

La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato

Alicia Villalba Sánchez

Profesora ayudante doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Santiago de Compostela (España)

alicia.villalba@usc.es | <https://orcid.org/0000-0001-8188-4810>

Extracto

El entorno donde se escenifica y la singularidad de la persona empleadora han dotado de especialidad la relación laboral del personal al servicio del hogar familiar. La salvaguardia del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio, por una parte, y la protección de una unidad económica que no destina los frutos del trabajo asalariado al mercado, por otra parte, han sido invocadas para sustentar un tratamiento jurídico desfavorable que se hace patente en la regulación de la extinción del contrato de trabajo de las personas empleadas del hogar. La fragilidad de la justificación aducida deja entrever el carácter discriminatorio de unas medidas que recaen sobre un colectivo mayoritariamente integrado por mujeres. Con el propósito de conjurar el trato discriminatorio en el que incurren ciertos aspectos de esta relación laboral de carácter especial, este trabajo ofrece una propuesta destinada a garantizar el equilibrio de los derechos fundamentales en juego, sin olvidar la viabilidad económica de una contratación propensa a permanecer sumergida.

Palabras clave: personal al servicio del hogar familiar; empleadas del hogar; discriminación por razón de sexo; despido; desistimiento; readmisión; protección por desempleo; trabajo de cuidados; formación.

Recibido: 29-03-2022 / Aceptado: 04-07-2022

Cómo citar: Villalba Sánchez, A. (2022). La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 47-76.



Discrimination on grounds of sex suffered by female domestic workers on termination of their contract of employment

Alicia Villalba Sánchez

Abstract

The environment in which it takes place and the characteristics of the employer have made the employment relationship of family household staff special. The safeguarding of the fundamental right to personal and family privacy and to the inviolability of the home, on the one hand, and the protection of an economic unit that does not use the fruits of salaried work for the market, on the other, have been invoked to support an unfavourable legal treatment that is evident in the regulation of the termination of the employment contract of domestic servants. The fragility of the justification put forward reveals the discriminatory nature of a measure which falls on a group which is mainly made up of women. With the aim of preventing the discriminatory treatment of certain aspects of this special employment relationship, this paper offers a proposal aimed at guaranteeing a balance between the fundamental rights at stake, without forgetting the economic viability of a type of contract that is likely to remain submerged.

Keywords: family household staff; female domestic workers; discrimination on grounds of sex; dismissal; withdrawal; reinstatement; unemployment protection; care giving work; training.

Citation: Villalba Sánchez, A. (2022). Discrimination on grounds of sex suffered by female domestic workers on termination of their contract of employment. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 470, 47-76.

Sumario

1. Introducción
 2. La discriminación por razón de sexo derivada del régimen jurídico aplicable al despido y, en particular, al desistimiento de la persona empleadora
 - 2.1. El despido y el desistimiento de la persona empleadora en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar
 - 2.2. El eventual carácter discriminatorio de la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar
 - 2.3. La insuficiente justificación de la diferencia de trato deparada a las empleadas del hogar con ocasión de la extinción de su contrato
 3. La discriminación por razón de sexo fruto de la desprotección por desempleo
 - 3.1. La exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar
 - 3.2. La eventual discriminación indirecta inherente a la exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar
 - 3.3. La ausencia de justificación objetiva y razonable susceptible de sustentar la exclusión de la protección por desempleo de las empleadas del hogar
 4. Conclusión
- Referencias bibliográficas

Nota: este trabajo es fruto de una investigación realizada en el marco del proyecto de ámbito estatal «Aprendizaje a lo largo de la vida en una sociedad digital: formación y recualificación para las nuevas profesiones del mercado de trabajo global», RETOS 220 (2020-PN181), ref. PID2020-113151RB-I00, cuya investigadora principal es la profesora Lourdes Mella Méndez; así como del proyecto de ámbito autonómico desarrollado por el grupo de referencia competitiva «Empresa e Administración», para la consolidación y estructuración de unidades de investigación competitivas en las universidades del Sistema Universitario de Galicia (2019 GRC GI-1876 Empresa e Administración, EA (2019-PG032), ref. ED431C 2019/15), financiado por la Consellería de Educación, Universidade e Formación Profesional de la Xunta de Galicia, cuyo investigador principal es el profesor César García Novoa.

1. Introducción

El carácter especial que el Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), atribuye a las relaciones laborales enumeradas en su artículo 2 obedece, en buena medida, a la atenuación de alguno de los presupuestos determinantes de la aplicación del derecho del trabajo. Este debilitamiento deriva, a menudo, de la índole misma de la actividad objeto del contrato. Tal acontece en la relación laboral de carácter especial del alto directivo, cuya subordinación, en tanto *alter ego* del empresario (Sentencias del Tribunal Supremo –SSTS– de 21 de marzo de 1990, Roj: STS 2641/1990, y de 30 de abril de 1990, Roj: STS 3485/1990), se limita al acatamiento de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad. Lo mismo sucede en la entablada por las personas deportistas profesionales (art. 2.1 d) ET), cuya práctica ha de respetar unas «reglas del juego» a las que deben sujetarse las instrucciones impartidas por las personas representantes del club o entidad deportiva (art. 1.Dos RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección); en la propia de las personas artistas que participan en espectáculos públicos, donde su propia disciplina relega a la persona empleadora a mera organizadora o productora (art. 1 RD 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artistas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad); o en la debida por quienes ejerzan la abogacía que prestan servicios en despachos, individuales o colectivos, cuyos derechos y deberes «están condicionados, en mayor o menor grado, por las normas que rigen la profesión, incluidas las éticas y deontológicas» (RD 1331/2006, de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos). En otras ocasiones, es el contenido formativo de la prestación debida por la empresa el que justifica el someter una relación laboral a un régimen jurídico específico. Es el caso de quienes cursen su etapa de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud (RD 1146/2006, de 6 de octubre, por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud). La prestación de servicios de ajuste personal y social que se adiciona a la remuneratoria que concierne a los centros especiales de empleo sustenta también el régimen especial previsto para las personas trabajadoras con discapacidad que presten servicios en aquellos (RD 2273/1985, de 4 de diciembre, de centros especiales de empleo de personas minusválidas). Y, por último, despuntan los condicionantes locativos, como el confinamiento propio de quienes

deben acceder a un empleo desde el lugar donde cumplen una pena privativa de libertad, los que explican la especialidad de una relación jurídica como la que atañe a los penados en las instituciones penitenciarias, así como la de los menores sometidos a la ejecución de medidas de internamiento para el cumplimiento de su responsabilidad penal (art. 2.1 c) e i) ET). El distanciamiento del centro de trabajo tradicional explica también la morigeración de la dependencia propia de quienes intervienen en operaciones mercantiles por cuenta de una o más empresas sin asumir el riesgo y ventura de aquellas (art. 2.1 f) ET) y sin sujeción, salvo lo dispuesto en pacto colectivo o individual, a una jornada o a un horario concreto (art. 4.º Uno RD 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas).

La naturaleza de la prestación comprometida por la persona empleada, el contenido de la debida por la empresa o el contexto en el cual aquella se desarrolla se erigen pues en circunstancias justificativas del tratamiento especial dispensado a unas personas trabajadoras cuyos derechos y obligaciones se han visto modulados en consecuencia. Solo en una de las relaciones mencionadas en el artículo 2.1 del ET se manifiestan en todo su esplendor cada uno de los indicios determinantes de los presupuestos aplicativos del derecho del trabajo: se trata de la entablada por el personal al servicio del hogar familiar. Queda fuera de toda duda la voluntariedad de la prestación regulada por el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que, a su vez, se entrega a cambio de una retribución que no ha de resultar inferior al salario mínimo interprofesional (art. 8). De la subordinación de las personas empleadas domésticas, que en nada difiere de la que se cierne sobre otras personas trabajadoras, da testimonio, por ejemplo, la pormenorizada regulación de su tiempo de trabajo (art. 9); y de su ajenidad, la transmisión *ab origine* de los frutos de su esfuerzo a una unidad económica distinta de aquella a la que pertenece.

La ejecución de tareas domésticas, la dirección del hogar familiar, la provisión de cuidados a los miembros de la familia u otros trabajos de mantenimiento, como los de jardinería, conducción de vehículos y otros análogos, integran el objeto de esta relación jurídica. Pero no ha de ser la clase de servicios prestados, tradicionalmente destinados a «la satisfacción directa de las necesidades domésticas [y] cuyo producto no [iba destinado] al comercio» (Sagardoy Bengoechea, 1963, p. 84), la que justifica la exclusión del derecho común del trabajo de esta relación jurídica, cuando se presten con el afán de obtener rentas del trabajo, y no en cumplimiento de los deberes que el derecho de familia atribuye a quienes ostentan con quien los reciba una relación de parentesco –no en vano el art. 2.1 e) de esta norma excluye de manera expresa estos trabajos de su ámbito de aplicación cuando son prestados entre familiares que no tengan la condición de personas asalariadas, en los términos del art. 1.3 e) ET–.

Existe, no obstante, un condicionante locativo susceptible de fundamentar un trato diferenciado (Aparicio Ruiz, 2012, p. 37), derivado de la especial protección que merece el entorno en el cual se escenifica la prestación de servicios. El ámbito donde se ejecuta

la actividad es aducido por el propio Real Decreto 1620/2011 como matiz diferencial sobre el cual se sustenta el tratamiento especial dispensado a estas personas empleadas, por hallarse estrechamente vinculado «a la intimidad personal y familiar». Existen, por tanto, disposiciones específicas destinadas a salvaguardar una intimidad, acreedora de la protección debida por el derecho fundamental que la reconoce (art. 18.1 Constitución española –CE–) y cuyo respeto requiere expulsar del entorno protegido a cualquier sujeto que haya quebrado el vínculo de confianza que «preside, desde su nacimiento, la relación laboral entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar» (preámbulo RD 1620/2011). A fin de que el titular del hogar pueda reaccionar con celeridad ante la ruptura de este vínculo, se le reconoce un derecho del cual carece el grueso de las personas empleadoras, cual es el de desistimiento.

Pero no solo en la confianza depositada en quien es admitido en el seno doméstico descansa la especialidad de dicha relación. El desarrollo de una actividad para un receptor «por completo ajeno y extraño al común denominador de las relaciones laborales», cuyo desarrollo está presidido «por los principios de la economía de mercado», aflora como justificación adicional de una diferencia de trato que no solo aporta flexibilidad a quien contrata, sino precariedad a quien es contratado. Procede, para ello, atender a las consecuencias económicas y prestacionales de un peculiar régimen extintivo que depara a quienes lo padecen un agravio comparativo en relación con el asalariado común.

Sin ánimo de prejuzgar la suficiencia de la justificación pretextada por el propio Real Decreto 1620/2011, aspecto que será abordado a renglón seguido, procede, desde este momento, advertir acerca de la preocupación que suscita el hecho de que, del colectivo agraviado, 361.059 personas empleadas pertenezcan al sexo femenino, mientras que apenas 17.053 sean hombres, según los datos disponibles a día 30 de junio de 2022 relativos a sujetos afiliados en situación de alta dentro del sistema especial para empleados de hogar, proporcionados por la Tesorería General de la Seguridad Social¹ (TGSS).

Lo anterior evidencia la relevancia constitucional de una diferencia de trato que cabría reputar discriminatoria, de no descansar sobre justificación bastante. Confirmar esta hipótesis requiere calibrar la medida en que el tratamiento deparado al personal al servicio del hogar familiar difiere del común en cuanto concierne a la extinción del contrato de trabajo, para luego profundizar en la validez, suficiencia y proporcionalidad de su justificación legal. Solo constatada la diferencia y refutados los argumentos alegados a su favor cabría señalar una discriminación por razón de sexo y, en consecuencia, proponer un remedio jurídico capaz de conjurarla.

¹ Información disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST8/EST10/EST290/EST291>

2. La discriminación por razón de sexo derivada del régimen jurídico aplicable al despido y, en particular, al desistimiento de la persona empleadora

2.1. El despido y el desistimiento de la persona empleadora en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar

Aunque el desistimiento sea objeto de mención expresa por el artículo 14.3 del ET, cuando alude a la extinción del contrato de trabajo durante el periodo de prueba, este precepto omite definir en qué consiste, como también lo hace el Real Decreto 1620/2011. Para el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, no es sino la «facultad de una de las partes de dejar sin efecto el contrato celebrado sin necesidad de justificar la decisión». Sirva esta definición que, por lo demás, concuerda con el contenido de un derecho hoy reconocido por el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011 al titular del hogar familiar.

Ya en su precedente normativo, el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, se confería a la persona empleadora el derecho a desistir del contrato (art. 9.Once), incluso con anterioridad a la expiración de la duración convenida por las partes. Bastaba, para ello, con preavisar a la persona empleada con una antelación mínima de 20 días, para el caso de que la prestación de servicios hubiera superado el año de duración, reduciéndose a 7 en los restantes supuestos (art. 10.Dos RD 1424/1985). Por añadidura, dicha comunicación debía ir acompañada de una indemnización cuyo importe ascendía al salario en metálico correspondiente a 7 días naturales de duración del contrato, incluidas las prórrogas, con el límite de 6 mensualidades; indemnización a la que se aunaría otra, equivalente a los salarios en metálico correspondientes al periodo de preaviso omitido, para el caso de que la persona empleadora decidiera sustituirlo por el abono de dicho importe.

No fue sino hasta la entrada en vigor del Real Decreto 1620/2011 cuando se especificó la preceptiva forma escrita de la comunicación del desistimiento donde constara, «de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa», incrementándose también la indemnización debida hasta los 12 días naturales por año de servicio, con el límite de 6 mensualidades, cuyo abono debía realizarse necesariamente en metálico (art. 11.3). Si bien es digno de elogio el incremento de la cuantía indemnizatoria vinculada al desistimiento contractual, no menor relevancia adquiere la anterior modificación, destinada a trazar meridianamente la línea que distingue el desistimiento del despido disciplinario. Esto último resulta de crucial importancia, habida cuenta de la *vis atractiva* que la primera modalidad extintiva despliega sobre no pocos supuestos potencialmente canalizables a través de la segunda. Mientras que el contenido del derecho de desistimiento reconocido al titular del hogar familiar parece comprender el de poner fin al contrato sin alegar causa alguna, al despido solamente podrá acudir quien

se halle en condiciones de acreditar una causa, de entre las enumeradas en el artículo 54 del ET, que lo justifique. Y, a fin de hacerla valer, debe notificar su decisión por escrito a la persona empleada (art. 11.2), so pena de que su decisión sea declarada improcedente. No debe sorprender que, ante la dificultad de acreditar una justa causa que avale el despido, resulte, cuando menos, tentador acudir al desistimiento, dada la libertad que confiere, solo constreñida por los requerimientos formales que lo jalonan.

De no revestir forma escrita la comunicación, o de no ir acompañada de la preceptiva indemnización, se presumirá que la persona empleadora ha optado por el despido (art. 11.4) que, a falta de notificación escrita, merecerá la calificación de improcedente (art. 11.2). Se resuelve así la duda que persistía durante la vigencia del Real Decreto 1424/1985 acerca de la solución aplicable cuando la persona empleadora omitía su entrega. No se consideraba, por aquel entonces, que tales exigencias constituyeran un «requisito de sustancia». Sin embargo, se abogó por declarar la existencia de un despido disciplinario improcedente, considerando que:

[...] el dueño de la casa puede, [...] o despedir, o desistir; pero tiene que decir con claridad que hace una cosa o la otra [...] por la elemental razón de que la trabajadora debe saber, desde el primer momento y con certeza, si está ante un despido, que le obliga a reaccionar en el plazo perentorio de 20 días, y le otorga, caso de ser declarado improcedente, una indemnización de 20 días por año de servicio, o está ante un desistimiento que le otorga el derecho a un plazo de preaviso (de 7 días como mínimo, que pasan a 20 cuando los servicios superaron el año) y una indemnización reducida (7 días de salario por año de servicios), cuya eventual reclamación se permite durante plazos más dilatados, que además son de prescripción (SSTS de 5 de junio de 2002, rec. 2506/2001, y de 27 de junio de 2008, rec. 2235/2007).

Sin embargo, la no concesión del preaviso o el error excusable en el cálculo de la indemnización no supondrá que la persona empleadora haya optado por el despido, sin perjuicio de la obligación de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo o del pago de la indemnización en la cuantía correcta (art. 11.4).

Queda así esbozado el régimen jurídico aplicable a la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar, caracterizado por: 1) su abaratamiento, dado que tanto el desistimiento como el despido improcedente conllevan el abono de una cuantía indemnizatoria inferior a la resultante de la aplicación del derecho del trabajo común; y 2) su causalidad, puesto que el reconocimiento del derecho de desistimiento a favor de la persona empleadora implica el riesgo de reconducir hacia ella cualquier decisión extintiva.

Como denota su previsión en otras relaciones laborales de carácter especial (a saber, la relativa al personal de alta dirección –art. 11 RD 1382/1985–), ningún reproche legal merece una modulación del régimen causal que el ET depara a la extinción del contrato de trabajo, siempre y cuando el exceptuarlo obedezca a una finalidad legítima. Tampoco parece posible hallarlo en una eventual contravención del Convenio número 158 (1982) de la Organización

Internacional del Trabajo (OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo. Aunque su artículo 4 proscriba aquella que no se sustente en «una causa justificada relacionada con [la] capacidad o [...] conducta [del trabajador] o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio», su artículo 2 exceptúa ciertos supuestos. En concreto, su apartado 5 permite a cada Estado signatario:

[...] en la medida en que sea necesario, y previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, cuando tales organizaciones existan [...] tomar medidas para excluir de la aplicación del presente convenio o de algunas de sus disposiciones a otras categorías limitadas de personas empleadas respecto de las cuales se presenten problemas especiales que revistan cierta importancia habida cuenta de las condiciones de empleo particulares de los trabajadores interesados o de la dimensión o naturaleza de la empresa que los emplea.

Condiciones de empleo como, en este supuesto, su localización en el seno del hogar familiar, permiten subsumir este supuesto en la precitada excepción, así como la naturaleza de un empleador que ni tan siquiera es una empresa, sino una persona física que recluta una mano de obra cuya prestación no redunde, al menos de manera directa, en el mercado.

Lo anterior no significa, sin embargo, que la flexibilidad del régimen extintivo aplicable al personal al servicio del hogar familiar o, al menos, alguno de sus aspectos, deje de hallar censura en otros fundamentos jurídicos, de recaer sobre sujetos cuyas condiciones o circunstancias personales denoten su propensión a recibir un trato discriminatorio.

2.2. El eventual carácter discriminatorio de la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar

La Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), reputa discriminatoria por razón de sexo cualquier situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros ponga a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima, mientras los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (art. 6.2). Resulta evidente la desventaja particular que supone para el personal al servicio del hogar familiar exponerse al riesgo de ser cesado sin mayor justificación que la voluntad de su empleador de poner fin al contrato; y, en todo caso, de resignarse a serlo sin recibir una indemnización equivalente a aquella de la cual serían acreedores en caso de despido, con arreglo al ET. Dado que esta desventaja particular atañe mayoritariamente a personal perteneciente al sexo femenino, no es casual que se invoque la norma promulgada en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad de trato por razón de sexo (art. 14) como fundamento jurídico de un eventual trato discriminatorio. Huelga remitirse a los datos expuestos *ab initio* para evidenciar que

la práctica totalidad del empleo en el hogar familiar lo ocupan hoy, como antaño, mujeres. Y, si se toma en consideración la elevada presencia de trabajadoras extranjeras², el riesgo de incurrir en una discriminación múltiple está servido.

Bastaría ello para dar paso al tercer subepígrafe, dedicado a indagar acerca de la existencia de una finalidad legítima susceptible de justificar de manera objetiva la patente diferencia de trato que depara una disposición donde, no obstante, se omite cualquier referencia al sexo de sus destinatarios. Cumple, por tanto, el requisito de neutralidad que atañe a una disposición, criterio o práctica capaz de generar una discriminación indirecta. Pero, antes de aducir la eventual justificación que impediría tachar de discriminatorio a este régimen jurídico, procede hacer hincapié en una circunstancia, cual es el posible embarazo de la empleada del hogar. No en vano el Tribunal Constitucional español (TC) ha tenido ocasión de calificarlo como un factor diferencial de discriminación (Ortiz Lallana, 2000, p. 24) subsumible en la proscripción de aquella derivada del sexo, ya que, «por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres» (Sentencias del TC –SSTC– 173/1994, de 7 de junio, y 92/2008, de 21 de julio). Discriminación que, a tenor del artículo 8 de la LOIEMH, es de índole directa, toda vez que considera como tal todo «trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

Interesa, pues, detenerse en la extinción del contrato de las empleadas del hogar durante su estado de gestación y, en particular, en aquella fruto del desistimiento de la persona empleadora, habida cuenta de las indeseables consecuencias arrojadas por la acausalidad propia de este régimen jurídico. El silencio guardado por el Real Decreto 1620/2011 acerca tanto del despido, como de la extinción del contrato de la trabajadora encinta, obliga a acudir, con carácter supletorio, a la normativa laboral común, cuyo contenido e interpretación está condicionado por los compromisos internacionales entablados por el Estado español.

La regulación específica del despido de la trabajadora embarazada a cargo de la OIT, allende aquel vinculado a los periodos de descanso cuyo disfrute le corresponde, data de finales del siglo pasado. Fue a principios de los años ochenta cuando el Convenio número 156 (1981), sobre los trabajadores con responsabilidades familiares, conminó a los Estados firmantes a incluir:

[...] entre los objetivos de su política nacional el de permitir que las personas con responsabilidades familiares que desempeñen o deseen desempeñar un empleo ejerzan su derecho a hacerlo sin ser objeto de discriminación y, en la medida de lo posible, sin conflicto entre sus responsabilidades familiares y profesionales (art. 3).

² Según datos de afiliación obtenidos de la TGSS, del total de 376.240 sujetos incluidos dentro del sistema especial para empleados de hogar constan, a día 28 de febrero de 2022, un total de 163.298 personas afiliadas de nacionalidad extranjera, de las cuales 126.982 proceden de Estados no miembros de la Unión Europea, mientras que apenas 36.316 proceden de Estados miembros (información disponible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/b90dfb7c-12b0-4dd5-b493-1b1832bc98/09-EXT-Ult-Nac-Reg-0222.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=linktext&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_2G50H38209D640QTQ57OVB2000-b90dfb7c-12b0-4dd5-b493-1b1832bc98-n-l0SPO).

En concreto, rechazó que la responsabilidad familiar pudiera constituir «de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo» (art. 8). Desde entonces, la protección frente al despido deparada a la trabajadora embarazada adquirió un cariz antidiscriminatorio. En otras palabras, se prohibió, en la medida en que pudiera acreditarse que la decisión empresarial había sido adoptada con plena consciencia del estado de gestación de la asalariada y como consecuencia de él.

Esta postura también fue adoptada por el Convenio número 158 (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo (art. 3). Este sanciona la causalidad como regla general aplicable a la extinción del contrato de trabajo, pudiendo justificarse la decisión extintiva en motivos inherentes a la empresa o a la persona trabajadora. No obstante, en cuanto concierne a esta última, se adiciona una regla específica, según la cual no constituirá causa justificada para la terminación de la relación de trabajo, entre otros motivos, el embarazo (art. 5). Así, lejos de prohibir el despido de toda trabajadora embarazada, se limitó a proscribir aquel cuya causa estribara en el embarazo. Al margen de la prohibición quedaría, por supuesto, el despido de la trabajadora que, pese a estar encinta, incumpliera de manera grave y culpable sus obligaciones. Es de todo punto comprensible que el embarazo no otorgue una patente de corso frente a la justificada resolución del contrato de una trabajadora. Pero la controversia estriba en calificar la extinción en aquellos supuestos donde no exista o no se haya logrado acreditar la existencia de una causa susceptible de avalar el despido, pero resulte difícil sostener que el mismo sea consecuencia del estado de gestación de la trabajadora. Quien decida atenerse a la literalidad del artículo 5 del Convenio número 158 (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo, podrá deducir que la prohibición afecta en exclusiva al despido inspirado por un móvil discriminatorio, siendo presupuesto ineludible de su existencia el previo conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora por parte de la empresa. Esta interpretación no hizo sino seguir la senda sugerida por la Recomendación número 95 (1952), sobre la protección de la maternidad, relativa al Convenio número 103 (1952), sobre la protección de la maternidad, que supeditó la ilegalidad del despido de la trabajadora durante los periodos de descanso anteriormente citados a la previa notificación a la persona empleadora del estado de gestación.

Y si, por añadidura, quien interpreta la norma pertenece a un Estado miembro de la Unión Europea, encontrará otro punto de apoyo sobre el cual sustentar esta interpretación en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, que obliga a los Estados miembros a proteger a la trabajadora embarazada frente al despido, entendiendo por «trabajadora embarazada» solo aquella «que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales». La directiva adopta así un enfoque subjetivo, con el cual se pretende perseguir el despido en tanto reacción contra el embarazo, considerando que, si la empresa no conocía el estado de gestación de la trabajadora, difícilmente podría haber reaccionado frente al mismo. Correlato de lo afirmado es la exclusión de la tutela antidiscriminatoria de aquellos supuestos en los que no pudiera existir un desenlace discriminatorio a resultas del previo conocimiento de su estado por parte del empleador (Cardona Rubert, 2002, p. 97).

La confluencia de ambas normas dio pábulo a que algunos Estados dispensaran una mayor protección a la trabajadora embarazada que fuera despedida sin justa causa, pero que hubiera comunicado su estado de gestación a la empresa, que a aquella otra que hubiera sido víctima de un despido injustificado, pero cuyo estado no hubiera sido revelado a su persona empleadora. Por esta opción pareció decantarse el ordenamiento jurídico español, donde cualquier despido injustificado merecía la calificación de «improcedente», pudiendo el empresario readmitir a la trabajadora o confirmar su despido, abonándole una indemnización; empero, el despido motivado por una causa discriminatoria se reputaría nulo, debiendo readmitirse a la trabajadora objeto del mismo (arts. 53.4 y 55.5 ET). No obstante, la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, añadió a esta causa genérica de nulidad otra específica, relativa al despido de la trabajadora en estado de gestación, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión posterior al alumbramiento (arts. 53.4 b) y 55.5 b) ET), sin mencionar la previa comunicación al empresario de su estado de gestación (Cavas Martínez, 2008, p. 4).

Esta reforma dio pie a dos interpretaciones consecutivas, relativas a la calificación de nulidad del despido de la trabajadora encinta. La primera, sostenida por el TS en su Sentencia de 9 de julio de 2006 (rec. 1452/2005), consideró que la causa de nulidad específica recogida en la letra b) de sendos artículos 53.4 y 55.5 del ET no constituía sino un subtipo del despido discriminatorio enunciado en su apartado primero (García Ninet, 2007, p. 9), al que sería de aplicación la regla especial relativa a la carga de la prueba prevista en el artículo 96 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS). Según esta, correspondería a la empresa demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de la medida adoptada y de su proporcionalidad, siempre y cuando de las alegaciones de la trabajadora afectada cupiere deducir la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo. Cuando del despido de una trabajadora embarazada se tratase, se consideró indicio suficiente de trato discriminatorio la acreditación del conocimiento por parte de la empresa de su estado de gestación (STC 41/2002, de 25 de febrero, y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Madrid de 27 de noviembre de 2007, rec. 4602/2007), de manera tal que, si la trabajadora hubiera guardado silencio sobre el mismo, el despido merecería, a lo sumo, el calificativo de improcedente.

Esta primera posición jurisprudencial descansaba sobre una interpretación auténtica del precepto, construida sobre la alusión realizada por la exposición de motivos de la Ley 39/1999, a la «motivación» de la decisión extintiva, que presuponía la previa consciencia empresarial del estado de la trabajadora. También encontraba apoyo en una interpretación sistemática de la ley, con arreglo a la cual los párrafos que sucedían a la regla general, que sancionaba con la nulidad el despido discriminatorio, contendrían meras especificaciones que tipificaban supuestos concretos subsumibles en el enunciado precedente. El postrero y no menos importante argumento acogido por la jurisprudencia residía en el respeto del principio general de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que se vería en entredicho si se hiciera depender la

nulidad de la decisión empresarial de un hecho «azaroso» y de difícil percepción (STSJ de Andalucía/Granada de 25 de julio de 2007, rec. 1920/2007), como el estado de gestación de la trabajadora en su fase incipiente.

La segunda interpretación llegó de la mano del TC. Analizando la conformidad de la interpretación deparada por el TS a la luz del derecho a la prohibición de toda discriminación por razón de sexo enunciada en el artículo 14 de la CE, dedujo la nulidad de cualquier despido injustificado de una trabajadora embarazada, hubiera o no puesto en conocimiento de la empresa su estado de gestación. En sus pronunciamientos 92/2008, de 21 de julio, y 124/2009, de 18 de mayo, defendió el carácter autónomo de la causa de nulidad relativa al despido de la trabajadora en estado de gestación con respecto al despido discriminatorio, considerando indiferente que mediara o no intención de discriminar de la empresa. De acuerdo con esta posición, la calificación jurídica del despido realizado desde el inicio del estado de gestación hasta el momento en que comenzara el periodo de descanso por maternidad sería necesariamente de nulidad (Cardona Rubert, 2002, p. 102), de no estar debidamente justificado por motivos no relacionados con el embarazo (Cruz Villalón, 1999, p. 98).

Esta segunda interpretación se antoja más garantista, y equilibrada, dado que no llega a «blindar» el contrato de las trabajadoras embarazadas (Cavas Martínez, 2008, p. 11), al menos, frente a una extinción justificada. Su solidez, por añadidura, reposa sobre la tutela de otros bienes jurídicos dignos de preservación, como la seguridad y la salud de las asalariadas (arts. 15 y 43.1 CE), la protección de su familia (arts. 18.1 y 39.1 CE) y, en especial, su intimidad (art. 18 CE). Nótese que solo desde entonces la trabajadora recibió plena protección frente a un despido arbitrario sin haberse visto compelida a revelar previamente un aspecto vinculado a su esfera personal, como es su embarazo. Contribuye a sostener esta postura una interpretación literal de la norma, que en ningún momento obliga a comunicar el embarazo al empresario (Rubio Velasco, 2012, p. 91), por lo que su exigencia en sede judicial podría conculcar su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) (Cavas Martínez, 2008, p. 5). Por consiguiente, carece de importancia la voluntad discriminatoria de la empresa, que bien pudiera desconocer el estado de gestación de la trabajadora y, pese a ello, debería hallarse en condiciones de acreditar una justa causa de despido o, de lo contrario, afrontar su nulidad.

Por tales derroteros ha debido discurrir el supremo intérprete de la CE para alcanzar una solución que quizá le hubiera facilitado la ratificación, todavía pendiente por parte del Reino de España, del Convenio número 183 (2000), sobre la protección de la maternidad. Además de extender su ámbito de aplicación a «todas las mujeres empleadas, incluidas las que desempeñan formas atípicas de trabajo dependiente», su artículo 8 prohíbe a la persona empleadora «que despidiera a una mujer que esté embarazada [...] excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia». Precisa, además, que «la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionados con el embarazo o el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la

lactancia incumbirá al empleador». Se prohíbe, pues, el despido de «una mujer embarazada», no ya el motivado por el embarazo, a no ser que concurra justa causa que lo legitime.

Ambas vertientes convergen en la configuración de una protección objetiva de la trabajadora embarazada, superando aquella interpretación que se limitaba a proscribir el despido en función de la motivación subjetiva de la empresa. Se trata de una interpretación que el TS ha hecho extensiva al despido injustificado de las empleadas del hogar, «en primer lugar, porque el artículo 11 del Real Decreto 1620/2011, no especifica nada sobre el despido nulo, lo que conduce a la aplicación supletoria del ET»; y «en segundo término, porque el embarazo de la trabajadora determina que se apliquen los criterios del artículo 55.5 del ET, siendo indiferente el conocimiento de tal circunstancia por el empleador» (STS de 11 de enero de 2022, rec. 2099/2019).

Aunque digna de encomio, es de lamentar que esta tutela reforzada se ofrezca solo a quien haya sido despedida. Quedan, en principio, desprovistas de ella las trabajadoras cuyo contrato hubiera sido extinguido por la persona empleadora en ejercicio de su derecho de desistimiento. Resolver cuál de las dos posiciones jurisprudenciales resultaría aplicable a este supuesto aconseja evocar la deparada a la recaída sobre la extinción durante el periodo de prueba del contrato de la trabajadora embarazada. Aquí, el motivo subyacente al ejercicio de esta facultad de desistimiento empresarial carecería de trascendencia siempre que hallara cabida dentro del ámbito de libertad reconocido por ordenamiento jurídico al empleador, que no ampara el ejercicio abusivo (STS de 20 de enero de 2014, rec. 375/2013) de los derechos dimanantes del pacto ni la lesión de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos (STC 88/1985, de 6 de febrero). Sin embargo, la jurisprudencia del TC descartó deparar a la extinción contractual acaecida durante el periodo de prueba el mismo tratamiento que al despido de la trabajadora embarazada.

En su Sentencia 173/2013, de 10 de octubre, sostuvo que ambas instituciones diferían lo suficiente como para justificar un trato distinto, reforzado en el caso del despido, en tanto decisión extintiva basada en una justa causa. Atendiendo a la aparente libertad propia de la extinción del contrato durante el periodo de prueba, dedujo que la protección de la trabajadora embarazada requería una respuesta diversa, toda vez que la relajación causal y procedimental de la terminación del contrato sugería «una clara atenuación del principio de prohibición de [su] libre extinción». Puesto que la vigencia del periodo de prueba permitía a la empresa poner fin a la relación laboral sin necesidad de acreditar causa alguna, solo debería reputarse nula la extinción cuyo móvil fuera discriminatorio. Y, dado que ese móvil no podría concurrir de no haber sido la empresa consciente del embarazo, devendría de nuevo imprescindible que la trabajadora acreditara que su estado de gestación era por ella conocido como indicio de un trato discriminatorio que la empresa solo podría desvirtuar si estuviera en condiciones de fundamentar su decisión en una causa ajena al embarazo.

Expuesta la posición del TC, resulta ineludible detenerse en el voto discrepante formulado a la citada sentencia por el magistrado Valdés Dal-Ré, estimando que la nulidad automática

prevista en el ET en caso de despido de la trabajadora embarazada no constituía «un mero plus añadido por el legislador» (Alonso Olea, 1988, p. 619), siendo, por el contrario, un imperativo constitucional nacido del contenido esencial del artículo 14 de la CE. Valdés Dal-Ré hace alusión a la máxima irradiación del derecho a no ser discriminada por razón de sexo, que no debe verse afectado por una desafortunada intervención legislativa destinada a depurar un trato diferenciado a una misma situación –a saber: el cese de la trabajadora embarazada–. Se rebate así la distinción que el TC realiza entre tutela intencional (Igartua Miró, 2008, p. 136) y tutela objetiva de la discriminación, considerando que:

[...] con independencia de cuál haya sido la concreción legislativa de la protección que nos ocupa, el artículo 14 de la CE no solo prohíbe los actos discriminatorios intencionales, que por lo general se acreditarán a través de la dinámica propia de la prueba indiciaria, sino también cualquier perjuicio objetivo contra el factor protegido por el derecho fundamental sustantivo.

No falta quien considere inspirada en esta postura la reforma introducida en la extinción del contrato a instancia de la empresa durante el periodo de prueba por el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (Solà i Monells, 2020, p. 24). Según dispone su artículo 2:

La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio [...] hasta el comienzo del periodo de suspensión [...] salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad.

Aunque esta reforma parezca extender la nulidad a toda aquella extinción llevada a cabo durante el periodo de gestación, es preciso advertir que aquella parece referirse, en exclusiva, a la decidida «por razón de embarazo». Es este matiz el que todavía permitiría restringir la sanción de nulidad solo a aquellas extinciones que denoten una intención discriminatoria. En otras palabras, la alusión a la extinción «por razón de embarazo» aún permitiría reintroducir la exigencia del conocimiento empresarial del estado de gestación como prueba indiciaria. Una interpretación más favorable a la trabajadora tampoco hallaría fundamento en una eventual ratificación por España del Convenio número 183 (2000), sobre la protección de la maternidad, pues este alude en exclusiva al «despido» cuando prohíbe aquel que recaiga sobre toda «mujer que esté embarazada» salvo que concurran «motivos no relacionados con el embarazo». Coincide así con el Convenio número 158 (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo, en excluir de su ámbito protector a las trabajadoras embarazadas en caso de desistimiento. En suma, con esta invocación de la «motivación» el legislador español ha desaprovechado una magnífica oportunidad para dotar inequívocamente de la máxima protección frente a la pérdida del empleo a la trabajadora embarazada, sin que importe la modalidad extintiva elegida por la empresa.

Quizá contribuiría a salvar este escollo el presumir «motivada» por el embarazo toda extinción que recayera sobre una trabajadora desde el inicio de su embarazo hasta que diera comienzo el periodo de descanso, presunción *iuris tantum* (Solà i Monells, 2020, p. 27) que la empresa solo podría enervar mediante la acreditación de motivos no relacionados con el embarazo o la maternidad. Así pues, para evitar la declaración de nulidad, la empresa debería fundamentar objetivamente su decisión en atención a una finalidad legítima (Trujillo Pons, 2010, p. 89) (STSJ de Galicia de 10 de noviembre de 2009, rec. 3814/2009). Por consiguiente, debería considerarse nula toda decisión empresarial que no trajera causa de «una valoración negativa de la trabajadora durante el tiempo prudencialmente necesario» (García-Perrote Escartín y Tudela Cambroner, 1985, p. 497) para constatar su ineptitud para desarrollar las funciones inherentes al puesto de trabajo (Cardona Rubert, 2002, p. 119), circunstancia que la empresa debería hallarse en condiciones de justificar.

Esta parece ser la posición adoptada por el TS en su Sentencia de 11 de enero de 2022 (rec. 2099/2019), donde, en primer lugar, aprecia extendida la protección objetiva por embarazo a la extinción del contrato durante el periodo de prueba, como ya lo había hecho la doctrina jurisprudencial, como la STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016 (rec. 352/2016), existiendo, previamente, otros pronunciamientos que acogieron la tesis de la nulidad subjetiva, por la que se exigía aportar un indicio de prueba que avalase el móvil discriminatorio (STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2016, rec. 338/2016). Y, en segundo lugar, considera:

[...] lógica derivación de lo anterior [...] que, una vez que la protección objetiva del embarazo se ha extendido a [aquel], la comparación del anterior tratamiento legal de la resolución del contrato durante ese periodo [...] tampoco se [pueda] utilizar ya para negar que la protección objetiva del embarazo se pueda aplicar a la extinción del contrato de trabajo del personal al servicio del hogar familiar [en caso de desistimiento].

Esta interpretación sugiere la necesidad de preparar la justificación de una decisión extintiva que, *a priori*, se presumía justificada, privando en buena parte de sentido el reconocimiento del derecho de desistimiento a favor de la persona empleadora.

No obstante, si la remisión al derecho del trabajo común, realizada por el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011, bastó para fundamentar la aplicación de la nulidad objetiva del despido de la trabajadora embarazada a la que estuviera al servicio del hogar familiar, más dudas suscita el aplicar la deparada a la extinción durante el periodo de prueba, dado que su contenido y propósito no coinciden con el predicable del derecho de desistimiento propio de esta relación laboral de carácter especial. Urge, por tanto, una reforma normativa cuyo calado dependerá de la existencia de una eventual justificación de esta diferencia de trato que atañe a un nutrido contingente de personal perteneciente al sexo femenino.

2.3. La insuficiente justificación de la diferencia de trato deparada a las empleadas del hogar con ocasión de la extinción de su contrato

Excepción hecha de la relación jurídica propia del personal de alta dirección, donde la confianza descuella como un factor clave, habida cuenta de la responsabilidad en él depositada por quien lo designa, no existe régimen jurídico extintivo parangonable en todo el derecho del trabajo, sea común, sea especial, al que disciplina la extinción del personal al servicio del hogar familiar. Huelga recordar que la evolución histórica de la relación laboral se ha caracterizado por una paulatina restricción de la libertad de desistimiento de la empresa (García Murcia, 2008, p. 13), de manera tal que el derecho de la persona trabajadora a no ser despedida sin que mediare justa causa ha pasado a integrar el contenido mínimo del derecho al trabajo reconocido en el artículo 35 de la CE (STC 22/1981, de 2 de julio). Es por ello que solo en ciertas relaciones la intensidad del vínculo de confianza *inter partes* –no del todo ausente, pero menos robusto, en la relación laboral común, donde el abuso de confianza puede llegar a fundamentar un despido disciplinario (art. 54.2 d) ET)– explica que el legislador permita la extinción del contrato cuando sea quebrantado. Así se deduce del artículo 23.1 a) del Real Decreto 1331/2006, cuando contempla la extinción del contrato ante una «manifiesta y grave quiebra de la confianza entre el abogado y el titular del despacho», aunque deba ser acreditada por este último (art. 23.2 a). Es, no obstante, en la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (art. 11 RD 1382/1985) y en la entablada por el personal al servicio del hogar familiar (art. 11.3 RD 1620/2011) donde la falta de confianza puede abocar a la extinción del contrato sin necesidad de ser probada. Esgrime la doctrina que, en ambos supuestos, la quiebra de la confianza subyacente a la decisión de desistir no ha de acreditarse, sino que se presume (Quesada Segura, 1991, p. 203).

No obstante, son de advertir las escasas similitudes que, en lo restante, presentan el personal de alta dirección y aquel que está al servicio del hogar familiar. Así, mientras al primero se le atribuye un notable poder de negociación, gracias al cual no resulta extraño que haya acordado con quien lo haya empleado el abono de sustanciosas indemnizaciones por la extinción de su contrato (art. 11.Uno RD 1382/1985); concurren en el segundo una serie de circunstancias –ausencia de formación, posible nacionalidad extranjera, etc.– que lo ubican, por lo general, en una posición más delicada incluso que la ocupada por el común de las personas asalariadas. No resultan comparables, por tanto, ambas situaciones, ni suficiente, por consiguiente, recurrir a la confianza como justificación que baste para sostener, al menos, el régimen íntegro aplicable a la extinción del contrato.

Llegados a este punto, interesa matizar que, en el caso que nos ocupa, peligrarían otros bienes jurídicos si el ordenamiento impusiera trabas que obligaran a mantener a una persona extraña en el seno de la familia (Álvarez del Cuvillo, 2007, p. 129). Es por ello que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.1 y 2 CE) han sido traídos a colación como justificación del derecho de desistimiento concedido a la persona empleadora. En concreto, el TS ha tenido ocasión de recordar que no es «la tarea

desempeñada», sino la «profunda introducción de la empleada en el círculo de mayor intimidad de la familia» (STS de 5 de junio de 2002, rec. 2506/2001) que su desempeño lleva de suyo, la que justifica el reconocimiento del derecho de desistimiento a favor de la persona empleadora. Es, precisamente, la salvaguardia de los derechos fundamentales en juego lo que diferencia este derecho de desistimiento de la extinción derivada de la no superación del periodo de prueba. Si en esta los derechos vinculados a la extinción del contrato son exceptuados con fundamento en uno conferido por el contrato, aquí se está ante una verdadera colisión de derechos fundamentales: por una parte, el derecho de la empleada a no ser discriminada por razón de sexo y, por la otra, el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad de domicilio de la empleadora.

El respeto de los derechos fundamentales propios del empleador recomienda matizar alguna de las consecuencias propias de la extinción contractual. Así, por ejemplo, aconseja descartar la preceptiva readmisión de la empleada del hogar familiar, incluso de haberse confirmado la nulidad de la extinción, en decir de la doctrina jurisprudencial (STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018, rec. 1028/2018, y STSJ de Andalucía/Sevilla de 21 de junio de 2019, rec. 1470/2017). Se trata de pronunciamientos proclives a atemperar, «en atención al derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar», los efectos típicos de una nulidad que, por otra parte, se concibe como objetiva. Con esta interpretación se alteran «los efectos naturales de tal declaración, al establecer como consecuencia [...] la rescisión indemnizada, atendiendo a que la readmisión afectaría negativamente a la intimidad de la empleadora» (Miñarro Yanini, 2017, p. 135). Es dable encontrar, por tanto, en el reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar de la persona titular de hogar familiar y en el derecho a la inviolabilidad de su domicilio una justificación objetiva y razonable susceptible de modular el régimen extintivo de esta relación laboral de carácter especial. Con arreglo a esta justificación, no ha faltado quien haya sugerido la conveniencia de suprimir el derecho de desistimiento abogando por la reconducción de cualesquiera supuestos extintivos derivados de la decisión unilateral del empleador al despido, «salvando el efecto de la readmisión» (Miñarro Yanini, 2017, p. 137). Se eliminaría, por tanto, la presunción de la falta de confianza subyacente a la decisión extintiva, levantando un velo bajo el cual se ocultan, a menudo, causas espurias, como la conveniencia de prescindir de una persona empleada que haya incurrido en situación de incapacidad temporal.

Distinto es, sin embargo, que el respeto del contenido fundamental de tales derechos deba acarrear un abaratamiento del despido. Según esta interpretación, de haberse declarado la nulidad, se propone calcular el monto indemnizatorio, no ya con arreglo a lo dispuesto en el artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, que lo cifra en 20 días naturales multiplicados por el número de años de servicio, con el límite de 12 mensualidades, sino de acuerdo con lo previsto para el despido nulo por el régimen común, ya que a él se ha debido acudir como derecho supletorio (STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2007, rec. 4602/2007). Tampoco sirve invocar el respeto del derecho a la intimidad para evitar que «se produzca el otro efecto esencial del despido nulo como es el devengo de los salarios de tramitación»

(STSJ del País Vasco de 12 de junio de 2018, rec. 1028/2018, y STSJ de Andalucía/Sevilla de 21 de junio de 2019, rec. 1470/2017). A ello cabría añadir una indemnización por vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora, con arreglo a lo dispuesto en la LRJS. A tenor de su artículo 183:

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

No obstante, su cuantificación «conlleva una dificultad incuestionable» (Rodríguez Copé, 2019, p. 220) que la reciente doctrina jurisprudencial pretendió superar acogiendo a los principios de suficiencia y de prevención, según los cuales «el importe indemnizatorio debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra sino, además, para contribuir a la finalidad de prevenir el daño» (STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018, rec. 1679/2018) (Rodríguez Copé, 2019, p. 221). A esa finalidad preventiva obedece el reconocimiento de una indemnización a favor de la trabajadora embarazada con independencia de que resulten probados los daños morales, toda vez que se consideran implícitos a la lesión del derecho fundamental a la igualdad de trato (STSJ de Madrid de 18 de junio de 2021, rec. 286/2021). Se propone acoger esta interpretación, aun cuando no se hubiera logrado deducir el móvil discriminatorio de quien lo hubiera empleado del previo conocimiento del estado de gestación de la empleada (Alameda Castillo, 2021, p. 141), por contraposición a la que considera que, en tales casos, no procede indemnización alguna al haberse declarado la nulidad de manera automática (STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2021, rec. 1926/2021). Para esta última, la ausencia de conocimiento «impide que haya incurrido en violación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo», razonamiento que no casa con la finalidad de la interpretación deparada por el TC, tendente a otorgar una tutela reforzada (Alameda Castillo, 2021, p. 148) a un despido injustificado cuyo móvil discriminatorio se presume.

La garantía de los derechos económicos del personal al servicio del hogar familiar exige, asimismo, hacerles extensiva la protección deparada por el Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), como advierte la Sentencia 91/2002, de 14 de marzo, del Juzgado de lo Social número 32 de Barcelona. En aplicación de la interpretación llevada a cabo por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20), que será objeto de análisis con ocasión del estudio de la exclusión de este personal de la acción protectora por desempleo, considero indirecta la discriminación consistente en privarles de aquella, de forma injustificada, sin que «el hecho de que el empleador [sea] un cabeza de familia [constituya] un argumento [susceptible de dar] satisfacción a esa necesidad de explicar por qué concretamente esta protección no la tiene ese colectivo».

Se comprende, en definitiva, la modulación de las consecuencias dimanantes de la extinción del contrato del personal al servicio del hogar familiar, en la medida en que obedezca a la protección de otros derechos fundamentales en conflicto. No obstante, esta medida es excedida con creces por el reconocimiento de un derecho a extinguir el contrato sin la concurrencia de causa alguna, así como por la exclusión de los derechos económicos que les atribuiría, en caso de despido, el régimen laboral común. No es ocioso recordar que uno de los objetivos fundamentales perseguidos por la reforma llevada a cabo en esta relación laboral de carácter especial en el año 2011 estribó en «establecer una indemnización específica e inferior a la prevista con carácter general para el supuesto de que este [fuera] declarado improcedente» (Miñarro Yanini, 2012, p. 82), diferencia cuya justificación cabe poner en tela de juicio (STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016, rec. 352/2016). Ciertamente, se formula una propuesta consistente en la reconducción de la extinción contractual basada en la pérdida de la confianza hacia el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza (art. 52.2 d) ET) (Rojo Torrecilla, 2012, p. 324), no del todo descabellada, si se atiende a la progresiva admisión en el ámbito doméstico de sistemas de vigilancia que en nada difieren de los utilizados en el centro de trabajo de cualquier empresa. Se alude, en concreto, a aquellos basados en las nuevas tecnologías, como la videovigilancia, a la que el artículo 89 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, otorgó carta de naturaleza. Sistemas cuya instauración, por lo demás, obedece a la desconfianza cuasi absoluta que a la persona empleadora infunde una asalariada cuyos movimientos considera necesario observar y registrar en todo momento. Sobre la información debida a la persona empleada en tales casos, véanse pronunciamientos como la STSJ de Asturias de 20 de octubre de 2020 (rec. 1051/2020), donde se declaró la improcedencia del despido de una empleada del hogar que había sido grabada mediante cámara oculta por no considerar válida dicha prueba. No obstante, la STSJ de Galicia de 28 de junio de 2021 (rec. 1545/2021) reconoció la necesidad de ponderar:

[...] las especiales circunstancias de la relación laboral, dado que la prestación de servicios de la empleada de hogar se hace en domicilio particular, no se trata de empresas con establecimientos abiertos al público, sino servicios que se prestan en la intimidad familiar, y una interpretación finalista [...] llevaría a entender que no cabe exigir en la misma medida la existencia de dispositivo identificativo.

Procede, pues, suprimir el derecho de desistimiento, a la par que revisar, por discriminatoria, la regulación de las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia, donde la indemnización aplicable, contemplada en el Real Decreto 1620/2011, resulta inferior a la prevista en el ET y su abono no goza del respaldo del Fogasa, sin que medie la posibilidad de acudir directamente al derecho supletorio para corregir esta carencia (Salcedo Beltrán, 2014, p. 133). Urge, asimismo, modular el régimen jurídico aplicable a su nulidad, descartando la readmisión, con lo cual se garantizaría el equilibrio de los derechos fundamentales en juego. Solo tomando en consideración otros extremos, como el menguante poder adquisitivo de unas

familias que a duras penas pueden permitirse los costes inherentes al empleo del personal a su servicio, podría entenderse, que en modo alguno justificarse, la persistencia de un trato peyorativo que, como se verá a renglón seguido, se extiende hasta la protección por desempleo.

3. La discriminación por razón de sexo fruto de la desprotección por desempleo

3.1. La exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar

La disposición adicional trigésima novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, integró el régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar dentro del régimen general de la Seguridad Social, con efectos de 1 de enero de 2012. Pese a ello, el vigente artículo 255 d) del Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), excluyó de su acción protectora la protección por desempleo, aunque su artículo 264 deparase, con carácter general, dicha protección a «los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el régimen general de la Seguridad Social».

Lo anterior evidencia la palmaria agudización del trato desfavorable que el personal al servicio del hogar familiar recibe en atención a los efectos económicos derivados de la extinción del contrato. Así, no solo percibirá una indemnización inferior en caso de despido improcedente, reduciéndose incluso más su importe de haber optado el empleador por ejercer su derecho de desistimiento, sino que se verá privado de la protección por desempleo. Este trato peyorativo se acentúa de considerarse la imposibilidad de acceder a otras prestaciones, dado que la situación del personal al servicio del hogar familiar que pierde su empleo no se encuentra asimilada al alta. Sí lo está, para causar derecho a las prestaciones del régimen general, «la situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia» (art. 166 LGSS), así como «la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantenga la inscripción como desempleado en la oficina de empleo» (art. 36 RD 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social).

Se evidencia, así, una clara diferencia de trato que no ha sido remediada sino parcial y temporalmente mediante la aprobación del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el sistema especial de empleados de hogar del régimen general de la Seguridad Social, aprobado mediante el Real Decreto-Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Con el propósito de paliar los efectos adversos provocados

por la pandemia, su artículo 30 reconoció el derecho a percibirlo a las personas empleadas del hogar que, estando de alta antes de la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, (1) hubieran dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19; y (2) hubieran visto extinguido su contrato de trabajo por la causa de despido, por el desistimiento del empleador o por muerte o cualquier otra causa de fuerza mayor que le fuera imputable que imposibilitara definitivamente la prestación del trabajo, siempre que las causas que determinaran la extinción del contrato fueran ajenas a la voluntad de la persona trabajadora y se debieran a la crisis sanitaria del COVID-19 (Resolución de 30 de abril de 2020, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se desarrolla el procedimiento para la tramitación de solicitudes del subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el sistema especial para empleados de hogar del régimen general de la Seguridad Social regulado en el RDL 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19).

Se trata de una medida coyuntural, dado que, además de nacer el derecho a la percepción del subsidio en el momento en el cual tuviera lugar el cese derivado del contexto pandémico, su duración se extendería solo hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. Sin embargo, estaba enderezada a solventar una carencia de rentas estructuralmente padecida por el personal al servicio del hogar familiar más allá de cualquier situación extraordinaria y que afecta, como acontecía con las diferencias propias de la extinción del vínculo contractual, a un colectivo eminentemente feminizado.

3.2. La eventual discriminación indirecta inherente a la exclusión de la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar

Albergando serias dudas acerca de la compatibilidad de estas disposiciones nacionales con el derecho de la Unión Europea, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo, mediante Auto de 29 de julio de 2020 (rec. 93/2020), formuló una cuestión prejudicial ante el TJUE a fin de esclarecer, en primer lugar, si el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, es contrario al citado derecho nacional. En segundo lugar, si incurre en idéntica contravención con relación al artículo 5 b) de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), que prohíbe la discriminación

directa o indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones. Y, de estimarse opuesto el derecho nacional en cuestión a ambas directivas, pregunta si constituyen supuestos discriminatorios «en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada [...] son mujeres».

Aunque la primera norma no llegó a definir los diversos tipos de discriminación en ella proscritos, la Directiva 2006/54/CE consideró constitutiva de una discriminación indirecta toda aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios (art. 2.1 b). No obstante, la cuestión prejudicial fue resuelta con fundamento en la Directiva 79/7/CEE que, en su artículo 3.1 a), declara su aplicación a las prestaciones por desempleo, prohibiendo, en su artículo 4, cualquier discriminación por razón de sexo, bien sea directa, bien sea indirecta, relativa al ámbito de aplicación de los regímenes de Seguridad Social o a las condiciones de acceso a los mismos. Su aplicación excluye, en consecuencia, la de la Directiva 2006/54/CE, con arreglo a su artículo 2.1 f) aplicable a los regímenes no regulados en la anterior (STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18).

Los informes estadísticos presentados ante el TJUE evidenciaron, sin duda alguna, que la diferencia de trato afectaba mayoritariamente a la mujer. A tenor de la sentencia encargada de resolver dicha cuestión prejudicial:

[...] de los datos [...] presentados en las observaciones orales de la TGSS se desprende que, por una parte, a 31 de mayo de 2021, el número de trabajadores por cuenta ajena sujetos a dicho régimen general era de 15.872.720, de los cuales 7.770.798 eran mujeres (el 48,96 % de los trabajadores) y 8.101.899 hombres (el 51,04 % de los trabajadores). [...] [Por otra parte,] en esa misma fecha, el grupo de trabajadores por cuenta ajena incluidos en el sistema especial para empleados de hogar contaba con 384.175 trabajadores, de los cuales 366.991 eran mujeres (el 95,53 % de los trabajadores incluidos en este sistema especial, esto es, el 4,72 % de las trabajadoras por cuenta ajena) y 17.171 hombres (el 4,47 % de los trabajadores incluidos en dicho sistema especial, esto es, el 0,21 % de los trabajadores por cuenta ajena).

A la luz de tales datos:

[...] si el órgano jurisdiccional remitente llegase a la conclusión de que tales datos estadísticos [fueran] fiables, representativos y significativos, procedería considerar que el artículo 251, letra d), de la LGSS sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores, [...]

entrañando una discriminación indirecta por razón de sexo. Sobre añadir que la recién publicada Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo no pudo sino confirmar la fiabilidad, representatividad y significatividad de tales datos, considerando que los mismos no solo son «fiables y no coyunturales, sino estables y elocuentes» (proc. 93/2020). Procédase pues, sin más dilación, a abordar la eventual justificación de esta exclusión.

3.3. La ausencia de justificación objetiva y razonable susceptible de sustentar la exclusión de la protección por desempleo de las empleadas del hogar

En pos de una justificación objetiva y razonable susceptible de legitimar la exclusión de la acción protectora por desempleo del personal al servicio del hogar se aventuró, sin éxito, la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). A fin de explicar una disposición, para algunos «inexplicable» (Gala Durán, 2014, p. 139), no le bastaron los argumentos proporcionados por el Gobierno español y la TGSS, que sustentaron la decisión de política legislativa consistente en privar de la protección contra el desempleo al personal al servicio del hogar familiar en las «peculiaridades de este sector profesional». Peculiaridades que atañen, por una parte, a la capacidad económica de la persona empleadora y, por otra parte, al ámbito en el cual se desarrolla la prestación.

En cuanto a la capacidad económica de la persona empleadora, se recuerda que la titular del hogar familiar «no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena de dichos empleados». Correlato del escaso poder adquisitivo de las familias para hacer frente a los costes laborales es la consustancial tendencia a la contratación «en negro» de una persona empleada del hogar. Coadyuva a provocar dicha consecuencia el segundo argumento aportado por el Gobierno de España y la TGSS, a saber: la opacidad de un ámbito, cual es el hogar familiar, cuya inviolabilidad «dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones». Dificultad que, por lo demás, permitiría, bien ahorrar las cotizaciones correspondientes a una persona empleada que está trabajando, bien cotizar hasta un cierto momento en el que se tramita una baja aparente, mientras la persona empleada en cuestión continúa en el ejercicio de sus funciones sin que lo íntimo del lugar donde las realiza permita que la autoridad tenga conocimiento de ello (Gala Durán, 2014, p. 169). A tal efecto, no ha faltado quien haya sospechado de la «relación de especial confianza entre empleador y empleado», susceptible de propiciar «algún tipo de fraude» (Sáez Sáez, 2016, p. 624).

De todo lo expuesto, el Gobierno español y la TGSS auguraron una inevitable reducción de las nuevas contrataciones y una creciente extinción de los contratos en vigor, parejas a un incremento de las «situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la Seguridad Social» hipotéticamente derivadas de la inclusión del personal al servicio de hogar familiar en la acción

protectora por desempleo. Inclusión que, a la postre, podría dar lugar a una «reducción de la protección de los empleados de hogar». Con arreglo a dicho razonamiento, la exclusión de las personas empleadas del hogar de la protección por desempleo persigue «mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social en aras de la protección social de los trabajadores» (apdo. 54).

Estos bienintencionados propósitos, de todo punto subsumibles dentro de los objetivos generales de la Unión, topan, no obstante, con una falta de coherencia y de sistematicidad en su formulación, dado que el riesgo de destrucción de empleo y de incremento del fraude social derivado del aumento de los costes propios de la cotización no atañe solo al personal al servicio del hogar familiar, sino también a otros colectivos acreedores de dicha protección, como las personas trabajadoras contratadas por empresas de limpieza que también prestan servicios en domicilios particulares (apdo. 63). Cabría oponer que, en tales supuestos, es la capacidad económica de la persona contratante, una verdadera empresa, la que desaconseja privarlas de la protección por desempleo. Así, por más que el desempeño de sus funciones en un ámbito privado incite a una verdadera empresa a eludir la cotización, un eventual incumplimiento obedecería más a la avaricia que a la necesidad de incurrir en él.

Todavía más difícil resulta justificar por qué dicha privación afecta en exclusiva a la protección por desempleo, y no a la relativa a otras contingencias cuya cobertura presenta el mismo riesgo de fraude. En estas circunstancias, el TJUE no consideró que los elementos aportados por el Gobierno español y la TGSS pusieran de relieve que los medios elegidos fueran «adecuados para alcanzar los objetivos legítimos de política social perseguidos, extremo que, no obstante, corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente» (apdo. 67) debiendo comprobar «si dicha disposición no va más allá de lo necesario para lograrlos» (apdo. 68). De todo lo anterior parece colegirse que el TJUE no contempló «una interpretación del juez nacional que no sea considerar que se produce discriminación por razón de sexo» (Miñarro Yanini, 2022).

Confirmando dicho vaticinio, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo consideró paradójico que, tanto el Gobierno español, como la TGSS, «hayan pretendido justificar la carencia de la acción protectora en materia de desempleo en este régimen especial, en el objetivo de conservación de los niveles de empleo en este ámbito». No pudo sino sorprenderle que, «para la TGSS, la limitación en los derechos y obligaciones de las partes en la relación laboral [favorezca] el volumen de empleo (regular o en superficie, no sumergido)». Propone, con una interpretación acorde con el propósito que el derecho del trabajo está llamado a alcanzar desde su concepción, armonizar «las metas que tanto el ordenamiento de la UE, como nuestra CE (art. 40.1 *in fine*), consideran legítimas». Lo anterior supone no «renunciar a alcanzar los objetivos legítimos de política social que apunta la TGSS [...], señaladamente el mantenimiento o aumento del empleo en el sector, a costa o en detrimento del ámbito de la acción protectora», de suerte que «debiera, debe ser posible lograr ambas finalidades». Concluye, por tanto, que:

[...] la determinación legal de una acción protectora que no se limite a la garantía de contingencias como las enfermedades profesionales y el accidente laboral, sino que cubra la eventualidad frecuente y pernicioso en su afectación económica para la trabajadora, que es el desempleo [no está reñida] con el mantenimiento y aun aumento del empleo regular en el sector, con total beligerancia respecto de las relaciones laborales opacas.

En suma, consideró que:

[...] la limitación legal que supone el artículo 251 d) de la LGSS, no encuentra cobijo en el logro de fines de política social legítimos, ya que el superior alcance de la acción protectora no se manifiesta como un obstáculo para su consecución, [sino que] operará como refuerzo de aquellos.

Con ello, se declaró «materialmente disconforme a derecho» la resolución denegatoria de la solicitud de la actora de cotizar por la protección por desempleo, anulándola y revocándola, así como del derecho de la demandante a cotizar como empleada de hogar. No obstante, emplaza al legislador a colmar el vacío normativo respecto de situaciones como la enjuiciada, considerando las peculiaridades del régimen especial. Se arriba así, desde el derecho de la Unión, a una solución similar a la que conduciría la ratificación, por aquel entonces todavía pendiente por parte del Reino de España, del Convenio número 189 (2011) de la OIT, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, cuyo artículo 14 obliga a los Estados firmantes a adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que aquellos «disfruten de condiciones no menos favorables que las [...] aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social».

Es llegado, pues, el momento de proponer el enfoque que una ineludible reforma legal podría adoptar. Puesto que es la escasa capacidad económica propia de algunas familias lo que justifica, en esencia, la diferencia de trato recaída mayoritariamente sobre las empleadas del hogar, el abordaje de esta cuestión debe tener en cuenta las circunstancias y la renta de la persona empleadora a la hora de modular el régimen jurídico aplicable. En cuanto sus circunstancias, merecen diferente trato los supuestos donde la contratación del personal obedezca a la mera conveniencia, de aquellos en los cuales responda a una verdadera necesidad. Esta necesidad aflora, por ejemplo, cuando algún miembro de la familia necesita de unos cuidados que ni las medidas de corresponsabilidad, ni la normativa promulgada para la atención a la dependencia, han llegado a satisfacer³. Cuando

³ Solo así se explica que la Encuesta de presupuestos familiares sobre hogares con servicio doméstico que se llevó a cabo en 2009 haya constatado que, de los 17,1 millones de hogares existentes, a la sazón, en España, un 14,4 % contara con algún tipo de servicio doméstico prestado de forma regular, siendo la presencia de mayores o personas con discapacidad en el hogar algunas de las características que influían en la contratación de este tipo de servicios (datos disponibles en el Boletín Informativo del Instituto Nacional de Estadística de marzo de 2012 titulado «Hogares y servicio doméstico»).

a esa necesidad no la acompañan los medios económicos que permiten sufragar los costes laborales de una persona asalariada, emerge la tentación de urdir algún tipo de fraude para sostener a una mano de obra cuyo reclutamiento resulta inaplazable; fraude cuya contención se revela, para el Gobierno de España y la TGSS, como un objetivo de política social digno de ser alcanzado.

La insuficiencia del sistema de atención a la dependencia y las medidas de corresponsabilidad previstas en la legislación laboral subyace, pues, a una decisión de política legislativa que, en lugar de acometer su mejora, ha permitido que fuera solventada por las familias acudiendo a una mano de obra precaria. La reducción del ideal de cobertura no fue sino el medio inconfesado destinado a paliar la delicada situación en la que se encuentran las personas acreedoras de cuidados descargando sobre los hombros del personal al servicio del hogar familiar un peso que debería recaer sobre la sociedad en su conjunto.

Aunque la optimización de dicho sistema clama por la revisión en profundidad de la normativa en materia de corresponsabilidad y de atención a la dependencia, que hoy día apenas proporciona una respuesta, a menudo tardía, a las situaciones más graves, es dable proponer una solución rápida que permita a quien lo necesite hacerse con una persona cuidadora. Que la conformidad a derecho de su contratación no suponga un sacrificio inasumible para las familias aconsejaría, quizá, bonificar la cotización a las personas titulares de un hogar cuyas rentas evidenciaran la imposibilidad de afrontar el deber de cotizar por una persona empleada en condiciones comparables a las de una persona asalariada cualquiera. Con ello se conseguiría socializar, siquiera de forma provisional, la necesidad derivada de la materialización del riesgo de dependencia, tanto más probable, cuanto más envejece la población. Su reconocimiento debería, sin embargo, condicionarse a la participación del personal en acciones formativas tendentes a profesionalizar una labor de cuidados que, por haber sido desempeñada por quienes carecían de especialización alguna, ha sido tradicionalmente infravalorada (Gala Durán, 2014, p. 143). A esta sensibilidad podría responder un tratamiento favorable deparado a las familias, combatiendo la infravaloración de unas tareas, advertida por el abogado general en sus conclusiones relativas a este asunto, cuando valoró que «ciertos objetivos de política social invocados para justificar una diferencia de trato a las personas de sexo femenino están anclados en roles estereotipados o en estereotipos de género que pueden ser la causa de discriminaciones indirectas o sistémicas» (apdo. 77) (González del Rey Rodríguez, 2022). Tampoco convendría descartar la sustitución o combinación de las bonificaciones propuestas con la previsión de deducciones fiscales, medida propuesta por la doctrina a fin de «visibilizar más las rentas pagadas en clave tributaria» y así «debilitar la estanqueidad que el tratamiento de la cotización a la Seguridad Social conlleva» (Sánchez Huete, 2014, p. 256). De esta guisa, sería dable luchar contra el fraude, tanto a efectos fiscales como de Seguridad Social, haciendo emerger relaciones laborales camufladas en el seno del hogar. Agilizar su tramitación exigiría, no obstante, hacerlas depender de un factor fácilmente constatable, como la edad de la persona acreedora de los cuidados, a riesgo de iniciar un proceso donde la valoración de su necesidad se prolongue durante años.

4. Conclusión

La dignificación de las tareas domésticas constituye, sin duda alguna, uno de los principales retos que el derecho del trabajo del siglo XXI debe afrontar, si pretende hacer efectivo el derecho a la igualdad por razón de sexo. El TJUE no hace sino recordarlo en su reciente pronunciamiento de 24 de febrero de 2022, encomendando al Estado español la compleja labor de articular un nuevo modelo de protección social aplicable al personal al servicio del hogar familiar no discriminatorio, a la par que sostenible. Que no resulte discriminatorio exige, ineludiblemente, equiparar la protección de este colectivo frente a unos riesgos que en nada se diferencian de los que acechan a cualquier persona asalariada. Que devenga sostenible requiere, no obstante, que el coste para las familias no equivalga al asumido por una empresa al uso. Ello debe ser así cuando la índole de los servicios contratados denote su necesidad, como acontece con el trabajo de cuidados, y la insuficiencia de las rentas percibidas por la persona empleadora urja a socializar su coste. Hasta ahí debe llegar la asunción estatal del aseguramiento de un riesgo no del todo neutralizado por las medidas de corresponsabilidad y de atención a la dependencia; asunción que, por otra parte, debe ir acompañada de medidas formativas, encaminadas a profesionalizar la provisión de cuidados.

Queda, no obstante, pendiente de atajar la discriminación por razón de sexo que conlleva la aplicación de un régimen extintivo más flexible y menos costoso al personal al servicio del hogar familiar. Corregirlo demanda, en primer lugar, retomar la causalidad imperante en la terminación de todo contrato de trabajo. Para ello, se propone suprimir la presunción de falta de confianza que hoy justifica el reconocimiento del derecho de desistimiento de la persona empleadora, reconduciendo la extinción contractual hacia el despido disciplinario por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza (art. 54.2 d) ET). Procede, sin embargo, matizar las consecuencias derivadas de su eventual nulidad. El respeto a la intimidad familiar y la inviolabilidad del domicilio consagrados en el texto constitucional obligan, en concreto, a descartar la preceptiva readmisión de la persona empleada en caso de que el despido haya sido declarado nulo, pero no las restantes consecuencias económicas que acarrea dicha declaración. El encomiable empeño en apiadarse del menguante poder adquisitivo de las familias no debe, en este caso, modular el montante de una indemnización cuyo devengo obedece a un móvil discriminatorio; móvil que, en el caso de las trabajadoras embarazadas, se presumirá cuando el despido tenga lugar durante su estado de gestación, por aplicación de la interpretación objetiva pergeñada por el TC.

Referencias bibliográficas

- Alameda Castillo, M. T. (2021). Hay más que nulidad objetiva en el despido por embarazo: la tutela constitucional exige indemnización por vulneración de derechos fundamentales. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 609/2021, de 18 de junio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 465, 141-153. <https://bit.ly/3oGLKxr>
- Alonso Olea, M. (1988). Resolución de contrato de trabajo en periodo de prueba y discriminación por razón de embarazo. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 36, 617-620.
- Álvarez del Cuvillo, A. (2007). *Vicisitudes y extinción de la relación de trabajo en las pequeñas empresas*. Consejo Económico y Social.
- Aparicio Ruiz, M. G. (2012). Un paso más hacia la conciliación familiar en la nueva regulación laboral del personal al servicio del hogar. *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 30, 34-47.
- Cardona Rubert, M. B. (2002). *Protección de la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Aranzadi Thomson Reuters.
- Cavas Martínez, F. (2008). El Tribunal Constitucional «blinda» el contrato de las trabajadoras embarazadas. *Base de datos de Westlaw*, 2065.
- Cruz Villalón, J. (1999). El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras). *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, número extraordinario 1*, 71-104.
- Gala Durán, C. (2014). La protección en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012: un viaje de ida y vuelta. En M. J. Espuny i Tomás, G. García González y M. Bonet Esteva (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas* (pp. 139-178). Dykinson.
- García Murcia, J. (2008). Prólogo. En A. Ceinos Suárez, *El desistimiento como causa de extinción del contrato de trabajo*. Aranzadi Thomson Reuters.
- García Ninet, I. (2007). Segundo periodo de prueba, embarazos, abortos y resolución del contrato (despido) por bajo rendimiento durante dichos periodos. Suman y siguen las discriminaciones contra las mujeres a causa de sus embarazos. En torno y al hilo de la STC 17/2007, de 12 de febrero de 2007 (BOE del 14 de marzo), de la Sala Primera del Tribunal Constitucional. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 196, 5-12.
- García-Perrote Escartín, I. y Tudela Cambrotero, C. (1985). Extinción del contrato por el empleador durante el periodo de prueba y no discriminación. *Relaciones Laborales*.
- González del Rey Rodríguez, I. (3 de marzo de 2022). *La STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20) y el derecho de las empleadas del hogar a la protección por desempleo*. Aedtss. <https://www.aedtss.com/la-stjue-de-24-de-febrero-de-2022-asunto-c-389-20-y-el-derecho-de-las-empleadas-del-hogar-a-la-proteccion-por-desempleo/>
- Igartua Miró, M. T. (2008). *La garantía de indemnidad en la doctrina social del Tribunal Constitucional*. Consejo Económico y Social.

- Miñarro Yanini, M. (2012). La nueva regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar: una mejora mejorable (y II). *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 5, 73-93.
- Miñarro Yanini, M. (2017). Aplicación de la «nulidad objetiva» al desistimiento del contrato de empleada del hogar embarazada: un rayo de luz entre las sombras (Comentario a la STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016, rec. núm. 352/2016). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 410, 132-137. <https://goo.gl/DREo3J>
- Miñarro Yanini, M. (4 de marzo de 2022). *Lucha por el derecho y prestación por desempleo de las empleadas de hogar: ¿fin de trayecto? A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 de febrero de 2022*. CEF.- Laboral Social. <https://www.laboral-social.com/prestacion-desempleo-empleadas-hogar-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html>
- Ortiz Lallana, M. C. (2000). Nulidad del despido de una trabajadora embarazada. *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, 3, 23-27.
- Quesada Segura, R. (1991). *El contrato de servicio doméstico*. La Ley.
- Rodríguez Copé, M. L. (2019). Limitaciones del derecho al desistimiento en la relación laboral especial del personal al servicio del hogar familiar. Cuantía indemnizatoria y reparación por daños morales de la trabajadora embarazada. Comentario a la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018. *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, 146, 211-222.
- Rojo Torrecilla, E. (2012). La regulación laboral del personal al servicio del hogar familiar en el ámbito internacional (con un apunte sobre la normativa española). *Razón y Fe. Revista Hispanoamericana de Cultura*, 1.362, 313-324.
- Rubio Velasco, M. F. (2012). Despido nulo por discriminación por razón de sexo de una trabajadora sometida a un tratamiento de fertilidad. *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, 4(10), 91-100.
- Sáez Sáez, C. (2016). *Régimen prestacional de las empleadas de hogar: análisis crítico y perspectivas de cambio*. (Tesis doctoral). Universidad de Castilla-La Mancha. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/10536>
- Sagardoy Bengoechea, J. A. (1963). El ámbito subjetivo del trabajo familiar. *Revista de Política Social*, 57, 59-104.
- Salcedo Beltrán, C. (2014). La relación laboral especial del hogar familiar: ámbito de aplicación, contratación y extinción. En M. J. Espuny i Tomás, G. García González y M. Bonet Esteva (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas* (pp. 103-138). Dykinson.
- Sánchez Huete, M. A. (2014). Prevención del fraude fiscal en el contexto de las empleadas del hogar. En M. J. Espuny i Tomás, G. García González y M. Bonet Esteva (Coords.), *Relaciones laborales y empleados del hogar: reflexiones jurídicas* (pp. 233-274). Dykinson.
- Solà i Monells, X. (2020). La extinción de la relación laboral de las trabajadoras embarazadas durante el periodo de prueba tras el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo. *IUSLabor. Revista d'Anàlisi de Dret del Treball*, 1, 13-38 [en línea]. <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2020.i01.01>
- Trujillo Pons, F. (2010). A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 10 de noviembre, recurso 61/2009, sobre la no nulidad del despido de una embarazada durante el periodo de prueba porque la empresa conocía su estado cuando la contrató. *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, 239, 84-89.