

**CONCILIACIÓN Y TRABAJO DOMÉSTICO: UN RETO PARA
LAS POLÍTICAS SOCIO-LABORALES DEL SIGLO XXI.
EL DECISIVO PAPEL DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA**

***CONCILIATION AND DOMESTIC WORK: A CHALLENGE FOR
THE SOCIO-LABOUR POLICIES OF THE 21ST CENTURY.
THE DECISIVE ROLE OF THE COURTS OF JUSTICE***

M^a LUISA RODRÍGUEZ COPÉ

*Derecho de Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Córdoba*

Artículo recibido el 9 de mayo de 2019
Artículo aceptado el 27 de mayo de 2019

RESUMEN

El trabajo doméstico y de cuidados es un componente imprescindible para el bienestar y el sostenimiento de la sociedad. Paradójicamente, el empleo en el hogar familiar se perpetúa como una tarea para mujeres que, lamentablemente, trabajan en la mayoría de los casos en condiciones de servidumbre moderna; la razón la encontramos en que, al seguir siendo un trabajo que recae exclusivamente en el ámbito privado de los hogares, los poderes públicos no han diseñado políticas adecuadas, ni destinado recursos suficientes, ni valorado un servicio que, tradicionalmente, ha sido prestado gratuitamente por mujeres, en sus hogares o, en condiciones precarias, en las casa de otros.

Es objetivo de este trabajo analizar el impacto de las políticas públicas en el terreno de la corresponsabilidad y conciliación de intereses familiares y laborales desde la perspectiva de la trabajadora doméstica. Ello se lleva a cabo atendiendo a una doble visión, que estructura en dos partes el estudio: por un lado, la posición de la empleada de hogar como elemento clave, en ausencia de alternativas públicas, para lograr la conciliación de intereses domésticos y laborales de las

familias y, por otro, como beneficiaria misma de las medidas de conciliación contempladas. El análisis de las posturas mantenidas por los Tribunales de Justicia, a través del estudio de sentencias recientes en un tema de vital importancia como es la maternidad de la trabajadora, completa el análisis.

PALABRAS CLAVE: Conciliación; empleada de hogar; políticas públicas; maternidad; líneas judiciales.

ABSTRACT

Domestic and care work is an essential component for the welfare and sustainability of society. Paradoxically, employment in the family home is perpetuated as a task for women who, regrettably, work in most cases in conditions of modern servitude; The reason is that, as it continues to be a work that lies exclusively in the private sphere of households, the public authorities have not designed adequate policies, nor earmarked sufficient resources, nor valued a service that has traditionally been Provided free of charge by women, in their homes or, in precarious conditions, in the house of others.

The objective of this work is to analyse the impact of public policies in the field of stewardship and reconciliation of family and labor interests from the perspective of the domestic worker. This is done in response to a double vision, which structures the study in two parts: on the one hand, the position of the home employee as a key element, in the absence of public alternatives, to achieve the reconciliation of domestic and labor interests of the families and, on the other, as a beneficiary of the conciliation measures envisaged. The analysis of the positions maintained by the courts of justice, through the study of recent sentences, on a topic of vital importance as the maternity of the worker completes the analysis.

KEYWORDS: Conciliation; household employee; public policy; maternity; judicial lines.

SUMARIO

Punto de partida.

1. LA INEFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCILIACIÓN: EL ROL DE LA TRABAJADORA DOMÉSTICA.

1.1.- Introducción.

1.2.- Las políticas públicas de conciliación como propulsoras de la externalización (y privatización) de los trabajos en el hogar familiar.

2. LA CONCILIACIÓN DE LA TRABAJADORA DOMÉSTICA: ¿DERECHO O UTOPIA?

2.1.- Políticas vigentes para la conciliación. Breve apunte.

2.2.- La perspectiva judicial ¿de género? en los casos planteados por las madres-trabajadoras del hogar familiar. La maternidad, obstáculo insalvable para la conciliación familiar y laboral de la trabajadora doméstica:

2.2.1.- Las deficiencias del marco jurídico regulador de la extinción de la relación laboral especial de empleados de hogar y sus consecuencias en el ejercicio de los derechos de conciliación de las trabajadoras domésticas: análisis de la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018.

2.2.2.-La, aún más difícil, conciliación de intereses familiares y laborales de la inmigrante-empleada de hogar.

a) Breve repaso normativo

b) La maternidad y/o cuidado de hijos como obstáculo para el mantenimiento de la regularidad administrativa de las inmigrantes empleadas de hogar. STSJ de Madrid de 23 de enero de 2018.

3. REFLEXION FINAL

BIBLIOGRAFIA

PUNTO DE PARTIDA.

El punto de partida no plantea discusión: Las transformaciones sociales habidas en las últimas décadas han afectado directamente a la organización de la familia, y se han traducido en una cada vez más difícil compatibilización entre el trabajo *productivo* y *reproductivo*. Históricamente, las labores domésticas y de cuidados han sido realizadas casi exclusivamente por mujeres. Estas mismas mujeres, al salir fuera a

trabajar, han tenido que delegar en otras el cuidado de su hogar y de sus familiares dependientes, perpetuándose así el rol femenino de cuidadora y ama de casa¹.

Carecemos de políticas públicas efectivas encaminadas a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de los ciudadanos. España ha estado sistemáticamente a la cola de los países de la OCDE en inversión en familia, muy lejos de los que más invierten en este aspecto, como Reino Unido, Dinamarca, Francia o Suecia. La ausencia, durante décadas, de una cultura para la conciliación y corresponsabilidad ha dejado una huella difícil de borrar. Tenemos uno de los mercados laborales más disfuncionales de Europa y esta disfuncionalidad está en la base de las dificultades que afrontan mujeres y personas trabajadoras para conciliar su vida personal y laboral. Las políticas de dependencia y conciliación deben tener la capacidad de mejorar la calidad de vida tanto de quienes necesitan ayuda y/o cuidados como de quienes los prestan. Son medidas públicas encaminadas a mejorar la cobertura de nuestro Estado de Bienestar en beneficio del conjunto de los ciudadanos.

Nuestro modelo de relaciones laborales, en el que el trabajo “en negro” tiene un mayor desarrollo que en otros países y, sobre todo, goza de una aceptación social más amplia, la insuficiencia de políticas eficaces para la conciliación de obligaciones y la persistencia de patrones muy desiguales- desde el punto de vista del género- en la atribución de las responsabilidades familiares, explican la necesidad que tienen las familias de recurrir a personas externas para poder hacer frente a las obligaciones cotidianas de su espacio *reproductivo*. A lo largo de estos años hemos podido comprobar como la externalización de las tareas domésticas continúa generando desigualdades al ser nuevamente realizadas por mujeres, esta vez asalariadas, que prestan sus servicios en condiciones precarias², con muchas dificultades para poder conciliar el trabajo con sus propias necesidades personales y familiares.

Resulta interesante analizar el impacto de las políticas públicas en el terreno de la corresponsabilidad y conciliación de intereses familiares y laborales desde la perspectiva de la trabajadora doméstica que se convierte, por una parte, en elemento esencial para que las familias españolas puedan conciliar y, por otro, en beneficiaria de estas medidas conciliadoras como persona trabajadora que es. Con respecto a esta última cuestión, nos centraremos en el caso de la trabajadora-madre, partiendo para ello, por el indudable interés, del análisis de las posturas judiciales mantenidas en pronunciamientos recientes. Desde este enfoque bidireccional, en las siguientes líneas, trataremos de dilucidar aspectos esenciales de las dos perspectivas.

¹ Aguilar Idáñez, M.J. (Dir.). (2008). Servicio doméstico: discriminación y condiciones de trabajo en la externalización del cuidado, desde la perspectiva de género. I Congreso Internacional sobre Género, Trabajo y Economía Informal. GIEMIC. Universidad de Castilla- La Mancha.

² Muy interesante el trabajo de García, C., Santos, L. Valencia, N. (2014). “La construcción social del mercado laboral doméstico en España a comienzos del siglo XXI”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, nº 1, pp. 101-131, con especial tratamiento del fenómeno migratorio (mujer inmigrante empleada de hogar) y sus efectos en la cultura de cuidados.

1.- LA INEFICACIA DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONCILIACIÓN: EL ROL DE LA TRABAJADORA DOMÉSTICA.

1.1.- Introducción.

La igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral es un objetivo social claro de la normativa europea³, hoy en día arraigado en los artículos 19, 153.1 y 157 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TEUE). El artículo 23 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales reconoce la igualdad de trato entre hombres y mujeres en todos los ámbitos, incluyendo el empleo, el trabajo y la retribución. Asimismo, la igualdad por razón de género se convierte en estandarte en directivas emblemáticas como la 75/117 de 10 febrero de 1975, en el aspecto retributivo, y en la 76/207 de 9 febrero de 1976, de modo general, luego modificada por la 2002/73 de 5 octubre 2002. Este reconocimiento pleno confluye en la vigente Directiva 2006/54 de 5 julio 2006, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. La proyección de este principio igualitario por razón de género es muy amplia abarcando las retribuciones y el conjunto de condiciones laborales, desde el acceso al empleo y la contratación, al desarrollo del contrato de trabajo y despido. La normativa europea establece una clara prohibición de discriminación laboral por razón de género, tanto en su formulación directa como indirecta, y exige a los Estados Miembros una tutela antidiscriminatoria efectiva. Todo ello en el contexto de la más genérica Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

De manera más específica, la conciliación laboral, familiar y personal ha sido y es un objetivo social conexo con la igualdad de género, pero con entidad propia. El artículo 33 de la Carta Europea de derechos fundamentales reconoce este derecho a la conciliación laboral, familiar y personal, así como la protección de la maternidad. En este marco, la Directiva Europea 2006/54, de igualdad de género, implica una protección específica del embarazo y la maternidad, desarrollada también, desde la perspectiva de los riesgos laborales, en la Directiva Europea 92/85. En conexión con esta protección singular, el marco europeo de conciliación familiar y laboral está desarrollado, inicialmente, en la Directiva 96/34 de 3 junio de 1996, que aplica el acuerdo social europeo de permisos parentales, y posteriormente, en la Directiva Europea 2010/18 de 8 marzo 2010, que vuelve a aplicar un renovado acuerdo social europeo de permiso parental, que intensifica la corresponsabilidad en las responsabilidades familiares.

El Parlamento Europeo aprobó, en sesión plenaria del día 4 de abril de 2019, su posición en primera lectura sobre la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y*

³ Extraído del texto de la Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (BOCG de 22 de junio de 2018).

del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, y con la que se pretende reforzar el derecho a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores familiares.

Las instituciones europeas no han cesado de perseguir dos objetivos: una igualdad de género laboral efectiva y una adecuada y corresponsable conciliación laboral, familiar y personal. Así lo muestran la estrategia europea para la igualdad entre hombres y mujeres 2010-2015 y 2016-2019, con objetivos políticos muy marcados en esta doble dirección.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución española consagra, en su artículo 14, entre otros, el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. Además, el artículo 9.2 establece la obligación de los poderes públicos de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". La aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pionera en el desarrollo legislativo de los derechos de igualdad de género en España, supuso un antes y un después en la inclusión transversal del principio de igualdad en las políticas públicas⁴. En ella, los derechos de conciliación se reconocen como un criterio general de actuación, que aparecen dispersos por toda la norma.

El reconocimiento de la igualdad formal de las mujeres, y la incorporación del mismo a las relaciones laborales, ha contribuido a asentar los principios básicos en torno a la conciliación familiar y laboral, provocado, en las últimas décadas, una profunda transformación tanto de los roles femeninos como de los modelos familiares. Sin embargo, no debemos olvidar que es la mujer la que tradicionalmente ha desempeñado el rol doméstico, por lo que, todavía hoy, es la que soporta la carga de compaginar sus obligaciones personales, familiares y laborales. La asunción por parte de las mujeres de un rol público, no ha significado ni la desactivación del rol privado tradicional, ni la reorganización del espacio público, ni tampoco la orientación de los varones hacia el trabajo doméstico. En muchas ocasiones las mujeres encuentran dificultades y obstáculos en el acceso al empleo, en la permanencia o reinserción en el mercado laboral y en la promoción dentro de su carrera profesional por atender obligaciones de carácter familiar, ya sea el cuidado de los hijos, personas enfermas o

⁴ Recordemos que la Ley 39/99 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, regula por primera vez y específicamente esta cuestión. Por medio de ella, se llevó a cabo la transposición al ordenamiento jurídico español de dos directivas comunitarias y se realizó un importante reconocimiento de derechos de conciliación, aunque no consiguió cambios en la estructura social, ni en los roles y estereotipos masculino y femenino existentes.

mayores dependientes y/o tareas propias del hogar. La escasa cultura de corresponsabilidad provoca consecuencias evidentes, disminuyendo considerablemente, a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno, las alternativas con las que cuentan las mujeres para hacer frente a estas responsabilidades. La corresponsabilidad se ha de dar no sólo entre el varón y la mujer (la naturaleza del término, creado por el Derecho de la Unión Europea, no es solo *familiar*, también es *social*), sino entre todos los agentes sociales, y es aquí donde entran en juego las administraciones públicas y sus políticas y aquí se observa también la debilidad de nuestro sistema de bienestar. Pensemos en que si se legisla en nombre de la igualdad de género pero privatizando los servicios que facilitan la conciliación de intereses, la desigualdad se dispara; y decimos esto porque, mientras un pequeño grupo de mujeres privilegiadas tendría oportunidad de promocionarse profesionalmente y “emanciparse” del trabajo doméstico externalizándolo (en la mayoría de los casos, lamentablemente, a costa de la precariedad laboral de otras trabajadoras), la mayoría de las mujeres se verían obligadas a asumir las dobles jornadas dentro y fuera del hogar familiar.

Desde la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, hasta la actualidad, se han producido importantes avances; se han incluido innovaciones a un sistema de figuras jurídico-laborales que ya existían en torno a la conciliación, pero que van a incidir, sobre todo, en materia de tiempo, al rescatar del empleado en el trabajo periodos más o menos cortos para dedicar a cuestiones familiares⁵. A pesar de que la propia Ley reconoce como fin primordial el fomento de la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, no deja de ser una mera declaración de intenciones pues el legislador continúa contemplando los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde una óptica femenina. En la práctica, las mujeres son las que ejercen los derechos de conciliación y esto contribuye a mantener la distribución tradicional de funciones productivas y de cuidados y a fortalecer la situación desigual y discriminatoria de la mujer en el acceso al empleo y en las condiciones laborales, relegándola frecuentemente a empleos secundarios y actuando siempre como freno a su promoción profesional⁶.

Las políticas públicas más recientes suponen avances en este sentido. Sin embargo, como la realidad evidencia, las medidas son claramente insuficientes pues, aunque se ha avanzado en el marco formal, esta sigue siendo la asignatura pendiente para gran parte de aquellos que tienen que ponerla en práctica; la gran ausente es la conciencia social.

⁵ En lo que respecta a la regulación legal, los avances habidos en las últimas décadas han sido evidentes. Las medidas contempladas en la actualidad para la conciliación de los intereses familiares y laborales de las personas trabajadoras se reflejan, principalmente, en el Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) que, recogiendo el mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo, lo traslada a las relaciones laborales.

⁶ Al respecto, Espejo Megías, (2018). *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral*. La Ley, p. 139. La autora considera que es necesario un cambio de rumbo en el actual sistema de cuidados al constatar que acentúa la división sexual del trabajo y la exclusión socio-laboral de la mujer. Recuerda el mandato dirigido a los poderes públicos en virtud del artículo 9.2 de la Constitución Española.

1.2.- Las políticas públicas de conciliación como propulsoras de la externalización (y privatización) de los trabajos en el hogar familiar.

Centrándonos en nuestra materia, observamos que existe una estrecha relación entre el marco normativo interno, el modelo de Estado de Bienestar de un país y el recurso a la contratación de personas para realizar las tareas del ámbito doméstico. Como modelos imperantes en Europa nos encontramos, por una parte, con el modelo liberal, con Reino Unido como país de referencia; en él se recurre a las empleadas de hogar, en particular, inmigrantes, pero no contratadas directamente por las familias, sino por centros o agencias especializadas, que ocupan estos puestos únicamente si están regularizadas- en caso de extranjeras- y tienen una formación profesional acreditada, pudiendo acceder a los mismos y permaneciendo en ellos por las reticencias de las mujeres autóctonas a desempeñarlos dadas las duras condiciones de trabajo y el escaso prestigio social. Por otra parte, en el modelo socialdemócrata, como es el caso de Holanda, las familias no tienen necesidad de acudir al servicio doméstico por la existencia de una amplia oferta de servicios públicos. Además, es muy difícil el acceso a estos puestos; para poder ocuparlos se exige cualificación y especialización. El elevado control existente sobre las prestaciones económicas que reciben las familias hace aún más complicado destinarlo a la contratación de un perfil de persona trabajadora que no cumple con los requisitos que el marco regulador exige para este tipo de actividad. Finalmente, el modelo mediterráneo, propio de países como Italia, Grecia y España que tienen en común dos elementos: un gasto reducido en servicios de atención a los cuidados y una importante extensión de la economía sumergida y del empleo irregular con la aceptación social de todas las facetas derivadas de estas prácticas. Este régimen se caracteriza por la escasa implicación de las administraciones públicas y la ausencia de una respuesta eficaz por parte del mercado privado, lo que impulsa a las familias (ante la dificultad de poder atender de otro modo a las obligaciones familiares y laborales) a buscar otras alternativas a través de las contrataciones informales de mujeres para las labores domésticas. El caso español es un claro reflejo de este modelo en el que se propicia la externalización de las tareas del hogar; y ello a pesar de la existencia de un sistema de protección social cada vez más desarrollado pero no por ello exento de lagunas y carencias⁷.

En países con el mismo nivel de desarrollo económico y social que el nuestro la ayuda doméstica resulta obsoleta, reducto del pasado, porque, al mismo tiempo que las mujeres se han ido incorporando al mercado laboral y los modelos familiares han evolucionado, los gobiernos han diseñado políticas y servicios para la conciliación. Por el contrario, en España, a partir de los años 90 el servicio doméstico en lugar de desaparecer resurgió con fuerza. Por tanto, uno de los factores claves que hacen

⁷ Es preciso tener en cuenta elementos sociales, culturales, económicos y demográficos para explicar la tendencia hacia la mercantilización o hacia otras fórmulas de cuidados domésticos. Al respecto, Martínez-Buján, R. (2014). “Los modelos territoriales de organización social del cuidado a personas mayores en los hogares”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 145, pp. 99-124.

entender mejor el papel fundamental de las empleadas de hogar en la conciliación de los intereses familiares y laborales de las personas trabajadoras⁸ es, precisamente, la ausencia de políticas adecuadas. La falta de sensibilización junto con la insuficiencia - o la inadecuada gestión- de estas políticas se traduce en la debilidad de los servicios públicos y en la ausencia de un mercado privado de cuidados accesible a las familias, aspectos que, sin duda, hacen entender el recurso a las empleadas de hogar que ofrecen mayor adaptabilidad y disponibilidad⁹.

Dejando patente esta realidad, tendríamos que hacer hincapié en otro punto que no podemos pasar por alto: la relación causal entre el sistema de prestaciones económicas derivado de la conocida como “Ley de la Dependencia” y el recurso a mujeres como cuidadoras¹⁰. Los datos corroboran que el sector del cuidado es uno de los *ghettos* laborales más descualificados y precarios y en el que mayormente se concentran las trabajadoras del servicio doméstico, en particular inmigrantes. La Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia y a las familias de España (Ley 39/2006, de 14 de noviembre) previó que, únicamente cuando no fuese posible el acceso a un servicio público o concertado de atención y cuidado, se podía percibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales.

Con puntualizaciones¹¹, la prestación económica de cuidados en el entorno familiar ha tenido, en general, mucho mayor desarrollo que la oferta de servicios profesionales formales, entendiendo por tales los ofrecidos por los centros residenciales,

⁸En particular, de las mujeres que, en un alto porcentaje siguen siendo las “obligadas” a coordinar trabajo productivo y reproductivo. Pensemos que todas las medidas que el legislador viene contemplando para lograr la conciliación no pueden quedar limitadas a una mejor distribución del tiempo dedicado al cumplimiento derivado de las obligaciones familiares y laborales, sino que han de estar orientadas a la consecución de una igualdad entre mujeres y hombres dirigiéndose tanto al varón como a la mujer, teniendo en cuenta en todo momento las particularidades de cada sexo, de tal manera que con ello se promueva la corresponsabilidad y se compense y subsane la discriminación y penalización a las que la mujer se ve sometida. Son necesarios mecanismos y fórmulas que impongan las mismas obligaciones personales y familiares a los hombres y a las mujeres, de manera que trabajadoras y trabajadores tengan idénticas condiciones de empleo y laboralidad. Las soluciones aportadas hasta ahora por el legislador tienden a apartar a la mujer de su entorno laboral y concederle más tiempo de permiso para que continúe responsabilizándose del hogar.

⁹ En algunas CC.AA., como medidas de conciliación, se prevén ayudas específicas para emplear a personas trabajadoras del hogar familiar. El objeto de estas medidas es promover la efectividad de los derechos de conciliación de la vida laboral de las personas trabajadoras con su vida familiar y personal a través de la concesión de subvenciones destinadas a posibilitar la contratación de estas personas que, con su trabajo, van a facilitar la conciliación familiar y personal de sus empleadores. Como ejemplo, Orden de 16 de julio de 2018 de la CC.AA. de Extremadura, por la que se aprueba la convocatoria de las subvenciones destinadas a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral correspondiente al ejercicio 2018-2019.

¹⁰Véase, Nogueira, J./Zalakain, J. (2015), *La discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes trabajadoras en servicios domésticos y de cuidados en la CAE*. Instituto Vasco de la mujer, p. 41, con cita de otros autores.

¹¹ Estamos ante una ley estatal gestionada por cada Comunidad Autónoma, lo que ha provocado desequilibrios y diferencias, al no implantarse por igual en todo el país. Por ejemplo, en Baleares se dan un 70,8% de ayudas económicas en detrimento de servicios como plazas en residencias o centros de día, mientras en Madrid ocurre el fenómeno contrario.

de atención diurna y nocturna, o el servicio de asistencia a domicilio, ya sea para atender a las necesidades del hogar o a cuidados personales. Sin duda, la Ley de Dependencia potenció las prestaciones en metálico para sufragar privadamente la atención en el hogar frente a prestaciones en especie. Este hecho, unido a la desconfianza de las familias y de los usuarios directos respecto a esos servicios, justifican los motivos por los que, en la mayoría de los casos, se optase por la prestación económica con evidentes efectos directos en el incremento de la contratación de trabajadoras domésticas¹². No obstante, habría que matizar al respecto, pues la esencia no radicó en la existencia de ayudas económicas dirigidas a las personas dependientes o a sus familias, sino en el grado de control sobre el uso de las mismas llevado a cabo por la Administración Pública, casi inexistente en España a diferencia de otros países de nuestro entorno¹³. En este contexto, no puede pasar desapercibida la entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (*medidas antidéficit*) que estableció, entre otras cosas, una reforma del Sistema con recortes en las prestaciones y aumento del copago, lo que unido a la situación de crisis y desempleo vividas por las familias españolas precarizó las condiciones de trabajo en el servicio doméstico al que se recurría como única opción ante la inexistencia de otros servicios o prestaciones o el encarecimiento de las mismas.

Bajo nuestra perspectiva, y dadas las consecuencias derivadas del escaso control y, por ende, del uso inadecuado de las ayudas y/o subvenciones a las que nos hemos referido (traducidas en las condiciones laborales pésimas a las que se enfrentan la mayoría de las empleadas de hogar –en parte por las deficiencias de la propia regulación de esta relación laboral de carácter especial¹⁴, en parte por el uso fraudulento de la misma-), el sector público debería socializar las tareas domésticas y de cuidados; la responsabilidad sobre el trabajo digno de las personas empleadas de hogar no puede estar en las posibilidades económicas o en la buena o mala fe de la persona empleadora. Son los poderes públicos los que están obligados a ofrecer una red de servicios (escuelas infantiles, comedores, centros culturales y de ocio, atención a los dependientes, centros de día, etc...) de calidad, accesibles y con condiciones laborales dignas para ser cubiertos por personal cualificado, de los que se puedan beneficiar todas las personas trabajadoras. No olvidemos que, en nuestro mercado de trabajo, las

¹² En el Primer Informe de Evaluación del Sistema de Atención a la Dependencia (2009) se señalaba la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y el reconocimiento oficial de los cuidadores informales en los sistemas de seguridad social, “pues ignorar esta realidad es dar la espalda a algo que cada vez se extiende más: la atención a las personas dependientes en el hogar a través de cuidadores sin contrato y con nula o muy baja formación”.

¹³ Muy interesante el comentario de Nogueira, J./Zalakain, J. (2015), cit., p. 42, cuando afirma que, solo cuando los sistemas de prestaciones económicas no están sujetos a suficiente control (es decir, cuando los beneficiarios pueden hacer el uso que deseen de esos ingresos) pueden contribuir a incrementar la demanda de cuidadoras inmigrantes”.

¹⁴ Véase, Miñarro Yanini, M. (2013) *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Madrid. Editorial Reus, con pormenorizada descripción del régimen jurídico de aplicación.

desigualdades de género tienen carácter estructural, siendo el sector de empleo doméstico uno de los más afectados por dicha desigualdad. De este modo, se podrá garantizar unas condiciones dignas con las que romper la tradicional división sexual que se ha asignado al trabajo doméstico y únicamente, de este modo, se lograría la incorporación socio-laboral plena de la mujer, evitando la especialización por género y fomentando la tan ausente cultura de la corresponsabilidad en materia de cuidados y limpieza doméstica.

Salvo excepciones, la visión *política* de la empleada de hogar es desde el punto de vista de la familias. La perspectiva que los gobiernos tienen de este colectivo es totalmente mercantilista: estas trabajadoras sirven para que las familias españolas- y en particular las mujeres- puedan conciliar. Las personas que trabajan como empleadas del hogar lo que hacen en realidad es cubrir necesidades que deberían estar asumidas por el sistema público. La reorganización social, política y económica de los cuidados en el hogar mediante el aseguramiento de políticas públicas de bienestar y, en concreto, del diseño, implementación y puesta en práctica de medidas dirigidas a compatibilizar intereses personales y laborales que tengan en cuenta la especial posición de las mujeres-trabajadoras, resulta ser elemento fundamental.

2. LA CONCILIACIÓN DE LA TRABAJADORA DOMÉSTICA: ¿DERECHO O UTOPIA?

La situación socio-laboral de las mujeres empleadas de hogar en nuestro país depende de numerosos factores: aspectos sociales (en especial, los cambios en el modelo de organización familiar derivados, en gran parte, de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo), demográficos (el envejecimiento de la población, el importante peso de la inmigración...) y económicos (con un gran protagonismo de la economía sumergida y una evidente segmentación del mercado de trabajo). Por supuesto, el marco de regulación vigente constituye un factor clave. Por un lado, como hemos visto, las políticas públicas dirigidas, de una parte, a la protección de la familia, en particular las que prevén medidas para conciliar la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y, de otra, las acciones tendentes a la atención y cuidado de las personas dependientes; por otro lado la regulación normativa de esta relación laboral especial, deficiente en muchos aspectos. Tales carencias nos legitiman a hablar de una *des-regulación* del trabajo doméstico¹⁵, que se hace evidente cuando identificamos y discutimos los distintos problemas que afectan con especial virulencia a las trabajadoras del sector: tasas elevadas de empleo sumergido, pluriempleos discontinuos, dificultad para acreditar períodos de trabajo importantes (con los subsiguientes obstáculos para poder renovar los permisos de trabajo y residencia en los casos de mujeres inmigradas), jornadas variables, salarios bajos y desactualizados con respecto al IPC, salario por

¹⁵ Véase, al respecto, Proposición no de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, sobre los derechos de los trabajadores y trabajadoras del hogar (BOCG de 16 de julio de 2018).

debajo del S.M.I. en una porción significativa de los empleos sumergidos en el sector; cotizaciones a cargo de la propia empleada, exclusión en el acceso a las prestaciones y subsidios por desempleo, al derecho a la jubilación parcial y anticipada y dificultad para acceder al sistema de pensiones (en los casos de empleo sumergido); además, es habitual la escasez de elementos de salubridad y materiales de seguridad en los hogares, quedando la prevención de riesgos laborales a voluntad del empleador, y en muchas ocasiones ninguneados los riesgos psicosociales surgidos de situaciones abusivas. A todo ello se le une la falta de inspecciones de trabajo (tanto a hogares como a intermediarios laborales) y la persistencia de discriminación laboral por razones de edad y procedencia, fundamentalmente. Si atendemos a otras cuestiones, el conocido como *techo de cristal* apenas tiene trascendencia en este sector, resultando ser una cuestión laboralmente ajena para las trabajadoras del servicio doméstico que tienen escasas o nulas posibilidades de movilidad. Por último, hay que hacer hincapié en que por las características de esta actividad, **el asociacionismo y la afiliación sindical son bajos**, y el convenio colectivo aplicable al sector es inexistente; por tanto carecen de instrumentos sociales para reivindicarse, tener voz y avanzar en la mejora de sus condiciones de trabajo¹⁶.

Sin embargo, un problema mucho más generalizado y, sin embargo, silenciado en este sector es la imposibilidad de conciliación entre la propia vida personal, familiar y laboral de la trabajadora de hogar. La norma de aplicación solo se refiere una vez al término “conciliación” y lo hace cuando, en su Exposición de Motivos, menciona las modificaciones que la nueva regulación incluye en materia de tiempo de trabajo, permitiendo, de este modo, el ejercicio de los derechos vinculados a la conciliación de los empleados de hogar en términos de igualdad con los demás trabajadores.

Para centrarnos en esta cuestión, y como antesala, debemos señalar algunos aspectos elementales.

2.1.- Políticas vigentes para la conciliación. Breve apunte.

En primer lugar, hay que hacer hincapié en que nuestro Estado de bienestar está construido sobre cuatro pilares clásicos: la educación, la sanidad, la protección por

¹⁶ España no ha procedido aún a la ratificación del convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ni de la Recomendación 201 sobre trabajo doméstico lo que, sin duda, ahonda en las condiciones de invisibilización y discriminación de este trabajo. La ratificación del Convenio 189 supondría que el Estado Español se comprometiese firmemente a regular y velar por la inclusión plena en el Régimen General de la Seguridad Social, la protección efectiva frente a toda forma de acoso, abuso y violencia en el trabajo, la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a sus condiciones laborales - horas de trabajo, compensación de las horas extraordinarias, períodos de descanso diarios y semanales, vacaciones anuales pagadas y régimen de extinción, con la eliminación de la figura del desistimiento, y en sus derechos sindicales – libertad sindical y reconocimiento efectivo del derecho a la negociación colectiva-. Asimismo, la garantía de condiciones de seguridad y salud en el trabajo, con determinación y prevención de riesgos laborales, propiciando la inclusión en el ámbito de aplicación de las Ley de Prevención de Riesgos Laborales de las personas trabajadoras en este sector.

desempleo y las pensiones públicas, a los que hace unos años se añadió el de las llamadas “políticas de dependencia”. Ha sido objetivo de los gobernantes dotar de inversión y ampliar este pilar para la dependencia y añadir uno nuevo: las políticas de conciliación y natalidad.

A la hora de diferenciar las concretas medidas que configuran el panorama normativo de la conciliación de la vida familiar y laboral, hemos optado por clasificarlas en cuatro grandes grupos: la protección a la maternidad biológica, las medidas de conciliación propiamente dicha, la protección a la institución familiar en situaciones especiales y los incentivos para la contratación o conservación del empleo de trabajadores con responsabilidades familiares.

Dentro de cada uno de estos grupos, las diferentes medidas se concretan a través de diversos instrumentos dependiendo del fin directo que persigan y a quienes vayan dirigidas:

- Permisos retribuidos o licencias – previo aviso y justificación y sin pérdida de retribución- para poder atender puntuales necesidades familiares¹⁷.
- Suspensiones contractuales y excedencias¹⁸.
- Reducciones de jornada¹⁹.
- Prestaciones de la Seguridad Social, ya económicas (pago periódico por hijo a cargo, maternidad/paternidad...); o no económicas (consideración como período de cotización del primer año de excedencia por cuidado de hijos).

Existen otras medidas consistentes en la asunción pública de determinados gastos de manera directa (transferencias monetarias o en especie) o indirecta (deducciones fiscales) y/o la promoción y fomento de iniciativas privadas mediante la puesta en marcha en las empresas de programas para armonizar trabajo y familia.

Atendiendo, por tanto, a la regulación vigente distinguiríamos tres tipos básicos de políticas que podríamos denominar “de familia”²⁰. Dos de ellas inciden de manera

¹⁷ Nacimiento de un hijo, enfermedad, hospitalización o accidente de hijos/parientes (art. 37.3. LET), lactancia de un hijo menor de 9 meses (art. 37.4. LET).

¹⁸ Maternidad/paternidad biológica a partir de las 6 semanas posteriores al parto, maternidad/paternidad legal, excedencias por cuidado de hijos y por cuidado de familiares.

¹⁹ Lactancia de hijo menor de 9 meses (art. 37.4 párr. 2º LET), guarda legal de menores de 12 años o discapacitados o cuidado de familiares (art. 37.6 LET), por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (art.37.6 párr. 2º LET).

²⁰ La mayor parte de las medidas dirigidas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral (la maternidad, permisos parentales, ordenación del tiempo de trabajo...etc) se engloban bajo las políticas sociales, de empleo e igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en lugar de tratarse bajo la óptica de políticas de familia. La rentabilidad y las ventajas de implantar la materia de la conciliación como políticas familiares en sí mismas, son constatables pues reportan mejoras de la salud, seguridad,

directa en la conciliación de intereses familiares y laborales, asegurando el “derecho a la ausencia” de las personas trabajadoras; dentro de ellos debemos diferenciar entre permisos retribuidos (maternidad, paternidad, lactancia, derecho al disfrute de las vacaciones en periodos diferentes a los señalados inicialmente por coincidencia con una incapacidad temporal derivada del embarazo, parto o lactancia natural o con el periodo de suspensión del contrato por maternidad o paternidad y otros permisos, regulados en el artículo 37.3 y que se refieren a los casos de enfermedad, hospitalización y fallecimiento de familiares) y permisos no retribuidos, incluyendo aquí la reducciones de jornada y las excedencias. El tercer tipo de medida, si bien tiene como fin favorecer la conciliación, lo hace de manera indirecta, contemplando recursos monetarios (prestaciones por maternidad, por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, subvenciones, desgravaciones fiscales...) orientados a ofrecer una compensación por la ausencia de salario durante los períodos de inactividad y/o los costes que conlleva la crianza o cuidado de personas dependientes. En un altísimo porcentaje, las empleadas domésticas, al no cumplir los requisitos que la norma exige – afiliación /alta y/o cotización -, estarán excluidas de este tipo de ayudas.

No obstante, las políticas de conciliación adecuadas no son las que simplemente aseguran permisos sino las que, conscientes de sus efectos, propugnan la acomodación temporal y la adaptación de la jornada u horario de trabajo a las necesidades personales, familiares y laborales de los implicados (derecho a la presencia)²¹. Medidas de flexibilidad laboral como el establecimiento de horarios menos rígidos, con posibilidades de ajustes de entrada y salida, la recuperación de horas, la distribución irregular de jornadas, jornadas intensivas... son elementos correctores que se han ido introduciendo en las políticas de conciliación²². El Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, dedica buena parte de su articulado a garantizar los derechos de conciliación, favoreciendo la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares. De este modo, las decisiones empresariales en materia de gestión del tiempo de trabajo – distribución

atención y cuidado familiar, igualdad y también suponen mejoras económicas. Así lo pone de manifiesto el interesante estudio de LLuch Frechina, E. (2010). “Medidas de conciliación y resultados empresariales”, en la obra de VV. AA (Coord. ABRIL STOFFELS, R.), *Informe sobre políticas públicas de promoción de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, p. 245- 260. Recuperado de: Disponible en: <http://dspace.ceu.es/handle/10637/7822>. (Última consulta: 2 de mayo de 2019).

²¹ Ballester Pastor, M.A. (2010) “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”. *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pp. 99 a 114.

²² El propio Tribunal Constitucional en su sentencia 3/2007, de 15 de enero, ha llamado la atención sobre la necesidad de tener en cuenta la dimensión constitucional de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art 14 de la Constitución Española) de las mujeres trabajadoras como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art 39 ídem), lo que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa. Al respecto, Rodríguez Copé, M.L. (2018) “El alcance del derecho a adaptar la jornada y a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver”. *Temas Laborales* 141/2018, pp.175-185.

irregular de la jornada, adaptación de la misma²³, etc.-, movilidad geográfica o modificación sustancial de las condiciones de trabajo estarán condicionadas por el respeto y consideración a los derechos de conciliación. Además, ciertos permisos, suspensiones de contratos y excedencias se convierten en derechos individuales de las personas trabajadoras que, sin posibilidad de transferencia, pueden ser ejercidos indistintamente por uno o por otro de los progenitores²⁴ y, como medida que fomenta la corresponsabilidad, se introducen nuevos incentivos cuando la reducción de jornada para el cuidado del lactante, el permiso por cuidado de menor de doce meses o la excedencia por cuidado de hijo menor de tres años son ejercidos en términos equivalentes por los dos progenitores²⁵. El texto, remarcando el derecho de los trabajadores a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral²⁶, manifiesta que es esencial tener presente que en la relación de trabajo las personas trabajadoras, mujeres u hombres, tienen derecho a ejercer la corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral.

Junto a estas medidas de carácter jurídico, a mediados de la pasada década se empezaron a llevar a cabo por las empresas políticas *familiarmente responsables*²⁷ que permitiesen, con independencia de la regulación legal, conciliar de forma más efectiva la vida familiar y laboral.

²³ Se prevé el reconocimiento pleno del derecho a la adaptación de la jornada de trabajo, en el caso de personas trabajadoras con hijos o hijas, tras la reincorporación de un permiso parental y hasta que cumplan doce años, respetando lo que esté regulado en la negociación colectiva y previendo un procedimiento para lograr el acuerdo entre las personas trabajadoras y la dirección empresarial. (Véase modificación del apartado 8 del artículo 34 LET)

²⁴ El permiso por parto se reduce a seis semanas obligatorias tras el nacimiento, destinadas a la recuperación de la salud de la madre; que se introduzca un permiso por nacimiento para el otro progenitor de seis semanas obligatorias y se reconoce un permiso parental, igual e intransferible, para el cuidado de menor de doce meses, sea por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento, de diez semanas de duración para cada progenitor. Igualmente, se establece la modificación de los supuestos de despido nulo en correspondencia con las modificaciones enunciadas en los párrafos anteriores y se añade la nulidad del despido de la trabajadora víctima de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva.

²⁵ De este modo, la reducción por cuidado del lactante puede extenderse hasta que cumpla doce meses. El permiso parental, o por cuidado de menor de doce meses, cuenta con una duración adicional de una semana para cada progenitor. La reserva del mismo puesto de trabajo en las excedencias por cuidado de hijos e hijas hasta los tres años se incrementa hasta los 18 meses.

²⁶ Del Estatuto de los Trabajadores (LET) se modifica la letra b) del apartado 3 y los apartados 4, 5 y 7 del artículo 37; la letra d) del apartado 1 del artículo 45, el último párrafo del apartado 3 del artículo 46, los apartados 4, 5, 6, 7, 8 y 9 y se suprime el apartado 10 del artículo 48, se modifica el apartado 4 del artículo 53 y las letras a) y c) del apartado 5 del artículo 55.

²⁷ En relación con esta cuestión, en los programas empresariales se han venido contemplando cuatro tipos de medidas: las que otorgan beneficios extrajurídicos (seguros médicos, uso de la tarjeta de empresa para el pago de gasolina fuera de las horas de trabajo...), medidas de flexibilización del trabajo fuera de las contempladas por la ley (horarios más flexibles, excedencias cortas, compatibilidad del trabajo presencial y a domicilio, extensión de periodo de suspensión por maternidad...) medidas de apoyo profesional (asesoramiento y formación al trabajador para equilibrar trabajo y familia) y medidas que contemplan la creación de determinados servicios (guarderías, “canguros” en domicilio...) En 2005 se llevó a cabo la firma de un acuerdo de intenciones entre el Ministerio de Trabajo y la “Fundación + Familia” para impulsar la creación del “Certificado de Empresa Familiarmente Responsable”, con el fin de distinguir a aquellas empresas que destacasen por sus acciones de apoyo a las familias y por las medidas adoptadas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar.

Muy acertadamente, la filosofía que mueve la evolución en el tratamiento jurídico defiende que un lugar de trabajo más inclusivo y tolerante es una motivación para las personas trabajadoras, haciendo que su rendimiento sea mayor. Este entorno también facilita la comprensión y el compromiso de la persona empleadora. Pero, ¿hasta qué punto las empleadas de hogar son beneficiarias reales de estas previsiones?; ¿les afectan efectivamente los cambios normativos fruto de la propia evolución social? ¿La mujer trabajadora en el servicio doméstico y de cuidados tiene cabida en este “contexto de conciliación” que el legislador propicia?

Recordemos que, atendiendo al artículo 3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, “los derechos y obligaciones concernientes a esta relación laboral de carácter especial se regularán por las disposiciones de este real decreto y con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación, será de aplicación la normativa laboral común”. En cuestiones que ahora nos incumben especialmente como es el tiempo de trabajo, el Real Decreto traslada la regulación general del Estatuto de los Trabajadores (R. D-Leg. 2/2015, de 23 de octubre); en particular, de manera expresa aplica para el disfrute de permisos el artículo 37 del Estatuto de los Trabajadores. Además, se reconoce que los tiempos de presencia que se pacten entre las partes han de ser compensados con tiempos de descanso equivalentes (o con cantidades económicas en los términos que se acuerden, con limitaciones,) y se fijan reglas para la determinación de los periodos de disfrute de las vacaciones, clarificando asimismo que corresponde al trabajador decidir libremente sobre los lugares en los que desea permanecer durante sus vacaciones, sin tener obligación de acompañar a la familia o a las personas que convivan en el hogar. Según apostillaba el propio legislador en el preámbulo de la norma, esta regulación “va a permitir el ejercicio de derechos vinculados a la conciliación de la vida profesional, familiar y personal de los empleados de hogar en términos de igualdad con todos los trabajadores”.

Hagamos una reflexión: ¿Significa esto que, en el contexto actual, las empleadas de hogar pueden y efectivamente ejercen sus derechos reconocidos y, por ende, disfrutan de los mismos?; pensemos, por ejemplo, en una jornada de trabajo flexible, en el disfrute de permisos para asistir a exámenes prenatales, de la pausa por lactancia o del derecho a la reducción de jornada para el cuidado del hijo durante su hospitalización.

Por otra parte, y en relación al régimen jurídico de la extinción – también de interés para el estudio de esta materia pues, recordemos, los despidos de trabajadoras embarazadas o con causa en el ejercicio de los derechos derivados de la maternidad o la conciliación de intereses afectan con especial virulencia a las trabajadoras de este sector-, la remisión al artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, con las salvedades que en el mismo se establecen en relación con el despido disciplinario y, en especial,

con el desistimiento como modalidad específicamente aplicable a esta relación laboral especial, coloca a estas trabajadoras en situación de indudable vulnerabilidad.

Partiendo de la base de que las políticas públicas de conciliación, en particular las previsiones normativas, constituyen el marco jurídico básico de referencia que se aplicará atendiendo a los criterios interpretativos marcados por los Tribunales de Justicia, analizaremos a continuación algunos pronunciamientos judiciales claves en esta materia. ¿Se juzga, en estos casos, con una “perspectiva de género”? ¿Se está teniendo en cuenta la especial- y estructural- vulnerabilidad de este colectivo? Las líneas marcadas por los de Justicia permitirán la superación de escollos o, por el contrario, el mantenimiento de los que, como reductos del pasado, se resisten todavía a desaparecer.

Conviene apuntar que, con satisfacción, observamos como los órganos judiciales vienen manteniendo una tendencia a juzgar atendiendo especialmente al principio de igualdad y no discriminación por razón de género. Son ya numerosas las sentencias dictadas en el orden social²⁸ en las que, con el fin de erradicar los estereotipos en la aplicación o interpretación de la norma, se ha aplicado la equidad y la perspectiva de género huyendo de impartir justicia de manera formal y mecánica pues, como algunos han puesto de manifiesto, con esta última se perpetúan las sistémicas asimetrías sociales entre sexos; con la primera, en cambio, se camina hacia una sociedad igualitaria²⁹. Sin duda, hay que buscar soluciones justas ante situaciones desiguales por razón de género. Veamos en qué medida esta loable postura afecta a nuestro colectivo.

2.2.- La perspectiva judicial ¿de género? en los casos planteados por las madres-trabajadoras del hogar familiar. La maternidad, obstáculo insalvable para la conciliación familiar y laboral de la trabajadora doméstica

En los últimos años las políticas públicas a corto y medio plazo tienen como punto de mira la mejora de la situación laboral de las trabajadoras-madres. Se trata de un tema especialmente preocupante³⁰. Las madres son el colectivo que encuentra más barreras de entrada al mercado laboral y afrontan una situación de partida de mayor

²⁸ Como ejemplo, y sin contemplar casos referentes a trabajadoras del hogar familiar, véase, STSJ de Galicia 5780/2016, de 14 de octubre (ponente: Fernando Lousada Arochena), y STSJ de Canarias/Las Palmas de 7 de marzo de 2017 (rec. 1027/2016) (ponente: Gloria Poyatos Matas), sentencia pionera por definir por vez primera desde un punto de vista teórico esta técnica. También, el voto particular a la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre, que resuelve el recurso de amparo promovido por la Plataforma por Permisos Iguales e Intransferibles de Nacimiento y Adopción (PPiNA) y por un padre integrante de la plataforma. Más recientemente, sentencias del TSJ de Canarias, ambas de 12 de marzo de 2019, relativa la primera (rec. 19/2019) a una nueva concreción horaria años después de solicitar reducción de jornada por guarda legal), y la segunda (rec. 1596/2018) sobre petición de reducción y concreción de jornada por cuidado de un menor.

²⁹ Poyatos I Matas, G. (2019), “La práctica de cuidar, cargada sobre las mujeres, juzgada con perspectiva de género: nuevos progresos en la doctrina de suplicación Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de marzo de 2019 (recs. 19/2019 y 1596/2018)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 433/2019, p. 219.

³⁰ Así lo puso de manifiesto el Plan Director para un trabajo digno 2108-2020 (Acuerdo del Consejo de Ministro de 27 de julio de 2018 (B.O.E. de 28 de julio de 2018)).

desigualdad. Los datos indican que tienden a ocuparse en trabajos compatibles con las cargas familiares. El objetivo a lograr es mejorar la capacidad de elección de las mujeres pasa por eliminar las trabas que obstaculizan su progresión profesional por medio de medidas orientadas a la conciliación, la ampliación y equiparación de permisos de maternidad y paternidad, el fomento de la corresponsabilidad y la atención a los cuidados³¹. El problema se hace aún más grave cuando estas madres trabajan en el servicio doméstico.

Las sentencias analizadas son una muestra práctica de las dificultades laborales que siguen teniendo, a pesar de las leyes existentes, las mujeres que trabajan dentro de su hogar y fuera del mismo dedicándose a tareas doméstica poco valoradas socialmente. Sufren una doble discriminación: por ser mujer y por trabajar en un sector precarizado e invisible con una regulación no ausente de lagunas y con evidentes carencias. A través del comentario de estos pronunciamientos seleccionados, lograremos una visión más clara de los problemas planteados y del papel esencial de los jueces y tribunales en la aplicación de la ley.

La primera sentencia toca uno de las cuestiones que suscita más conflictos. Ello se puede achacar a la ausencia de una regulación específica exhaustiva y respetuosa con la igualdad de trato de la trabajadora doméstica en esta materia que vacía de contenido el ejercicio del derecho a la conciliación de la trabajadora-madre empleada de hogar. Nos referimos al despido, en particular mediante la figura del desistimiento, de la trabajadora doméstica en estado de gestación.

Otro de los temas que ha acaparado nuestro interés, y sobre los que versa el segundo pronunciamiento analizado, afecta a las empleadas de hogar extranjeras, más exactamente a las de origen extracomunitario, que encuentran grandes dificultades para renovar sus autorizaciones de residencia y trabajo cuando hay causas relacionadas con la conciliación de intereses familiares, en especial por razón de maternidad o cuidado de hijos, lo que constata las dificultades añadidas a las que tienen que hacer frente. Veámoslos.

2.2.1.- Las deficiencias del marco jurídico regulador de la extinción de la relación laboral especial de empleados de hogar y sus consecuencias en el ejercicio de los derechos de conciliación de las trabajadoras domésticas: análisis de la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018³².

En la sentencia estudiada se expone el caso de una trabajadora, empleada de hogar en estado reciente de gestación que, realizando funciones de cuidadora de un bebé –y contribuyendo, por tanto, a la conciliación de intereses personales y laborales de la

³¹ Véase, en este sentido, la Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. (BOCG de 22 de junio de 2018).

³² Núm.rec. 1679/2018.

familia empleadora-, recibe la comunicación de finalización de su relación laboral por desistimiento. Hemos encontrado un considerable número de pronunciamientos judiciales en torno a estos despidos discriminatorios por razón de maternidad³³, si bien, en los fallos emitidos más recientemente, es posible vislumbrar un avance en el reconocimiento de los derechos de las trabajadoras domésticas-madres. Veamos, a modo de ejemplo, los razonamientos de la STSJ de Asturias de 27 de septiembre de 2018, no sin antes hacer algunas consideraciones previas sobre el régimen de extinción de esta relación laboral especial.

La regulación legal de la nulidad del despido de las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, por más que puedan igualmente estar vinculados otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos³⁴. Los efectos que en la relación de trabajo puede provocar la maternidad constituye el problema más importante -junto a la desigualdad retributiva- con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación en el ámbito de las relaciones laborales.

Según reiterada jurisprudencia -constitucional³⁵ y ordinaria³⁶-, en los despidos de mujeres embarazadas es de aplicación el principio de nulidad objetiva, configurándose, de este modo, una nulidad distinta de la nulidad por causa de

³³ Como ejemplo, por tratarse de un caso sobre reincorporación al puesto de trabajo tras el disfrute del permiso de maternidad, la STSJ de Cataluña de 17 de abril de 2015 (Rec. 2838/2014) consideró que no es discriminatorio el desistimiento del empresario notificado a la empleada del contrato el día antes de su incorporarse al trabajo tras la maternidad. Con desestimación del recurso interpuesto, la Sala confirma la sentencia impugnada que no accedió a la demanda de despido instada por la recurrente, cuyo contrato de empleada del hogar fue extinguido por desistimiento del empleador cuando se iba a reincorporar a su puesto tras la baja por maternidad. La trabajadora alegó que su despido debía ser calificado de nulidad al haberse producido discriminación por razón de sexo en la conducta empresarial, configurado como tal todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad. Señalaba la Sala que para apreciar tal discriminación es necesario la concurrencia de indicios de vulneración del derecho fundamental invocado y, que en el caso en cuestión, no pueden deducirse del mero hecho de que la empleadora operase el desistimiento cuando la actora se encontraba disfrutando de permiso por maternidad, a lo que añade que la normativa de aplicación no dota a la circunstancia de incorporación tras el permiso de maternidad del carácter de causa objetiva discriminatoria.

³⁴ El derecho a la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas (Art. 40.2 Constitución Española) o el aseguramiento de la protección de la familia y de los hijos (Art. 39 Constitución Española).

³⁵ Véanse SSTC 92/2008, de 21 de Julio de 2008 (Rec. amp. 6595/2006), 124/2009, de 18 de mayo de 2009 (Rec. amp.11224-2006) y 173/2013, de 10 de octubre (Rec. amp. 3773-2011).

³⁶ STS de 17 de octubre de 2008 (R. 1957/2007) y posteriormente por las STS, Sala de lo Social, de 16/01/2009, Rec. 1758/2008 -, STS, Sala de lo Social, de 17/03/2009, Rec. 2251/2008 -, 13 de abril (R. 2351/2008), 30 de abril (R. 2428/2008 - TS, Sala de lo Social, de 30/04/2009, Rec. 2428/2008 -) y 6 de mayo de 2009 (R. 2063/2008 - TS, Sala de lo Social, de 06/05/2009, Rec. 2063/2008 -), reiterando esta última la doctrina constitucional y estableciendo unas reglas básicas en torno a esta temática. Más recientes, STS de 28 de noviembre de 2017 (R. 3657/2015), que reitera su doctrina en relación a la nulidad del despido, en ausencia de causa justificativa, de las trabajadoras embarazadas, aunque el empresario desconozca el estado de gestación. También el Tribunal Supremo, en sentencia 20 de julio de 2018, (R. 2708/2016) declara nulo el despido de una trabajadora de una empresa dedicada a la alimentación con motivo de un ERE, coincidiendo con su embarazo, debido a que la motivación de la extinción del contrato no fue explícita para su caso concreto y, por tanto, no pudo probar las "causas reales y objetivas" de la eliminación de su puesto de trabajo.

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

Recientemente, el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha modificado el artículo 14 (apartados 2 y 3) del Estatuto de los Trabajadores. La nueva redacción establece expresamente la declaración de nulidad objetiva al afirmar que “la resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”. La medida incorporada en el RD-Ley es de indudable importancia, ya que establece expresamente la nulidad de la rescisión del contrato de una embarazada durante el periodo de prueba. Hasta la fecha, la jurisprudencia³⁷, haciéndose eco de la ausencia de una previsión estatutaria expresa, no ha extendido la “nulidad objetiva” fijada en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores a los supuestos de desistimiento empresarial durante el período de prueba, limitando de este modo la protección de la mujer embarazada.

En el caso de las empleadas de hogar, las normas por las que se ha regido el servicio doméstico reflejan claramente su consideración como trabajo “de segunda categoría”³⁸. La razón principal por la que se justifica la existencia de una regulación especial para el servicio del hogar familiar es el ámbito donde se realiza el trabajo: los hogares. El hecho de que la prestación de los servicios se lleve a cabo en el círculo familiar, en la esfera personal e íntima de la persona empleadora, justifica una mayor exigencia de lealtad y de confianza y, por ejemplo, “normaliza” la figura del desistimiento como causa de extinción. Los efectos “perversos” que el recurso a esta

³⁷Véase, como ejemplo, STS de 18 de abril de 2011 (Rec. 2893/2010), que matiza la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2008, de 21 de julio, en línea a lo establecido en la STC 173/2013, de 10 de octubre. De esta forma, la jurisprudencia ha venido estableciendo que la protección de las leyes a las personas trabajadoras durante el período de prueba no es la misma que la proporcionada por la normativa vigente una vez se hace firme el contrato. Al respecto, Rodríguez Copé, M.L. (2014) “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional. Temas laborales 123/2014, pp. 185 a 196.

³⁸ Tengamos en cuenta que, en muchos países, esta relación no ha estado sujeta a la legislación laboral sino al Derecho de Familia y en España al Derecho civil hasta 1985 exceptuando un corto período en la Segunda República. En 1985 se le reconoció el carácter de relación laboral con el Real Decreto 1424/1985 pero con carácter específico.

figura provoca en los derechos de las empleadas de hogar en estado de gestación se evidencian.

A esta absoluta libertad de extinción del vínculo laboral sin alegación de causa alguna – a la que los Tribunales le exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales con valor constitutivo³⁹-, no se le aplica por analogía ni el artículo 55.5 ni el 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, ya que dicha calificación de nulidad está prevista únicamente respecto del despido causal, sea disciplinario u objetivo.

Los Tribunales, hasta la fecha, han venido aplicando a estos supuestos la misma doctrina fijada en casos similares para el desistimiento durante el período de prueba⁴⁰, y ello a pesar de las argumentos esgrimidos, con acierto a nuestro parecer, por las partes recurrentes en muchas de las sentencias analizadas (infracción del artículo 14 de la Constitución, del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, de los artículos 6, 8, 9, 10, 12, 13 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, del artículo 8 del convenio 183 de la OIT, de 30 de mayo de 2000 sobre protección de la maternidad y del artículo 10 de la Directiva 92/85, de 19 de octubre)⁴¹; y que, desde un punto de vista jurídico, no es posible equiparar el desistimiento durante el período de prueba con el desistimiento de

³⁹ El artículo 11. 3 del RD 1620/2011 de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, establece que en caso de desistimiento, el trabajador tendrá derecho a un preaviso de siete o veinte días (si la duración de la prestación de servicios fue superior a un año) con derecho a una licencia semanal de seis horas retribuidas para buscar nuevo empleo; el preaviso es sustituible por el pago de los salarios correspondientes a dicho período; además, el empleador debe simultáneamente poner a disposición del trabajador una indemnización equivalente a doce días de salario en metálico por año de servicio. El pago de esta indemnización procede cuando el empleador ha manifestado expresamente que extingue el contrato por desistimiento, rechazando la jurisprudencia que sea el trabajador quien tenga que adivinar qué hay tras las palabras del empleador cuando dice al trabajador que se marche. (Por ello, en la sentencia del TS (Sala de lo Social), de 27/06/2008, (Rec. 2235/2007), se confirma la calificación de despido improcedente. En sentido similar, TSJ Asturias, Sala de lo Social, nº 1381/2016, de 14/06/2016, Rec. 1246/2016 y TSJ Asturias, Sala de lo Social, nº 808/2016, de 18/04/2016, Rec. 475/2016). Por tanto: forma escrita en la que se deje constancia de forma inequívoca la voluntad de extinción del vínculo, preaviso, susceptible de sustitución económica e indemnización se convierten en requisitos *sine que non* para que el desistimiento empresarial pueda, conforme a derecho, poner fin a la relación laboral.

⁴⁰ Véase, como ejemplo, STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015 (Rec. 552/2015). En el mismo sentido resolvió la sentencia TSJ de Madrid de 14 de febrero de 2014 (Rec. 1834/13) ó STSJ de Madrid de 21 de abril de 2015 (Rec.962/2014). Al respecto, muy interesantes, los comentarios de Benavente Torres, I. (2018) “La extinción e la relación laboral especial del trabajo del hogar familiar” *Revista General de Derecho del Trabajo y de Seguridad Social* 51/2018, p. 102 (nota 48), con cita de abundante doctrina judicial.

⁴¹ En este sentido, STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015, cit. En la sentencia, la recurrente-empleada de hogar- sostiene en primer lugar la nulidad del despido con carácter "objetivo" con arreglo al art. 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, por su mera condición de embarazada. La tesis es rechazada por la sentencia de instancia con apoyo en la STC 173/13. Como el propio tribunal apostilla “... de estas sentencias se infiere que la protección objetiva y reforzada respecto a la normativa comunitaria que el art. 55.5 del ET regula se refiere solamente al despido causal y no cabe apreciar analogía con el supuesto del desistimiento durante el período de prueba”. Y ello a pesar de que argumenta la recurrente que de conformidad con la Ley Orgánica 3/2007 (artículos 6, 8, 9, 10, 12, 13) “se ha de considerar discriminación por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad, lo cual debe incluir necesariamente a las empleadas del hogar familiar, aunque en el RD 1620/11 de 14 de noviembre no se recoja la figura del despido nulo”.

la relación laboral especial del hogar familiar⁴², pues en este último caso se exigen unos requisitos formales, entre ellos el abono en metálico de las indemnizaciones, cuyo incumplimiento determina la consideración de despido. Los que juzgan dejan claro su rechazo a que la previsión legal del art. 55.4 del ET, establecida para el despido causal –insisten-, se extienda al supuesto del desistimiento en la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, “que si bien exige ciertos requisitos de forma a diferencia del período de prueba, tiene en común con este la característica de atenuación o excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario”⁴³. En consecuencia, mientras que, hasta la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 6/2019⁴⁴, en las relaciones laborales comunes la protección cualificada de la mujer embarazada se ha venido suprimiendo únicamente durante un breve espacio de tiempo (período de prueba), en el caso de las empleadas de hogar la desprotección se va a prolongar durante toda su vida laboral.

Para las empleadas domésticas que han visto extinguida su relación laboral por desistimiento empresarial, el estado de gestación constituye únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión del art. 14 CE, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. En estos supuestos, no basta con que la trabajadora esté embarazada y demuestre tal dato objetivo, sino que, a partir de tal constatación, es preciso alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio. Serán los indicios de discriminación los que provocarán la inversión de la carga de la prueba y la obligación de demostrar que el desistimiento tuvo una causa razonable y proporcionada, no vulneradora de derechos fundamentales⁴⁵. De este modo, si bien ha quedado constatada la inaplicación de la doctrina sobre la nulidad objetiva del despido, si se demuestra que el cese obedeció al embarazo este podría declararse nulo⁴⁶.

⁴²Al respecto, de nuevo, Benavente Torres, I. (2018) “La extinción de la relación laboral...”, cit., p. 100. Para la autora, el régimen más ventajoso del desistimiento se compensa con la exigencia de unos requisitos formales que adquieren un valor constitutivo; en cambio, el período de prueba constituye una condición resolutoria que faculta a las partes a resolver el contrato sin alegar justa causa, sin preaviso-salvo pacto en contrario-, sin exigencia formal alguna y sin indemnización.

⁴³ Véase, de nuevo STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2015, cit. En el mismo sentido resolvió la sentencia del mismo TSJ de 14 de febrero de 2014 (Rec. 1834/13) declarando lo siguiente: "(...) No se puede extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, pero ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula -por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva- si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas."

⁴⁴ Publicado en BOE núm. 57 de 7 de Marzo de 2019 (Vigencia desde el día 8 de Marzo de 2019).

⁴⁵“No se puede extinguir, sin más, por desistimiento, el contrato de una empleada de hogar embarazada, pero ello no implica que toda resolución del contrato de una empleada de hogar embarazada por desistimiento haya de calificarse como nula -por aplicación de la teoría de la nulidad objetiva- si no existen indicios de discriminación o si, existiendo, la empresa acredita que el cese se produjo por causas razonables y justificadas”. STSJ de Madrid de 14-2-14(Rec. 1834/13).

⁴⁶ No obstante, y dado que la posibilidad de declaración de nulidad del despido y sus consecuencias no están previstas en el RD 1620/2011 (y las dudas sobre la aplicación supletoria del ET en esta materia así

En nuestra sentencia, la demandante, que, como ya adelantamos, había venido prestando sus servicios por cuenta y en el domicilio de la demandada en el ámbito de una relación laboral especial como empleada de hogar para el cuidado de un bebé, interpone demanda contra la decisión de la empleadora de extinguir el contrato de trabajo por desistimiento, al considerar que la extinción de su relación laboral constituye un despido que obedece a una reacción empresarial vulneradora de su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón de maternidad. Solicita la actora la declaración de nulidad de la decisión extintiva con su readmisión en las mismas condiciones de trabajo y abono de los salarios de tramitación o, subsidiariamente, improcedencia con condena a la readmisión en los mismos términos o a la extinción de la relación con abono de la indemnización legal correspondiente; en ambos casos, reclama una indemnización por el daño moral causado. La sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y declara la nulidad del desistimiento empresarial al entender acreditado el móvil discriminatorio en la extinción por razón de sexo, considerando que no procede la readmisión sino la indemnización en cuantía equivalente a veinte días de salario por año de servicio y límite de doce mensualidades. Contra la citada sentencia, la trabajadora interpone recurso de suplicación. El Tribunal Superior de Justicia de Asturias en su Sentencia de 27 de septiembre de 2018, estima el recurso condenando a la empleadora demandada al abono de una indemnización derivada de la nulidad de la decisión extintiva correspondiente a treinta y tres días de salario por año de servicio, con abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha de la sentencia de instancia. Asimismo, fija una indemnización adicional derivada de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo por el daño moral causado.

No se discute que el desistimiento empresarial es nulo por ocultar una decisión extintiva discriminatoria con efectiva vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. El problema estriba en determinar cuáles han de ser las consecuencias prácticas de la nulidad constatada en una relación laboral especial con unas características propias tan marcadas como la de empleada de hogar y, en particular, si es admisible la readmisión, sin que el Real Decreto 1620/2.011 contemple expresamente tal tesitura. Nos encontramos ante dos derechos fundamentales en conflicto: de un lado, el atinente a la proscripción de toda suerte de trato discriminatorio, más aún cuando su causa proviene de hecho tan natural como el embarazo de la mujer; y de otro, el referido a la intimidad personal y familiar de los integrantes del hogar que, por el motivo que fuere, vieron rota en un determinado

como la imposibilidad de condena de readmisión del trabajador en el despido improcedente - en este sentido, Benavente Torres, I. (2018), cit. p. 116-), encontramos pronunciamientos que niegan la posibilidad de declaración de nulidad, afirmando la improcedencia del despido y aplicando la indemnización prevista en el artículo 11.2 RD 160/2011. En este sentido, por ejemplo, STSJ de Madrid de 17 de octubre de 2016 (Rec. 517/2016).

momento la relación de confianza que mantenían con quien todos los días laborables acude a su domicilio para la prestación de tareas de índole doméstica. Conjuguar ambos derechos no resulta ciertamente fácil. Recurriremos, pues, a los pronunciamientos judiciales.

Es la doctrina reiterada de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia la que ha dejado claro que "habrá que adaptar las consecuencias del despido nulo por vulneración de los derechos fundamentales [...] a las características específicas de esta relación laboral especial en que el centro de trabajo se sitúa en el propio domicilio del empleador, por lo que en estos casos no se puede imponer al mismo de una manera forzosa y obligatoria la obligación de readmitir al trabajador, sino que lo que procederá es extinguir la relación laboral especial [...]"⁴⁷. Precisamente por el sacrificio tan desmesurado que supondría para los integrantes del hogar familiar tener que admitir en una parcela tan íntima la presencia física de una persona extraña al núcleo familiar una vez quebrada la confianza anteriormente existente.

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

Volviendo al caso en cuestión, el despido es nulo, y la causa de ello es la situación de embarazo de la trabajadora. A la luz de los valores constitucionales enfrentados, la decisión extintiva adoptada, producida durante el embarazo y manifiestamente no procedente, solo puede calificarse como nula, si bien los efectos jurídicos que esta declaración supone han de ser atemperados o, si se prefiere, modalizados en atención al derecho, también fundamental, a la intimidad personal y familiar que protege a quienes conviven en el hogar familiar⁴⁸. Así pues, en cuanto a las consecuencias que debieran acompañar a la declaración de nulidad del desistimiento, debemos destacar, en primer lugar, una evidente: la extinción del vínculo laboral que implica que, dada la especial naturaleza de la relación del personal al servicio del hogar familiar basada en la mutua confianza, la nulidad no lleve aparejada la readmisión-pronunciamiento que no se discute.

Sobre el resto de consecuencias jurídicas, esto es, pago de la indemnización y de salarios dejados de percibir desde la fecha del desistimiento hasta la fecha de la

⁴⁷Por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2.017 (Rec. 1644/2.017).

⁴⁸ Haciéndose eco de otros pronunciamientos anteriores, véase, STSJ de Madrid de 26 de septiembre de 2016 (Rec. 352/2016).

sentencia, así como de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales, no hay unanimidad en la doctrina judicial.

En la sentencia que analizamos, el Superior de Justicia manifiesta que, aunque en la normativa específica no se regule la figura del despido nulo de la empleada de hogar, acudiendo a las fuentes generales del Derecho del Trabajo, dicha figura resulta plenamente aplicable por aplicación supletoria de lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores⁴⁹. En consecuencia, si dicha normativa suple la previsión del artículo 11 del Real Decreto, y al no ser posible acoger la readmisión propia del despido nulo, habrá que acudir a la indemnización prevista para el despido improcedente en la normativa común (treinta y tres días de salario por año de servicio con un máximo de veinticuatro mensualidades). Del mismo modo, de manera análoga a si se tratase de un supuesto de readmisión inejecutable, procede reconocer el abono de salarios de tramitación.

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

Concluyendo, y siguiendo a la doctrina⁵⁰, los efectos del despido nulo del personal del hogar familiar deben ser los comunes de este y no los del despido improcedente, en tanto carece de base objetiva dicha opción con resultado de una menor tutela ante la vulneración de los derechos fundamentales.

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

Son numerosos los pronunciamientos que, ante la lesión de un derecho fundamental, merecedor de un reproche especial, reconocen una indemnización equivalente a los salarios de tramitación – que no se adeudan en aplicación de la normativa laboral común sino como única forma de indemnizar la lesión del derecho-⁵¹.

⁴⁹ Recordemos que el artículo 3 b) del Real Decreto 1620/2011 establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial del personal al servicio del hogar familiar se regularán por las disposiciones de ese Real Decreto y, con carácter supletorio, en lo que resulte compatible con las peculiaridades derivadas del carácter especial de esta relación laboral, por lo previsto en la normativa laboral común.

⁵⁰ En este sentido, de nuevo, Benavente Torres, I. (2018), cit. p. 118.

⁵¹ Véanse, STSJ. de Madrid, de 26 septiembre de 2016 (Rec. 352/2016); STSJ. País Vasco de 20 octubre de 2015 (Rec. 1736/2015); STSJ. de Madrid de 26 octubre de 2016 (Rec. 614/2016); STSJ. de Cataluña

En este supuesto, el Tribunal deja claro que ante la vulneración del derecho fundamental invocado, no hay duda sobre la procedencia de indemnizar el daño moral, si bien la cuantificación del mismo conlleva una dificultad incuestionable. Destacamos, por tanto, dos aspectos: en primer lugar el que se reconozca el derecho a una indemnización por daños y perjuicios adicional, al margen de la cuantía que corresponde por salarios de tramitación; y, en segundo lugar, que se ponga de manifiesto lo complejo que resulta hacer una “traducción económica” del daño moral y la necesidad, por tanto, de flexibilizar las exigencias normales para la determinación de una indemnización⁵².

Siguiendo la doctrina jurisprudencial más reciente⁵³ y ponderando la incidencia de la vulneración del derecho fundamental y el perjuicio que conlleva la imposibilidad de readmisión en el supuesto analizado, el Tribunal concluye afirmando que el importe indemnizatorio debe ser suficiente no solo para la reparación íntegra sino, además, "para contribuir a la finalidad de prevenir el daño" (principios de suficiencia y de prevención). En concreto y solicitada por la recurrente una indemnización por importe de 1.000 euros, atendiendo al tenor literal de la sentencia “la misma se considera plenamente ajustada en su integridad, no ya solo porque se revela una cantidad ciertamente exigua

de 15 enero de 2013 (Rec. 6810/2012) y STSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 febrero 2013 (Rec. 2/2013). Más reciente, STSJ de Andalucía (Málaga) de 29 de noviembre de 2017 (Rec. 1644/2017).

⁵² Recordemos que el artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece que cuando la sentencia declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales el juez deberá fijar una indemnización en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados, indemnización que será compatible con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo o en otros supuestos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales.

⁵³ Para lograr la indemnización equitativa al daño moral sufrido por la recurrente, la sentencia se hace eco de lo establecido en la STS de 5 de octubre de 2017 (Rec.2497/2015) dictada en unificación de doctrina, en la que se pone de manifiesto que la doctrina judicial no ha tenido uniformidad. En la evolución habida se distinguen varias posiciones, asumiendo algunas la concesión automática del pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que este se presume (SSTS de 9 de junio de 1993 (Rec. 3856/92) y de 8 de mayo de 1995 (Rec. 1319/94)); entendiendo otras la necesidad de exigir bases y elementos clave de la indemnización reclamada que justifiquen suficientemente la misma y que estén acreditados indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar la condena- Como ejemplos, SSTS de 11 de junio de 2012 (Rec. 3336/11) y de 15 de abril de 2013 (Rec. 1114/12), (esto es, acreditada la violación del derecho, no es automática la aplicación de la indemnización de daños y perjuicios sino que precisa de la alegación de elementos objetivos, aunque sean mínimos, en los que se basa el cálculo). Un tercera postura subraya la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, lo que lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración y, por otra, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" (Como ejemplos, SS (Sala de lo civil) STS de 15 de junio de 2010 (Rec. 804/06); STS de 27 de julio de 2006 (Rec. 4466/1999) y STS de 28 de febrero de 2008 (Rec. 110/01). En el mismo sentido, STS de 21 de septiembre de 2009 (Rec. 2738/08) y de 11 de junio de 2012 (Rec. 3336/11)). Finalmente, la doctrina actual, que es la aplicada al caso en cuestión, considera que la exigible identificación de circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada ha de exceptuarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración de derechos fundamentales cuando resulte difícil su estimación detallada (En este sentido, SSTS 17 diciembre 2013 (Rec. 109/2012), de 8 julio 2014 (Rec. 282/2013), de 2 febrero 2015 (Rec. 279/2013), de 26 abril 2016 (Rec. 113/2015) - o de 12 julio de 2016 (Rec. 361/2014)).

en comparación con la que se derivaría de la aplicación que viene siendo admitida de otros parámetros tales como al importe medio de las sanciones para infracciones (...) sino sobre todo ponderando la incidencia de los hechos que se declaran probados en la vulneración del derecho fundamental y el perjuicio que conlleva a la trabajadora la imposibilidad de readmisión, que es ciertamente un daño más a tener en cuenta a efectos de la efectiva reparación que la tutela judicial debe desplegar”.

La postura mantenida en el caso analizado nos ha permitido comprobar con satisfacción como la labor interpretativa del juez es sensible a los derechos de conciliación de intereses familiares y laborales que van unidos a la dignidad de la persona y que, en este supuesto concreto, afectan a las trabajadoras-madres empleadas de hogar. De este modo, si bien es difícil erradicar en este sector laboral estas conductas abusivas y vulneradoras de derechos fundamentales, la doctrina judicial evita, al menos, las consecuencias que la aplicación de la normativa vigente interpretada de forma poco flexible o, simplemente, inadaptada a la realidad social y, por ende, desprovista del criterio lógico que exige el artículo 3.1 del Código Civil, puede ocasionar. Además, queda también reflejado como el disfrute del derecho a la maternidad se convierte en un obstáculo importante, difícil de conciliar con el interés laboral de la madre-trabajadora; la visión positiva es que, ante esta evidente realidad, los tribunales están reconociendo el daño moral y los perjuicios que las empleadas de hogar están sufriendo, especialmente cuando quieren compatibilizar la atención de su propia familia con el trabajo que desempeñan, lo que, como nos demuestran las demandas planteadas ante los tribunales de justicia, resulta ser una quimera cuando son trabajadoras gestantes o con hijos de corta edad⁵⁴.

2.2.2.- La, aún más difícil, conciliación de intereses familiares y laborales de la inmigrante-empleada de hogar.

Otro pronunciamiento sobre el que hemos querido hacer hincapié es reflejo de los problemas –añadidos- a los que se enfrentan las mujeres inmigrantes que trabajan

⁵⁴ Como ejemplo reciente, el Juzgado de lo Social número 1 de Cáceres, en sentencia de 6 de marzo de 2019, declaró nulo el despido de una empleada de hogar (cuidadora de persona dependiente) en estado de gestación. La defensa de la empleadora intentó defender su postura asegurando que en el momento del despido no sabía que su empleada estaba embarazada. Sin embargo, el juez no tiene en cuenta este argumento, y lo hace apoyándose en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. El Alto Tribunal interpreta que una de las discriminaciones directas por razón de sexo es la pérdida del puesto de trabajo, conozca o no el empresario que la trabajadora va a ser madre. Como adelantamos, el titular del juzgado declara nulo el despido y condena a la empleadora a reintegrar a la empleada en su puesto de trabajo en las mismas condiciones anteriores a su despido, y a abonarle los salarios dejados de cobrar desde entonces hasta su reincorporación efectiva. Además, el fallo fija el pago de una indemnización a la empleada por el daño derivado de la vulneración de derechos fundamentales.

El caso despierta interés por la contundencia del pronunciamiento, reconociendo indemnización por los daños morales ocasionados, y la condena a la readmisión de la actora a su puesto de trabajo; el seguimiento del mismo, en el caso de interposición de recurso por la empleadora, resulta, sin duda, de interés.

en este sector, elevadísimo porcentaje desde hace dos décadas⁵⁵. En estos casos, la tan anhelada conciliación de intereses personales y laborales se convierte en una auténtica utopía, pues a todos los obstáculos que hemos ido refiriendo *ut supra* hay que sumar los derivados de una normativa de extranjería compleja y poco flexible que pone su punto de apoyo en la existencia del contrato de trabajo, el único que va a permitir la integración laboral, y por ende social, de la persona trabajadora. A la omnipresencia del contrato de trabajo tendríamos que dedicar una reflexión, pues el sector del servicio doméstico –con altos índices de irregularidad y trabajo no declarado– no se rige por las pautas dominantes en otros sectores de actividad, y las mujeres ocupadas en el mismo pueden encontrarse muy desprotegidas a la hora de obtener la regularidad administrativa, o de mantenerla, una vez obtenida.

Antes de entrar en el fondo del asunto, recordemos algunas cuestiones elementales de la regulación vigente⁵⁶.

a) Breve repaso normativo

Según establece el artículo 38 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, (en adelante LOE) la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena es la requerida para que una inmigrante pueda trabajar en el servicio doméstico. Los requisitos aparecen regulados en el artículo 65 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (en adelante RE). Entre ellos, además de la exigencia de carecer de antecedentes penales y no encontrarse en territorio español de manera irregular, se exige el previo análisis de la situación nacional de empleo. De manera que se considerará que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura cuando el empleador acredite la dificultad de cubrir el puesto de trabajo vacante con personas trabajadoras ya incorporadas en el mercado laboral interno. Sin duda, para cualquier inmigrante económico ha venido suponiendo un importante obstáculo, a veces difícil de superar. Sin embargo, en el caso de las trabajadoras inmigrantes en el servicio doméstico, el impacto de estas previsiones tiene poco o nulo calado, pues suelen acceder a los puestos de trabajo por otras vías, ya informales, ya legales, previstas para las situaciones previas de irregularidad administrativa, fundamentalmente a través del arraigo social. El recurso a esta figura como vía preferente para conseguir la autorización de residencia y trabajo evidencia y reconoce las más que frecuentes situaciones informales anteriores a la regularización de la inmigrante doméstica, que parecen estar casi siempre presentes en estos casos, a modo de “peaje”. Sin duda, la

⁵⁵ Al respecto, véase Bertol Colorado, L. (2014). *Los derechos laborales en el Real Decreto 1620/2011: Avances, limitaciones y resistencias*. Universidad de Navarra, pp. 7 a 24

⁵⁶ Sobre esta cuestión, Rodríguez Copé, M.L. (2019). “El trabajo doméstico como portal de acceso al mercado laboral español de las mujeres inmigrantes: políticas y gestión”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 433, pp. 70 a 86.

informalidad de las relaciones de trabajo en este sector se convierten en un auténtico obstáculo para lograr la regularidad administrativa de la mujer inmigrante.

Además, una vez lograda esta, si la trabajadora quiere mantener su situación, deberá renovar la primera autorización para residir y trabajar (concedida por un año y para un determinado territorio y ocupación). La renovación de la misma se hará por un período de dos años, sin limitaciones de ámbito geográfico y de actividad. Transcurridos los cuales, se prevé la obligación de nueva solicitud de renovación, que se concederá, en su caso, por igual período de tiempo- dos años- hasta acceder a la situación de residencia de larga duración. La normativa vigente especifica los supuestos en los que se va a conceder esta renovación. Según establecen los artículos 38 LOE y 71 RE, las autorizaciones de residencia y trabajo podrán renovarse a su expiración si persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial o cuando se cuente con una nueva oferta de empleo. Se prevé también la renovación cuando la trabajadora, en nuestro caso, acredite la realización habitual de la actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de seis meses por año y, o bien, haya suscrito un contrato de trabajo con un nuevo empleador acorde con las características de su autorización para trabajar y figure en situación de alta o asimilada al alta, o bien disponga de una nueva oferta de trabajo que reúna los requisitos establecidos, con excepción del análisis de la situación nacional de empleo, que ya no será necesario. Asimismo, se contempla la renovación cuando la extranjera solicitante haya tenido un periodo de actividad de al menos tres meses por año, siempre y cuando acredite que la relación laboral que dio lugar a la autorización cuya renovación se pretende se interrumpió por causa ajenas a su voluntad, que ha buscado activamente empleo mediante su inscripción en el Servicio Público de Empleo competente como demandante de empleo y que en el momento de solicitar la renovación tenga un contrato de trabajo en vigor.

Como observamos, en todos los casos, la existencia-persistencia de contrato de trabajo se erige en requisito *sine qua non* para mantener o acceder a la situación de regularidad administrativa. Exigencia que en el caso de la inmigrante doméstica es difícil de cumplir en muchas ocasiones. Estos requisitos se convierten en la práctica en auténticos obstáculos que dificulta el largo proceso de normalización-integración de las extranjeras⁵⁷. La triple discriminación: mujer- trabajadora- inmigrante se hace aquí evidente.

Recordemos, además, que otros supuestos contemplados por la norma se refieren a los casos en los que se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo o una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción

⁵⁷Véase, Parella Rubio, S. (2003). *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Anthropos, cit. p. 207, que afirma que el hecho de que las mujeres inmigrantes estén en posesión de la mayoría de contratos en el servicio doméstico no es sinónimo de integración laboral y reconocimiento de derechos, sino de precariedad y vulnerabilidad.

social o laboral. El primero de ellos no es aplicable a las inmigrantes domésticas pues, bajo la regulación vigente, no tienen derecho a la protección por desempleo- ni prestaciones, ni subsidios-. Podrían verse beneficiadas en los casos, muy poco probables, de que estuviesen combinando esta actividad con otra que sí generase este tipo de protección. Por otra parte, para recibir una prestación económica asistencial -por ejemplo, la renta activa de inserción- se deberán cumplir una serie de requisitos insalvables para la inmigrante, pues a no ser que acredite ser víctima de violencia de género o doméstica, para beneficiarse de esta deberá haber **agotado una prestación o subsidio por desempleo**. (Esto sin perjuicio de las regulaciones más favorables que se contemplan por las Administraciones territoriales y que permitan acceder a la extranjera que residan en su ámbito geográfico a este tipo de ayudas).

Por último, el número 6 del art. 71 RE dispone que para la renovación de la autorización se valorará “el esfuerzo de integración del extranjero acreditado mediante el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia. Dicho esfuerzo de integración podrá ser alegado por el extranjero como información a valorar en caso de no acreditar el cumplimiento de alguno de los requisitos previstos para la renovación de la autorización. El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados. El informe tendrá en consideración las acciones formativas desarrolladas por entidades privadas debidamente acreditadas o por entidades públicas”.

- b) La maternidad y/o cuidado de hijos como obstáculo para el mantenimiento de la regularidad administrativa de las inmigrantes empleadas de hogar. STSJ (Sala de lo C-A) de Madrid de 23 de enero de 2018⁵⁸.

La sentencia objeto de comentario aborda el caso de una inmigrante empleada de hogar a la que se le deniega la renovación de su autorización para residir y trabajar porque el juez no considera acreditado que la trabajadora (que ha sido madre recientemente) haya desarrollado la actividad laboral mínima de tres meses por año que exige el precepto reglamentario para la renovación solicitada.

⁵⁸ Rec. 854/2016 .

Los argumentos esgrimidos por la demandante y las contundentes respuestas dadas por el Tribunal hacen especialmente interesante el análisis. En este caso, el de Justicia hace una interpretación rígida de la normativa de extranjería que evidencia las enormes dificultades a las que tienen que hacer frente las madres-trabajadoras inmigrantes si quieren conservar su trabajo y su situación de regularidad administrativa en el país de acogida. La sala de lo contencioso-administrativo aplica el tenor literal de la ley haciendo caso omiso de las líneas más flexibilizadoras (que, muy acertadamente, incluyen la tan necesaria “perspectiva de género”) que, como hemos podido comprobar, vienen siendo ya habituales en otras salas, sensibles a las continuas discriminaciones que sufren las trabajadoras-madres y la repercusión sociolaboral de las mismas.

En este caso, la demandante apela ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la sentencia del Juzgado que desestimó el recurso contra la denegación de la renovación de la autorización de residencia y trabajo que solicitó el día 6 de junio de 2013. El Juez de instancia consideró que no se cumplían las condiciones del art. 71.2 del Reglamento de la LOE para la renovación. No consideró acreditado que la demandante hubiese desarrollado la actividad laboral mínima de tres meses por año que exige el Reglamento, pues entre el 1 de septiembre de 2011 y el 19 de mayo de 2013 no realizó ninguna actividad y tampoco hay prueba de la búsqueda activa de empleo durante ese periodo de inactividad. La recurrente trató de justificar el incumplimiento de las condiciones de la renovación por el hecho de que tuvo que cesar en su puesto de trabajo de empleada del hogar para viajar a su país para dar a luz a su hijo, y luego se vio obligada a retrasar la vuelta por enfermedad del recién nacido. Cuando pudo hacerlo, fue nuevamente contratada en el hogar en el que anteriormente prestaba sus servicios, llevando a cabo una actividad laboral durante dos periodos, desde el 9 de julio de 2010 hasta el 31 de agosto de 2011 y otro desde el 19 de mayo de 2013, en el que continuaba cuando finalizó la autorización de residencia y trabajo el día el 28 de julio de 2017.

Partiendo de estas premisas, exponemos los argumentos de la actora.

En primer lugar, mantiene que sí consumó el periodo de actividad laboral que establece la normativa, ya que en promedio se alcanzaron los tres meses de trabajo por año pues su actividad laboral no cesó, sino que se suspendió -de acuerdo con la empleadora- por causa de la maternidad, con los efectos- añadimos- de la propia institución suspensiva sobre la permanencia del vínculo y cómputo de antigüedad⁵⁹.

En segundo lugar, la recurrente alegó que, aun cuando no se dieran las causas para la renovación que exige el apartado b) del art. 71.2 ya citado, se cumplirían las de

⁵⁹En estas circunstancias, existe reserva del puesto de trabajo; no es posible ni necesario incorporarse al servicio de empleo estatal como demandante, y, además, ese período de baja voluntaria debe asimilarse a la actividad laboral.

los apartados a)⁶⁰ - porque hay una continuidad en la relación laboral a causa de que fue contratada por los mismos empleadores cuando regresó de tener a su hijo- y c), que exige, además de tener un periodo de actividad laboral de al menos tres meses por año, haber buscado activamente empleo, interpretando la actora que dicho requisito es equiparable al arraigo, y que conforme al art. 71.6 del Reglamento, es posible la renovación de la autorización de residencia y trabajo cuando se justifica el esfuerzo de integración, pudiéndose comprobar ese hecho al disponer de un trabajo estable, un hijo menor de edad y el resto de su familia extensa, que también vivía en España con ella. Argumenta que, en caso de no concederse la autorización, se podría quebrar la unidad familiar y el interés de menor, con vulneración del art. 39 CE y -añadimos- de su derecho a trabajar y conciliar sus intereses personales y laborales, pues la ausencia del pertinente permiso -ante la falta de renovación- vedaría su acceso en condiciones de regularidad a un puesto de trabajo, *condenándola* a la clandestinidad.

El Superior de Justicia responde a los argumentos de la parte demandante incidiendo en la falta de prueba de que la relación se hubiera suspendido (y no extinguido) como consecuencia de la maternidad. Según el Juez, la baja convenida con el empresario constituye un modo de extinción del contrato de los previstos en el art. 49 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no hay continuidad en la relación laboral, pues el contrato original ha sido afectado por una causa de resolución. (Sorprendentemente, el juez no apunta a una posible causa discriminatoria con origen en la maternidad de la mujer y/o en el cuidado del hijo; únicamente refiere que la reanudación de la actividad con los mismos empleadores se formalizó en un contrato nuevo y sin vinculación formal alguna con el anterior, no concurriendo, por tanto, el supuesto de renovación del artículo 71 apartado 2.a) RE.

Manteniendo la línea, en la sentencia se aclara que la autorización de residencia tiene una duración de dos años y la que era objeto de renovación expiraba el 28 de julio de 2013. Puesto que la recurrente estuvo inactiva entre el 1 de septiembre de 2011 y el 19 de mayo de 2013, sin duda no respetó los periodos de seis meses o de tres meses de actividad laboral por año; y vuelve a insistir en que, a pesar de que la situación de baja por enfermedad es equivalente a la actividad, no hay prueba alguna de que la actora estuviera de baja por razón del embarazo y el parto durante todo ese lapso de tiempo, ni de que la enfermedad de su hijo obligara a ambos a una tan dilatada permanencia fuera de España (desde el nacimiento el 11 de diciembre de 2011 al 19 de mayo de 2013), apostillando, además, que este último dato- la enfermedad del hijo y la necesidad de cuidados - es mucho menos relevante.

⁶⁰ Art. 71.2 a) RLOE: “La autorización de residencia y trabajo se renovará... cuando se acredite la continuidad en la relación laboral que dio lugar a la concesión de la autorización cuya renovación se pretende”.

El juez, se limita a atender a los preceptos legales aplicables de manera inflexible, rechazando la fórmula propuesta por la recurrente de calcular el período de trabajo sobre el promedio de toda su vida laboral. En consecuencia, la ausencia del requisito temporal de la actividad laboral de tres meses por año exime del examen de los demás requisitos previstos en la norma, ya que, como expresamente establece esta última - añade el juez- “se trata de requisitos acumulativos o concurrentes, de manera que el incumplimiento de uno solo de ellos es suficiente para rechazar la renovación por esta causa”, por lo que tampoco es posible apreciar las condiciones para la renovación de los apartados b) y c).

En el resto de las argumentaciones se observa igualmente la postura elegida por el juez. Para él, también es irrelevante la razón por la que trabajadora no viniera percibiendo el subsidio por desempleo u otra prestación económica asistencial (no lo contempla la normativa *ad hoc*), puesto que el 38.6 b) y c) LOEX exige la percepción efectiva de las prestaciones, que es lo que sirve de fundamento a estas especiales causas de renovación. Por este motivo ni siquiera bastaría, según apunta el Tribunal, con un derecho abstracto a obtener tales prestaciones, si efectivamente no se están percibiendo.

Sobre la prueba del esfuerzo de integración previsto en el número 6 del art. 71 del Reglamento, el juez se pronuncia dejando claro que dicho tipo de informes no permiten eximir del cumplimiento de los requisitos para la renovación, sino que, reproduciendo pronunciamientos anteriores, ofrecen “un cierto margen de discrecionalidad para supuestos que queden fuera de los estrictos límites numéricos fijados (no se cumplen plazos por días, o ingresos por escaso importe) que pueda ser suplido, que no sustituido íntegramente, por vía de valoración complementaria de dicho informe, no pudiendo ser entendido en el sentido propuesto de que la existencia de informe favorable de la Comunidad de Madrid pueda imponer la solución al Ministerio del Interior a falta absoluta de los requisitos exigibles, pues con ello se vacía el contenido del precepto e igualmente se sustrae la competencia para resolver⁶¹”.

Asimismo, y con respecto al arraigo de la recurrente en España, afirma que no justifica por sí solo la concesión de la renovación de la autorización solicitada al amparo del art. 71 del Reglamento. Añade que las circunstancias personales y familiares relatadas son útiles para fundamentar la autorización de residencia por arraigo, pero escapan a las facultades de la Sala concederle un permiso de clase diferente al pretendido. Por último, reafirma su postura con una frase lapidaria que resume la línea mantenida a lo largo de la sentencia: “La satisfacción de los derechos a la vida familiar y el interés superior del menor no pasan por obtener la autorización de residencia...” ; sin duda, no es requisito único pero sí imprescindible, y un paso adelante, en el arduo camino hacia el efectivo ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos, en general y, en particular, de los derechos de conciliación de intereses familiares y

⁶¹ Sentencia STSJ de Madrid (Sala de lo C-A) de 28 de junio. (Rec. 346/2016).

laborales de las madres-trabajadoras domésticas extranjeras, lo que parece olvidar el juez.

Lamentablemente, existen pronunciamientos anteriores de la misma Sala en línea similar. Como ejemplo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de julio de 2015⁶². En el supuesto juzgado, la demandante residía con su marido y dos hijos desde el año 2003 en nuestro país, teniendo cotizados a la Seguridad Social 6 meses y 8 días como empleada de hogar, si bien fue despedida y en este momento se encontraba buscando empleo. Según se expone en los antecedentes de hecho, su pareja tenía un trabajo estable y ella no pudo trabajar más tiempo por quedar embarazada y careciendo de baja por maternidad tuvo que dejar de trabajar y, por ende, de cotizar. La sentencia de instancia desestima el recurso, porque: "... la recurrente no acredita cumplir los requisitos establecidos en los preceptos transcritos, pues no consta acreditada el alta y la cotización continuada del trabajador a la Seguridad Social, ya que durante la autorización de trabajo anterior, cuya vigencia era de un año, sólo queda acreditada una vida laboral de 8 días, sin que proceda estimar los motivos de impugnación alegados por la actora respecto a que no pudo trabajar más tiempo al haber quedado embarazada y haber dado a luz a su segundo hijo, dado que es empleada de hogar... habida cuenta tales motivos no están previstos en las norma que regula la renovación de la autorización solicitada". El Tribunal desestima el recurso argumentando que "las razones que esgrime la apelante no desvirtúan los fundamentos jurídicos puesto que la constancia en el expediente de la falta de efectividad laboral por su parte no aparece - dado el lapso de tiempo que abarca- relacionado con el embarazo y nacimiento de su segundo hijo, ni probado tampoco en cuanto a este extremo, por lo que las razones que invoca no pueden tener la trascendencia que pretende frente a la objetividad de los datos que han determinado la denegación administrativa primera y su confirmación judicial posterior".

3. REFLEXIÓN FINAL

Desde una perspectiva sociolaboral, a lo largo de estas líneas hemos podido comprobar el papel esencial, y sin embargo poco valorado, que desempeñan las trabajadoras domésticas para el logro de la conciliación de intereses laborales y personales de las familias que, ante la ausencia de otras alternativas, optan por recurrir a ellas. Asimismo, y desde la posición de la propia trabajadora, hemos centrado la atención en las dificultades a las que tienen que hacer frente para poder conciliar sus necesidades familiares y laborales; en particular, hemos querido referirnos a la difícil combinación entre su prestación de trabajo y la maternidad, atendiendo a dos aspectos claves: la figura del desistimiento y su uso abusivo –como despido sin causa- y la

⁶² Rec. 7/2013.

dificultad para la renovación del permiso de trabajo en el caso de la empleada de hogar extranjera; no obstante, no debemos obviar otras cuestiones que aunque no hemos tratado ahora no debemos dejar de referir.

Por una parte, si bien cuando hablamos de medidas que persiguen facilitar el equilibrio entre la vida laboral y la familiar, debemos hacer mención a su todavía escaso desarrollo en el ámbito de la negociación colectiva⁶³, en el caso de las trabajadoras en el servicio doméstico el problema va más allá, no pudiendo hablar de la deficiente presencia de la negociación colectiva en el impulso de la conciliación sino de la ausencia de la misma. Por otro lado, la exclusión de este sector del ámbito de aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, conlleva especiales consecuencias para las mujeres embarazadas y en periodo de lactancia que, en la mayoría de los casos, ven finalizada su relación laboral (ya por imposición, ya por decisión) al no poderla compaginar con su situación. Abordar, en el marco del Diálogo Social, el avance en la equiparación de derechos en estos dos ámbitos es una de las constantes reivindicaciones de este colectivo.

El trabajo que desarrollan las empleadas de hogar es una tarea que nunca ha tenido valor ni reconocimiento. Reproduciendo a Poyatos i Matas (2019) “Ya no se discrimina a las mujeres por ser mujeres (...) sino que se excluyen, restringen o limitan legal o jurisprudencialmente aquellos valores asociados a lo femenino. El paradigma de esos valores son los cuidados, que son el pilar de las brechas de género que imperan en nuestro mercado de trabajo Cuidar es tan duro como invisible social y legalmente, y se sostiene mayoritariamente sobre las espaldas de las mujeres”. Somos una sociedad familiarista con un pasado reciente muy conservador, y el Estado poco se ha ocupado de ayudar a las mujeres a incorporarse al mundo profesional. Desde hace décadas, la sociedad española se sostiene gracias a las trabajadoras domésticas; si son imprescindibles, ¿por qué son invisibles? El reconocimiento del valor social y económico del mismo exige visibilizarlo y equipararlo en derechos con el resto de los trabajos. Lamentablemente, los poderes públicos son conscientes de que una regulación adecuada de sus condiciones de trabajo equiparándolas con las de cualquier trabajador, con inspecciones e imposición de sanciones a los incumplidores generaría un grave problema, difícil de resolver: ¿quién cubriría el vacío absoluto de servicios generado?

Llegados a este punto es cuando debemos hacer hincapié en la responsabilidad que tienen los poderes públicos a la hora de implementar políticas que faciliten unos servicios de atención con calidad que respondan a las necesidades actuales de las personas trabajadoras. Los cuidados debe colocarse en el centro de las políticas sociales,

⁶³ Al respecto, Guerrero Vizuete, E. (2018) “La conciliación entre vida laboral, personal y familiar una década después de la ley orgánica 3/2007”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51 pp. 296-297.

porque estamos ante intereses humanos universales y, por ende, las personas que prestan esos cuidados deben ser valoradas y equiparadas al resto de los trabajadores, pudiendo, en consecuencia, disfrutar de opciones para poder compatibilizar sus propios intereses personales y laborales.

No podemos obviar que la confluencia del Derecho Europeo e interno en la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como en la conciliación laboral, familiar y personal, ha originado un importante papel tanto de la jurisprudencia europea como de la española en la efectividad de ambos principios. El TJUE tiene numerosas sentencias que han incidido directamente en la proyección, laboral y de seguridad social. Y, de igual modo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han sentado jurisprudencia, fortaleciendo y asegurado la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral y, en particular, en la conciliación laboral y familiar. Y es en este punto cuando debemos detenernos a reflexionar, lanzando una pregunta: De estos indudables avances ¿se han visto beneficiadas las empleadas de hogar? Estos cambios jurídico-sociales que han ido aconteciendo ¿han tenido reflejo en sus circunstancias laborales? No nos cabe duda que los Tribunales de Justicia, a través de sus actuaciones y resoluciones, pueden y deben dinamizar los cambios sociales para avanzar en la igualdad, procurando su extensión y efectiva aplicación a los colectivos más vulnerables, e integrando la perspectiva de género como criterio de referencia en todos los casos que, como sucede en el trabajo doméstico, involucren relaciones desiguales y estereotipos de género.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR IDÁÑEZ, M.J. (Dir.). (2008). Servicio doméstico: discriminación y condiciones de trabajo en la externalización del cuidado, desde la perspectiva de género. I Congreso Internacional sobre Género, Trabajo y Economía Informal. GIEMIC. Universidad de Castilla- La Mancha.

BALLESTER PASTOR, M.A. (2010) “De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades”. *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, pp. 99 a 114.

BENAVENTE TORRES, I. (2018). La extinción de la relación laboral especial del trabajo del hogar familiar. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, pp. 85-124.

BERTOL COLORADO, L. (2014). Los derechos laborales en el Real Decreto

1620/2011: Avances, limitaciones y resistencias. (Trabajo de fin de Máster) Universidad de Navarra.

ESPEJO MEGÍAS, P. (2018). *Hacia una reformulación de la violencia de género laboral*. La Ley.

ESPUNY TOMÀS, M.J. (2015). *Relaciones laborales y empleados del hogar*. Madrid. Dykinson.

GARCÍA, C., SANTOS, L. VALENCIA, N. (2014). “La construcción social del mercado laboral doméstico en España a comienzos del siglo XXI”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, nº 1, pp. 101-131.

GUERRERO VIZUETE, E. (2018). “La conciliación entre vida laboral, personal y familiar una década después de la ley orgánica 3/2007”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51, pp. 282 - 304

LLUCH FRECHINA, E. (2010). “Medidas de conciliación y resultados empresariales”, en la obra de VV. AA (Coord. ABRIL STOFFELS, R.), *Informe sobre políticas públicas de promoción de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral*, p. 245-260. Disponible en: <http://dspace.ceu.es/handle/10637/7822>.

MARTÍNEZ-BUJÁN, R. (2014). “Los modelos territoriales de organización social del cuidado a personas mayores en los hogares”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 145, pp. 99-124.

MIÑARRO YANINI, M. (2013) *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*. Madrid. Editorial Reus.

NOGUEIRA, J./ZALAKAIN, J. (2015). *La discriminación múltiple de las mujeres inmigrantes trabajadoras en servicios domésticos y de cuidados en la CAE*. Instituto Vasco de la mujer.

PARELLA RUBIO, S. (2003). *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*. Anthropos .

POYATOS I MATAS, G. (2019) “La práctica de cuidar, cargada sobre las mujeres, juzgada con perspectiva de género: nuevos progresos en la doctrina de suplicación Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 12 de marzo de 2019 (recs. 19/2019 y 1596/2018)”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 433/2019, pp.220-229.

RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. (2014) “Inaplicación de la nulidad objetiva en los casos de desistimiento empresarial durante el periodo de prueba de la trabajadora embarazada: la ¿evolución? de la jurisprudencia constitucional”. *Temas laborales* 123/2014, pp. 185 a 196.

RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. (2018) ”El alcance del derecho a adaptar la jornada y a la elección de turno de trabajo como medida de conciliación de la vida familiar y laboral: una controversia aún por resolver”. *Temas Laborales* 141/2018, pp.175-185.

RODRÍGUEZ COPÉ, M.L. (2019). “El trabajo doméstico como portal de acceso al mercado laboral español de las mujeres inmigrantes: políticas y gestión”. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 433, pp. 55-92.