

La protección (transitoria) por desempleo en el sistema especial de Seguridad Social para emplead(a)s de hogar

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4403/2023, de 10 de octubre**

Ignacio González del Rey Rodríguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Oviedo (España)

ignatium@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0002-4941-3717>

Extracto

El presente comentario analiza el reconocimiento judicial de prestaciones por desempleo a una empleada del hogar familiar con anterioridad a que pudiera hacerse efectivo con base en su previsión legal.

Palabras clave: empleadas del hogar; protección por desempleo; discriminación indirecta por razón del sexo; igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 79/7/CEE; perspectiva de género; derecho transitorio.

Recibido: 05-02-2024 / Aceptado: 05-02-2024 / Publicado (en avance *online*): 13-02-2024

Cómo citar: González del Rey Rodríguez, I. (2024). La protección (transitoria) por desempleo en el sistema especial de la Seguridad Social para emplead(a)s de hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 4403/2023, de 10 de octubre. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 157-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21381>

(Transitional) unemployment protection in the special scheme of Social Security for domestic workers

Commentary to the Judgment of the Superior Court of Justice
of Galicia 4403/2023, of October 10

Ignacio González del Rey Rodríguez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Oviedo (España)

ignatium@uniovi.es | <https://orcid.org/0000-0002-4941-3717>

Abstract

This commentary analyzes the judicial recognition of unemployment benefits to a domestic worker before it could be made effective based on its legal provision.

Keywords: domestic workers, protection in respect of unemployment, indirect discrimination on grounds of sex; equal treatment for men and women in matters of social security; Directive 79/7/EEC; gender mainstreaming; transitional law.

Received: 05-02-2024 / Accepted: 05-02-2024 / Published (online preview): 13-02-2024

Citation: González del Rey Rodríguez, I. (2024). (Transitional) unemployment protection in the special scheme of Social Security for domestic workers. Commentary to the Judgment of the Superior Court of Justice of Galicia 4403/2023, of October 10. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 479, 157-163. <https://doi.org/10.51302/rtss.2024.21381>

1. Marco normativo

Durante la última década se ha producido una significativa mejora de la protección laboral y, especialmente, de Seguridad Social en la relación de carácter especial del servicio del hogar familiar, claramente reforzada por su evidente feminización y el consecuentemente potencial discriminatorio indirecto de algunas de sus tradicionales particularidades normativas, peyorativas respecto de la relación laboral común. Son hitos, al respecto, en ese periodo y en el primero de esos ámbitos, el [Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre](#), por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, que sustituye al anterior [Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto](#), y en el segundo, el [Real Decreto 1596/2011, de 4 de noviembre](#), por el que se extiende la acción protectora por contingencias profesionales al régimen especial de la Seguridad Social de los empleados de hogar, y la [Ley 27/2011, de 1 de agosto](#), sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, cuya [disposición adicional trigésima novena](#) integra dicho régimen especial en el régimen general de la Seguridad Social, con la consecuente desaparición del primero ([Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre](#)), aunque en un nuevo sistema especial, sin protección por desempleo.

Pese a que dos de estas normas parecían prever una próxima cobertura de esta contingencia ([disp. adic. segunda.2.2.^a RD 1620/2011](#) y [disp. adic. trigésima novena.3.f\) Ley 27/2011](#)), hubo que esperar 11 años para que, por Real Decreto-Ley ([RDL 16/2022, de 6 de septiembre](#)) para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, se modificara el [Real Decreto legislativo 8/2015, de 30 de octubre](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (LGSS), para reconocerse, en el ámbito del sistema especial para empleados de hogar del régimen general de la Seguridad Social, la protección por desempleo, mediante la supresión de la letra d) del [artículo 251](#) de dicho texto refundido, relativo a la acción protectora de ese sistema especial, de la que, hasta entonces, se excluía expresamente.

En gran medida forzado, además, con expreso reconocimiento, por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ([STJUE, de 24 de febrero de 2022 \(asunto C-389/20\)](#), dictada en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, en la que se cuestionaba 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](#)), suscitada indirectamente, en relación con una demanda en la que una empleada del hogar solicitaba cotizar por la contingencia de desempleo, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ([art. 3 f\) Ley reguladora de la jurisdicción social –LRJS–](#)), y no directamente, a través de una demanda de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social, competencia de la jurisdicción social ([art. 2 o\) LRJS](#)). A partir de la incontrovertida feminización del sistema especial de empleo en el hogar familiar, el Tribunal de Justicia estima que la cuestionada exclusión de la protección por desempleo constituye una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4.1 de la [Directiva 79/7](#), sin apreciar, aun matizadamente, la concurrencia de una justificación objetiva y ajena a dicha discriminación, en términos de objetivos legítimos y coherentes de política social, y de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en dicha exclusión.

Y también con el declarado influjo del [Convenio número 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#), sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, cuyo artículo 14.1 reconoce sustancialmente el principio de igualdad y no discriminación respecto a la protección de la Seguridad Social. Este convenio se adoptó, junto con la [Recomendación número 201](#), en la centésima reunión de su Conferencia Internacional del Trabajo, el 16 de junio de 2011, y entra en vigor en España el 29 de febrero de 2024, tras el correspondiente [Instrumento de adhesión](#) (BOE de 3 de abril de 2023).

En este marco normativo y jurisprudencial y con cierta discordancia con las infracciones legales alegadas por la parte recurrente en suplicación, la [sentencia del tribunal superior de justicia objeto de comentario](#) apoya su fundamentación principalmente en la [citada STJUE](#), obviamente junto con la [Directiva 79/7/CEE](#), y en el [RDL 16/2022](#), particularmente en su [preámbulo](#), a la luz de los principios de igualdad y no discriminación, reforzados y proyectados sobre el criterio de interpretación con perspectiva de género en la [Ley 15/2022, de 12 de julio](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

2. Breve síntesis del supuesto de hecho

El proceso resuelto en recurso de suplicación por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Galicia de 10 de octubre de 2023 tiene su origen en una solicitud de prestación por desempleo, contributiva, por parte de una empleada en el hogar familiar, presentada el 7 de septiembre de 2022, 2 días antes, por tanto, de la entrada en vigor de la reforma operada por el [RDL 16/2022](#) en la LGSS, y un día antes de su publicación en el BOE, denegada por el Servicio Público de Empleo Estatal por tratarse de una situación no incluida «en ninguno de los supuestos en los que el régimen general de la Seguridad Social o un régimen especial protege la contingencia de desempleo». Consta que la actora había estado de alta en el «régimen de empleados de hogar» (Sistema) 2.361 días y en el régimen

general, 2 días. Su solicitud se reitera en la correspondiente reclamación administrativa previa a la vía judicial, con el mismo resultado, y en demanda ante el Juzgado de lo Social n.º 6 de La Coruña, igualmente desestimada por Sentencia 564/2022, de 13 de diciembre.

3. Claves de la doctrina judicial

La controversia resuelta en la [STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2023](#) se centra en la conformidad de la exclusión de la protección por desempleo en el sistema especial de Seguridad Social del empleo (de las empleadas) en el hogar familiar, con los principios y reglas de igualdad y no discriminación (indirecta) de las mujeres, enmarcados en la [Directiva 79/7/CEE](#), relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, a la luz de la [STUE de 24 de febrero de 2022](#), y de la [Ley 15/2022](#), integral para la igualdad de trato y la no discriminación, antes de su reconocimiento legal por obra del [RDL 16/2022](#), para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

A la vista del criterio sentado por el TJUE, y del propio [preámbulo del RDL 16/2022](#), aun inaplicable por razones temporales, la [sentencia comentada](#) parte del carácter indirectamente discriminatorio de la exclusión de la protección por desempleo de las empleadas del hogar, como consecuencia de su casi absoluta feminización, y focaliza el debate sobre la efectividad de dicha protección en situaciones de desempleo anteriores a la entrada en vigor de esta norma, teniendo en cuenta que la protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar familiar se establece desde su entrada en vigor y hacia el futuro, es decir, para situaciones de desempleo causadas desde el 9 de septiembre de 2022. Y no solo, habría que añadir, puesto que el consecuente régimen de cotización por esa contingencia resulta aplicable desde el 1 de octubre de 2022 ([disp. final séptima](#)), y para el acceso a la correspondiente prestación se exige una carencia específica previa al hecho causante, de modo que la efectividad legal de dicha protección, en el nivel contributivo objeto de controversia, quedaría postergada al año siguiente (arts. [266](#) y [269](#) LGSS). Por lo demás, el [RDL 16/2022](#) no prevé un régimen transitorio para situaciones precedentes ni para el periodo comprendido entre su entrada en vigor y su efectividad.

En este contexto, la [STSJ de Galicia de 10 de octubre de 2023](#) considera que el reconocimiento del derecho a protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar familiar, obrado por el [RDL 16/2022](#),

«[...] no ha cumplido debidamente, dejando incompleta la reforma y adaptación para evitar la vulneración del 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» [y] debe corregirse incluso para las [situaciones de desempleo] que deberían

generarse con anterioridad, pues, en caso contrario, perviviría esa «especial vulnerabilidad» respecto del colectivo y hechos anteriores y se incumpliría aquella equiparación de derechos.

Al efecto, con prolija cita de jurisprudencia, apoya su razonamiento y la anticipadamente anunciada estimación del recurso fundamentalmente en tres principios: la perspectiva de género, como principio interpretativo refrendado en la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, el derecho a la igualdad de trato y a la no discriminación, como principio informador del ordenamiento jurídico reforzado con la [Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación de 2022](#), y el efecto útil de las directivas comunitarias, derivado de la primacía del derecho de la Unión Europea y de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia.

4. Trascendencia de la doctrina establecida más allá del caso

Tras la [STJUE de 24 de febrero de 2022 \(asunto C-389/20\)](#), era previsible la presentación de demandas de prestaciones por desempleo por parte de empleadas del hogar familiar ante la jurisdicción social española, y seguramente también su probable estimación. Incluso antes de aprobarse el [RDL 16/2022, de 6 de septiembre](#), para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, que, con escasa previsión y cuestionable corrección en la articulación de los criterios de aplicación temporal de las normas y su jurisprudencia interpretativa, no estableció un régimen transitorio.

Debe subrayarse, a este respecto, que el presupuesto de esta norma y del reconocimiento de la protección por desempleo en el servicio en el hogar familiar no constituye, *ex novo* y hacia el futuro, una prestación en el amplio margen constitucional del que dispone el legislador para configurar la Seguridad Social, como garantía institucional o derecho de configuración legal ([art. 41 Constitución española](#)), sino que da respuesta, en este ámbito, a un déficit de protección considerado discriminatorio a la luz de una [Directiva de 1979](#), vigente en España desde su adhesión a las Comunidades Europeas, en 1986 (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –[STJCE– de 28 octubre 1999, asunto C-187/98](#)), como recuerda la [Orden de 9 de marzo de 1990](#) (BOE de 20 de marzo), en relación con la modificación de la cuantía de algunas indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, diferenciadas entre mujeres y hombres, y su aplicación temporal. O, al menos, reforzando la comparabilidad de la discriminación, desde la integración del régimen especial de Seguridad Social de empleo en el hogar familiar en el régimen general, en 2012, o desde el reconocimiento de la protección por desempleo o por cese de actividad en el trabajo autónomo, en 2010 ([Ley 32/2010, de 5 de agosto](#)), dadas sus analogías en algunos periodos en los que el alta o la cotización en el empleo en el hogar podía estar a cargo de las personas trabajadoras, en función de su situación de pluriempleo y/o de la cuantía de su jornada.

Incluso tratándose de una discriminación indirecta, ya acuñada, al final de la década de los 80 y principios de los 90 del pasado siglo, en el propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en aplicación del artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y de las directivas antidiscriminatorias por razón del sexo, incluida la [79/7/CEE](#), paradigmáticamente en relación con el trabajo a tiempo parcial, intensamente feminizado y también fuertemente implantado en el empleo en el hogar familiar (SSTJCE de [13 de julio de 1989, asunto C-171/88](#), [13 de diciembre de 1989, asunto C-102/88](#), [27 de junio de 1990, asunto C-33/89](#), [7 de febrero de 1991, asunto C-184/89](#), y [4 de junio de 1992, asunto C-360/90](#)).

En este marco y teniendo en cuenta que las directivas antidiscriminatorias se aplican desde su entrada en vigor, incluyendo los efectos futuros, producidos desde entonces, de relaciones anteriores, parece razonable pensar que el criterio de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, reconociendo prestaciones por desempleo a empleadas del hogar en situaciones de desempleo anteriores a la entrada en vigor del [RDL 16/2022](#) o a la efectividad de las consecuentes cotizaciones, pueda consolidarse, como ya viene produciéndose en otros pronunciamientos de juzgados de lo Social y de salas de suplicación. Particularmente en relación con los subsidios del nivel no contributivo de protección por desempleo (SSTSJ de [Cataluña 1754/2022, de 16 de marzo](#), y [2856/2022, de 11 de mayo](#), de [Aragón 478/2023, de 12 de junio](#), y de [Madrid 1109/2023, de 7 de diciembre](#)), quizá de forma más respetuosa con el principio de contributividad de la Seguridad Social, no explícito en la [LGSS](#), pero sí reconocido reiteradamente tanto por el Tribunal Supremo como por el Constitucional.

En cualquier caso, se trata, pues, de una doctrina judicial relativamente audaz, en la medida en que desplaza una regla legal interna española con base en principios jurídicos y en derecho de la Unión Europea, signo de los tiempos, por cierto; no especialmente novedosa, en la medida en que dichos principios ya vienen consolidándose legal y jurisprudencialmente en los últimos años; cuya mayor virtualidad consiste en suplir una criticable omisión del legislador de un régimen transitorio en el reconocimiento de prestaciones por desempleo a las empleadas del hogar familiar. Con un consecuente incremento del gasto público prestacional, al menos por las bajas que se produzcan en su sistema especial de la Seguridad Social hasta que las correspondientes cotizaciones por desempleo sean efectivas (alrededor de 32.000 al mes de media en los últimos 6 meses de 2023), que bien podría haberse evitado o atenuado con una más prudente, posible y lícita previsión adicional o transitoria que estableciera, por ejemplo, una cotización a cargo de las personas beneficiarias de la ampliación de la protección, en su caso fraccionada, para las situaciones preexistentes, admitida, en algún caso, por el mismo Tribunal de Justicia comunitario en aplicación de la propia [Directiva 79/7/CEE](#) (SSTJCE de [28 de septiembre de 1994, asunto C-128/93](#), y [21 de junio de 2007, asuntos C-231/06 a C-233/06](#)), o por el legislador español, en relación con la inclusión en la Seguridad Social de las prácticas formativas y la posibilidad de celebrar un convenio especial respecto de periodos anteriores ([disp. adic. primera RD 1493/2011, de 24 de octubre](#) y [disp. adic. quincuagésima segunda.8 LGSS](#)).