

# DEF. – Trabajo y Seguridad Social

Recursos Humanos

Comentarios y Casos Prácticos

ISSN: 1138-9532

Revista mensual núm. 410

Mayo 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](#)

**Margarita Miñarro Yanini**

*Profesora Titular. Universidad Jaume I (Castellón)*



## ÁREA DE RECURSOS HUMANOS

### MÁSTERES

- Dirección y Gestión de Recursos Humanos

### CURSOS

- Diseño de Programas Formativos e-Learning & b-Learning
- Especialización de Mediación en las Organizaciones
- Formador de Formadores on line
- Mindfulness en el Trabajo
- Perfeccionamiento y Actualización en Recursos Humanos (RR. HH.)
- Excel para Recursos Humanos
- Fundamentos de Dirección de Recursos Humanos
- Gestión de la Formación

- Gestión de Redes Sociales en la Empresa (Community Manager)
- RRHH 2.0. y Organizaciones 2.0.
- Dirección Estratégica
- Dirección Estratégica y Cuadro de Mando de Recursos Humanos
- Gestión de Proyectos (nivel básico)
- Habilidades y Competencias Directivas
- Implantación de Planes de Igualdad
- Retribución y Compensación
- Gestión del Talento 2.0
- Etc.



### Presencial y online

**MADRID** P.º Gral. Martínez Campos, 5  
**BARCELONA** C/ Gran de Gràcia, 171  
**VALENCIA** C/ Alboraya, 23

902 88 89 90  
914 444 920  
[www.cef.es](http://www.cef.es)

TE LLAMAMOS  
GRATIS AHORA



## DIÁLOGOS CON LA JURISPRUDENCIA

# 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

Margarita Miñarro Yanini

Profesora Titular. Universidad Jaime I (Castellón)



## 1. MARCO REGULADOR: EL DESISTIMIENTO COMO ESPECIALIDAD PEYORATIVA EN LA RELACIÓN LABORAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Si debiera destacarse únicamente dos características socio-jurídicas del servicio del hogar familiar en España al margen de su muy frecuente opacidad, estas podrían ser la de estar absolutamente feminizado y contar tradicionalmente con una regulación jurídica notablemente inferior a la común en cuanto a garantías laborales, interpretadas estas en sentido extenso. Si bien la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, modificada por [Real Decreto-Ley 29/2012, de 28 de diciembre](#), de mejora de la gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, y el [Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, supusieron una mejora tanto desde el punto de vista de seguridad social como laboral, respectivamente, mantuvieron todavía importantes aspectos diferenciales, que determinan que siga siendo una relación laboral marginada en cuanto a derechos.

Muestra clara de ello se encuentra en la posibilidad de que el empleador ponga fin a la relación laboral que mantiene con la persona que está al servicio del hogar familiar mediante el desistimiento. Esta figura extintiva se contemplaba en el precedente [Real Decreto 1424/1985](#) y fue mantenida con algunos cambios en el [Real Decreto 1620/2011](#), cuyo artículo 11.3 dispone que:

«El contrato podrá extinguirse durante el transcurso del contrato por desistimiento del empleador, lo que deberá comunicarse por escrito al empleado de hogar, en el que conste, de modo claro e inequívoco, la voluntad del empleador de dar por finalizada la relación laboral por esta causa.

En el caso de que la prestación de servicios hubiera superado la duración de un año, el empleador deberá conceder un plazo de preaviso cuya duración, computada desde que se comunique al trabajador la decisión de extinción, habrá de ser, como mínimo, de veinte días. En los demás supuestos el preaviso será de siete días.

Simultáneamente a la comunicación de la extinción, el empleador deberá poner a disposición del trabajador una indemnización, que se abonará íntegramente en metálico, en cuantía equivalente al salario correspondiente a doce días naturales por año de servicio, con el límite de seis mensualidades.

Durante el periodo de preaviso el empleado que preste servicios a jornada completa tendrá derecho, sin pérdida de su retribución, a una licencia de seis horas semanales con el fin de buscar nuevo empleo.

El empleador podrá sustituir el preaviso por una indemnización equivalente a los salarios de dicho periodo, que se abonarán íntegramente en metálico».

Esta posibilidad de extinción acausal del contrato constituye una de las principales señas de identidad de la relación laboral de carácter especial de servicio del hogar familiar, siendo máximo exponente de las débiles garantías jurídicas que asiste al personal incluido en su ámbito. Con todo, no terminan aquí las especialidades desfavorables en materia de extinción, por cuanto, aunque la –aparentemente– ilimitada y absolutamente permisiva posibilidad del desistimiento deja poco margen a «patologías» extintivas, para el caso de declararse la improcedencia del despido, se prevé una indemnización de 20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades. Por lo demás, la norma no hace referencia alguna a la posibilidad de que la extinción sea nula ni, en consecuencia, indica cuáles serían las consecuencias de tal declaración.

Por otra parte, como es sabido, el Estatuto de los Trabajadores –norma, recordemos, que tiene carácter supletorio en este ámbito– establece en su [artículo 55.5](#) que, entre otros casos, será nulo el despido de las trabajadoras embarazadas, en periodo de suspensión por maternidad o que se reincorporen al trabajo tras estos periodos de suspensión.

Pese a no existir referencia a esta calificación del despido en la normativa específica de servicio del hogar familiar, la importancia que en ella tienen las situaciones vinculadas a la maternidad y la abrumadora feminización del sector la coloca en el punto de mira, como muestra la [STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016](#), que seguidamente se comenta, así como otras de fecha cercana, aunque de signo muy diverso, como la [STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2016](#).

## 2. BREVE SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La trabajadora recurrente en la sentencia que se comenta trabajó como empleada del hogar para la empleadora desde el 4 de septiembre de 2014, a través de un contrato indefinido a tiempo parcial de 12 horas semanales, percibiendo como retribución 275 euros mensuales con prorrata de

pagas extraordinarias. En fecha 26 de agosto de 2015, la trabajadora comunicó a la empleadora su situación de embarazo. Cinco días más tarde, el 31 de agosto, recibe carta por burofax en la que esta le comunica la extinción de su contrato por desistimiento, con efectos de ese mismo día, haciéndole entrega de documento de liquidación y finiquito acompañado de la transferencia de 422,91 euros.

Recurrida esta decisión extintiva por la trabajadora, el Juzgado de lo Social núm. 38 de Madrid, en Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015, desestimó la demanda, entendiendo que la medida aplicada no constituyó despido, sino desistimiento ajustado a derecho.

### 3. CLAVES DE LA POSICIÓN JUDICIAL RESPECTO DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Frente a la decisión del Juzgado de lo Social desestimatoria de la demanda, recurre la trabajadora al estimar que existe directa correlación entre la comunicación de la situación de embarazo y el desistimiento de la empleadora. Considera, por ello, de aplicación la doctrina constitucional establecida en la [STC 124/2009](#), que estima que en tales supuestos se produce «nulidad objetiva» de la extinción, se haya probado o no la concurrencia de móvil discriminatorio.

El TSJ de Madrid desarrolla una extensa argumentación sobre el supuesto orientada a justificar la aplicación, aun modalizada, de la normativa reguladora de la relación laboral común sobre nulidad de la extinción contractual de trabajadora embarazada al ámbito de la relación laboral de carácter especial de servicio del hogar familiar, en aras de hacer efectivo también en el mismo la proscripción de trato discriminatorio en estas situaciones especialmente protegidas.

En este sentido, acudiendo a la doctrina que estableciera en su Sentencia de 24 de noviembre de 2008, destaca que si la extinción hubiera afectado a una trabajadora con una relación laboral común, sin ningún género de dudas, la decisión extintiva se consideraría nula por aplicación del [artículo 55.5 b\) del ET](#). No obstante, en el supuesto planteado, se trata de una empleada de hogar, con las particularidades –tanto jurídicas como fácticas– propias de esta relación laboral. Es por ello que aparece una nueva variable que determina que se produzca un conflicto entre dos derechos fundamentales, que son, de una parte, el de la trabajadora a no ser discriminada por embarazo, y por otra, el del titular del hogar a la intimidad personal y familiar cuando se trunca la relación de confianza que mantenían con quien les atendía en las tareas domésticas. Pues bien, en este conflicto, la sala considera que ha de prevalecer el derecho a la intimidad familiar, atendiendo al «sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en ámbito tan privado e íntimo la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente, obligación que, ni siquiera judicialmente, se nos antoja quepa imponer a nadie». De este modo, declara tal prevalencia básicamente en atención a los efectos contraproducentes y disfuncionales que lo contrario podría suponer, al conducir a una situación contraria «a la convivencia pacífica y armoniosa en el lugar de trabajo».

Es por ello que, aun declarando tal prevalencia, busca, y halla, una vía de conciliación de ambos derechos, al considerar que a la luz de los valores constitucionales la decisión extintiva solo puede considerarse nula, por cuanto se produjo en situación de embarazo, además conocido por la empleadora, y sin que concurriera causa alguna que pudiera hacer pensar en su procedencia. No obstante, atempera los efectos de esta declaración de nulidad en atención al derecho a la intimidad personal y familiar, desvinculándolo de su natural efecto de la readmisión. En este sentido, señala el tribunal que «se trata, en definitiva, de calificar como nulo el despido por el especial reproche jurídico que merece, y además, por ser consecuencia obligada de lo que la doctrina constitucional considera causa objetiva de tan repetida nulidad, más únicamente a efectos declarativos, dotando, empero, a esta declaración de las consecuencias propias del despido improcedente, como única forma de salvaguardar también el derecho a la intimidad de los componentes de la unidad familiar». En suma, en atención a la circunstancia del embarazo de la trabajadora, declara el despido nulo por aplicación del [artículo 55.5 b\) del ET](#) –nulidad objetiva–, si bien altera los efectos naturales de tal calificación, al establecer como consecuencia del mismo la rescisión indemnizada, atendiendo a que la readmisión afectaría negativamente al derecho a la intimidad de la empleadora.

Ello plantea la cuestión de cuál sea la indemnización que procede abonar a la trabajadora en tales casos, planteándose dos posibles alternativas, pues son diversas las indemnizaciones que por despido improcedente se contemplan en la normativa específica de servicio del hogar familiar para el despido improcedente –20 días de salario por año de servicio con el máximo de 12 mensualidades– y en la normativa común [ex artículo 56.1 del ET](#) –33 días por año de servicio con el máximo de 24 mensualidades–. Sobre este particular, la sala entiende que, dado que el [Real Decreto 1620/2011](#) no contempla la posibilidad de declarar el despido nulo, si bien esta es la calificación que corresponde en este caso, procede aplicar la indemnización prevista en la norma estatutaria, pues es la que se aplica en otros casos contemplados en el ordenamiento jurídico en los que la nulidad del despido no lleva aparejada la readmisión. La sala es consciente de las previsibles críticas que esta decisión generará, y así señala que «se nos dirá que por esta vía estamos autorizando a que trabajadores sujetos a otras relaciones laborales de carácter especial se acojan a lo dispuesto en el ordenamiento laboral común, posibilidad que no tiene por qué producir ningún recelo ni zozobra, si valoramos que el punto de partida es un supuesto excepcional, pues así debe o, al menos, debería entenderse toda conducta lesiva de derechos fundamentales». En definitiva, afirma que esta solución es excepcional, como excepcionales deben ser los casos de vulneración de derechos fundamentales en el ámbito laboral.

En suma, en la [Sentencia de 26 de septiembre de 2016](#), analizada, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid aplica la nulidad objetiva al despido de la empleada de hogar embarazada, si bien vincula al mismo los efectos de la declaración de improcedencia y le aplica la indemnización que a tal efecto establece la normativa común. Dado que la decisión extintiva es nula, se reconoce igualmente el derecho a percibir salarios de tramitación. Asimismo, según apunta la sala, en estos casos, cuando así se interese, también procede reconocer una indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales.

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA ASENTADA Y PROBABILIDAD DE QUE SE CONSOLIDE EN EL FUTURO

La importancia de la sentencia examinada es incuestionable, por cuanto sustenta una vía de protección efectiva para las empleadas de hogar embarazadas que ven rescindida su relación de trabajo por desistimiento, situación que, por desgracia –pese al «biempensante» TSJ de Madrid, que estima que la lesión de derechos fundamentales es excepcional–, no es una *rara avis*, dada la generalizada feminización del sector y la libertad de rescisión que entraña esta fórmula extintiva. Además, supone fijar claramente la posición de la sala respecto de esta cuestión, tras algún pronunciamiento –[STSJ de Madrid de 21 de abril de 2015 \(rec. núm. 962/2014\)](#)– en el que, por las muy particulares circunstancias concurrentes, este criterio pudiera haber quedado empañado.

Pero su importancia aún es mayor porque pocos días antes había sido dictada la [STSJ de Extremadura de 15 de septiembre de 2016](#), que estima parcialmente el recurso de suplicación planteado por la empleadora frente a sentencia de instancia que sigue la línea interpretativa de la STSJ de Madrid examinada, referente a una empleada de hogar cuyo contrato es rescindido por desistimiento el mismo día que se reincorpora tras su permiso por maternidad. Pues bien, en este caso, básicamente, la sala extremeña, siguiendo la doctrina que ya estableciera en su [Sentencia de 22 de febrero de 2012 \(rec. núm. 634/2011\)](#) y de la [STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014 \(rec. núm. 2838/2014\)](#), establece una rígida división –que no es tal en el propio [RD 1620/2011](#)– entre las figuras del despido y el desistimiento. Ubicándose en el ámbito de esta última modalidad extintiva, trae a colación jurisprudencia relativa al desistimiento aplicado durante periodo de prueba a trabajadora embarazada, para afirmar que en tales casos no opera la nulidad *ex artículo 55.5 c) del ET*, sino la propia del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, lo que implica que ha de aportar un indicio razonable de móvil discriminatorio. En este concreto caso, la sala considera que la estricta coincidencia entre la reincorporación tras el permiso maternal y la extinción constituye indicio suficiente de la vulneración de derechos denunciada, por tanto, por esta vía, entiende que se ha producido un despido nulo. No obstante, estima que la indemnización a aplicar no es la prevista en el [artículo 56 del ET](#), sino la considerablemente inferior que establece el artículo 11.2 del [Real Decreto 1620/2011](#), lo que supone que se reduzca de forma notable la cuantía de la indemnización que había sido reconocida en la instancia a la empleada de hogar.

Como puede apreciarse de tan breve referencia a esta sentencia, hay divergencia de criterios en la doctrina judicial tanto respecto de si es de aplicación la nulidad objetiva en el ámbito de la relación laboral de servicio del hogar familiar como sobre cuál sea la indemnización que ha de reconocerse. Es deseable que tal disparidad sea unificada por el Tribunal Supremo en la línea de la [STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016](#), más protectora y coherente con la relevancia de los derechos implicados, lo que supondría afianzar el avance en la imprescindible dignificación de esta relación laboral especial y suavizar en este aspecto su tradicional marginación respecto de la común.

En este sentido, es inadmisibles que se mantenga el peor trato de la relación de servicio doméstico en una cuestión tan esencial y relevante como es la protección de la maternidad frente al despido, no ya solo por puro sentido de la justicia, sino también por aplicación de reglas básicas de

ordenación jurídica, como es la jerarquía normativa –la [Ley Orgánica 3/2007](#), de igualdad, en su artículo 8, establece protección frente a la discriminación durante el embarazo–. Además, en virtud de la supletoriedad, son de aplicación las previsiones de la normativa laboral común –ET– en lo no previsto en la normativa específica de servicio del hogar familiar –art. 3 b) [RD 1620/2011](#)–, por lo que la laguna sobre la calificación de la extinción del contrato de la empleada de hogar embarazada ha de integrarse acudiendo al [artículo 55.5 b\) ET](#), en línea con la sentencia comentada. En suma, salvando el efecto de la readmisión –por verse concernido el derecho a la intimidad del empleador–, el desistimiento de la relación laboral de una empleada de hogar embarazada ha de tener el mismo tratamiento que el despido de una trabajadora con una relación común que se encuentre en idénticas circunstancias, sin que la especialidad de aquella pueda anular la protección reforzada que el ordenamiento jurídico establece para esta situación.

Por lo demás, en un plano más general, pese a que el desistimiento ha ampliado su ámbito de aplicación con las regulaciones regresivas de los últimos tiempos –periodo de prueba de un año del contrato «de emprendedores»–, es una fórmula extintiva que debería revisarse con urgencia para reconducirla al estricto ámbito del periodo de prueba ordinario, en el que, además, nunca debería poder neutralizar derechos básicos del trabajador. Concretamente en relación con la relación especial de servicio doméstico, dada la función equilibradora que habría de cumplir el Derecho del Trabajo y al ser el desistimiento un despido *ad nutum*, que solo responde al interés del empleador, por lo que desprotege aún más a un colectivo particularmente débil, debería eliminarse como causa ordinaria de extinción, reconduciendo esta materia al régimen común.

Con todo, mientras ello se produce, se han de celebrar pronunciamientos judiciales como la [STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016](#), que con una acertada ponderación de valores jurídicos, hace gala de una sensibilidad social que parece faltar al legislador, quien al mantener una regulación claramente desprotectora respecto de un colectivo particularmente débil, impide que salga de su tradicional situación de marginalidad.



publicación especializada

# revistas CEF.-



## trabajo y seguridad social

**RTSS. CEF.-** recoge el estudio en profundidad y el análisis crítico y práctico tanto de **comentarios doctrinales** como de aquellos que **analizan las resoluciones judiciales de actualidad más relevantes**.

### ¡mantenga sus conocimientos actualizados al día!

- Dirigida a profesionales del Derecho del Trabajo y estudiosos de la materia, la RTSS. CEF.- comenzó su andadura en el año 1988, llegando a nuestros suscriptores, desde entonces, con **periodicidad mensual**.
- Entre los trabajos de investigación, que conforman una parte destacada de los contenidos de esta publicación, se incluyen cada año los estudios galardonados y los seleccionados como de especial interés por el jurado del **Premio "Estudios Financieros"** en las modalidades de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social** y de **Recursos Humanos**.
- Con la finalidad de mantener informado puntualmente al suscriptor, **se remite por correo electrónico un boletín quincenal** donde se recopilan, comentados o reseñados, la **legislación**, la **jurisprudencia** y los **convenios colectivos** del periodo.
- Conscientes de la importancia de internet como medio de difusión, y con el propósito de dar a conocer a un público cada vez más amplio los trabajos editados por esta revista, desde abril del año 2008 el CEF.- ofrece la posibilidad de consultar los contenidos de la edición impresa en versión electrónica **[www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm](http://www.ceflegal.com/revista-trabajo-seguridad-social.htm)**
- La revista en soporte electrónico recoge todos los comentarios y casos prácticos publicados desde 1991, facilitando la localización de estudios sobre materias concretas con inmediatez, y **permitiendo su adquisición en formato PDF**.
- Hasta el número 300 (marzo de 2008), los artículos disponibles en versión digital se corresponden exactamente con los existentes en la versión impresa. A partir del número 301 (abril de 2008), el volumen de artículos de la revista electrónica es mayor que el contenido en la versión impresa, dado que algunos estudios están disponibles exclusivamente en versión digital, reseñándose en cada número impreso el extracto y el resumen de cada uno.



**¡sáquele a su suscripción más partido!**

PRECIOS (un año)	
Revista	Suscripción
Trabajo y Seguridad Social ..... periodicidad mensual	152,50
<small>[edición impresa y digital (mensual) + boletín digital (quincenal)]</small>	

Más información en: **[www.ceflegal.com](http://www.ceflegal.com) • 902 88 89 90**

# PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS



## MODALIDADES

El CEF.- convoca cada año, con carácter nacional, el Premio Estudios Financieros para las siguientes modalidades:

- Tributación
- Contabilidad y Administración de Empresas
- Derecho del Trabajo y Seguridad Social
- Recursos Humanos
- Derecho Civil y Mercantil
- Derecho Constitucional y Administrativo
- Educación y Nuevas Tecnologías

El objeto de la convocatoria es el reconocimiento y estímulo de la labor creadora y de investigación de las distintas modalidades del Premio Estudios Financieros, para lo que se valorará el carácter práctico de los trabajos presentados.



## SOLICITUD DE LAS BASES

Puede obtener las bases del premio en las secretarías de nuestros centros o visitando

[www.cef.es](http://www.cef.es)



## PARTICIPANTES

Podrán optar al premio las personas físicas, ya sea de forma individual o colectiva. Los participantes podrán presentar uno o más trabajos, pero nunca el mismo trabajo se presentará en más de una modalidad.



## DOTACIONES ECONÓMICAS

Se otorgará un primer premio para cada una de las 7 modalidades. Además, tendrán acceso todos aquellos trabajos que los respectivos jurados consideren de interés. En ningún caso estas cuantías serán divisibles y, en consecuencia, cada premio se adjudicará a un solo trabajo.

Además, a los galardonados con el primer premio se les entregará una escultura conmemorativa del premio. Todos los trabajos premiados recibirán certificado acreditativo del premio obtenido.



## CARACTERÍSTICAS DE LOS TRABAJOS

Los trabajos (redactados en castellano) deberán ser originales e inéditos y tendrán que versar sobre materias relacionadas con alguna de las modalidades del premio. Dichos trabajos deberán estar concluidos antes de la publicación de la convocatoria en el BOE o BOCM en el mes de abril del año en curso, circunstancia esta que se acreditará mediante declaración jurada del participante.

Los trabajos tendrán un mínimo de 25 páginas y un máximo de 40, incluyéndose en este número de páginas la bibliografía, que no debe ser superior a 2 páginas. Se presentarán por duplicado, mecanografiados, a doble cara y en hojas de tamaño normalizado (DIN-A4). El tamaño de la letra será de 11 puntos y el interlineado, de 1,5. Comenzarán con un resumen o extracto de un máximo de 15 líneas. A continuación se expondrá el sumario o índice del trabajo.

Quedarán excluidos los trabajos que no cumplan las indicaciones anteriores.



## LUGAR Y PLAZO

Los trabajos se presentarán en las secretarías de cualquiera de nuestros centros de Barcelona, Madrid y Valencia. El plazo de entrega finaliza el día 30 de abril.



P.º Gral. Martínez Campos, 5  
Gran de Gràcia, 171  
Alboraya, 23  
Ponzano, 15

28010 MADRID  
08012 BARCELONA  
46010 VALENCIA  
28010 MADRID

[www.cef.es](http://www.cef.es)  
[info@cef.es](mailto:info@cef.es)  
902 88 89 90  
914 44 49 20