

El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar

Comentario a la **Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20)**

María Gema Quintero Lima

Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad Carlos III de Madrid (España)

mariegema.quintero@uc3m.es | <https://orcid.org/0000-0002-0014-2709>

Extracto

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelve en la Sentencia de 24 de febrero de 2022 una cuestión prejudicial, atípicamente planteada por un juzgado de lo contencioso-administrativo, en la que se plantea la eventual discriminación indirecta presente en la actual regulación del sistema especial de personas empleadas en el hogar. En este sistema especial del régimen general de la Seguridad Social no está prevista la cobertura de las situaciones legales de desempleo y, por ende, no cabe cotización por dicha contingencia. En la medida en que el colectivo de personas en alta en dicho sistema es mayoritariamente femenino, el tribunal ha de analizar el eventual tratamiento diferente y desventajoso de la normativa española, así como pronunciarse sobre la existencia de un fin legítimo de política social que pudiera justificarlo. Constatado el trato desigual, así como la inexistencia de justificación razonable, el tribunal concluye que el actual artículo 251 d) de la Ley general de la Seguridad Social resulta indirectamente discriminatorio y contrario al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. En la sentencia se ha permeado el elenco de valoración del abogado general Maciej Szpunar, que contiene un análisis novedoso de la discriminación desde un planteamiento crítico metajurídico. El pronunciamiento abre la puerta a una pléyade de posibilidades jurídicas ulteriores, que no han tardado en evidenciarse en la actividad judicial española.

Palabras clave: trabajo de servicio doméstico; hogar familiar; discriminación; desempleo; sistema especial; cotización; empleo informal; fraude; desamparo social.

Recibido: 03-04-2022 / Aceptado: 05-04-2022

Cómo citar: Quintero Lima, M. G. (2022). El tratamiento discriminatorio de la –ausencia de– protección por desempleo en el sistema especial de empleo en el hogar. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero de 2022 (asunto C-389/20). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 468, 187-194.

The discriminatory treatment of the –absence– unemployment protection in the special home employment system

Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 24 February 2022 (case C-389/20)

María Gema Quintero Lima

Abstract

The Court of Justice of Luxembourg in the Judgment of February 24, 2022, resolves a preliminary ruling atypically raised by a contentious-administrative court in which the possible indirect discrimination present in the current regulation of the special system of people employed in the home was called in question. In this special system of the general Social Security scheme, there is no provision for coverage of legal situations of unemployment and, therefore, it is not possible to contribute for a such need situation. To the extent that the group of people registered in said system is predominantly female, the court must analyze the different and disadvantageous treatment of the Spanish regulations, as well as rule on the existence of a legitimate purpose of social policy that eventually could justify them. Having verified the unequal treatment, as well as the absence of reasonable justification, the Court of Justice of the European Union concludes that the current article 251 d) of the General Law of Social Security is indirectly discriminatory and contrary to article 4.1 of Directive 79/7/CEE. The list of valuations by attorney general Maciej Szpunar has permeated the ruling, which contains a novel analysis of discrimination from a meta-legal critical approach. The pronouncement opens the door to a plethora of subsequent legal possibilities, which have not taken long to be evidenced in the Spanish judicial activity.

Keywords: domestic service work; family home; discrimination; unemployment; special system; contribution; informal employment; fraud; social helplessness.

Citation: Quintero Lima, M. G. (2022). The discriminatory treatment of the –absence– unemployment protection in the special home employment system. Commentary on the Ruling of the Court of Justice of the European Union of 24 February 2022 (case C-389/20). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 468, 187-194.

1. Marco jurídico

A pesar de que la reforma de 2011 resultara progresista respecto de la normativa precedente¹, por proceder a una nueva regulación de la relación laboral especial (RD 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar) y por incorporar al colectivo de personas empleadas al servicio del hogar familiar al régimen general (disp. adic. trigésima novena Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social), sin embargo, había seguido manteniendo un estándar muy desigual de protección en sendas vertientes, laboral y de Seguridad Social. Esta desigual regulación del trabajo de servicio doméstico ha ido generando una litigiosidad continuada en la jurisdicción social española (respecto de algunas materias como el desistimiento, el despido, el salario mínimo, pero recientemente también respecto de pensiones), con algún devaneo ante el Tribunal de Luxemburgo. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19) es un antecedente próximo a la [sentencia aquí comentada](#), referida a la jubilación anticipada y la imposibilidad *de facto* de acceder a ella desde el sistema especial de empleo en el hogar, como consecuencia de las condicionantes intensidades contributivas exigidas en el régimen general.

Parecía cuestión de tiempo/oportunidad que pudiera llegar al Tribunal de Luxemburgo una nueva petición de análisis de la eventual justificación de esas diferencias protectoras, dentro del marco de alguna de las directivas de igualdad y no discriminación respecto de las condiciones de trabajo y/o de la protección por el sistema de Seguridad Social español.

¹ En el año 1969, en el recién estrenado sistema español de Seguridad Social, se crea en España el régimen especial de servicio doméstico (Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre), con un esquema protector con estándares de protección bastante alejados de los del régimen general. En la vertiente estrictamente laboral, hasta el año 1985 (disp. adic. primera Ley 32/1984, de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores) no se reguló la relación laboral especial de servicio del hogar familiar que contemplaba el artículo 2 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. El Real Decreto 1424/1985, de 1 de agosto, por el que se regulaba la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, era también una norma que contemplaba reglas jurídicas diferenciadas y menos protectoras de las de la relación laboral común, justificadas a partir de las especialidades de la prestación laboral dentro del hogar familiar, al servicio de un empleador cabeza de familia no empresario.

2. Síntesis del problema planteado

Así, en un momento pospandémico, de renovado auge de la promoción del trabajo decente y la igualdad de género, de debates sobre el nuevo contrato social y el valor central de los cuidados, la [STJUE de 24 de febrero de 2022 \(STJUE\), en el asunto C-389/20](#), constituye un objeto de análisis extraordinario. Dicha sentencia tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#), por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo (Pontevedra), mediante Auto de 29 de julio de 2020, recibido en el Tribunal de Justicia el 14 de agosto de 2020, en el procedimiento entre CJ (la empleada de hogar) y la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS).

En el origen del pronunciamiento se halla una cuestión prejudicial atípica. Porque es planteada por un juzgado de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero que versa sobre una materia más propia de la jurisdicción social, a saber, el cuestionamiento del carácter eventualmente discriminatorio del [artículo 251 d\) de la Ley general de la Seguridad Social \(LGSS\)](#), que excluye de la protección por desempleo a las personas trabajadoras encuadradas en el régimen general y dentro del sistema especial de personas empleadas de hogar. Personas aseguradas estas que, en consecuencia, ni están obligadas a cotizar por desempleo ni pueden ser beneficiarias de prestación alguna por dicha contingencia.

Así, la petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación 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 de los artículos 5, letra b), y 9, apartado 1, letras e) y k), de la [Directiva 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. El tribunal admite sendas cuestiones, si bien no tarda en considerar que esta segunda no resulta aplicable al litigio, porque se refiere a asuntos de ocupación y empleo, en los que no pueden quedar comprendidos los regímenes legales de Seguridad Social ([STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18](#)), a los que sí se refiere la [Directiva 79/7](#).

3. Claves de la doctrina judicial

En el procedimiento, el abogado general presenta el 30 de septiembre de 2021 unas [conclusiones](#) inusuales. Primero, por la rotundidad de la respuesta prolija de contraargumentos de las apreciaciones del Estado español, y la vehemencia de la propuesta al Tribunal de Justicia, en orden a considerar que el artículo 4 de la [Directiva 79/7](#) se opondría a una disposición nacional que excluyera de las prestaciones por desempleo a las personas empleadas de hogar; segundo, por la permeabilidad que presenta a los argumentos

del órgano judicial nacional presentados en el escrito de remisión (14 de agosto de 2020); tercero, también porque, al aplicar el patrón argumentativo en torno a la existencia de discriminación indirecta, el abogado general sale del mero formalismo (identificar términos de comparación y objetivos de política social del Estado miembro) y, contradiciendo las tesis del Gobierno español y de la TGSS, analiza el contexto normativo más allá de una lectura positivista del sistema, con recurso a realidades sociológicas [atribución de roles de género, (infra)valor social del trabajo de cuidados, características –de precariedad– del mercado de trabajo español en general, como contexto más amplio del sector de servicios en el hogar].

Asimismo, como corolario de sus [conclusiones](#), al final, el abogado Szpunar se permite hacer unas consideraciones adicionales (puntos 102-104) que contienen una visión crítica de la política legislativa española en sí misma considerada. Así, dentro de un tono jurídicamente respetuoso, se refiere, por un lado, al incumplimiento de lo establecido en la [disposición adicional segunda del Real Decreto 1620/2011](#) (creación de un grupo de expertos que, entre otras cuestiones, valorase la viabilidad de extender la protección por desempleo al colectivo normativamente excluido). Y, por otro lado, menciona el artículo 14 del [Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo](#), no ratificado por España, pero en el que se establece la obligación para los Estados de constituir un sistema de protección no menos favorable para el colectivo de personas trabajadoras domésticas. Como si pretendiera que esos dos elementos, programáticos, debieran servir de impulso axiológico añadido para resolver ejecutivamente la disfunción normativa.

Pues bien, la [STJUE de 24 de febrero de 2022](#) asume el grueso de la argumentación de las conclusiones del abogado general, para, de un modo menos impetuoso, declarar 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.

Durante el proceso, el Gobierno y la TGSS han tratado de mantener que no hay ningún trato desigual por razón de género, dado que la exclusión se predica de todo el elenco de personas encuadradas en el sistema, sin consideración alguna al sexo. Además, han pretendido enervar el efecto de los datos estadísticos, oponiendo el número de hombres y mujeres presentes globalmente en el régimen general (51,04 % hombres y 48,96 % mujeres). Sin embargo, el tribunal ha considerado que la exclusión de las personas del sistema especial de empleo del hogar de la protección por desempleo (ex [art. 251 d\) LGSS](#)) sí genera una desigualdad de trato por razón de sexo, en la medida en que sí se puede objetivar estadísticamente, con

los datos obrantes de la TGSS, que genera una desventaja particular para un porcentaje muy alto de mujeres empleadas del hogar (el 95,53 % de las personas afiliadas en el sistema)².

De la misma manera, el Estado español ha tratado de justificar objetivamente el tratamiento diferenciado respecto del resto de personas trabajadoras del régimen general, fundamentando la exclusión en que: a) el sector de los empleados/as de hogar presenta elevadas tasas de empleo, un escaso nivel de cualificación y, por ende, de retribución, así como un porcentaje elevado de personas no afiliadas; b) la relación laboral especial lo es en atención al particular sujeto empleador (cabeza de familia que no obtiene lucro mercantil) y el lugar de trabajo (domicilio protegido con una garantía de inviolabilidad respecto de la actividad inspectora); circunstancias que, de un lado, pueden afectar a las tasas de formalidad (si se incrementaran las contribuciones al extender la cobertura por desempleo) y, de otro, al incremento del fraude (por las dificultades de comprobar la realidad de la situación protegida); c) las personas aseguradas en el sistema especial cuentan con una cobertura social suficiente por el sistema, a pesar de que su esfuerzo contributivo no sea equiparable al del resto de cotizantes en el régimen general.

El tribunal, adoptando la argumentación del abogado general, no comparte la opinión del Estado español, y afirma que este trato resulta discriminatorio en la medida en que: si bien la exclusión podría responder a eventuales finalidades de política social (características del sector, mantenimiento de niveles de empleo y contratación, y prevención del fraude y lucha contra el empleo ilegal), no se aplica de forma coherente y sistemática respecto de otros colectivos del régimen general (que a pesar de también prestar servicios en los domicilios particulares, en sectores igualmente caracterizados –por tasa de empleo, cualificación, remuneración– por la sensibilidad a los incrementos de los costes sociales, sin embargo, sí están cubiertos por desempleo), ni tampoco respecto del colectivo de personas del sistema especial (que sí están cubiertas por contingencias profesionales en el centro de trabajo-domicilio particular)³; por último, es una medida que va más allá de lo necesario porque genera efectos –colaterales– allende la mera ausencia de protección por desempleo, en tanto en cuanto impide tránsitos prestacionales por otras contingencias, generando una situación de desamparo social, incluso⁴.

En suma, con una argumentación más sucinta (y más diplomática), desde un positivismo más clásico (pero que permea una cierta visión crítica), que la que se contenía en las conclusiones del abogado general, el TJUE concluye con la declaración de que la exclusión del [artículo 251 d\) de la LGSS](#) puede interpretarse como contraria al artículo 4 de la [Directiva 79/7](#); declaración que ha de servir, como indicación, para que el órgano judicial remitente pueda dictar su resolución.

² Puntos 45 y siguientes de la [STJUE](#).

³ Es más, no se ha conseguido probar que el colectivo excluido presente comportamientos fraudulentos mayores que el colectivo análogo que sí está incluido (puntos 61 y ss. [STJUE](#)).

⁴ Puntos 68 y siguientes de la [STJUE](#).

4. Trascendencia de la sentencia y valoración crítica

Como si hubiera distintos asuntos colaterales en suspenso, además del que daba causa a la cuestión prejudicial del asunto C-389/20, esperando el resultado del Tribunal de Justicia, no se han demorado los pronunciamientos que han asumido la nueva doctrina de la **STJUE**. Sirvan tres ejemplos inmediatos.

4.1. Reconocimiento de un derecho congelado

Evidentemente, poco ha tardado el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Vigo en resolver el asunto (proc. abreviado 93/2020) que dejó pendiente cuando planteara la cuestión prejudicial en julio de 2020. Así, en [Sentencia 68/2022, de 17 de marzo](#), estima el recurso frente a la resolución de la TGSS que desestimaba la solicitud de cotización por desempleo, la declara materialmente disconforme a derecho, la anula y revoca. Adicionalmente, declara el derecho de la empleada de hogar a cotizar por la contingencia de desempleo, en los términos legales que se establezcan en el futuro.

Es decir, a pesar de que aún no hay norma alguna que establezca la obligación de cotizar, y sigue vigente aquella que excluye de la protección por desempleo, declara un derecho latente futuro, que se hará efectivo a partir de que eventualmente se reforme la normativa de Seguridad Social.

Aparentemente, el órgano judicial ha generado una regla de derecho intertemporal referida a una norma *non nata*. Sería el legislador el encargado de delimitar qué efectos querría otorgar a una eventual nueva regla de cobertura. Y podría retrotraer efectos, o no, al momento de la **STJUE**. Aun cuando no lo hiciera, la [Sentencia de 17 de marzo de 2022](#), que ya pretende dotar de efectos a dicha [Sentencia de 24 de febrero de 2022](#), se autoerige como título ejecutivo suficiente para reconocer un derecho consolidado a partir del momento en que se evidenció el carácter discriminatorio de la normativa excluyente de la protección por desempleo y el órgano judicial español pudo aplicarlo. Habrá que esperar a cómo se articula la sentencia con la plausible nueva norma sobre cotización por desempleo en el sistema especial de empleo del hogar.

4.2. Reconocimiento de un subsidio asistencial de desempleo

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dicta el 16 de marzo [sentencia](#) en recurso de suplicación 5506/2021 contra sentencia del Juzgado de lo Social número 15 de Barcelona, para revocarla y reconocer el derecho de la actora/recurrente a percibir subsidio de desempleo para mayores de 52 años. La sala se apoya en la **STJUE** para estimar que, dado que resulta discriminatoria la exclusión de la cobertura por desempleo a

las personas incardinadas en el sistema especial de empleo del hogar, no puede denegarse subsidio asistencial a una persona que sí reúne la carencia genérica, y todos los demás requisitos particulares de la modalidad, pero no los referidos a carencia específica e inscripción como demandante de empleo; requisitos estos que no puede acreditar por haber estado prestando servicios como empleada del hogar, dentro del sistema especial. De nuevo, el órgano juzgador dota de efectos (en este caso retroactivamente incluso, porque el hecho causante del eventual derecho se ubicaría temporalmente en 2019) a la doctrina judicial del TJUE. Se enervan así algunos de esos inconvenientes/efectos colaterales de la exclusión discriminatoria a los que el Juzgado número 2 de Vigo que planteó la cuestión prejudicial en el asunto C-389/20 se refería en la misma. La imposibilidad de cotizar por desempleo se proyecta en los tránsitos a otras prestaciones, más allá de la prestación contributiva por desempleo.

4.3. Reconocimiento de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial (Fogasa)

La [Sentencia 91/2022, de 14 de marzo](#), del Juzgado de lo Social de Barcelona, condena al Fogasa a abonar a una empleada doméstica la cuantía correspondiente a la indemnización por despido improcedente que le fue reconocida en Sentencia del Juzgado de lo Social número 31 de Barcelona de 12 de abril de 2018, pero que no pudo ser ejecutada por declaración de insolvencia total del sujeto deudor. La magistrada asume que es cierto que las personas trabajadoras con relación laboral especial al servicio del hogar familiar no están incluidas en el ámbito del [artículo 11 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo](#), sobre organización y funcionamiento del Fogasa, y, por lo tanto, el empleador particular no está obligado a cotizar. Sin embargo, mediante el recurso a la argumentación de la [STJUE de 24 de febrero de 2022](#) (que transcribe en buena parte en su fundamento jurídico tercero), extrapola sus conclusiones a la ausencia de cotización por Fogasa; algo que afecta estadísticamente a las mujeres trabajadoras en el marco de la relación laboral especial, que no contempla tal protección, y para cuya exclusión no hay justificación legítima alguna tampoco.

Es relevante cómo en la sentencia ya se menciona la [Directiva 2006/54](#), lo que abre conceptualmente la idea a cuestionar la relación laboral especial misma a partir del derecho de la Unión.

Habrà que esperar un desarrollo normativo rápido, que reorganice la disfunción declarada. O la doctrina judicial parece ser capaz de crear reglas inmediatas a partir de la [STJUE...](#)