente tenor: «lo dispuesto en el número anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente».

(125) UGT: El Estatuto de los Trabajadores y la reforma laboral. Ed. UGT confederal Madrid 1994, pág. 11.

(126) El artículo 4.º del Real Decreto 2199/1995, por el que se fija el SMI para 1996 -BOE de 29-12-1995-, en relación con el artículo 31 del ET, regula el derecho de todo trabajador a percibir dos pagas extraordinarias de como mínimo 30 días naturales.

(127) «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 168.

(128) NÚÑEZ PÉREZ, M. G.: Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. MTSS. Madrid, 1989, pág. 285: «La limitación de las retribuciones de las domésticas se debía a varias causas: inexistencia de reglamentaciones salariales, considerable oferta de mano de obra, feminización del sector, falta de sindicación y asociación, bajo rendimiento de la tarea doméstica, dado que en ella no se había llevado a cabo la organización científica del trabajo».

La suma de los importes de retribuciones en dinero y en especie, más las dos gratificaciones extraordinarias en cómputo anual, y el importe del complemento por antigüedad si procediera, no puede ser inferior a 908.880 pesetas o 703.080 pesetas, según se trate de trabajadores desde 18 años o menores de dicha edad, con jornada legal completa (129). Se aplica a las retribuciones percibidas la regla de compensación y absorción salarial establecida en el artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores.

Como se ha indicado, cuando los empleados domésticos presten servicios por horas, no procederá el abono de las pagas extraordinarias por estar incluidas en el importe de sus retribuciones.

Respecto a la forma del pago del salario, es aplicable el artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, debido a la remisión expresa a la normativa laboral común en lo no regulado por su régimen especial y no resultar incompatible con sus particularidades, en consecuencia el titular del hogar familiar debe hacer entrega al empleado del nuevo modelo aprobado por el Ministerio de Trabajo tras la reforma laboral (130), caso contrario se incurrirá en infracción leve, sancionada con multa de 5.000 pesetas a 50.000 pesetas (131).

Los trabajadores domésticos son mayoritariamente mujeres en un porcentaje que alcanza el 96'4 por 100 el año 1989 y 96'3 por 100 en 1990, por contra los varones no superan el simbólico 3'6 por 100 y 3'7 por 100, respectivamente (132). La discriminación de la mujer constituye una constante histórica (133) siendo significativa la escasa valoración que realiza el legislador de los derechos salariales en el ámbito doméstico, que como se ha subrayado son trabajos que hasta la fecha son específicamente femeninos, y que sustantivamente debe existir igualdad de remuneración por razón de sexo y trabajo de igual valor (134).

Por último, reiteramos la inaplicación por la disposición adicional del Decreto especial, del artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia los salarios y las indemnizaciones pendientes de pago a los empleados, en caso de insolvencia carecen de la protección del Fondo de

-
- (129) Artículo 3.º 1 del Real Decreto 2199/1995, sobre fijación del salario mínimo -BOE de 29-12-1995-: «A tales efectos, el salario mínimo en cómputo anual que se tomará como término de comparación será el resultado de adicionar a los salarios mínimos fijados en el artículo 1.º de este Real Decreto los devengos a que se refiere el artículo 2.º, sin que en ningún caso pueda considerarse una cuantía anual inferior a 908.880 pesetas o 703.080 pesetas, según se trate de trabajadores desde 18 años o de 17 y 16 años».
- (130) La Orden de 27 de diciembre de 1994 (BOE de 13-1-1995), da cumplimiento al artículo 29.1 del ET, y aprueba el nuevo modelo de recibo de salarios a que se deberán ajustar los empresarios, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo.
- (131) El artículo 94.3 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, califica como infracción leve: «No entregar al trabajador puntualmente el recibo de salarios o utilizar sin previa autorización recibos de salarios distintos al modelo oficial».
- (132) Boletín de Estadísticas Laborales. MTSS, núm. 83, junio 1991, págs. 360 y 361.
- (133) Debe ponerse de relieve el profundo estudio del profesor DURÉNDEZ SÁEZ, I.: «La discriminación de la mujer en materia salarial». *RL* núm. 24, diciembre 1993, págs. 9-39.
- (134) PRADOS DE REYES, F. J.: «Igualdad de remuneración por razón de sexo y trabajo de igual valor en la Ley 11/1994». *AL* núm. 31 de 1994, págs. 495-509.

Garantía Salarial. Inaplicación que resulta justificada por ser ésta una relación que se presta a una organización de carácter no empresarial y la razón de la existencia del FOGASA se encuentra en el aseguramiento de las responsabilidades patrimoniales de los empresarios, por los riesgos inherentes a toda estructura empresarial (135).

Exclusión de la protección del FOGASA en la normativa especial, que no es más que una mera transcripción del Anexo I de la Directiva 80/987/CEE (136) opinando GARCÍA MURCIA (137) que no considera equilibrado ni razonable tal inaplicación, por la debilidad desde el punto de vista económico del trabajador doméstico, y por la posibilidad de quedar afectados por situaciones de insolvencia, máxime cuando los altos cargos gozan de una influencia importante sobre la marcha económica de la empresa y de más poder adquisitivo. Actualmente, esta disparidad entre un régimen y otro, genera un agravio comparativo tras la inclusión de las garantías del salario a los altos cargos por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (138).

7. Jornada, horario, descansos y permisos y vacaciones.

El tiempo de trabajo presenta peculiaridades en razón del trabajo doméstico y el ámbito donde se realizan, permitiéndose una mayor flexibilidad.

a) Jornada ordinaria máxima.

La jornada máxima es la establecida como ordinaria en la relación laboral ordinaria, siendo la de 40 horas semanales de trabajo efectivo, sin perjuicio de los tiempos de presencia a disposición del empleador que pudieran acordarse entre las partes, según el artículo 7.º 1 del Real Decreto 1424/1985. En ningún caso las horas ordinarias de trabajo efectivo al día, podrán exceder de nueve. No cabe promediar esa jornada semanal en cómputo anual tal como prevé el nuevo artículo 34 del Estatuto de los Trabajadores, debido a la claridad de la norma reglamentaria.

En el caso de pactarse tiempo de presencia, la jornada real estaría compuesta por las 40 horas de trabajo efectivo, adicionándose el tiempo de presencia acordado. Para aproximarnos a una definición del tiempo de presencia SALA FRANCO (139) de la exégesis de la normativa legal extrae las siguientes conclusiones:

(135) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 162.

(136) ESTEBAN LEGARRETA, R.: «La garantía salarial a la Directiva 80/987/CEE i les seves implicacions a l'ordenament jurídic espanyol». Memoria de Grado inédita. Universidad de Barcelona, 1994, pág. 46.

(137) GARCÍA MURCIA, J.: «El Fondo de Garantía Salarial». *IELSS* 1985, pág. 135.

(138) Véase BELTRÁN MIRALLES, S.: «La relación laboral del personal...», *ob. cit.* págs. 121-125.
Véase, por otro lado, la disposición adicional quinta del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

(139) «La relación laboral del servicio...», *ob. cit.* pág. 304.

- No es tiempo de trabajo efectivo, ni de vigilancia de personas o casas, sino de puesta a disposición al empleador para el caso de que éste lo necesite (140).
- Si el empleador dispusiera efectivamente del empleado doméstico, la puesta a disposición se convertiría en trabajo efectivo debiendo computarse tales tiempos como horas ordinarias, y si se ha superado el límite de éstas, como horas extraordinarias (141).
- Tal como está redactado el precepto, parece que este tiempo de presencia no ha de retribuirse salvo pacto en contrario, y en todo caso se retribuirá si es reclamada por el empleador la prestación de servicios durante tal período (142).
- No parece jugar respecto del tiempo de presencia el límite de 9 horas de trabajo al día; sí juega, sin embargo, la regla de que entre jornada y jornada ha de mediar un mínimo de 10 horas si no se pernocta y 8 horas si se pernocta, pues dentro del cómputo de jornada se incluye tanto el trabajo efectivo como el tiempo de presencia.
- El tiempo de presencia sólo puede ser establecido por pacto individual, no por convenio, ni de manera unilateral por el empleador.

b) Horario.

El artículo 7.º 1 de la norma reglamentaria especial establece la absoluta libertad del titular del hogar familiar para establecer el horario de trabajo que considere oportuno, estableciéndose las siguientes limitaciones:

- Las horas ordinarias de trabajo efectivo al día no pueden exceder de nueve (143).
- Entre una jornada de trabajo y otra deberá mediar un mínimo de 10 horas, si el empleado de hogar no pernocta en el domicilio, y de ocho horas en caso contrario.
- Cuando el empleado de hogar sea interno dispondrá de al menos dos horas para las comidas principales, no computándose ese tiempo como de trabajo.

(140) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio», *ob. cit.* pág. 173, define de forma general el tiempo de presencia en el ámbito de la relación especial como aquel que amplía la jornada ordinaria y durante el cual el empleado está a disposición del empleador sin realizar trabajo efectivo y sin recibir, salvo pacto, remuneración por ello, excluyéndose los períodos de descanso.

(141) *Ibidem* págs. 173 y 174.

(142) El artículo 9.º 3 del derogado Real Decreto 2001/1983, de 28 de julio (BOE de 29-7-83) establecía: «Las horas de presencia no se considerarán dentro de la jornada de trabajo efectivo ni se computarán a efectos del límite de horas extraordinarias, sin perjuicio de que su remuneración salarial global sea, como mínimo, de igual cuantía que la de las horas ordinarias».

(143) El carácter de derecho necesario absoluto de la normativa especial, resulta paradójico respecto del actual redactado más flexible del artículo 34.3 del ET, que posibilita su aplicación mediante convenio colectivo, o acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

- El empleado no está obligado a permanecer en el hogar familiar una vez concluida la jornada de trabajo diaria tanto efectiva como de presencia pactada -art. 7.º 1 *in fine* del Real Decreto-. Ello puede plantear problemas prácticos, ya que puede interpretarse que el trabajador interno tendría derecho a permanecer en el hogar familiar, si bien parece más razonable la interpretación de que el empleado no está obligado a permanecer en el hogar, en el sentido de que si decide marcharse no puede ser obligado legalmente a permanecer, y si decide quedarse no se le puede obligar a realizar trabajo alguno (144).

El hecho de que la fijación del horario sea de absoluta discrecionalidad del titular del hogar familiar salvando las limitaciones anteriores, no puede conllevar a la decisión del empleador de modificar el horario de manera arbitraria ya que podría incurrir en abuso de derecho. Como más adelante se detallará opino plenamente aplicable el nuevo redactado del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia la impugnación del trabajador doméstico ante la jurisdicción social, la modificación de su horario (145).

c) Horas extraordinarias.

El artículo 7.º 2 del Real Decreto especial autoriza la realización de horas extraordinarias, remitiendo expresamente tal cuestión al régimen previsto en el Estatuto de los Trabajadores (146).

Las novedades introducidas por la Ley 11/1994, en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores (hoy Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), tiende a abaratar y a facilitar la realización de horas extraordinarias, concretándose en los siguientes aspectos:

- Ha desaparecido el incremento del valor de la hora extraordinaria remitiendo la fijación de su precio al convenio colectivo o, en su defecto, al contrato individual.
- A falta de acuerdo o convenio se presume que se opta por su compensación por descanso -una hora extraordinaria igual a una hora de descanso- en los cuatro meses siguientes a su realización.
- Se mantiene el límite de 80 horas anuales no computando las compensadas por descanso en los cuatro meses siguientes.

(144) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 305.

También DE LA VILLA, L. E.: «La relación laboral de carácter...», *ob. cit.* pág. 217.

(145) En sentido contrario, antes de la reforma por Ley 11/1994, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar (R.D. 1424/1985, de 1 de agosto), *AL* 1986. T. I. pág. 12.

(146) Para profundizar en dicho tema véase: ROA RICO, L. F.: Horas extraordinarias y su retribución, nuevas orientaciones legislativas y convencionales. *AL* 1984, núm. 8, y Horas extraordinarias. Comentarios y Jurisprudencia. *RT*, 1988, núm. 89.

- Las horas trabajadas en exceso que deben efectuarse en caso de siniestros u otros daños se compensarán, eliminándose la obligatoriedad de su abono que se establecía en la anterior redacción.
- Se elimina la prohibición de realizar horas extras en el período nocturno.
- Se parte de la equiparación del precio de la hora extraordinaria con el de la ordinaria, lo que supone el mismo coste para el empresario que si de jornada ordinaria se tratara, favoreciendo su utilización.

d) Descanso semanal, permisos y vacaciones.

Respecto del descanso semanal el artículo 7.º 3 establece un régimen que actualmente difiere del nuevo redactado del artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que si antes de la reforma laboral, la norma especial era una manifestación de la flexibilidad existente, ahora resulta por el contrario mucho más flexible la normativa común.

Efectivamente, la norma especial consagra el derecho al descanso semanal de 36 horas de las que, al menos, 24 horas serán consecutivas y preferentemente coincidiendo con el día del domingo: si bien mediante acuerdo entre las partes se determinará el sistema de disfrute del resto de horas de descanso. A pesar de lo anterior, la norma posibilita pactar entre las partes «modalidades del disfrute del descanso respetando en todo caso la cuantía mínima del mismo, cualquiera que sea el período de cómputo que a estos efectos se utilice». Considero que el sentido y alcance de este precepto, implica el respeto en todo caso del descanso semanal ininterrumpido, y en cuanto al fraccionamiento de las horas restantes, se podrá hacer a lo largo de la semana o acumularlas en un período indeterminado (147).

En cambio el artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores, introduce como novedad la posibilidad de acumular el descanso semanal en períodos de 14 días, remitiendo de esta forma la realización de jornadas de 84 horas, una semana, y de 48 horas la siguiente, ya que sólo se debe respetar el descanso de 12 horas entre jornadas, aunque nada se dice sobre el necesario acuerdo individual o colectivo al respecto (148).

Respecto al descanso de los trabajadores domésticos menores de 18 años, les será de aplicación además el artículo 34.3 *in fine*, del Estatuto de los Trabajadores, que contempla la prohibición de realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo (149).

(147) En este mismo sentido QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.*, pág. 182. Opina... «Esta norma debe contemplarse con precaución ya que puede ser la vía para una efectiva reducción del tiempo de descanso semanal».

(148) ALARCÓN CARACUEL, M. R. y AA.VV.: Duración del contrato, jornada y salario en la Reforma Laboral de 1994. Ed. Marcial Pons 1994, pág. 178.
GARCÍA ORTEGA, J. y ALFONSO MELLADO, C. L.: Jornada y ordenación del tiempo de trabajo. Ed. Tirant lo Blanch, colección laboral, 1994, págs. 52-54.

(149) La transgresión de las normas sobre el trabajo de menores constituye falta administrativa muy grave, pudiéndose sancionar con multa de 500.000 pesetas a 15.000.000 de pesetas -art. 96.4 del R.D.Leg. 1/1995, de 24 de marzo-.

No es aplicable el Real Decreto 2001/1983, sobre la regulación de la jornada de trabajo -BOE de 29-7-1983-, frente a las lagunas que se pudieran plantear, habida cuenta de su expresa exclusión respecto de las relaciones especiales (150).

- En cuanto al disfrute de las fiestas laborales, el artículo 7.º 4 del Real Decreto regulador remite expresamente al artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores, ajustándose a las especialidades previstas para el descanso semanal. Las partes podrán libremente pactar el modo de disfrute, siempre que respeten su duración, pudiéndolos trasladar a otros días, distribuirlos en días laborales.

La nueva regulación de las fiestas laborales por el artículo 37.2 del Estatuto de los Trabajadores presenta leves cambios. Así, la facultad que se concede al Gobierno de trasladar a los lunes todas las fiestas de ámbito nacional, ya no está limitada para las que por su arraigo local deben disfrutarse el día de su fecha, según figuraba en la redacción anterior a la reforma. Otro dato destacable es la posibilidad en supuestos excepcionales de que las Comunidades Autónomas puedan sobrepasar el límite de las 14 fiestas anuales estableciendo fiestas adicionales que tendrían la consideración de recuperables (151).

- Respecto a los permisos es de aplicación lo previsto con carácter general en el Estatuto de los Trabajadores -art. 7.º 5 del Real Decreto-. La única novedad en esta materia, es la clasificación del artículo 37 d) del Estatuto de los Trabajadores en el sentido del reconocimiento expreso del ejercicio del sufragio activo como causa para ausentarse del trabajo con «derecho a retribución» (152).
- Por último, el régimen de vacaciones es similar al previsto para el trabajador ordinario: «El período de vacaciones anuales será de 30 días naturales, de ellos, al menos 15 días se disfrutarán de forma continuada, siendo el resto susceptible de fraccionamiento en la forma que se acuerde entre las partes» (art. 7.º 6 del Real Decreto).

El nuevo redactado del artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores es asimilable a la configuración flexible de la especialidad de la relación especial, ya que otorga primacía a la autonomía individual, lo que tanto en una como en otra relación, implica un aumento del poder de decisión del empresario-empleador en la fijación de la fecha de disfrute, siempre que esta facultad no sea utilizada abusivamente (153).

(150) El presente texto reglamentario se aplicará a las relaciones laborales reguladas por la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, con exclusión de las de carácter especial contenidas en su artículo 2.º, respecto de las que se estará a su regulación específica».

Por el contrario RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.*, pág 72, considera aplicable el artículo 47 del Real Decreto 2001/1983, en algunos supuestos.

(151) GARCÍA ORTEGA, J. y ALFONSO MELLADO, C. L.: «Jornada y salario...», *ob. cit.*, págs. 55 y 56.

(152) La STS de 20 de diciembre de 1990 (A. 9164/1992), sentencia dictada en un recurso extraordinario de revisión, afirmó el criterio de que la licencia para votar configura uno de los supuestos de los permisos retribuidos. Por el contrario, la STS de 9 de mayo de 1990 (A. 3984), consideraba que la licencia para votar no era incluíble en el deber inexcusable que exige permiso pagado.

(153) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 73.

La retribución del período vacacional debe incluir el salario en metálico y el salario en especie que el empleado viniera percibiendo (154).

8. La seguridad e higiene en el trabajo doméstico.

El artículo 13 del Real Decreto especial establece 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. La deficiencia grave de estas obligaciones será causa justa de dimisión del empleado».

A pesar de la peculiaridad de esta relación especial en la que hubiese sido conveniente una regulación específica en dicha materia es obligatorio acudir a la normativa común (155) y adecuarla a las especiales características siempre que no resulten incompatibles. Es relevante poner de manifiesto la posibilidad del empleado del hogar familiar de su «dimisión» provocada por la «deficiencia grave» de las obligaciones del titular del hogar familiar en estas cuestiones de seguridad e higiene (156). En tal sentido, el empleado podrá resolver el contrato de trabajo sin necesidad de preaviso, y con derecho a percibir una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades (157).

9. Los derechos colectivos de los trabajadores domésticos.

La norma reglamentaria especial no establece regulación directa en materia de derechos colectivos, por lo que de conformidad con su disposición adicional, habrá que entender aplicable la normativa laboral común, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter

-
- (154) El artículo 7.º 1 del convenio de la OIT núm. 132 ratificado por España en 1972 no distingue entre salario en especie y en metálico: «Toda persona que toma vacaciones percibirá por el período entero de esas vacaciones, por lo menos su remuneración normal media incluido el equivalente en efectivo de cualquier parte de esa remuneración que se pague en especie...».
- Nuestra jurisprudencia ha manifestado que la retribución deberá comprender todos los conceptos salariales en su promedio, a fin de cumplir la finalidad de la institución de proporcionar descanso físico y psíquico al trabajador, el cual podría verse afectado si mediara una disminución en los ingresos económicos. STS de 20 de diciembre de 1991 (A. 9093).
- (155) Sobre la materia es aplicable el artículo 19 del Estatuto de los Trabajadores y artículo 4.º 2 d) del mismo texto legal, que contempla el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de Seguridad e Higiene. También es importante la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo (BOE de 16-3-1971) y concretamente sus artículos 34 a 42 relativos a las condiciones que deben cumplir los dormitorios, comedores, aseos, etc.
- (156) El incumplimiento por el titular del hogar familiar dará lugar a la aplicación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y a una posible sanción administrativa, según el tipo y la gravedad de la conducta.
- (157) La solución nos la da el artículo 50.1 c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 9.º 4 y 10.2 del Real Decreto especial, ya que es justa causa de extinción por voluntad del trabajador cualquier otro incumplimiento grave del empleador de sus obligaciones contractuales.

especial de esta relación. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 2.º 2 del Estatuto de los Trabajadores establece que la regulación de las relaciones laborales especiales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución.

Es por ello, que los empleados domésticos tendrán derecho a la libre sindicación en los términos previstos en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, derecho a la negociación colectiva de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Constitución y Estatuto de los Trabajadores, derecho de huelga y derecho de adopción de medidas de conflicto colectivo, conforme lo previsto en el artículo 37.2 de nuestra Carta Magna (158). La compatibilidad de estas normas exige su modalización habida cuenta la naturaleza de esta relación laboral especial que se realiza en el ámbito del hogar familiar donde también están garantizados constitucionalmente los derechos a la intimidad personal y familiar.

Es difícil, por no decir imposible, que pueda operar en el hogar familiar el derecho de representación, dada la poca probabilidad de que se pueda llegar a seis empleados. También resulta problemático el efectivo ejercicio del derecho a la negociación colectiva debido al bajo índice de afiliación sindical de los trabajadores domésticos y la ausencia de asociaciones empresariales de titulares del hogar familiar (159).

VI. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE: VICISITUDES Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DOMÉSTICO

Bajo el enunciado de «conservación del contrato de trabajo doméstico» el artículo 8.º del Real Decreto en relación con el artículo 10, dicta normas en cuanto a la subrogación contractual por cambio de la persona del empleador, la movilidad geográfica por traslado o desplazamiento temporal del hogar familiar a distinta localidad y la suspensión contractual por incapacidad temporal del trabajador interno derivado de enfermedad o accidente, previendo lo que de específico pueda existir en cada uno de esos supuestos en relación con la normativa laboral común no haciendo referencia a los demás aspectos de estas cuestiones y dejándolas al amparo de la regulación laboral común que, en muchos casos, serán inaplicables en el ámbito de la relación especial. Justifican la introducción de estas reglas especiales el carácter *intuitu personae* de la relación, siendo paradigmáticas dentro del espíritu y finalidad de la regulación especial en cuanto responde al propio carácter del trabajo doméstico (160).

(158) En igual sentido QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 101.
SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* págs. 314 y 315.

(159) *Ibidem* pág. 315.

(160) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 185.

Es destacable la ausencia de regulación de la modificación del contrato doméstico, excepción hecha de la movilidad geográfica, por lo que habrá que acudir, en virtud de la remisión genérica de la disposición adicional del Real Decreto al artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, en cual si bien en su redacción anterior a la reforma de 1994 podría resultar inviable (161) debido a que las modificaciones sustanciales recogidas en el mismo constituían básicamente modificaciones colectivas, entendemos que no lo es tanto en su redacción actual dada la posibilidad de introducir modificaciones de carácter individual, con la forma que requiere el precepto y, claro está, con la posibilidad de impugnación por parte del empleado ante la jurisdicción laboral. Creo, pues, que la modificación sustancial podrá operar por la vía establecida legalmente, o bien por la del mutuo consentimiento de las partes, ya que si esta última era posible en la relación laboral común (162), con mayor motivo lo será en la relación especial dada la mayor flexibilidad de que gozan las partes para determinar las condiciones de trabajo por mutuo acuerdo (163).

En el caso de la subrogación contractual y de la movilidad geográfica, frente a la relación común que impone la continuidad del contrato con independencia de la voluntad de las partes, en la relación especial y debido al carácter *intuitu personae* queda justificada una solución contraria. La intimidad y libertad personal y familiar justificarían el que se haga depender de la voluntad de las partes la continuación o no del contrato.

Vamos, pues, a examinar uno de los tres supuestos a que se ha hecho referencia.

1. Subrogación contractual.

De los tres temas comprendidos dentro del término genérico de «conservación del contrato», éste es el que tiene un tratamiento más completo y el que ofrece menores problemas interpretativos.

Frente a la regla laboral común establecida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en que el cambio de la titularidad de la empresa supone la sucesión automática del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior sin necesidad de consentimiento alguno por los interesados, en la relación del trabajo doméstico, la subrogación contractual por cambio de la persona del empleador sólo procederá previo acuerdo de las partes, según dispone el artículo 8.º 1 del Real Decreto. Como ya se ha indicado anteriormente, el carácter *intuitu personae* de la relación exige y justifica la exigencia del acuerdo individual y que no se pueda imponer a ninguna de las partes la continuidad del contrato. Por partes habrá que entender el empleado del hogar y el nuevo titular del mismo domicilio (164).

(161) *Ibidem* pág. 186.

SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 306.

(162) MONTOYA MELGAR, A.: «Derecho del Trabajo». 15.ª ed. 1994, págs. 424 y 425.

(163) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 187.

(164) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 73.

Después de esta previsión, el propio precepto establece la presunción de que el acuerdo existe «cuando el empleado del hogar siga prestando servicios al menos durante siete días en el mismo domicilio, pese haber variado la titularidad de éste o la del hogar familiar» presunción legal de carácter *iuris tantum* de conformidad con el artículo 1.251 del Código Civil (165).

Consecuentemente la subrogación contractual procederá bien por acuerdo de las partes, bien porque se produzcan los presupuestos de hecho necesarios para deducir la presunción mencionada, pues como recoge la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 17 de diciembre de 1986 (166) desestimatoria de la pretensión del demandante en cuanto a la existencia de subrogación, «la continuidad del contrato sólo procederá por acuerdo de las partes, o por el cumplimiento de los presupuestos de hecho necesarios que permitan concluir la existencia de la presunción establecida en el artículo 8.º 1 del Real Decreto, lo que aquí no sucede». Por ello, el contrato seguirá vigente entre el empleado y el anterior titular del hogar familiar a menos que éste proceda a la extinción por desistimiento con abono de las indemnizaciones previstas en el artículo 10.2 del Real Decreto, responsabilidad que sólo incumbe a ese primer titular y sin que pueda ser extendida solidariamente al nuevo ya que no está obligado al mantenimiento del contrato. La citada sentencia del Tribunal Central de Trabajo estima la demanda, en este sentido, respecto al primer titular absolviendo al segundo, en base a la expresa inaplicabilidad en el ámbito del trabajo doméstico, del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

2. Movilidad geográfica.

El artículo 8.º 2 del Real Decreto regula el cambio del hogar familiar por traslado de éste a localidad distinta, distinguiendo según sea el traslado de carácter definitivo o temporal.

En el caso de traslado definitivo, se instaura un principio contrario al establecido en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores pues si en éste el traslado puede ser impuesto unilateralmente al trabajador, en el contrato de trabajo doméstico la conservación del mismo sólo procederá previo acuerdo de las partes, lo que supone no sólo que el traslado no pueda serle impuesto al trabajador, sino también que el trabajador no pueda exigir la continuidad del contrato cuando el titular no quiera trasladarlo al nuevo hogar en localidad distinta (167). Sin embargo se presume la conservación del contrato cuando se continuase prestando servicios durante siete días en el nuevo domicilio.

La falta de acuerdo producirá la extinción del contrato bien sea a iniciativa del trabajador, bien a iniciativa del titular del hogar familiar. En el primer caso estaremos ante la dimisión prevista en el artículo 9.º 4 del Real Decreto sin derecho a percibir indemnización alguna y, probablemente, sin necesidad de preaviso (168). Si la extinción de la relación proviene del empleador en base a la extin-

(165) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 308.

(166) A. 14.107.

(167) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 188.

(168) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 73.

ción antes de tiempo del artículo 10.2, el trabajador tendrá derecho a una indemnización de siete días de salario por año de trabajo con el límite de seis mensualidades, así como a una licencia retribuida para buscar nuevo empleo de seis horas semanales durante el período de preaviso, el cual tendrá una duración mínima de 20 días si la prestación de los servicios ha superado un año, o de siete días en caso contrario, o el abono de la indemnización equivalente en caso de omisión de aquél.

En el caso de que el traslado tenga carácter temporal, el artículo 8.º 2 del Real Decreto prevé la posibilidad de que pueda acordarse la suspensión del contrato. En primer lugar habría que distinguir entre lo que se entiende por traslado definitivo y por traslado temporal, por lo que deberemos remitirnos al límite de 12 meses en un período de tres años a que hace referencia el artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado el pacto de suspensión no es obligatorio, dado que el precepto indica que «podrá acordarse», con lo que queda al arbitrio de las partes la realización o no del acuerdo suspensivo. El precepto podría considerarse innecesario teniendo en cuenta que en virtud del artículo 45.1 del Estatuto de los Trabajadores las partes pueden acordar la suspensión del contrato por mutuo acuerdo, excepto que razonablemente se piense que la intención del legislador al introducir la suspensión por esta causa concreta no era otra que la de atribuir al trabajador el derecho a la reserva del puesto de trabajo (169).

En el supuesto de que el trabajador se traslade temporalmente, sería aplicable el artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto al abono de los gastos de viaje así como el derecho a disfrutar de cuatro días de permiso en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar los de ida y vuelta y corriendo el empleador con los gastos (170). Sin embargo, dadas las características de la relación el empleador no tendrá que justificar razón alguna para el desplazamiento (171).

3. Suspensión contractual.

En cuanto a la suspensión del contrato, y ante el silencio del Real Decreto en cuanto a las causas de suspensión, serán aplicables las previstas en los artículos 45 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores, excepción hecha de aquellas, como las causas económicas o tecnológicas, que resultarían inaplicables dadas las características de la relación de trabajo doméstico y que están pensadas para ser aplicadas a actividades que supongan una organización empresarial (172), y que también están excluidas como causa de extinción del contrato.

(169) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág.190.

(170) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 309.

(171) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 74.

(172) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 191.

Sólo hace referencia el artículo 8.º 3 del Real Decreto a un supuesto de suspensión, el de la incapacidad temporal del empleado del hogar interno debida a enfermedad o accidente, pero más que para efectuar una nueva regulación, para dotarle de un efecto suplementario, el derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de 30 días salvo que por prescripción médica se recomiende su hospitalización. El incumplimiento del precepto por parte del empleador podría dar lugar a sanciones administrativas e incluso penales y a la extinción del contrato por voluntad del trabajador basada en incumplimiento contractual del empresario (173). La previsión contenida en el Real Decreto más que una modificación del régimen común de la suspensión contractual por dicha causa representa una manifestación concreta del genérico deber de protección, puesto que se impone una obligación de asistencia del titular del hogar familiar (174).

Por otro lado, los efectos de la suspensión contractual serán los mismos que los previstos por el ordenamiento común, es decir, exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y de remunerar el trabajo, con mantenimiento del vínculo contractual y la reanudación de las prestaciones una vez terminado el período suspensivo. Sin embargo, el hecho de que en esta relación especial se admita el desistimiento del empleador podría dar lugar a que los mecanismos legales suspensivos resultaran ineficaces, por lo que habría que plantearse si aquél sería posible mientras el contrato estuviera suspendido. Entiendo que el desistimiento, en estos supuestos, no podría ser calificado como tal sino que debería serlo como despido improcedente que comporta una indemnización mayor que la prevista para el desistimiento. Piénsese que el desistimiento impediría el juego normal de la suspensión contractual, es decir, la reserva del puesto de trabajo, lo que podría constituir un abuso de derecho, a tenor de lo estipulado en el artículo 7.º 2 del Código Civil ya que el uso del desistimiento, en estos casos, sobrepasaría los límites normales del ejercicio de tal derecho (175).

Además, en determinados supuestos, como incapacidad temporal, maternidad, cumplimiento de servicio militar o servicio social sustitutorio, ejercicio de cargo público representativo o huelga, la calificación debería ser de despido nulo por atentar contra los derechos constitucionales a la salud (arts. 15 y 43 de la CE), la igualdad de trato (art. 14), la defensa de la patria (art. 30), el acceso a cargos públicos (art. 33.2), el derecho de huelga (art. 28.2) o de libertad sindical (art. 28.1) (176), y ello en virtud del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores por tratarse de despido discriminatorio o por violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador.

4. Extinción del contrato.

En el tema de la extinción contractual se introducen una serie de peculiaridades normativas, en relación con el régimen laboral común, acordes con el carácter fiduciario del contrato de trabajo doméstico y que hacen que se pierdan aquellos presupuestos que presiden aquélla como el principio de estabilidad en el empleo y la protección del trabajador frente a la arbitrariedad del empleador en la extinción contractual.

(173) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 309.

(174) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 191.

(175) *Ibidem*, pág. 192.

(176) SALA FRANCO, T.: «Relación laboral especial del servicio...», *ob. cit.* pág. 310.

En esta relación especial parece que lo que se institucionaliza es el principio de «no estabilidad», dadas algunas de las peculiaridades introducidas como el establecer con carácter general la presunción de la duración anual del contrato: admitiendo el desistimiento del empleador sin causa que lo justifique: no admitiendo la calificación de nulidad del despido lo que asegura la eficacia del acto extintivo y reduciendo la cuantía de la indemnización de tal manera que no suponga, en la mayoría de los casos, un freno a la extinción (177).

Frente a toda esta concepción de la relación laboral especial que posibilita el despido libre soy de la opinión que el artículo 35 de la Constitución Española que contempla el derecho al trabajo, juega un papel trascendental (178), debiendo ser entendido su contenido y posibilidades como una auténtica barrera frente a los despidos sin causa o *ad nutum*, posibilitando en consecuencia la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuya filosofía se asiente en una flexibilización de salida sin motivación (179).

Por lo que se refiere a las causas de extinción que recoge el artículo 9.º del Real Decreto, en principio podríamos afirmar que guardan un paralelismo con las establecidas para la relación laboral común por el artículo 49 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores por lo que podría dar la sensación de que era innecesaria la repetición de aquellas que guardarán total identidad y que serían aplicables en virtud de la remisión de la disposición adicional del Real Decreto, debiendo limitarse a enumerar y regular aquellas que tuvieran diferencias sustanciales. Sin embargo, dado que se suprimen algunas de las causas previstas en el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores y se introducen unas determinadas peculiaridades en otras, el artículo 9.º del Real Decreto puede jugar un papel clarificador y considerar razonable su inclusión (180).

En el artículo 9.º del Real Decreto encontramos, pues, unos supuestos extintivos que se corresponden con los establecidos en el régimen laboral común, otros excluidos de la relación especial y, por último, otros que ofrecen una singularidad propia y que son los que pueden ofrecer mayor problemática y a los que, por razones obvias, dedicaremos más atención en el presente trabajo.

4.1. Supuestos extintivos que guardan identidad con el régimen laboral común.

Varios son estos supuestos idénticos que el artículo 9.º del Real Decreto se limita a enumerar, pero sin desarrollarlos como sucede en el Estatuto de los Trabajadores, por lo que los criterios tanto doctrinales como jurisprudenciales que han servido para solucionar los problemas en la relación labo-

(177) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 194.

(178) PEDRAJAS MORENO, A.: «Despido y deberes fundamentales. Estudio especial de la presunción de inocencia». Ed. Trotta, 1992, pág. 139.

(179) En el mismo sentido ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «Derecho al trabajo, libertad profesional y deber del trabajador». *RPS*, núm. 121, de 1979, pág. 20.

(180) DE LA VILLA GIL, L. E.: «La relación laboral de carácter...», *ob. cit.* págs. 218 y 219.

ral común sirvan para la relación especial. Estas causas extintivas son las siguientes: por mutuo acuerdo de las partes (art. 9.º 1); por las consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empleador (art. 9.º 2); por muerte, gran invalidez o invalidez permanente, total o absoluta, del trabajador (art. 9.º 5), sin embargo se deberá tener en cuenta, al igual que en el régimen laboral común, que en el caso de declaración de invalidez permanente total o absoluta o gran invalidez, el contrato puede quedar suspendido, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años contados a partir de la declaración por el órgano de calificación, cuando a juicio del mismo la incapacidad vaya a ser objeto de revisión por mejoría que permita al trabajador su reincorporación al trabajo, en virtud de lo estipulado en el artículo 36 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; por jubilación del trabajador (art. 9.º 6); por muerte o incapacidad del empleador (art. 9.º 7), pero ello siempre que no se produzca un cambio en la persona del empleador que lleve a la aplicación del artículo 8.º 1 del Real Decreto en cuanto a la subrogación contractual previo acuerdo de las partes de forma expresa o tácita; y por fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación del trabajo (art. 9.º 8).

4.2. *Supuestos extintivos excluidos de la relación especial.*

El Real Decreto suprime como forma de extinción del contrato de trabajo doméstico la prevista en el artículo 49 i) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, el despido colectivo fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, dada la incompatibilidad de esta causa extintiva con la naturaleza del trabajo doméstico. Igualmente, excluye el Real Decreto las causas objetivas legalmente procedentes previstas en el artículo 49 l) del Estatuto de los Trabajadores, ya que la posibilidad del desistimiento del empleador hace inoperantes cualquiera de las cuatro causas extintivas previstas en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

Por último, tampoco se incluye como causa extintiva del contrato de trabajo doméstico, la jubilación del empresario, ya que nadie puede jubilarse como titular del hogar familiar, sino como trabajador autónomo o trabajador subordinado, dado que titular del hogar no es una ocupación sino un *status* (181).

4.3. *Supuestos de extinción que ofrecen singularidades en el contrato de trabajo doméstico.*

Dentro de las singularidades normativas previstas en el Real Decreto debemos distinguir aquellas causas de extinción debidas a la voluntad del trabajador de las que se producen por expiración del tiempo convenido y por voluntad unilateral del empresario.

(181) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 196.

a) *Extinción por voluntad del trabajador.*

Admite el Real Decreto dos tipos de extinción casi idénticos a los establecidos en el régimen laboral común, la dimisión con preaviso y la extinción fundamentada en un incumplimiento contractual por parte del empleador que si bien podríamos hacer una remisión expresa a aquél, merecen ser incluidos en este apartado en tanto y cuanto pueden tener algunas particularidades que los diferencien de los previstos en el Estatuto de los Trabajadores.

Por lo que respecta al primero de los tipos extintivos citados, el artículo 9.º 4 del Real Decreto, establece la dimisión del trabajador, debiendo mediar un preaviso de siete días. Es decir, estamos ante la resolución *ad nutum* decidida por la sola voluntad del trabajador, sin necesidad de alegar causa alguna pero mediando el preaviso legalmente establecido, el cual podrá ser ampliado por convenio colectivo o pacto individual (182).

Esta causa extintiva puede plantear algunos problemas que el Real Decreto no resuelve. Por un lado, si cabe la dimisión cualquiera que sea la duración del contrato y, por otro, si la omisión del preaviso por parte del trabajador puede dar lugar al abono de indemnizaciones por parte del mismo al empleador.

En el primer caso, y por lo que respecta a la relación laboral común, parte de la doctrina se inclina por la tesis de que en los contratos temporales no cabe la dimisión o extinción *ad nutum* del trabajador por considerarlo un incumplimiento. Se dice que el trabajador que pone fin a un contrato indefinido no viola ningún pacto previo, lo que sí ocurre cuando lo hace en un contrato temporal, por lo que en este supuesto, el trabajador deberá indemnizar al empresario (183). En el contrato de trabajo de servicio doméstico y precisamente por ser una relación basada en la mutua confianza, entendemos que cabría la dimisión aun en el supuesto de temporalidad del contrato, puesto que aquella y sus efectos vinculan a ambas partes y dado que se admite la resolución sin causa del empleador con independencia de la naturaleza indefinida o temporal de la relación, también cabría la dimisión preavisada del trabajador (184).

En lo referente a la omisión del preaviso, entendemos que en este caso estaríamos en presencia de un abandono, es decir, cesación en el trabajo y existencia de un *animus* extintivo, con la consiguiente obligación de indemnizar por parte del trabajador, indemnización de aquellos daños y perjuicios que el empleador alegue y pruebe como consecuencia de la falta de preaviso. La actitud ilícita del trabajador estará no en resolver sin causa sino en incumplir con el plazo de preaviso legalmente establecido.

(182) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 75.

SALA FRANCO, T.: «Relación laboral del servicio...», *ob. cit.* pág. 311.

(183) MONTOYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 15.ª Ed., 1994, pág. 456.

(184) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 198.

Por lo que respecta a la extinción basada en un incumplimiento contractual por parte del empleador, prevista en el artículo 9.º 9 del Real Decreto, y como quiera que en la relación especial no existen normas que desarrollen el precepto, el régimen aplicable sería el previsto en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, si bien el problema podemos encontrarlo en cuanto a la fijación de las indemnizaciones. Efectivamente, en la relación laboral común la indemnización es la prevista para el despido improcedente, es decir, 45 días de salario por año trabajado con un máximo de 42 mensualidades de salario, pero teniendo en cuenta que la disposición adicional del Real Decreto cuando remite a la normativa laboral común precisa «en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación», la fijación de la indemnización deberá ponerse en relación con las demás normas extintivas previstas en el Real Decreto y dado que en el mismo se prevé para el despido improcedente, en su artículo 10.1, una indemnización de 20 días de salario metálico por año de servicio con el límite de 12 mensualidades, ésta también sería la que debería percibir el trabajador que extinga el contrato por incumplimientos contractuales del empleador (185).

Por lo demás, en lo referente a las causas, serían las mismas que están previstas en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, a las que habría que añadir las deficiencias graves en materia de seguridad e higiene, como prevé el artículo 13 del Real Decreto.

b) Extinción por expiración del tiempo convenido.

Este tipo de extinción está regulado por el juego conjunto de los artículos 9.º 3 y 4.º 2, ambos del Real Decreto produciéndose aquella por expiración del plazo anual y, en su caso, el de la prórroga o prórrogas también anuales, mediando denuncia por parte del empleador, exigiéndose además un preaviso de siete días y la puesta a disposición del trabajador simultáneamente a la notificación de la extinción de una indemnización cifrada en siete días de salario en metálico por años naturales de duración del contrato, incluidas sus prórrogas y hasta un límite de seis mensualidades.

Los citados preceptos pueden dar lugar a una serie de interrogantes que vamos a tratar de despejar. En primer lugar, cabría entender que este régimen de extinción sería aplicable a la modalidad específica de contratación por un año, o sus posibles prórrogas anuales, que el Real Decreto presume en ausencia de pacto escrito como regla general de la duración del contrato de trabajo doméstico, ya que ambos preceptos son complementarios en este régimen extintivo y el artículo 9.º 3 hace referencia a la expiración del tiempo convenido «en los términos previstos en el artículo 4.º, uno de este Real Decreto», y ello a pesar del manifiesto error, pues qué duda cabe que se está refiriendo al punto dos y no al uno del precepto. Sin embargo, SALA FRANCO (186) plantea la posibilidad del pago prorrateado en los contratos de duración inferior a un año cuando indica que «llama la atención la falta de referencia expresa del Real Decreto al posible prorrateo de la indemnización cuando el período trabajado fuera inferior al año de servicio o cuando se hubiese trabajado algunos meses

(185) *Ibidem*, pág. 199.

(186) SALA FRANCO, T.: «Relación laboral del servicio...», *ob. cit.* pág. 310.

más de determinado número de años... a mi juicio, no existe dificultad alguna para aplicar por analogía las reglas de prorrateo a estos supuestos indemnizatorios del Real Decreto pese al silencio legal». Da a entender pues que la extinción por esta vía pueda comprender períodos inferiores al año, si bien, entiendo que la extinción a través del artículo 9.º 3 sería aplicable para el supuesto de expiración del plazo de un año (o de sus prórrogas anuales), ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 4.º 2 se establece la presunción de la concertación por un año, por lo que si el empleador da por finalizado el contrato antes del año o bien antes del año de cualquier posible prórroga no estaremos ante la extinción por expiración del tiempo convenido sino ante el desistimiento del empleador del artículo 10.2 (187).

El segundo problema con que podemos encontrarnos es la inobservancia de los requisitos de preaviso y puesta a disposición de la indemnización y sus consecuencias de cara a la invalidación o no del acto extintivo. Entendemos que su falta de ninguna manera puede dar lugar a la invalidación de la extinción. Por lo que respecta al preaviso, el artículo 9.º 3 del Real Decreto no prevé cuáles puedan ser las consecuencias de su omisión, pero parece razonable que pueda extenderse al régimen previsto para la extinción por desistimiento del empleador del artículo 10.2, es decir, sustitución del preaviso por los salarios correspondientes a dicho período. Lo importante para que pueda operar esta causa extintiva es que medie denuncia por parte del empleador en cualquier momento antes de la finalización del contrato, es decir, antes del cumplimiento del año o de cualquiera de sus prórrogas. Por lo que respecta a la falta de puesta a disposición de la indemnización, la solución vendría dada por la condena al pago de la misma, pues como tiene dicho, entre otras, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de noviembre de 1986 (188) si bien referida a un supuesto de desistimiento del empleador «la interpretación lógica lleva a la conclusión de que cuando la puesta a disposición de la indemnización no haya sido llevada a cabo, el efecto no podrá ser otro que el de la condena al pago de la misma a quien resulte deudor de ella». En consecuencia podemos afirmar que ninguna de las dos condiciones son consustanciales al instituto de que se trata, de forma que su inobservancia no producirá la no extinción contractual y la prórroga del contrato, sino tan sólo la obligación por parte del empleador de su subsanación (189).

Por otro lado, entendemos que no se necesitará requisito de forma alguna respecto a la denuncia al no exigirlo el Real Decreto, por lo que bastará la comunicación de que vencido el término el contrato quedará resuelto, dentro del espíritu de libertad de forma que preside la relación pues tampoco exige forma alguna para la celebración del contrato ni para la mayoría a actos relacionados con el mismo, excepción hecha del despido disciplinario. Otra cosa es el problema probatorio que pueda acarrear la falta de forma escrita en el caso de que el trabajador alegue que la denuncia no se ha producido.

(187) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 200.

(188) A. 12.296.

(189) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 201.

Finalmente por lo que respecta al cálculo de la cuantía de la indemnización debemos tener en cuenta dos previsiones contenidas en el Real Decreto. En primer lugar, según el artículo 9.º 3 se calculará tomando como base el salario en metálico que venía percibiendo el trabajador, excluyéndose, por tanto, la parte correspondiente al salario en especie. Esta exclusión puede resultar problemática cuando el salario en metálico no alcance el salario mínimo, pero dado que lo mismo se plantea en el caso de extinción contractual por desistimiento del empleador y en aras de no repetimos a la misma nos remitimos.

En segundo lugar la disposición final del Real Decreto hace referencia que, a los solos efectos del cómputo de la antigüedad previsto en el artículo 9.º 3 se tendrán en cuenta los períodos trabajados con anterioridad a su entrada en vigor el día 1 de enero de 1986, por lo que la cantidad a percibir por el concepto de indemnización se ajusta a la real antigüedad del trabajador.

c) Extinción por desistimiento del empleador.

El aspecto más original del régimen extintivo estriba en la admisión del desistimiento del empleador, es decir, la resolución unilateral del contrato por parte de aquél sin necesidad de alegación de causa alguna justificativa de su decisión, algo desterrado del régimen laboral común, si hacemos la excepción de la resolución durante el período de prueba por lo que se podría decir que estamos en presencia de un auténtico despido libre con la obligación de pagar una pequeña indemnización (190).

No es la única relación especial en la que se admite este tipo de resolución, pues sabido es que el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial del personal de alta dirección admite en su artículo 11 un supuesto idéntico de extinción. En ambos casos, el fundamento de esa libertad resolutoria reside en el elemento de la mutua confianza que preside las relaciones que se eleva al rango de exigencia funcional del contrato (191). Si bien dentro de ese mismo fundamento genérico, en ambas relaciones, es necesario distinguir el supuesto material en que se basan profundamente distinto en cada una de ellas. Así, en el caso de los altos cargos, la singularidad deriva en el ejercicio de unos poderes difíciles de delimitar lo que nos lleva a una figura más próxima al contrato de mandato, afirmándose en este sentido que la facilidad extintiva de la relación por voluntad del empresario no es sino la intromisión en la normativa laboral de principios jurídicos importados del mandato (192). Sin embargo, en el caso del servicio del hogar familiar la singularidad viene dada por la introducción del trabajador en el hogar, es decir, en la intimidad privada y familiar del contratante protegiéndose y garantizándose el derecho constitucional a la intimidad personal y familiar.

(190) SALA FRANCO, T.: «Relación laboral del servicio...», *ob. cit.* pág. 312.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 76.

MARTÍNEZ MORENO, C.: «La relación de trabajo especial de Alta Dirección». Ed. CES 1994, págs. 330-333.

(191) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 203.

(192) FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «La relación laboral especial del personal de Alta Dirección y el Real Decreto 1382/1985», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 1988, pág. 22.

El artículo 10.2 del Real Decreto impone dos exigencias legales intentando tutelar el interés del trabajador. Por un lado, estableciendo la obligación por parte del empleador de abonar una indemnización cifrada en siete días de salario en metálico por cada año natural de duración del contrato con el límite de seis mensualidades. Y por otro, imponiendo un plazo de preaviso de como mínimo 20 días en el caso de llevar trabajando más de un año, o de al menos siete días en caso contrario, reconociéndose además al trabajador el derecho a disfrutar de una licencia retribuida de seis horas semanales durante el período de preaviso para buscar nuevo empleo.

Partiendo de la base de las exigencias legales mencionadas, habría que examinar si su inobservancia por parte del empleador convertiría el desistimiento en un despido del artículo 10.1 del Real Decreto; la jurisprudencia del Tribunal Central de Trabajo se ha inclinado por la figura del desistimiento presumiendo en todo caso su existencia frente al despido estimando que éste sólo es posible cuando se fundamente en un incumplimiento contractual del trabajador (193).

Efectivamente, el Tribunal Central de Trabajo estimó que existen en la relación laboral especial dos tipos de extinción por voluntad unilateral del empleador perfectamente diferenciados, estándose, según los casos, «ante un despido o ante un desistimiento, pero que una de esas causas no podrá transformarse en la otra, porque se cumplan o no determinados condicionantes» (194). Concluyendo finalmente que los únicos efectos que cabe derivar de la inobservancia de los requisitos legales previstos es la obligación de su subsanación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de marzo de 1987 (195) que ante un cese verbal sin preaviso no duda en calificar el supuesto de desistimiento del empleador señalando que «la no concesión del plazo de referencia, no puede tener esa virtud anulatoria de los efectos del desistimiento del empleador, sino que solamente pueda dar lugar a que se condene a los empleadores al pago de los salarios correspondientes a ese preaviso incumplido». En un supuesto de omisión de puesta a disposición de la indemnización la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de noviembre de 1986 ya citada (196), igualmente considera que el tipo resolutorio empleado es el del desistimiento, ya que «la interpretación lógica del precepto lleva a la conclusión de que cuando la puesta a disposición de la indemnización no haya sido llevada a cabo, el efecto no podrá ser otro que el de la condena al pago de la misma a quien resulte deudor de ella». Esta posición es resumida por la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 4 de febrero de 1987 (197) cuando señala que «nunca el desistimiento puede abocar en despido» ya que precisamente el artículo 10.2 del Real Decreto «establece efectivamente dos consecuencias de aquel desistimiento, la indemnización que se fija así como el preaviso, que caso de no existir, ya la norma prevé las consecuencias, conversión del preaviso en el abono del salario correspondiente a los días de éste, como lógica consecuencia reparadora».

(193) SsTCT de 16 de diciembre de 1986 (A. 13.883); de 26 de mayo de 1987 (A. 11.179); de 9 de junio de 1987 (A. 12.639); de 17 de noviembre de 1987 (A. 25.272); de 3 de noviembre de 1988 (A. 7.319); de 15 de noviembre de 1988 (A. 7.362); STSJ de Madrid de 10 de octubre de 1989 (A. 1825).

(194) STCT de 25 de noviembre de 1986 (A. 12.296).

(195) A. 6.517.

(196) A. 12.296.

(197) A. 2.813.

Por lo que respecta a la cantidad a abonar en concepto de indemnización y a la base de cálculo que debe aplicarse, el artículo 10.2 del Real Decreto se remite al artículo 9.º 3, es decir, el salario en metálico correspondiente a siete días naturales multiplicado por el número de años naturales, con el límite de seis mensualidades. En principio el precepto es claro en lo referente al cálculo de la indemnización en cuanto debe tomarse el salario realmente percibido por el trabajador, excluyendo por tanto las prestaciones en especie. Sin embargo la jurisprudencia ha mantenido una línea oscilante. Así la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 25 de noviembre de 1986 (198) consideró que tanto para el período de preaviso como de la indemnización por años de servicio debía tomarse como base de cálculo la totalidad del salario mínimo ya que «los trabajadores al servicio del hogar familiar cuando realicen jornada completa tienen derecho al salario mínimo interprofesional en virtud del Real Decreto... por lo que es evidente que, aunque a la actora se le abonase en metálico la suma de... como también comía a costa del empleador, ha de computarse la totalidad de dicho salario mínimo». Sin embargo, las Sentencias del mismo Tribunal de 16 de diciembre de 1986 y de 3 de noviembre de 1988 (199) hicieron una interpretación literal del precepto al indicar que «al desistimiento corresponde una indemnización cuya cuantía será equivalente al salario en metálico correspondiente a siete días naturales...». La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 22 de enero de 1987 (200), afina un poco más adoptando una posición intermedia entre las dos descritas exigiendo que, para deducir las prestaciones en especie del salario mínimo interprofesional para el cálculo de la indemnización, debería existir un acuerdo expreso entre las partes en la fijación del porcentaje a deducir, en base a lo establecido en el artículo 6.º 2 del Real Decreto. Es decir, en el caso de que el acuerdo exista respecto al carácter del pago en especie y respecto a la cantidad a deducir del salario por dichas prestaciones, el salario que se tomará para el cálculo de la indemnización será el salario en metálico, en caso contrario, se tomará como base de cálculo el salario mínimo interprofesional. Teniendo en cuenta que la base de cálculo establecida en la relación especial constituye una excepcionalidad en el régimen del trabajo por cuenta ajena y para garantizar en la máxima medida posible los intereses del trabajador, aparece esta solución jurisprudencial como la más razonable, y ello a pesar de la literalidad y claridad del precepto que, por los motivos indicados, debería ser interpretado en ese sentido restrictivo.

Respecto al cálculo de la indemnización que deberá abonar el empleador, se tendrán que tomar en cuenta los años trabajados con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto, dado que así está expresamente indicado en su disposición final en cuanto al supuesto de extinción por expiración del tiempo convenido y a la remisión que el artículo 10.2 hace al artículo 9.º 3, «conduciendo al absurdo cualquier otra interpretación, ya que resulta obvio que si se computase el plazo sólo desde la entrada en vigor del Decreto, sin tener en cuenta el tiempo anterior, carecería de sentido la norma indicada», como indican las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 17 de febrero y 25 de marzo de 1987 (201). En el supuesto de inexistencia de preaviso, se adicionará la cantidad de 20 días de salario (202).

(198) A. 12.296.

(199) A. 13.883 y A. 7.319, respectivamente.

(200) A. 1.212.

(201) A. 3.293 y A. 6.517, respectivamente.

(202) STSJ de Baleares de 16 de junio de 1994 (AS 2.618), también STSJ de Madrid de 14 de junio de 1989 (A. 478).

Para terminar con este tipo de extinción por voluntad unilateral del empresario, queda por examinar las consecuencias que podrían derivar de que el desistimiento fuera abusivo o bien discriminatorio, dado que ambos supuestos pueden plantearse. En el caso de que fuera considerado como abusivo, con independencia de la prácticamente imposible prueba de ese carácter, debería dar lugar a una indemnización como si se tratara de despido improcedente (203). Debe admitirse esa posibilidad dado que el concepto de «despido abusivo» o de «ruptura abusiva» es utilizado en los ordenamientos que mantienen la posibilidad de despido libre (204).

Por otro lado, y en relación a la posibilidad de que el desistimiento pueda tener un fundamento discriminatorio o se produzca con violación de derechos fundamentales o libertades públicas del trabajador, nos lleva a tratar de los límites de aquél y la tutela del ejercicio de los derechos básicos del trabajador ya que el artículo 2.º 2 del Estatuto de los Trabajadores se encarga de recordar que «la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución». Por un lado, debe tenerse en consideración que el reconocimiento de los derechos básicos no significa que su ejercicio sea absoluto, pues como ha manifestado el Tribunal Constitucional (205) los derechos fundamentales no son ilimitados y pueden ser restringidos en atención a la salvaguarda de otros bienes o valores constitucionalmente protegidos. Por otro, es necesario encontrar mecanismos que garanticen la tutela del ejercicio de esos derechos que pueden verse conculcados por la utilización de la figura del desistimiento, eliminando la posibilidad del control judicial en base a la irrelevancia jurídica de la causa (206). En un supuesto de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba (que, recordemos, al igual que en el desistimiento el empleador puede dar por extinguida la relación laboral sin alegación de causa alguna), el Tribunal Constitucional (207) manifiesta que «la facultad de resolución de la relación laboral concedida por el artículo 14.2 del Estatuto de los Trabajadores está limitada en el sentido de que no se puede hacer valer, por causas ajenas al propio trabajo, en contra de un derecho fundamental como el de igualdad, reconocido en el artículo 14 de la Constitución Española».

(203) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 76.
SALA FRANCO, T.: «La relación laboral del servicio...», *ob. cit.* pág. 313.

(204) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 76.

(205) STC núm. 11/1981, de 8 de abril, indica en su Fundamento Jurídico 7.º que «tampoco puede aceptarse la tesis del recurso de que los derechos reconocidos o consagrados por la Constitución sólo pueden quedar acotados en virtud de límites de la propia Constitución o por la necesaria acomodación con el ejercicio de otros derechos reconocidos y declarados igualmente por la Norma Fundamental. Una conclusión como ésta es demasiado estricta y carece de fundamento en una interpretación sistemática en la Constitución y en el Derecho constitucional, sobre todo si al hablar de límites derivados de la Constitución, esta expresión se entiende como derivación directa. La Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata, o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos».

(206) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 208.

(207) STC 94/1984, de 16 de octubre, Fundamento Jurídico 3.º.

Consecuentemente, el desistimiento que pueda ser considerado como discriminatorio traerá la consecuencia de que el acto extintivo será declarado como radicalmente nulo, planteándose el problema de sus efectos en la relación especial de los empleados del hogar. Para SALA FRANCO, en este caso, se tendrá que readmitir obligatoriamente (208), lo que pugna con el carácter básico de mutua confianza que preside la relación y que puede producir el choque con otros valores protegidos constitucionalmente con el derecho a la intimidad personal y familiar. Entendemos, junto con RAMÍREZ MARTÍNEZ (209) que no parece factible la readmisión efectiva del trabajador, dadas precisamente esas peculiaridades de la relación, por lo que a la postre conduciría al derecho del trabajador a percibir una indemnización como si se tratase de despido improcedente, es decir, 20 días de salario por año de servicio con un máximo de 12 mensualidades.

d) Extinción por despido disciplinario.

El despido disciplinario está regulado por el artículo 10.1 del Real Decreto, el cual exige los mismos requisitos de forma y fondo que los exigidos para el régimen laboral común cuando establece que «el despido disciplinario del trabajador se producirá, mediante notificación escrita, por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores». Sin embargo, cambia la cuantía de la indemnización que pasa a ser de 20 días naturales de salario en metálico multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato y la equiparación de efectos del despido nulo por falta de forma y el despido improcedente.

Por lo que respecta a la forma del despido ya se ha indicado que requerirá notificación escrita, es decir, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto. Sin embargo, una de las innovaciones de mayor trascendencia que introdujo el Real Decreto fue la de equiparar los efectos de los despidos nulos a los propios del despido improcedente. La doctrina del Tribunal Central de Trabajo ha llegado a negar la existencia en la relación de trabajo doméstico del despido nulo, siendo significativa la Sentencia de 10 de marzo de 1987 (210) cuando indica que «dado que en el artículo 10.1 del Real Decreto se hace referencia sólo al despido disciplinario y al desistimiento, señalando que el primero se producirá mediante notificación escrita y por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores, con las indemnizaciones que expresamente señala... o sea, que en la nueva regulación del servicio doméstico sólo puede haber un despido improcedente o procedente, pero nunca nulo, ya que expresamente se recoge que los efectos serán los mismos, tanto se haya cumplido o no el requisito formal de la notificación por escrito», en el mismo sentido se pronuncian la Sentencia del mismo Tribunal de 2 de febrero de 1988 (211) y la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de junio de 1989 (212).

(208) SALA FRANCO, T.: «La relación laboral de servicio...», *ob. cit.* pág. 313.

(209) RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M.: «La relación laboral especial...», *ob. cit.* pág. 76.

(210) A. 5.288.

(211) A. 1.489.

(212) A. 478.

A pesar de ello, debe tenerse presente que, a diferencia del desistimiento, en el caso del despido la doctrina del Tribunal Central de Trabajo tiende a considerar la obligatoriedad de los requisitos de forma y fondo para que pueda estimarse la existencia del despido. Así la Sentencia de 17 de noviembre de 1987 (213) indica que «el despido -en la normativa aquí aplicable según el Real Decreto- sólo existe cuando se fundamenta en un incumplimiento contractual imputable al trabajador... por las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, cualquier otra decisión empresarial que suponga el cese del trabajador y no tenga tal motivación causal deberá considerarse como desistimiento empresarial, para lo que no se precisa el cumplimiento de los requisitos a los que se refiere el recurso, ni ningún otro». Lo mismo sucede respecto a la exigencia de forma pues como indica la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 16 de diciembre de 1986 (214) «el despido se producirá mediante notificación escrita por las causas previstas...».

Consecuentemente, para estar en presencia de un despido y no de un desistimiento deberá mediar notificación escrita y la imputación de unos incumplimientos al trabajador. Así pues, entre las dos posibles formas de extinción del contrato por decisión unilateral del empleador, queda reservada la figura del despido para el típicamente sancionador o disciplinario (215).

En la relación laboral común, tras la reforma operada por la Ley 11/1994, también ha desaparecido la nulidad del despido cuando el mismo se haya producido con defectos formales siendo calificado como improcedente en esos casos, es decir, que producido un despido verbal el mismo no deja de producir sus efectos, si bien terminará con una declaración de improcedencia con la condena alternativa que el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores prevé y en última instancia previsiblemente, con el abono por parte del empresario de la indemnización correspondiente, lo que no sucedería en el caso de la relación especial. En ésta, ante un cese verbal sin alegación de causa y omitiendo los requisitos de forma, la jurisprudencia estima que se está en presencia de un desistimiento (216). Esta doctrina considera unánimemente que el despido en la relación especial es siempre la excepción, mientras que la regla general es la extinción por desistimiento (217). Teniendo en cuenta que la indemnización por desistimiento es mucho menor que por despido improcedente, ante incumplimientos contractuales del trabajador que en muchas ocasiones y debido a las especiales características de la relación serán difíciles por no decir imposibles de probar, el empleador podrá optar por el primer tipo de extinción.

(213) A. 25.272.

(214) A. 13.883.

(215) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 210.

(216) SsTCT de 26 de mayo de 1987 (A. 11.179); y de 3 de noviembre de 1988 (A. 7319) y del TSJ de Madrid de 14 de junio de 1989 (A. 478).

(217) QUESADA SEGURA, R.: «El contrato de servicio...», *ob. cit.* pág. 210.

Otra cuestión que surge en relación al despido disciplinario cuando el mismo es declarado improcedente, es la desaparición de la opción entre readmisión o indemnización que prevé el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores pues como se indica en el artículo 10.1 del Real Decreto «para el caso de que la jurisdicción competente declare el despido improcedente, las indemnizaciones serán equivalentes...», y ello debido al carácter de mutua confianza que preside la relación y que ya ha sido comentado en otras ocasiones a lo largo del trabajo.

Para terminar queda por ver el tema de si caben o no salarios de tramitación en el ámbito de la relación especial. Ante el silencio de la norma reglamentaria, la jurisprudencia fue en un principio contradictoria. La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 12 de marzo de 1987 (218) afirma que la omisión en el Real Decreto de la referencia a los salarios de tramitación no es debida a la existencia de un defecto de previsión legal, «sino la expresión de una voluntad legislativa negativa de su existencia tratándose de un silencio derogatorio de uno de los efectos típicos del régimen común». Se parte de una interpretación restrictiva que implica que, en estos supuestos de extinción, sólo se aplicarán las reglas expresamente contenidas en el Real Decreto y en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores. Otra corriente jurisprudencial, representada por las Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 22 de enero y 5 de febrero de 1987 (219) partiendo del reconocimiento de los derechos básicos del trabajador que la norma reglamentaria debe respetar, considera, que al tratar de la improcedencia del despido «el Real Decreto ha establecido las variaciones a que dan pie las peculiaridades del trabajo en el servicio doméstico, con aquella disminución de módulos o bases de cálculo, pero ello no significa que no queden en vigor las restantes normas del Estatuto de los Trabajadores referentes al despido improcedente, de acuerdo con lo previsto en la disposición adicional del mismo y, por tanto, el derecho al percibo de salarios de tramitación por el despido, pues la finalidad de éstos no es otra que la de resarcir al trabajador cuyo despido se declara improcedente y cuya relación laboral se restaura al momento del despido no confirmado». Finalmente, el criterio quedó definitivamente consolidado en favor del no devengo de los salarios de tramitación, siendo ilustrativa, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 12 de marzo de 1987 (220) que manifiesta que es clara «la voluntad legislativa de expresar aquí una importante diferencia con el régimen recogido en el Estatuto de los Trabajadores, el trabajador del hogar familiar... ve extinguido el contrato... sin posibilidad de que judicialmente se pueda imponer su restauración, lo que implica que no puedan devengarse posteriormente a la fecha del despido o del desistimiento salarios de tramitación, porque a partir de ese momento carece de título jurídico para devengar salarios. Se trata de una relación laboral de carácter especial, cuya especialidad consiste en disminuir la indemnización y suprimir los salarios de tramitación».

(218) A. 5.606.

(219) A. 1.214 y A. 2.448, respectivamente.

(220) A. 5.606 y también STCT de 14 de julio de 1988 (A. 5.037), STSJ de Cantabria de 27 de marzo de 1990 (A. 4.079).

Esta postura adoptada por la jurisprudencia (221) resulta criticable, pues no debemos olvidar que un despido disciplinario declarado improcedente implica la ausencia de justa causa para extinguir el contrato y el presumible ánimo defraudatorio del empleador, el cual, pudiendo elegir entre el desistimiento indemnizado o el despido, opta por éste para evitar el pago de la indemnización. Estamos de acuerdo en que la relación especial de que tratamos necesita, debido a sus características, de unas peculiaridades como la fijación de unas indemnizaciones menores, pero una interpretación de la norma reglamentaria bajo el prisma del principio *pro operario* llevaría a que las especialidades normativas no impuestas de manera expresa por aquélla no fueran aceptadas.

-
- (221) Las SsTCT de 22 de enero de 1987 (A. 1.214) y 5 de febrero de 1987 (A. 2.448) declaran en su fundamento de derecho: «... aunque efectivamente el Real Decreto de referencia, al tratar el despido improcedente en su artículo 10.1 se refiere únicamente al importe de la indemnización a señalar cuando la calificación judicial se lleva a cabo en dicho sentido, fijando 20 días por año de servicio, en lugar de los 45 que para el contrato de trabajo común marca el Estatuto, con un límite de 12 meses y no el de 42 que el propio Estatuto señala para los supuestos ordinarios, como el preámbulo de dicha norma -de indudable valor a efectos interpretativos de sus disposiciones-, justifica la promulgación de ella, en la consideración de las peculiaridades que se derivan de la actividad que regula, pero añade que las especialidades que establece, habrán de equilibrarse, con el respeto a los derechos laborales básicos del trabajador, es evidente, que al tratar de la improcedencia del despido el Real Decreto ha establecido las variaciones a que dan pie las peculiaridades del trabajo en el servicio doméstico, con aquella disminución de módulos o bases de cálculo a que antes se hizo referencia, pero ello no significa que no queden en vigor las restantes normas del Estatuto de los Trabajadores referentes al despido improcedente, de acuerdo con lo previsto en la también citada disposición adicional del Real Decreto y, por tanto, el derecho al percibo de salarios de tramitación por el despido, pues la finalidad de éstos no es otra que la de resarcir al trabajador cuyo despido se declara improcedente y cuya relación laboral se restaura al momento del despido no confirmado, de cuanto debió percibir en el tiempo transcurrido hasta la sentencia y que, sin embargo, no percibió por circunstancias no imputables a él, sino a su empleador, y ese derecho, tanto lo ha de tener un trabajador sometido a la legislación laboral común, cuanto el que se encuentra vinculado por un contrato laboral de naturaleza especial regulado por el Real Decreto tantas veces citado».