

LA STJUE DE 24 DE FEBRERO DE 2022 (ASUNTO C-389/20) Y EL DERECHO DE LAS EMPLEADAS DEL HOGAR A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Ignacio González del Rey Rodríguez
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo

Causa cierta vergüenza que a estas alturas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tenga que censurar al legislador español por una discriminación indirecta de las mujeres trabajadoras tan flagrante como la exclusión de la protección por desempleo en el Sistema Especial de Seguridad Social del servicio en el hogar familiar. Más aún, cuando desde la desaparición de su precedente Régimen Especial y su matizada inclusión en el Régimen General de la Seguridad Social, por obra de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, mediante la creación de dicho Sistema Especial, se anunció, aun sin un claro compromiso y encargo (DA 39^a.3.f), el estudio de “*La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera*” (DA 2^a.2.2^a RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar). Todavía esperado, más de diez años después, como la ratificación del Convenio número 189 de la OIT, también de 2011, sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, cuyo artículo 14 ordena, precisamente, la equiparación en materia de protección de seguridad social respecto de los trabajadores en general.

La Sentencia del Tribunal de Justicia, de 24 de febrero de 2022, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vigo, en la que se cuestiona la adecuación a las Directivas comunitarias 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, y 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, de la exclusión de la protección por desempleo en el Sistema Especial de empleo en el hogar familiar del Régimen General de la Seguridad Social (art.251.d) LGSS). Como puede deducirse del orden jurisdiccional del órgano proponente, el proceso de origen se suscita, indirecta, curiosa y lúcidamente, en relación con una demanda en la que una empleada del hogar solicita cotizar por la contingencia de desempleo, con la conformidad escrita de su

empleadora, y no directamente, a través de una demanda de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, competencia del orden social (arts.2.o) y 3.h) LJS).

Este indirecto planteamiento es alegado como causa de inadmisión por el Gobierno español y por la TGSS, fundamentalmente porque la petición prejudicial versa sobre la exclusión de la protección por desempleo y no sobre la correspondiente cotización, objeto del proceso de origen, y porque dicha materia no es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sino de la social. Pero en el marco de la presunción de pertinencia de las peticiones de decisión prejudicial planteadas ante el TJUE, la sentencia afirma la intrínseca relación entre la ausencia de cotización por desempleo, objeto del litigio principal, y la consecuente exclusión de protección por dicha contingencia en el Sistema Especial de la Seguridad Social del servicio doméstico, objeto de la cuestión prejudicial. Si bien centra el debate en relación con la Directiva 79/7/CEE, aplicable a los regímenes legales que aseguren una protección contra el riesgo de desempleo (art.3.1), descartando la aplicación de la Directiva 2006/54/CE, aplicable a regímenes profesionales, complementarios o sustitutivos, de protección social (arts.1.c) y 2.1.f). Salvo a efectos interpretativos sobre el sentido y alcance de la discriminación indirecta, aún no construida al adoptarse la primera de estas Directivas antidiscriminatorias, pero sí con la segunda, en la que se configura como *“la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”* (art.2.1.b).

En este contexto y considerando la manifiesta, incontrovertida y absoluta feminización del Sistema Especial de empleo en el hogar familiar, acreditada por la propia TGSS con datos de mayo de 2021 (el 95,53% lo conforman mujeres, y el 4,72% de las trabajadoras del RGSS se encuentran en dicho Sistema Especial, frente al 0,21% de los hombres), el Tribunal reconoce que la cuestionada exclusión de la protección por desempleo entraña una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1, de la Directiva 79/7; centrándose el debate en la posible justificación objetiva y ajena a dicha discriminación, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de la medida cuestionada,

Teniendo en cuenta las particularidades del servicio doméstico: baja cualificación y retribución, desarrollo en el ámbito privado del domicilio (íntimo e inviolable) y para una persona física empleadora (no empresaria ni profesional), altas tasas de empleo (aunque también irregular) ..., el Gobierno de España y la TGSS pretenden como objetivos legítimos de política social que justifican la exclusión de la protección por desempleo en este Régimen Especial: el mantenimiento de las tasas de empleo, y la lucha contra la economía sumergida y el fraude a la Seguridad Social. Entendiendo que la dificultad de control e inspección del trabajo en el hogar familiar, junto con los bajos salarios, puede favorecer el acceso fraudulento a las prestaciones por desempleo, y que el incremento de las cotizaciones derivado de una eventual protección por dicha contingencia puede causar un incremento del empleo no declarado.

Pese que el Tribunal de Justicia considera legítimos dichos objetivos de política social, no estima que la medida cuestionada se aplique de manera coherente en relación con tales objetivos. Partiendo de la base de que toda protección de Seguridad Social contributiva conlleva un aumento del coste asociado al trabajo, y del consecuente riesgo de simulación

u ocultación, así como de fraude en la obtención indebida de prestaciones, el TJUE considera que la exclusión de la protección por desempleo en el servicio doméstico no resulta coherente. Por una parte, y desde el punto de vista subjetivo, porque no se extiende a otros grupos de trabajadores con análogas características en cuanto a cualificación, retribución y ámbito o lugar de trabajo (vgr. personal de jardinería, conducción o limpieza). Por otra parte, y desde el punto de vista objetivo, porque no alcanza a otras prestaciones con análogo o mayor riesgo de obtención indebida en el trabajo doméstico y reconocidas en el mismo, como las derivadas de contingencias profesionales.

Por último, y aunque parece más cauto al valorar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de la cuestionada exclusión de protección por desempleo, en relación con los objetivos de política social alegados por España, delegando su indagación al juzgador interno, como es habitual en la jurisprudencia comunitaria, en los últimos párrafos deja algunas significativas muestras (*aviso a navegantes*), de su opinión el contrario.

Y declara, finalmente, que:

El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

Por lo demás, merece la pena destacar la mayor radicalidad (en su primera acepción de la RAE) de las conclusiones del Abogado General, Sr. *Maciej Szpunar*, en las que recuerda:

que los regímenes de seguridad social están a menudo basados en un modelo de familia en el que se considera que la persona de sexo masculino, a la que se atribuye de oficio la calidad de cabeza de familia, es la que desempeña un trabajo y soporta todos los gastos domésticos. (55) Por ello, es preciso examinar, en el marco del examen de la «justificación objetiva», si ciertos objetivos de política social invocados para justificar una diferencia de trato a las personas de sexo femenino están anclados en roles estereotipados o en estereotipos de género que pueden ser la causa de discriminaciones indirectas o sistémicas.

Ahora le toca mover pieza al Gobierno. Quizá pueda ser otro ejemplo de buenas prácticas consolidadas de protección del empleo y frente al desempleo, tras su ensayo en un contexto coyuntural de pandemia (art.30 RD-ley 11/2020, de 31 de marzo), como lo han sido los ERTes.