

LUCHA POR EL DERECHO Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO DE LAS EMPLEADAS DE HORAR: ¿FIN DE TRAYECTO?

A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea 24 de febrero de 2022

Margarita Miñarro Yanini

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad Jaume I de Castellón*

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 24 de febrero de 2022, C-389/20, ha supuesto un nuevo revés del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al sistema español de Seguridad Social. En esta ocasión, como en otras anteriores, también ha sido por su disconformidad con el imperativo comunitario –más bien multinivel: internacional, europeo, constitucional– de no discriminación indirecta por razón de género. En este caso, la mujer que ha abanderado esta lucha pertenece al sector de las «empleadas de hogar» –sector tan feminizado que merece que se refleje en el lenguaje– y la prestación que reivindica es la de protección por desempleo. Aunque las empleadas de hogar están incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) desde 2012, mantienen un sistema especial de cotización, que implica ciertas peculiaridades, y la exclusión de la prestación por desempleo. Esta privación protectora en la rama de desempleo, que ha sido una constante histórica en el Derecho de la Seguridad Social español, cuenta tanto con el aval del Tribunal Constitucional, que no puso reparo alguno a ella, como de la jurisprudencia social nacional. Aunque el **artículo 14 del Convenio 189 OIT** prohíbe esta exclusión, la falta de ratificación del Convenio por España le ha permitido mantener su *statu quo* hasta la fecha.

2. No es esta la primera vez que esta rama se ve afectada por decisiones del TJUE que consideran que la regulación española es contraria al derecho-principio de no discriminación indirecta por razón de sexo –ej. [STJUE de 9 de noviembre de 2017, C-98/15, asunto María Begoña Espada Recio](#), relativa a la protección por desempleo de las personas con relación de trabajo vertical a tiempo parcial–. En el caso de la [STJUE de 24 de febrero de 2022](#), la petición de decisión prejudicial procede de un órgano jurisdiccional gallego, aunque este no es la sala de suplicación –que es de las que más frecuentan al Tribunal de Luxemburgo, de hecho, [vuelve a preguntar si denegar de forma sistemática el complemento de «maternidad» por los hombres es discriminatorio](#)– ni un órgano de instancia social. Ahora, es un juzgado contencioso-administrativo, concretamente el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo, en virtud de la demanda interpuesta por una empleada de hogar contra la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), **que rechazó la cotización propuesta por la empleadora** para que su empleada pudiera percibir, en su día, prestación por desempleo, aduciendo que la legislación española la excluye. La trabajadora, por tanto, no estaba en desempleo y se mantiene en alta.

Tras diversas vicisitudes, dado que inicialmente la TGSS, perpleja por la situación, trató de que la petición fuera retirada, al considerarla «absurda legalmente», recomendándosele por vía telefónica, si bien el abogado de la empleada le pidió que obtuviera la negativa por escrito, con objeto de poder realizar la demanda, la trabajadora interpuso un recurso contencioso ante el referido órgano judicial. En él razonaba que la exclusión legal dejaba a las personas empleadas de hogar en una situación de manifiesto «desamparo social» cuando cesan en su relación por causas involuntarias, lo que era más grave teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de este colectivo está integrado por mujeres y, en consecuencia, se trata de una discriminación prohibida por razón de sexo. Una vez analizada la demanda, el órgano judicial la consideró razonable y decidió plantear la petición prejudicial, a fin de que el TJUE interpretara la [Directiva 79/7/CEE](#) del Consejo, sobre igualdad en materia de seguridad social, para determinar si existía o no en este caso una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por dicha Directiva.

3. Aunque en menor grado que en otras ocasiones, pues tiende a hacer pronunciamientos ambiguos que precisan de una interpretación operativa por el órgano judicial peticionario, el TJUE tampoco ha dado una respuesta definitiva, como lo era la que se desprendía de las Conclusiones que en su día dictara la Abogacía General. A juicio del Tribunal, el artículo 4.1 de la citada [Directiva 79/7/CEE](#) 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**».

De este modo, el fallo asume cierto modo condicional, puesto que contempla la posibilidad de que el órgano judicial inquiriente concluya que existen legítimas razones de política social que podrían justificar la exclusión. Ahora bien, de producirse esta situación y resultar por ello que el órgano jurisdiccional remitente concluyese que la disposición nacional responde a objetivos legítimos de política social y que es adecuada para alcanzar dichos objetivos, advierte claramente que «debería comprobar además si dicha disposición no va más allá de lo necesario para lograrlos» (apdo. 68). No obstante, parece traslucir que el TJUE no contempla, en realidad, una interpretación del juez nacional que no sea considerar que se produce discriminación por razón de sexo, y en esta línea, precisa que:

- a) La opción legal de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo concedidas por el RGSS «no parece aplicarse de manera coherente en comparación con otros colectivos de trabajadores que disfrutaban de esas mismas prestaciones pese a presentar características y condiciones de trabajo análogas a las de los empleados de hogar y, por tanto, riesgos análogos en término [...] de fraude a la seguridad social y de [...] trabajo ilegal [riesgos que, junto a las peculiaridades de la relación, esgrimieron el Gobierno español y el INSS para justificar la exclusión]» (apdo. 64).
- b) Por tanto, dado «que esta exclusión aparentemente entraña una mayor desprotección social de los empleados de hogar, que se traduce en una situación de desamparo social, no parece **–sin perjuicio de la comprobación por el órgano jurisdiccional remitente de las consecuencias que [...] tiene dicha exclusión sobre la concesión de otras prestaciones sociales–** que la disposición nacional controvertida en el litigio principal sea necesaria para alcanzar los objetivos mencionados» (apdo. 70). Con la referencia a las consecuencias sobre otras prestaciones se refiere a aquellas cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones de desempleo –incapacidad permanente o ayudas sociales para personas desempleadas–.

4. En consecuencia, es impensable que el órgano remitente concluya otra cosa que no sea considerar discriminatoria la exclusión de la normativa española de la prestación por desempleo de las empleadas de hogar, si bien la incertidumbre ahora se cierne sobre las consecuencias prácticas de esta declaración. Como es lógico, la eficacia directa e inmediata de esta interpretación significará que debe establecerse la obligación, y el derecho, de cotizar por desempleo, en principio en términos equivalentes, o en todo caso análogos, al resto de personas integradas en el RGSS, atendiendo a que se trate o no de una relación de trabajo a tiempo parcial. Lo previsible y también deseable es que el Gobierno español dé una respuesta reguladora y técnica inmediata, en términos de diligencia debida para restaurar en tal ámbito la equidad prestacional, garantizando la cotización y asumiendo, cuando se den los presupuestos legales, en igualdad de condiciones que otros colectivos comparables del RGSS, el disfrute prestacional, tanto contributivo como no contributivo.

Como guía para el proceso de reforma, podría tomarse la regulación del subsidio extraordinario por falta de actividad del sistema especial para empleadas de hogar durante el período extraordinario de la pandemia, ([RDL 11/2020, de 31 de marzo](#)) con las modulaciones oportunas dado su carácter contributivo y ordinario.

En suma, tratándose de una conquista histórica de este otro colectivo de «Kellys domésticas», con menor visibilidad hasta ahora que las «Kellys de hotel» –aunque de momento tampoco han logrado que se atienda algunas de sus principales reivindicaciones–, ha terminado el tiempo de conjeturas y toca pasar a la acción. Así, en palabras del abogado que defendió el caso «[no se le puede dar más vueltas a este tema, el Gobierno tendrá que regularlo](#)».