

X. Tiempo de trabajo y ausencia de registro de jornada del personal al servicio del hogar familiar

Olaya Martín Rodríguez (profesora Derecho del Trabajo de UDIMA)

X. I. Algunos datos de interés sobre el empleo doméstico en España

Si bien el tema central de este capítulo es estudiar el tiempo de trabajo de los empleados en el servicio del hogar familiar, resulta transcendental ofrecer algunos datos de este colectivo. En este sentido, y de acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE) en el tercer trimestre de 2019 el empleo doméstico representa en nuestro país un 3,4% de la ocupación total¹. Si nos retrotraemos un año según los datos nuevamente del INE y teniendo en cuenta la media de los cuatro trimestres del año 2018, había en España 628.800 hogares como empleadores de personal doméstico, de los cuales 556.000 resultan ser mujeres y sólo 72.800 son hombres.

Empleadores de personal doméstico	
Mujeres	556.000
Hombres	72.800
Total	628.000

Fuente: Elaboración propia a partir datos INE: Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico. Media de los cuatro trimestres del año 2018.

Si consultamos los datos del presente año, vemos que en el primer trimestre del año 2019 hubo un ligero descenso de hogares empleadores de personal doméstico, situándose en 570.600, de los cuales 497.600 eran mujeres. En el segundo trimestre se incrementa levemente la cifra de ocupados en esta rama de actividad hasta los 601.400 empleadores de personal doméstico. Los últimos datos ofrecidos por el INE son relativos al tercer trimestre de 2019 que ofrece una cifra parecida a la media de los cuatro trimestres de 2018, en concreto actualmente se sitúa en 628.200, de los cuales 561.500 son mujeres².

¹ Datos INE <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4200> «asalariados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo.

² Si consultamos los datos de afiliación de julio de 2019 ofrecida por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, observamos que están afiliadas al sistema especial de empleados de hogar 401.513 empleadas de hogar. En 2018 la afiliación media al sistema especial de empleados de hogar fue de 415.679 ligeramente por debajo del año 2017 que fue de 424.403 personas. De acuerdo con estos datos se observa un descenso en la afiliación de este colectivo al sistema de especial de empleados de hogar

Ambos sexos			Hombres			Mujeres		
1T	2T	3T	1T	2T	3T	1T	2T	3T
570.600	601.400	628.200	73.100	72.900	66.800	497.600	528.500	561.500

Fuente: Elaboración propia a partir datos INE: Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico. Media de los cuatro trimestres del año 2019.

Como se puede observar es una rama de actividad claramente feminizada, pero además el empleo doméstico es el sector que tiene la tasa más alta de empleo a jornada parcial de todo el mercado laboral ya que, si la media se sitúa en el tercer trimestre de 2019 en el 14%, en los empleados del hogar alcanza el 56,8%, es decir, más de la mitad de las personas que están ocupadas en este sector³.

	Total	Jornada a tiempo completo	Jornada a tiempo parcial
Total	100%	86%	14%
Actividades de los hogares como empleadores de personal doméstico.	100%	43,2%	56,8%

Fuente: Elaboración propia a partir de datos INE: Ocupación por tipo de jornada y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada rama. Tercer trimestre de 2019.

Por otro lado, es importante señalar en este sentido que los trabajadores inmigrantes han estado siempre sobrerrepresentados en el empleo doméstico; en concreto la afiliación de extranjeros al Sistema Especial del Hogar en el mes de septiembre de 2019 ha sido de 167.377, de los cuales 43.585 proceden de países de la Unión Europea y 123.792 de países que no forman parte de la Unión Europea⁴.

	S.E. Hogar	Total
De la Unión Europea	43.585	870.091
De países no Unión Europea	123.792	1.275.172
Total extranjeros	167.377	2.145.263

Fuente: Elaboración propia datos Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social: Afiliados extranjeros a la Seguridad Social, septiembre 2019.

³ INE: <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=4170>.

⁴ Nota de prensa. Gabinete de comunicación. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad social. septiembre 2019.

X. 2. Regulación normativa del servicio del hogar familiar

El porcentaje de empleados domésticos en España es mayor que en otros países desarrollados, donde apenas alcanza el 1%; en concreto, son Italia y España los países que reúnen a más del 50% de todo el empleo doméstico europeo⁵. Los empleados del hogar familiar constituyen un importante porcentaje del empleo informal y sumergido de nuestro país ya que es frecuente que este colectivo de trabajadores no tenga ningún tipo de vínculo contractual con el titular familiar⁶. En España la existencia del empleo doméstico hasta los años 90 inclusive se debía a una razón de status social. Sin embargo, ese perfil ha cambiado, en los últimos años el incremento de empleados del hogar doméstico se debe fundamentalmente por el aumento de la esperanza de vida y por la incorporación de la mujer al mercado laboral. Tales condicionantes requieren la necesidad de demanda de cuidados por parte de personas dependientes y sus familias. Ya no sólo las familias adineradas tienen un empleado de hogar, también la clase media con un nivel adquisitivo suficiente precisa de los servicios de este colectivo para realizar tareas domésticas, cuidado de menores o personas de edad avanzada⁷.

La relación laboral especial del servicio del hogar familiar aparece por primera vez en la Ley 16/1976, de Relaciones Laborales y, posteriormente en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. El desarrollo reglamentario de los empleados al servicio del hogar familiar se reguló en el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, cumpliendo así con el mandato de la disposición adicional primera de la Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, esto significa que en España el empleo doméstico fue expresamente excluido de la legislación laboral hasta el año 1985⁸. Hasta esa fecha los empleados del hogar familiar se encontraban sometidos a la legislación civil⁹.

⁵ OIT, Domestic Workers Across The world: Global and Regional Statistics At The Extent Of Legal Protection, 2013, pág. 20. Consulta 26 de noviembre de 2019 (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_173363.pdf).

⁶ CHARRO BAENA, P., «El servicio del hogar familiar: Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», CHARRO BAENA, P., y ESPINOZA ESCOBAR, J. (directores), *El derecho del trabajo y los colectivos vulnerables: un estudio desde las dos orillas*, Dykinson, 2017, pág. 43. En sentido similar se manifiestan: BANYULS, J., PITCHER, E., SÁNCHEZ, A. «Empleo informal y precariedad laboral: las empleadas de hogar», *Sociología del Trabajo*, vol. 119, nº 4, 489-510. La mayor parte de los estudios realizados en España sobre servicio doméstico lo asocia a la economía sumergida y al empleo informal y destacan que la precariedad y la irregularidad, debido a la escasa cobertura legal, bajos salarios, jornadas laborales extenuantes. A nivel internacional, también se ha puesto de manifiesto que el empleo doméstico es una de las ramas de actividad con mayor precariedad laboral.

⁷ GARCÍA SAIZ, C., SANTOS PÉREZ, M.L., VALENCIA OLIVERO, N.Y., «La construcción social del mercado laboral doméstico en España a comienzos del siglo XXI», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, nº 1, 2014, pág. 103.

⁸ En lo que se refiere al alcance y peculiaridades de cobertura y prestaciones de seguridad social sobre empleados del hogar familiar, véase la obra de SANZ SÁEZ, C., *La protección social de las empleadas de hogar*, Bomarzo, 2017.

⁹ El empleo doméstico se reguló como contrato de arrendamiento de servicios en la sección 1ª «Del servicio de criados y trabajadores asalariados» (arts. 1583-1587 del Código Civil (en adelante CC). En 1931 la Ley de Contrato de Trabajo hizo alusión al servicio doméstico (art. 2), pero no se les aplicaba la normativa específica en materia de jornada ni accidentes de trabajo. Por su parte, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 excluyó de manera expresa del ordenamiento laboral el servicio doméstico [art. 2.c)] «entendiéndose por tal el que se presta mediante jornal, sueldo, salario o remuneración de otro género o sin ella, y que sea contratado, no por un patrono, sino por un amo de casa que no persiga fin de lucro para trabajar en una casa o morada particular al servicio exclusivo del contratante, de su familia o de sus dependientes, bien se albergue en el domicilio o fuera de él». El siguiente intento de laborización

Desde el año 2000 se han realizado bastantes manifestaciones para visibilizar el empleo doméstico y podemos afirmar que ha tenido sus frutos ya que en el año 2011 se produjo un importante cambio legislativo con la entrada en vigor del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, el cual se encuentra fuertemente influenciado por el Convenio nº 189 sobre «*Trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores domésticos*» de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), de junio de 2011¹⁰(aún sin ratificar por España). Con este nuevo real decreto se intenta equiparar las condiciones laborales de este colectivo con las establecidas en la relación laboral común¹¹. En la exposición de motivos, el legislador «*aconseja una revisión en profundidad de esta normativa, para renovar y modernizar diversas instituciones jurídicas que las transformaciones sociales habidas en estos últimos tiempos y la evolución natural de las costumbres han dejado caducadas*».

La relación especial del servicio de hogar familiar otorga a este colectivo protección, si bien menos garantista que la ofrecida por el Estatuto de los Trabajadores para la relación laboral común. Alguno de los motivos de no incluir el trabajo doméstico dentro del ordenamiento laboral se fundamenta en el hecho de que el Derecho del Trabajo tiene su origen como respuesta al conflicto obrero organizado, de forma colectiva, en torno a la fábrica. Sin embargo, en el trabajo doméstico no hay fábrica ni tampoco empresario en el sentido tradicional, es decir, el empleador no es un empresario en sentido económico y además la prestación de servicios se desempeña en el domicilio familiar; donde se unen los derechos fundamentales del empleador (como el derecho a la intimidad personal y familiar) con los derechos del trabajador. Es decir, la especialidad de esta relación laboral se fundamenta en la peculiaridad del lugar de la prestación de servicios (hogar familiar) que supone la entrada del trabajador en el «*círculo de convivencia e intimidad de la familia y la nota de mutua confianza entre las partes*»¹², pero también en que el titular del hogar familiar no obtiene un rendimiento económico como sucede en la relación laboral común.

Si bien y pese a lo dicho hay que reseñar que algunos autores se postulan por afirmar que no existen tales criterios objetivos para concebir esta relación como de carácter especial, manifestando

vino de la mano de la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones de Trabajo, si bien indicando que sería una relación laboral especial [3.1.a)]. El desarrollo de esta normativa específica no se realizó hasta el Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar. Sobre la evolución histórica del servicio del hogar familiar véase: DE LA VILLA GIL, L.E., «La relación laboral de carácter especial al servicio del hogar familiar», *Documentación Laboral*, nº monográfico, 1985 y RUJANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013.

¹⁰ La aprobación del Convenio nº 189 de la OIT, así como la Recomendación nº 201 no fue sencilla pues existían bastantes reticencias a la hora de regular este colectivo debido a su peculiar naturaleza y el ámbito de privacidad en el que se desarrolla. Ambos instrumentos contienen disposiciones importantes sobre las condiciones de trabajo y de vida, que van desde el tiempo de trabajo y la remuneración hasta la seguridad y salud en el trabajo. Si bien, el Convenio permite cierto grado de flexibilidad con respecto a su aplicación.

Por su parte, la Recomendación proporciona orientaciones prácticas para elaborar y aplicar medidas eficaces destinadas a promover el trabajo decente para los trabajadores domésticos. A fecha de noviembre de 2019, se han registrado 28 ratificaciones relativas al Convenio nº 189: Alemania, Argentina, Bélgica, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, Filipinas, Granada (entra en vigor el 12 de noviembre de 2019), Guinea, Guyana, Irlanda, Italia, Jamaica, Mauricio, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú (entra en vigor el 26 de noviembre de 2019), Portugal, Sudáfrica. Suecia (entrará en vigor el 4 de abril de 2020), Suiza y Uruguay.

¹¹ DIAZ GOFINKIEL, M., «La reconfiguración del empleo doméstico en España: impacto de los cambios legislativos en el funcionamiento del sector», *Reis. Revista Investigación Sociológica*, nº 155, 2016, pág. 102.

¹² MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, vigésimo séptima edición, 2018, pág. 198.

al respecto que la diferenciación en cuanto a su regulación no siempre tiene su fundamento «en acusados rasgos diferenciales desde el punto de vista jurídico»¹³. Es cierto que las particularidades de este colectivo pueden justificar algunas modificaciones con respecto al régimen general común, pero ello no debería suponer una menor protección en derechos básicos o una regulación menos garantista.

X.3. La ordenación del tiempo de trabajo en la relación especial del servicio del hogar familiar

La ordenación del tiempo de trabajo de los empleados del servicio del hogar familiar se encuentra regulada en el art. 9 del RD 1620/2011, pero de manera supletoria o por vía de remisión hay que tener en cuenta alguno de los preceptos del Estatuto de los Trabajadores. La regulación del tiempo de trabajo experimentó en 2011 cambios significativos en relación con la regulación anterior. Sin embargo, tanto en la antigua regulación como en la actual existe cierta complejidad ya que hay que tener en presente si el empleado pernocta o no en el domicilio familiar o si realiza o no tiempo de presencia. A continuación, se detallará de manera pormenorizadas estos cambios y la situación actual.

X.3.1. Jornada ordinaria máxima de trabajo y tiempo de presencia

Tanto la anterior regulación como la actual fijan la jornada máxima ordinaria en 40 horas semanales de trabajo efectivo, al igual que en la relación laboral común, es decir el art. 34.1 del ET establece la duración máxima de la jornada ordinaria en cuarenta horas semanales en cómputo anual, de manera que es posible la realización de jornadas irregulares, si bien esta distribución irregular a lo largo del año no parece en principio de aplicación a los empleados de hogar familiar sometidos a la relación laboral especial. Por otro lado, el RD 1620/2011 hace desaparecer la referencia al tope máximo de las nueve horas ordinarias de trabajo efectivo al día que el RD 1424/1985 incluía, lo que permite una mayor flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo¹⁴.

El art. 9.1 del RD 1620/2011 al establecer la jornada máxima ordinaria indica que se computa al margen de «los tiempos de presencia» entendiéndose que ese tiempo se adiciona a la jornada máxima ordinaria. Sin embargo, a continuación, el apartado segundo del art. 9 del citado real decreto hace alusión a la necesidad de respetar la jornada máxima de trabajo en relación con el tiempo de presencia. Estos apartados inducen a confusión, pero se puede deducir que este tiempo de presencia supone una ampliación del tiempo de trabajo en el servicio doméstico, por lo que se entiende que se suma a la jornada máxima ordinaria. El tiempo de presencia ha de constar por escrito tanto la duración como la distribución de acuerdo con el art. 5.4.b) del RD 1620/2011, cuestión que no contemplaba la norma precedente.

¹³ Así lo manifiesta, entre otros: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. «Relaciones especiales de trabajo y Estatuto de los Trabajadores. Comentario a la STCT de 23 de julio de 1981», *Revista de Política Social*, nº 139, 1985.

¹⁴ CHARRO BAENA, P., «El servicio del hogar familiar. Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», *op. cit.*, pág. 47.

Ni el actual real decreto ni el anterior han definido o indicado qué se entiende por tiempo de presencia. Si tenemos en cuenta lo que dice un sector doctrinal puede entenderse que se trata de periodos de mera disposición por parte del trabajador en los que éste no desarrolla trabajo efectivo ya que si desarrollara alguna función sería tiempo de trabajo efectivo y por tanto debería computarse como jornada máxima ordinaria¹⁵. Sobre el tiempo de trabajo efectivo se han manifestado nuestros tribunales. En este sentido, la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 27 de octubre de 2017 (Rec. nº 185/2017) ha señalado al respecto que *«lo verdaderamente determinante es que el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones»*¹⁶. También se ha manifestado sobre este particular en sucesivas ocasiones el TJUE¹⁷ y ha entendido que *«los servicios de guardia que realiza el trabajador en régimen de presencia física en el centro de trabajo deben considerarse tiempo de trabajo en su totalidad en el sentido de la Directiva 2003/88/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo»*¹⁸.

Sin embargo, en la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, como hemos dicho anteriormente, el tiempo de presencia no es considerado como tiempo de trabajo efectivo y no se contabiliza a efectos de la duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo, ni para el número máximo de horas extraordinarias¹⁹. En este sentido, se ha pronunciado en alguna ocasión nuestros tribunales. Al respecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 26 de marzo de 2019 (Rec. nº 637/2019) considera que *«el simple hecho de pactarse la pernocta y, por tanto, inferirse que la demandante dormía en el domicilio de tal demandada, no puede concluirse que esas horas nocturnas fuesen de presencia, ya que las horas de presencia tienen especial régimen regulado en el art. 9.1 RD 1620/2011»*.

Continúa la Magistrada aclarando que *«las horas de disponibilidad son aquellas que se han pactado al efecto y se refieren a las que con tal condición se pacten dentro del arco temporal posterior o anterior a la jornada laboral diaria. Si no se han pactado, terminada la jornada laboral diaria, el empleado no está obligado a permanecer en el domicilio de la otra parte contratante. Si se ha pactado, aunque se haya terminado esa jornada laboral, ha de permanecer obligatoriamente en ese domicilio y a disposición del*

¹⁵ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., «La relación especial de trabajo al servicio del hogar familiar», Actualidad Laboral, nº 1, 1986, pág. 11. Para profundizar sobre la determinación de los tiempos de presencia o su diferenciación con el tiempo de trabajo efectivo o cuando se realizan tareas livianas, abrir la puerta, entre otras cosas, véase DE NIEVES NIETO, N., *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2010, pág. 126.

¹⁶ Esta sentencia resuelve un supuesto de relación laboral común, en el que se plantea si el tiempo de trabajo destinado a participar en determinados eventos lúdicos organizados por la empresa es tiempo de trabajo efectivo. La Audiencia Nacional concluye que sí.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2000, asunto SIMAP, C-3003/98, entre otras.

¹⁸ El TJUE, en la Sentencia de 21 de febrero de 2018, asunto Matzak, C-518/2015 fue más allá y concluye que *«el tiempo de guardia que un trabajador pasa en su domicilio con la obligación de responder a las convocatorias de su empresario en un plazo de 8 minutos, plazo que restringe su posibilidad de realizar otras actividades, debe considerarse tiempo de trabajo. En cualquier caso, matiza que debe analizarse cada caso, pues lo que el TJUE apela es el grado de restricción de su libertad para realizar otras actividades»*.

¹⁹ En idénticos términos se pronuncia el art. 8.1 del RD 1561/1995, en relación con el sector del transporte y el trabajo en el mar, en el que se define el tiempo de trabajo como aquel en el que el trabajador se encuentra a disposición del empresario sin prestar trabajo efectivo, por razones de espera, expectativas, servicio de guardia, viajes sin servicio, averías, comidas en rutas o similares.

empresario. En tal caso, por ese pacto de realización de esas horas de presencia se recibe o se compensa la cantidad pactada»²⁰.

A una conclusión distinta llega el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en su sentencia de 8 de octubre de 2018 (Rec. nº 1361/2018) en un caso similar, con la única particularidad o salvedad que en lugar de ser relación laboral especial del servicio del hogar familiar es una relación laboral común. En este supuesto la demandante presta servicios por cuenta ajena para la empresa SacyrValladolid dedicada a la actividad de cuidados en el hogar. Su contrato era de obra o servicio a tiempo completo de lunes a sábados con los descansos legales correspondientes. Su régimen era de interna con manutención y pernocta en el domicilio de la anciana. La demandante denuncia infracción de los artículos 34 y 35 del ET y de la jurisprudencia recogida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, asunto Matzak (C-518/2015), partiendo de esa doctrina que resulta aplicable al derecho interno español y siendo las situaciones equiparables pues el tiempo presencial en casa, aunque no haya actuación directa es equiparable a la situación de estar de guardia localizada en el domicilio pendiente de llamada, concluye en este caso el tribunal que *«ha de considerarse como tiempo de trabajo la jornada presencial realizada por la demandante y ello aunque se estuviese durmiendo o realizando actividades estrictamente personales pues evidentemente sobre ella durante todo ese tiempo recaía la obligación de atender sin solución de continuidad requerimientos laborales que se la encomendaran»*.

Como se puede observar tras el estudio de estas sentencias, hay un trato desfavorable en el caso de que la empleada tenga una relación laboral de carácter especial y ello porque, volviendo al razonamiento de la Magistrada en la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 26 de marzo de 2019, *«pernocta y tiempo de presencia son cosas distintas»*. La pernocta es concebida en su art. 8.2 del RD 1620/2011 como parte del salario, y las horas de disponibilidad según el art. 9.1 del citado real decreto *«son aquellas que se han pactado al efecto y se refieren a las que con tal condición se pacten dentro del arco anterior o posterior a la jornada laboral diaria»*. En cualquier caso, y aunque se fundamente la argumentación del Tribunal en el Real Decreto 1620/2011, como apreciación personal no se cumple con el principio de trato menos favorable entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general que proclama el Convenio nº 189 y la Recomendación nº 201 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, lo que genera que siga existiendo cierta vulnerabilidad social y económica sobre este colectivo.

El actual real decreto establece ciertas pautas básicas relativas al régimen jurídico de los tiempos de presencia que suponen una mejora positiva respecto a la norma anterior ya que de acuerdo con la anterior regulación el tiempo de presencia se extendía de manera ilimitada lo que suponía jornadas abusivas debido a esta indeterminación legal. En este sentido, el RD 1620/2011 establece en primer

²⁰ En esta sentencia se dan los siguientes hechos probados: relación laboral especial del servicio del hogar familiar; pernocta de la demandante todas las noches en el domicilio de la demandada; contrato de 40 horas semanales sin pactar horas de presencia. La demandante sostiene que como dormía en el domicilio deben computarse las 8 horas como horas de presencia. En sentido similar, Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2016 (Rec. nº 6696/2015) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2015 (Rec. nº 896/2015). En ambas sentencias el Tribunal concluye que la relación laboral especial tiene singularidades propias que explican un tratamiento diferente respecto de la relación laboral común y por lo tanto no se puede comparar las horas en régimen de pernocta del empleado del hogar con las horas realizadas en servicio de guardia de presencia.

lugar que «en caso de no computarse los tiempos de presencia con tiempo de descanso equivalente, las horas de presencia no podrán exceder de 20 horas semanales de promedio en un periodo de referencia de un mes»²¹; En segundo lugar, respecto a la retribución, en tal sentido la nueva regulación establece que la retribución de los tiempos de presencia «no podrá ser inferior a la que corresponda a la hora ordinaria», pues en ese tiempo puede ser requerido para realizar alguna tarea doméstica²².

Dentro de esos límites, el precepto permite a las partes la determinación de la duración del tiempo de presencia, así como de la retribución del mismo. De tal forma, el pacto entre las partes debe respetar el máximo de 20 horas a la semana en promedio mensual, así como el límite retributivo mínimo del salario correspondiente a la hora de trabajo ordinaria, ya que ambos extremos son parámetros imperativos. Ambas reglas son de aplicación en caso que no exista acuerdo entre las partes. Como hemos apuntado anteriormente, se puede bien abonar el tiempo de presencia o compensarlo en periodos equivalentes de descanso retribuido, sin establecer la norma un límite temporal para dicha compensación, lo que permite o posibilita la realización de jornadas irregulares. Cabe añadir que cuando concluya la jornada de trabajo diaria y, si estuviera pactado tiempo de presencia, el empleado del hogar familiar no está obligado a permanecer en el domicilio familiar.

La doctrina judicial también se ha manifestado en alguna que otra ocasión sobre las horas trabajadas en fin de semana de manera que se superaba la jornada ordinaria máxima, y al respecto ha concluido que esas horas deben ser consideradas como de presencia y no extraordinarias²³. A la misma conclusión han llegado nuestros tribunales sobre las pernoctas, es decir, el tiempo de pernocta del empleado doméstico en el domicilio familiar no se considera jornada extraordinaria ya que la mera permanencia en el hogar familiar no acredita que se realizase trabajo efectivo, sería en su caso tiempo de presencia²⁴.

Respecto a los menores de edad que prestan servicios como empleados domésticos y como previsión final relativa al tiempo de trabajo hay que tener en cuenta que el RD 1620/2011 establece la aplicación de los límites previstos en el Estatuto de los trabajadores para los menores de 18 años. En este sentido, establece que los menores de edad «sólo podrán realizar ocho horas diarias de trabajo efectivo».

X.3.2. Horario

En la anterior regulación el horario se fijaba libremente por el titular del hogar familiar; sin que en ningún caso las horas ordinarias de trabajo efectivo al día pudieran exceder de nueve. El actual RD 1620/2011 hace desaparecer el tope de nueve horas diarias ordinarias de trabajo efectivo con el propósito de permitir una mayor flexibilidad en la distribución del tiempo de trabajo. Por otra parte, el actual real decreto posibilita que el horario pueda ser fijado por acuerdo entre las partes,

²¹ Este límite de 20 horas es el mismo que el art. 8.3 del RD 2001/1983, de 28 de julio, sobre jornadas especiales de trabajo, señala para determinar la duración de los tiempos de presencia en el sector transportes y trabajo en el mar.

²² El precio mínimo para el año 2019 es de 7,04 €.

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 2 de julio de 2015.

²⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2015 (Rec. nº 896/2015).

frente a la regulación precedente. Aunque esta modificación en la práctica no es tan plausible ya que con carácter general será el titular del hogar familiar quien determine el horario del empleado a fin de que éste se ajuste a las particulares necesidades del hogar familiar.

X.3.3. Horas extraordinarias

En el empleo doméstico se consideran horas extraordinarias las que se realizan sobre la duración de la jornada ordinaria de trabajo establecida en el contrato de trabajo o sobre la duración máxima legal y el tiempo de presencia que se hubiera acordado entre las partes. Tanto la anterior como la actual regulación se remiten al régimen de horas extraordinarias del Estatuto de los Trabajadores, salvo lo previsto en el apartado quinto del art. 35 del ET. Dicho apartado hace referencia al control de las horas extraordinarias a través del registro diario y cómputo global en el recibo salarial. Este inciso fue incorporado en el RD 1620/2011 a raíz de la modificación del RD Ley 16/2013 que vino a obligar a registrar día a día y totalizar mensualmente las horas realizadas de los trabajadores a tiempo parcial. Esta excepción ha sido criticada por un sector doctrinal ya que por un lado no se establece ningún otro mecanismo alternativo y por otro lado la ausencia de control dificulta probar las horas efectivamente realizadas por este colectivo²⁵. La carga probatoria de acuerdo con el apartado segundo del art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil le correspondería en su caso al titular del hogar familiar.

El límite máximo de horas extraordinarias durante el año es ochenta, sin tener en cuenta las horas extraordinarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes. Dicho límite significa que no pueden realizarse más horas y será nulo cualquier pacto de realización de horas extraordinarias que lo exceda, estando además tipificado como infracción grave de acuerdo con el art. 7.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante LISOS)²⁶.

No obstante, es preciso tener en cuenta algunas consideraciones respecto al límite de las horas extraordinarias. En primer lugar, el límite de ochenta horas extraordinarias al año se entiende para una jornada completa (40 horas semanales al año), por lo que los empleados del hogar familiar que, por modalidad o duración del contrato, realicen una jornada, en cómputo anual, inferior a la jornada a tiempo completo, tendrán reducida la realización de las horas extraordinarias en la misma proporción. La duda se plantea respecto de la posibilidad de aplicar adicionalmente las horas complementarias, sobre las que nada menciona el RD 1620/2011²⁷. Y, en segundo lugar, hay que tener en cuenta que no se computan dentro del límite de ochenta horas al año las horas extraordinarias compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, siempre y en la medida en que no se supere el número total de horas en el periodo de referencia.

Respecto a la forma de pago de las horas extraordinarias en el empleo doméstico, tanto el titular del hogar familiar como el empleado deben de llegar a un acuerdo respecto al mismo, pudiendo

²⁵ RUJANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013, pág. 104.

²⁶ La sanción consiste en una multa entre 626 a 6250 € (art. 40 y Disposición Adicional I LISOS)

²⁷ MIÑARRO YANINI, M. *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Reus, 2013, pág. 50.

optar entre abonar las horas extraordinarias o compensarlas por tiempos equivalentes de descanso retribuido. En cualquier caso, la cuantía fijada no puede ser inferior al valor de la hora ordinaria que en el año 2019 es de 7,04. En ausencia de pacto, se entenderá que las horas extraordinarias realizadas deberán ser compensadas mediante descanso dentro de los cuatro meses siguientes a su realización. Para finalizar señalar que los empleados de hogar menores de edad no pueden realizar horas extraordinarias.

X. 3.4. Los descansos entre jornadas e intra jornada

Si bien previamente hemos indicado que el horario se establece de mutuo acuerdo entre las partes, la duración máxima de la jornada de trabajo de los empleados del hogar familiar se encuentra limitada por el descanso entre jornadas. En este sentido se ha producido una mejora en la regulación del servicio del hogar familiar con respecto a la regulación anterior²⁸. El apartado cuarto del art. 9 del RD 1620/2011 dispone que *«entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente deberá mediar un descanso mínimo de doce horas. El descanso entre jornadas del empleado de hogar podrá reducirse a diez horas, compensando el resto hasta doce en periodos de hasta cuatro semanas»*. Respecto a la regulación anterior se amplía en dos horas adicionales el descanso entre jornadas. Para los empleados que no pernoctan en el domicilio se equipara el descanso entre jornadas a la relación laboral común (art. 34.3 del ET).

La referencia *«entre el final de una jornada y el inicio de la siguiente»* incluye los tiempos de presencia que pudiera realizar el empleado del hogar familiar. Para los empleados en régimen interno se prevé además un descanso de dos horas para las comidas principales, si bien ese tiempo no computará como trabajo, lo que significa que no se tiene en cuenta a efectos de jornada máxima ni tampoco se retribuye. Por su parte, para los empleados que no pernoctan en el domicilio familiar se entiende aplicable de manera supletoria el art. 34.4 del ET que establece el derecho a descansar al menos quince minutos de duración cuando la jornada continuada exceda de seis horas, descanso que no será tiempo de trabajo salvo que así se establezca en el contrato de trabajo.

Respecto a los empleados de hogar menores de edad deben disponer de una pausa de treinta minutos para las jornadas superiores a cuatro horas y media (regulación similar a los trabajadores menores de edad amparados por la legislación común). La norma precisa que en caso de que el menor de dieciocho años trabajase para varios empleadores, para el cómputo de las indicadas ocho horas se tendrá en cuenta las realizadas para cada empleador. Para finalizar indicar que el caso de los empleados de hogar familiar menores de edad el descanso entre jornadas será, como mínimo, de doce horas.

X. 3.5. Descanso semanal, festivos y permisos

Los empleados domésticos de acuerdo con el apartado quinto del art. 9 del RD 1620/2011 *«tienen derecho a un descanso semanal de treinta y seis horas consecutivas que comprenderán, como*

²⁸ El RD 1424/1985, de 1 de agosto, establecía 10 horas de descanso entre jornadas para los empleados que no pernoctaban en el domicilio familiar, y 8 horas en el caso que el empleado fuera interno (pernoctase).

regla general, la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día completo del domingo». La anterior regulación también establecía el descanso semanal en 36 horas, sin embargo, requería que sólo fueran consecutivas veinticuatro de las treinta y seis horas, siendo objeto de acuerdo la forma de disfrute de las 12 horas restantes. La actual regulación supone un límite a la flexibilidad de la norma precedente en este sentido, ya que establece un sistema más inflexible en su disfrute. Además, la presente regulación indica que, como regla general, el descanso semanal de treinta y seis horas comprenderá la tarde del sábado o la mañana del lunes y el día entero del domingo²⁹. Tanto la precedente normativa como la actual finaliza el apartado quinto del art. 9 indicando que *«cuando el empleado de hogar no preste servicios en régimen de jornada completa, con la duración máxima establecida en el apartado 1 de este artículo, la retribución correspondiente al periodo de descanso se reducirá en proporción a las horas efectivamente trabajadas».*

Respecto al derecho al disfrute de las fiestas y permisos, el RD 1620/2011 al artículo 37 de la normativa laboral común, lo que supone equiparar en este aspecto a los trabajadores domésticos con los trabajadores sometidos al Estatuto de los Trabajadores. Y, lo mismo sucede en relación con los permisos, es decir, el RD 1620/2011 se remite al artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores sin ninguna especialidad. Los menores de edad que presten servicios del hogar familiar tendrán un descanso semanal, de al menos, dos días consecutivos (similar a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores).

X.3.6. Vacaciones

En lo relativo a las vacaciones anuales pagadas, aunque la duración es de treinta días naturales, la misma que establecía la regulación precedente, se introdujeron mejoras. En concreto, el apartado séptimo del art. 9 del RD 1620/2011 es más completo y específica quién debe determinar el periodo de disfrute y de qué modo debe concretarse en ausencia de acuerdo. Es decir, el art. 9.7 establece que *«en defecto de pacto, quince días podrán fijarse por el empleador, de acuerdo con las necesidades familiares, y el resto se elegirá libremente por el empleado».* Esta precisión establece que como regla general son las partes quienes determinarán las fechas o periodos de disfrute, pero en caso que no se llegue a acuerdo alguno, la norma establece con carácter subsidiario la elección de las fechas de disfrute en quince días para el empresario y el resto a elección del trabajador; en este último caso, se exige que las fechas del disfrute del periodo de vacaciones sean conocidas con dos meses de antelación al inicio de su disfrute. Otra precisión que hace la norma es que el periodo de vacaciones puede fraccionarse en dos o más periodos, si bien al menos uno de ellos debe ser, al menos, de quince días naturales consecutivos.

Por último, el apartado séptimo del art. 9 establece y como novedad respecto a la norma precedente, que el empleado tendrá derecho a elegir el lugar donde pasa sus vacaciones, de modo que no se le puede exigir que resida en el domicilio familiar o que se desplace al lugar de vacaciones

²⁹ Tal y como indica Charro Baena, P., op.cit. pág. 53 «nos encontramos con una condición menos favorable que la prevista en el ET para los trabajadores sometidos a una relación laboral ordinaria», ya que para los trabajadores sometidos a la regulación del ET, la norma establece un descanso semanal de día y medio y la jurisprudencia ha indicado que no se puede sobreponer el descanso entre jornada de doce horas con el descanso semanal. Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016 (Rec. n.º 2348/2014).

del empleador o de su familiar. Con esto se pretende otorgar al trabajador doméstico una absoluta libertad durante su tiempo de descanso.

X.3.7. Ausencia de registro de jornada de los empleados domésticos

Desde el 12 de mayo de 2019, tras la publicación del Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, las empresas están obligadas a llevar un registro diario del horario de todos sus trabajadores. Ante esta situación, se plantea la pregunta de si los titulares del hogar familiar tienen que llevar a cabo este registro y control de la jornada de sus empleados. Pues bien, teniendo en cuenta por un lado la Guía publicada por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social sobre registro de jornada y por otro lado el propio RD 1620/2011, se ha de entender que no es obligatorio.

El registro de jornada es de aplicación a todos los trabajadores, independientemente de su categoría o grupo profesional, así como a todos los sectores de actividad y a todas las empresas y ello al margen de su tamaño, si bien y es aquí lo importante, siempre y cuando estén incluidas en el ámbito de aplicación del art. 1 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, las relaciones laborales especiales (entre ellas, el servicio del hogar familiar) están excluidas del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores y tienen su normativa específica, siendo en todo caso el Estatuto de los Trabajadores norma de carácter supletorio.

Pues bien, para estas relaciones laborales de carácter especial, de manera general no se aplica el mandato del legislador de registrar la jornada, salvo que tuvieran una normativa específica que así lo estableciera. De forma que, si no se menciona nada en la normativa aplicable sobre registro de jornada, sus trabajadores están al margen de esta obligación. Además, en la Guía que ha publicado el Ministerio de Trabajo se indica expresamente que el registro de horario se aplicará a la totalidad de los trabajadores, con algunas peculiaridades y excepciones, entre las que se detallan *«las relaciones laborales de carácter especial»*.

Además de lo dicho y para confirmar que la idea del legislador no es llevar a cabo un registro obligatorio de jornada de los empleados del servicio del hogar familiar es menester recordar que el Real Decreto 1620/2011 añade en su artículo 9 un nuevo apartado tercero bis, a raíz de la modificación del RD Ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, que viene a decir que *«respecto a los trabajadores contratados a tiempo parcial, no serán de aplicación las obligaciones de registro de la jornada establecidas en el art. 12.5.h) del ET»*. Parece que el legislador no quiere dificultar los trámites al titular del hogar familiar, aunque ello puede ir en detrimento de su propia seguridad debido a que ello supone una dificultad añadida a la hora de probar la realización o no de horas extraordinarias.

X.4. Conclusiones y propuestas de mejora

Después de realizar un análisis comparado de la regulación precedente y actual sobre la regulación del tiempo de trabajo en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar hay que poner de manifiesto que el Real Decreto 1620/2011 ha introducido algunas mejoras respecto a este aspecto. A modo de resumen:

En primer lugar, la actual normativa establece la fijación del horario de común acuerdo entre las partes, en lugar de la fijación unilateral por parte del empleador que establecía la normativa precedente. En segundo lugar, se reconoce expresamente que los tiempos de presencia pactados entre las partes han de ser compensados con tiempo de descanso equivalente o bien retribuidos en los términos que se pacte entre las partes, sin que en ningún caso dicha retribución sea inferior a la establecida a las horas ordinarias, cuestión que no aparecía en la normativa precedente. En tercer lugar, se produce un incremento del tiempo de descanso entre jornadas, de forma que si el empleado no pernocta en el domicilio pasa a tener derecho a 12 horas de descanso entre jornada (anteriormente eran 10 horas) y en el caso que pernocte pasa a tener 12 horas de descanso si bien se puede reducir a 10 horas, compensando el resto hasta las doce en periodos de hasta cuatro semanas. En cuarto lugar, se impone en la normativa actual el carácter consecutivo del descanso semanal de 36 horas, en la normativa precedente sólo se garantizaban al menos 24 horas consecutivas de las 36. En quinto lugar, se mejora el régimen jurídico de las vacaciones de los empleados de hogar al establecer pautas que determinan los periodos de disfrute de las mismas, así como que la libertad del empleado del hogar a decidir sobre los lugares en los que desea permanecer en sus vacaciones, sin tener que acompañar a la familia. Y, por último, se incorpora en materia de tiempo de trabajo los límites establecidos para los empleados del servicio doméstico menores de 18 años.

Si bien como se ha señalado ha habido mejoras normativas en la relación laboral especial de servicio del hogar familiar, no terminan de ser suficiente ni protectoras. El RD 1620/2011 deja al pacto entre las partes bastantes materias que son difícil de negociar por parte de los empleados del hogar familiar, principalmente debido a la necesidad de trabajar, pero también por el desconocimiento de las mismas. El acuerdo entre las partes queda abierto para determinar la duración y distribución de los tiempos de presencia, así como la forma de compensación o retribución y el régimen de pernoctas. Esto supone que el empleado de hogar familiar puede prestar servicios durante jornadas indeterminadas y extenuantes, ello sin tener en cuenta la posible realización de horas extraordinarias. De acuerdo con los datos derivados de un estudio específico sobre empleadas del hogar el 9,3% de las personas ocupadas en el trabajo doméstico no sabe cuántas horas presta servicios a la semana³⁰.

Para finalizar indicar que resulta necesario precisar el régimen de pernocta y suprimir los tiempos de presencia, pues como se ha podido observar en el apartado correspondiente, la regulación de los tiempos de presencia en el RD 1620/2011 genera un trato desfavorable en el caso de que la empleada tenga una relación laboral de carácter especial y ello porque, volviendo al razonamiento

³⁰ En cifras absolutas ello supone: 46.000 mujeres y 5.800 hombres no saben su jornada laboral. UGT, Radiografía del Empleo de las Trabajadoras del Hogar: Desafíos y Medidas para avanzar en la equiparación de derechos, Gabinete técnico, UGT, Navarra, 2017, pág. 12.

de la Magistrada en la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 26 de marzo de 2019, «*pernocta y tiempo de presencia son cosas distintas*». En cuanto a los descansos entre jornadas se debería eliminar la distinción entre empleados con régimen de pernocta y no pernocta, y establecerse con carácter general en 12 horas entre jornadas. En definitiva, bajo mi punto de vista el tiempo de trabajo de los empleados de hogar familiar debería asemejarse al contenido en el art. 34 del Estatuto de los Trabajadores.

X. 5. Relación de sentencias

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2018, asunto Matzak, C-518/2015;

Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2016 (Rec. nº 2348/2014);

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2000, asunto SIMAP, C-3003/98;

Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 26 de marzo de 2019 (Rec. nº 637/2019);

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de octubre de 2018 (Rec. nº 1361/2018);

Sentencia del Tribunal de Justicia de Cataluña de 18 de marzo de 2016 (Rec. nº 6696/2015);

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de noviembre de 2015 (Rec. nº 896/2015).

X. 6. Bibliografía

BANYULS, J., PITCHER, E., SÁNCHEZ, A. «Empleo informal y precariedad laboral: las empleadas de hogar», *Sociología del Trabajo*, vol. 119, nº 4, 489-510.

CHARRO BAENA, P., «El servicio del hogar familiar: Una visión desde la legislación y la doctrina judicial españolas», CHARRO BAENA, P., y ESPINOZA ESCOBAR, J. (directores), *El derecho del trabajo y los colectivos vulnerables: un estudio desde las dos orillas*, Dykinson, 2017.

DE NIEVES NIETO, N., *El tiempo de trabajo en las relaciones laborales especiales*, Civitas, Madrid, 2010.

DIAZ GOFINKIEL, M., «La reconfiguración del empleo doméstico en España: impacto de los cambios legislativos en el funcionamiento del sector», *Reis. Revista Investigación Sociológica*, nº 155, 2016, págs. 97-112.

GARCÍA SAIZ, C., SANTOS PÉREZ, M.L., VALENCIA OLIVERO, N.Y., «La construcción social del mercado laboral doméstico en España a comienzos del siglo XXI», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 32, nº 1, 2014, págs. 101-131.

LLANO SÁNCHEZ, M., «El nuevo contrato laboral especial al servicio del hogar familiar», *Actualidad Laboral*, nº6, 2012.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, vigésimo séptima edición, 2018.

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

OIT, Domestic Workers Across The world: Global and Regional Statistics At The Extent Of Legal Protection, 2013, pág. 20. Consulta 26 de noviembre de 2019 (http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/--publ/documents/publication/wcms_173363.pdf).

RUANO ALBERTOS, S., *El régimen jurídico de los empleados de hogar*, Atelier, Barcelona, 2013.

SANZ SÁEZ, C., *La protección social de las empleadas de hogar*, Bomarzo, Albacete, 2017.