

SUMARIO:

Discriminación indirecta por razón de sexo. Empleados de hogar. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Colectivo no protegido frente al riesgo de insolvencia. *Negativa del organismo autónomo a reconocer el derecho al abono de las cantidades no satisfechas por su empleador insolvente ante la inexistencia de una obligación legal en tal sentido, por estar excluido el colectivo del servicio de hogar de la cobertura, y consiguiente cotización previa, de esa garantía.* Entiende la juzgadora de instancia, apoyándose para ello en la STJUE de 24 de febrero de 2022 [Asunto C-389/20 (NSJ063630)], que ante la constatación de que ciertamente el colectivo afectado es de composición preponderantemente femenina (94% mujeres, 6% hombres), y de que concurre un trato diferencial, al excluirse de una determinada protección social a dicho colectivo especial, no encuentra sin embargo una razón que lo justifique, pues ni el RD 1620/2011, que regula la relación laboral especial de empleados de hogar, ni el RD 505/1985, sobre organización y funcionamiento del FOGASA, expresan un motivo para ello. Por tanto, tal opción legislativa implica una discriminación indirecta, siendo lo procedente el reconocimiento a la trabajadora de la prestación solicitada, y ello a pesar de que no se haya cotizado a la protección por el FOGASA.

PRECEPTOS:

Directiva 2006/54/CE (Aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), art. 5.
RD 1620/2011 (Relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar), art. 1.
RD 505/1985 (FOGASA), art. 11.

PONENTE:

Doña Marta Molist Requena.

SENTENCIA N.º 91/2022

Magistrada: Marta Molist Requena

Barcelona, 14 de marzo de 2022

Vistos por mí, Marta Molist Requena, Magistrada del Juzgado de lo Social n.º 32 de Barcelona, los presentes autos n.º 100/2019 en materia de RECLAMACIÓN DE CANTIDAD seguidos entre doña xxxxxx, como demandante, representada y asistida por el Letrado Sr. Parra, frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, asistido y representado por el Letrado Sr. Hernández.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Correspondió a este Juzgado por reparto ordinario la demanda iniciadora de las presentes actuaciones, en la que la parte actora terminaba suplicando se dictase sentencia condenando a la demandada a estar y pasar por lo en ella solicitado.

Segundo.

Admitida y tramitada la demanda en legal forma, se celebró el acto del juicio en el día 03/12/2019.

Con carácter previo acordé unir la contestación remitida por la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social de la Dirección General de Estadística y Análisis socio-laboral del Ministerio de Empleo, dando vista de ello a las partes para su conocimiento.

En alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda.

Por parte del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL se opuso a la demanda en base a la resolución administrativa impugnada. Manifestó que la actora no se halla dentro de un colectivo protegido por tratarse de una

empleada de hogar de manera que siendo ésta la opción del poder legislativo no existe tal protección (y además ni tan siquiera ha cotizado a esta contingencia).

Practicadas las pruebas, las partes comparecidas elevaron sus conclusiones a definitivas. Aunque inicialmente se abrió un trámite para la posible interposición de una cuestión de constitucionalidad, a la vista del contenido de los escritos y del trámite evacuado por el Ministerio Fiscal y de la sentencia dictada recientemente (el 24/02/2022) por la Sala Tercera del TJUE, decido no elevarla de manera que la causa ha quedado vista para sentencia.

Tercero.

En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

Primero:

La actora, doña XXXXX prestó servicios a jornada completa como empleada de hogar para doña ZZZZZZZ desde el 15/12/2009 hasta que el 21/10/2016, fecha en la que fue despedida verbalmente. Percibía un salario de 1.100,00-euros mensuales.

(Documento 2 de la actora)

Segundo.

Frente a dicho despido interpuso demanda que dio lugar a los autos 907/2016 del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona. Dicha demanda la dirigió tanto contra la cabeza de familia indicada como contra el FGS, si bien desistió de éste al inicio del acto de juicio consintiendo el FGS tal desistimiento.

Por sentencia de fecha 12/04/2018 se declaró la improcedencia del despido de la actora y se condenó a doña ZZZZZZZZ a abonar a la demandante una indemnización de 6.003,29-euros.

Instó la ejecución de la sentencia que fue despachada por auto de fecha 05/06/2018 dictado por el Juzgado de lo Social nº 23 de Barcelona (ejecución nº 614/2018) y finalmente, el 17/10/2018 dicho Juzgado dictó decreto por el que declaró a la parte ejecutada en situación de insolvencia legal total.

(Documentos 2 a 4 de la actora)

Tercero.

La demandante reclamó al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL las prestaciones derivadas de la sentencia señalada en el ordinal anterior mediante solicitud de fecha 12/12/2018.

Por resolución del FGS de fecha 17/12/2018 dicho organismo no pertenecer al actora a un colectivo excluido de tal prestación.

Frente a ella dedujo en fecha 27/02/2019 la demanda directora de este procedimiento.

(Folios 2 a 19; documento 1 de la actora y documental de la demandada)

Cuarto.

A 31/12/2016 el total de trabajadores/as afiliados/as al sistema de seguridad Social era de 17.741.897 trabajadores/as, de los cuales 9.495.776 eran hombres y 8.246.085 mujeres; en el Régimen Especial de Empleados/as del Hogar los/as afiliados/as eran 426.765 personas y de ellas 20.796 eran hombres y 405.959 mujeres; de entre las mujeres, 230.272 eran de nacionalidad española y 175.687 de nacionalidad extranjera.

(Contestación de la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social de la Dirección General de Estadística y Análisis socio-laboral del Ministerio de Empleo)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 97.2 de la L.R.J.S., se hace constar que los hechos declarados probados se basan, todos ellos, en los documentos obrantes en el expediente administrativo y en la contestación del oficio remitida por la Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social de la Dirección General de Estadística y Análisis socio-laboral del Ministerio de Empleo. En realidad la polémica que separa a las partes es estrictamente jurídica.

Segundo.

El FGS deniega la prestación de indemnización a la actora alegando en su resolución que ésta no se halla dentro del colectivo de trabajadores/as protegidos/as porque era empleada de hogar. Asimismo, aunque no lo refirió en la resolución administrativa impugnada, alegó en el acto de juicio que la parte demandante desistió del FGS al inicio del acto de juicio del procedimiento de despido que se siguió ante el Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona.

Sin perjuicio de que ésta última alegación no ha sido exhibida en la resolución administrativa impugnada, lo que vedaría la posibilidad de ser alegada en el plenario so pena de vulnerar lo establecido en el art. 72 de la LRJS, la realidad es que ese desistimiento tampoco puede implicar, a mi juicio, la imposibilidad de que se analice ahora si dicho organismo es o no responsable del pago de la prestación interesada. Y ello porque tal desistimiento solo implica que, al no ser ya parte el FGS en el proceso declarativo, cualquier oposición a una futura reclamación de la demandante podía haberla articulado en el proceso administrativo (como así hizo), sin que le sea exigible por lo tanto que lo haya hecho en el previo proceso judicial ya que, como dije, se desistió de él. No existía ninguna obligación legal para la actora de traer al proceso declarativo de despido al FGS, de manera que su desistimiento en él no implica ninguna renuncia anticipada a ningún eventual derecho que pretendiera reclamarle por una posterior insolvencia legal de la persona condenada.

Tercero.

En cuanto a la razón esgrimida por la resolución impugnada y por el FGS en el acto de juicio, relativo a que la actora forma parte de un colectivo no protegido (el de empleados/as de hogar), es cierto e indiscutible que actualmente RD 1620/2011 que regula la relación especial de los/as empleados/as del hogar no prevé tal protección y que el art. 11 del R.D. 505/1985 de 6 de marzo de organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial no contempla a los/as empleados/as de hogar como colectivo por el que debe contribuirse y cotizarse por tal protección.

No obstante, para resolver la cuestión, no puede prescindirse, a mi modo de ver, del contenido de la reciente sentencia de fecha 24/02/2022 dictada por la Sala Tercera del TJUE, en la cuestión C-389/20 y de al puerta que abre esta decisión. En ella se refiere:

“Por consiguiente, habida cuenta de las consideraciones expuestas en los apartados 34 a 37 de la presente sentencia, para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, procede apreciar, en esencia, si una disposición nacional como el artículo 251, letra d), de la LGSS puede suponer una discriminación por razón de sexo en lo que respecta al ámbito de aplicación personal del régimen legal de seguridad social español que asegura una protección contra el desempleo, en el sentido del artículo 4, apartado 1, primer guion, de la Directiva 79/7, en relación con el segundo considerando y el artículo 3, apartado 1, letra a), quinto guion, de esta.

39 A este respecto, procede señalar, de entrada, que una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal no supone una discriminación directamente basada en el sexo, ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

40 Por lo que se refiere a la cuestión de si esa misma disposición nacional entraña una discriminación indirecta, es preciso recordar, en primer lugar, que este concepto debe interpretarse en el contexto de la Directiva 79/7 del mismo modo que en el contexto de la Directiva 2006/54 (sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz, C-161/18, EU:C:2019:382, apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 24). Pues bien, resulta del artículo 2, apartado 1, letra b), de esta última Directiva que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo una situación en que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

41 La existencia de tal desventaja particular podría acreditarse, entre otras formas, probando que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica afectan negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si así

sucede en el litigio principal (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz, C-161/18, EU:C:2019:382, apartado 38, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 25).

42 En el supuesto de que el juez nacional disponga de datos estadísticos, el Tribunal de Justicia ha declarado que este debe, por un lado, tomar en consideración al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional en la que tiene su origen la diferencia de trato y, por otro lado, comparar las proporciones respectivas de trabajadores a los que afecta y a los que no afecta la supuesta diferencia de trato entre la mano de obra femenina comprendida en el ámbito de aplicación de esa normativa y las mismas proporciones entre la mano de obra masculina comprendida en dicho ámbito de aplicación [véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C-223/19, EU:C:2020:753, apartado 52 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 26].

43 A este respecto, corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar en qué medida los datos estadísticos que se le someten son fiables y si se pueden tomar en consideración, es decir, entre otras cosas, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si son suficientemente significativos [sentencia de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C-223/19, EU:C:2020:753, apartado 51 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 27].

44 En el caso de autos, como ha observado el Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, es preciso tomar en consideración no solo a los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar, sino también al conjunto de los trabajadores sujetos al Régimen General de Seguridad Social español, en el que se integran aquellos (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 28). En efecto, como ya se ha señalado en el apartado 35 de la presente sentencia, la disposición nacional controvertida en el litigio principal contribuye a determinar el ámbito de aplicación personal de las prestaciones por desempleo concedidas por este Régimen General.

45 Pues bien, procede señalar que de los datos estadísticos presentados en las observaciones orales de la TGSS se desprende que, por una parte, a 31 de mayo de 2021, el número de trabajadores por cuenta ajena sujetos a dicho Régimen General era de 15 872 720, de los cuales 7 770 798 eran mujeres (el 48,96 % de los trabajadores) y 8 101 899 hombres (el 51,04 % de los trabajadores). Por otra parte, en esa misma fecha, el grupo de trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar contaba con 384 175 trabajadores, de los cuales 366 991 eran mujeres (el 95,53 % de los trabajadores incluidos en este sistema especial, esto es, el 4,72 % de las trabajadoras por cuenta ajena) y 17 171 hombres (el 4,47 % de los trabajadores incluidos en dicho sistema especial, esto es, el 0,21 % de los trabajadores por cuenta ajena).

46 Así pues, de estos datos estadísticos parece desprenderse que la proporción de las trabajadoras por cuenta ajena sujetas al Régimen General de Seguridad Social español que se ven afectadas por la diferencia de trato resultante de la disposición nacional controvertida en el litigio principal es significativamente mayor que la de los trabajadores por cuenta ajena.

47 En consecuencia, si al término de la apreciación que le incumbe realizar, con arreglo a la jurisprudencia recordada en los apartados 42 y 43 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional remitente llegase a la conclusión de que tales datos estadísticos son fiables, representativos y significativos, procedería considerar que el artículo 251, letra d), de la LGSS sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores.

48 De ello se deduciría que esta disposición nacional entraña una discriminación indirecta por razón de sexo contraria al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7, a menos que esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. Así sucede si dicha disposición responde a un objetivo legítimo de política social, es adecuada para alcanzar dicho objetivo y es necesaria para ello, entendiéndose que solo puede considerarse adecuada para garantizar el objetivo invocado si responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartados 70 y 71 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartados 31 y 32 y jurisprudencia citada).

49 La supuesta imposibilidad de comparar la situación de los empleados de hogar con la de los demás trabajadores por cuenta ajena afiliados al Régimen General de Seguridad Social español, alegada por el Gobierno español para afirmar la inexistencia de tal discriminación indirecta, carece de pertinencia a este respecto.

50 En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, contrariamente al asunto que dio lugar a la sentencia de 26 de junio de 2018, MB (Cambio de sexo y pensión de jubilación) (C-451/16, EU:C:2018:492), evocado por el Gobierno español, la disposición nacional controvertida en el litigio principal no constituye una discriminación directa por razón de sexo que pueda ser cuestionada porque, supuestamente, la situación de los empleados de hogar no sea comparable a la de otros trabajadores por cuenta ajena.

51 En segundo lugar, en cuanto a la existencia de un factor objetivo de justificación en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado 48 de la presente sentencia, debe subrayarse que, si bien en último término corresponde al juez nacional, que es el único competente para apreciar los hechos e interpretar la legislación nacional, determinar si la disposición nacional controvertida en el litigio principal está justificada por tal factor objetivo y, de ser así, en qué medida, el Tribunal de Justicia, que debe proporcionarle una respuesta útil en el marco de la remisión prejudicial, es competente para dar indicaciones, basadas en los autos del asunto principal y en las observaciones escritas y orales que se le hayan presentado, que permitan al órgano jurisdiccional nacional dictar una resolución [sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 72 y jurisprudencia citada, y de 24 de septiembre de 2020, YS (Pensiones de empleo del personal directivo), C-223/19, EU:C:2020:753, apartado 58 y jurisprudencia citada].

52 En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en reiteradas ocasiones que, aunque los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación al elegir las medidas que permitan alcanzar los objetivos de su política social y de empleo (sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 73 y jurisprudencia citada, y de 21 de enero de 2021, INSS, C-843/19, EU:C:2021:55, apartado 33), corresponde no obstante al Estado miembro de que se trate, en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria, demostrar que esa norma reúne los requisitos enunciados en el apartado 48 de la presente sentencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2011, Brachner, C-123/10, EU:C:2011:675, apartado 74, y de 17 de julio de 2014, Leone, C-173/13, EU:C:2014:2090, apartado 55).

53 En el caso de autos, el Gobierno español y la TGSS alegan, en sus observaciones escritas y orales, que la decisión de política legislativa de excluir de la protección contra el desempleo a los empleados de hogar está ligada a las peculiaridades de este sector profesional. Según afirman, en efecto, por una parte, el sector laboral de los empleados de hogar presenta elevadas tasas de empleo, un escaso nivel de cualificación y, por tanto, de retribución, y un porcentaje considerable de trabajadores no afiliados al Sistema de la Seguridad Social. Por otra parte, el Gobierno español y la TGSS señalan que la relación laboral de estos trabajadores se caracteriza porque su empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena de dichos empleados, y por el hecho de que dicha relación se desarrolla en el ámbito del hogar familiar, lo que dificulta tanto la comprobación de los requisitos para el acceso a las prestaciones de desempleo como las inspecciones, debido a la inviolabilidad del domicilio.

54 En este contexto, el incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría, según el Gobierno español y la TGSS, traducirse en una disminución de las tasas de empleo en este sector laboral, en forma de reducción de las nuevas contrataciones y de extinción de contratos, así como en situaciones de trabajo ilegal y de fraude a la seguridad social, y, en consecuencia, podría dar lugar a una reducción de la protección de los empleados de hogar. Por lo tanto, afirman que la disposición nacional controvertida en el litigio principal tiene por objeto mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social en aras de la protección social de los trabajadores.

55 El Gobierno español añade que esta disposición nacional es proporcionada para la consecución de los objetivos legítimos de política social que persigue. Precisa que, por una parte, con la única excepción de las prestaciones por desempleo, los empleados de hogar disfrutan, en principio, de todas las prestaciones concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español, pese a que su contribución a la financiación de dicho régimen es menor por disfrutar de tipos de cotización reducidos. Además, señala que la exclusión de la protección contra el desempleo afecta a una contingencia que no es generalizada en este colectivo de trabajadores.

56 Por otra parte, según afirma el Gobierno español, la exclusión de las prestaciones por desempleo de las concedidas por el Sistema Especial para Empleados de Hogar no implica una total desprotección frente a la contingencia de desempleo, ya que se ha establecido un subsidio extraordinario y temporal por falta de actividad en favor de este colectivo debido al cese o a la reducción de su actividad en el contexto de la crisis sanitaria relativa a la pandemia de COVID-19.

57 A este respecto, por lo que se refiere, en primer término, a los objetivos perseguidos por la disposición nacional controvertida en el litigio principal, procede señalar que las finalidades relativas, por una parte, al

mantenimiento de la tasa de empleo y al fomento de la contratación y, por otra parte, a la lucha contra el empleo ilegal y el fraude a la seguridad social en aras de la protección social de los trabajadores constituyen objetivos generales de la Unión, como se desprende del artículo 3 TUE, apartado 3, y del artículo 9 TFUE.

58 Además, como ha señalado, en esencia, el Abogado General en el punto 67 de sus conclusiones, estas finalidades han sido reconocidas por el Tribunal de Justicia, respectivamente, como un objetivo legítimo de política social (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa, C-411/05, EU:C:2007:604, apartados 64 a 66, y de 2 de abril de 2020, Comune di Gesturi, C-670/18, EU:C:2020:272, apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada) y como una razón imperiosa de interés general que puede justificar una restricción al ejercicio de las libertades fundamentales reconocidas por el Tratado (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de abril de 2013, Las, C-202/11, EU:C:2013:239, apartado 28 y jurisprudencia citada, y de 13 de noviembre de 2018, Čepelnik, C-33/17, EU:C:2018:896, apartado 44 y jurisprudencia citada).

59 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que dichas finalidades pueden justificar una diferencia de trato que afecte claramente a más mujeres que hombres en el acceso a un régimen legal de seguro de desempleo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Megner y Scheffel, C-444/93, EU:C:1995:442, apartados 27, 28 y 32).

60 En estas circunstancias, procede considerar que los objetivos perseguidos por el artículo 251, letra d), de la LGSS son, en principio, objetivos legítimos de política social que pueden justificar la discriminación indirecta por razón de sexo que supone esta disposición nacional.

61 Por lo que respecta, en segundo término, a la adecuación de dicha disposición nacional para alcanzar esos objetivos y, en particular, a la cuestión de si esta se aplica de manera coherente y sistemática, procede señalar, por una parte, que el hecho de proteger a los trabajadores mediante regímenes de seguridad social dará lugar por naturaleza a un aumento de los costes asociados a ese factor de producción que, en función de las circunstancias que caractericen el mercado de trabajo, podrá afectar al nivel de empleo en cualquier sector de ese mercado y, por otra parte, que la propia existencia de tales regímenes conlleva el riesgo de que, independientemente del sector de que se trate, la protección que ofrecen se invoque de manera fraudulenta.

62 Por consiguiente, para que pueda considerarse que la disposición nacional controvertida en el litigio principal se aplica de manera coherente y sistemática a la luz de los objetivos mencionados en el apartado 57 de la presente sentencia, debe demostrarse que el colectivo de trabajadores al que excluye de la protección contra el desempleo se distingue de manera pertinente de otros colectivos de trabajadores que no están excluidos de ella.

63 A este respecto, de las observaciones de la TGSS y del Gobierno español se desprende que otros colectivos de trabajadores cuya relación laboral se desarrolla a domicilio para empleadores no profesionales, o cuyo sector laboral presenta las mismas peculiaridades en términos de tasas de empleo, de cualificación y de remuneración que el de los empleados de hogar, como los jardineros y conductores particulares o los trabajadores agrícolas y los trabajadores contratados por empresas de limpieza, están todos ellos cubiertos frente a la contingencia de desempleo, y ello a pesar de que sus cotizaciones son en algunos casos inferiores a las aplicables a los empleados de hogar.

64 Así pues, la opción legislativa de excluir a los empleados de hogar de las prestaciones por desempleo concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español no parece aplicarse de manera coherente y sistemática 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 mencionadas en el apartado 53 de la presente sentencia y, por tanto, riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la seguridad social y de recurso al trabajo ilegal.

65 Además, es importante subrayar la circunstancia, pacífica entre las partes del litigio principal, de que la inclusión en el Sistema Especial para Empleados de Hogar da derecho, en principio, a todas las prestaciones concedidas por el Régimen General de Seguridad Social español, salvo las de desempleo. En particular, de las observaciones del Gobierno español se desprende que este sistema cubre, entre otros, los riesgos relativos a los accidentes de trabajo y a las enfermedades profesionales.

66 Pues bien, en la medida en que esas otras prestaciones presentan aparentemente los mismos riesgos de fraude a la seguridad social que las de desempleo, tal circunstancia parece también poner en tela de juicio la coherencia interna de la disposición nacional controvertida en el litigio principal con respecto a esas otras prestaciones. En este contexto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar la incidencia, sobre la

coherencia de esta disposición nacional, del aumento progresivo de los tipos de cotización aplicables a los empleados de hogar, al que el Gobierno español se ha referido en sus observaciones escritas.

67 En estas circunstancias, como ha puesto de relieve también el Abogado General en el punto 99 de sus conclusiones, procede considerar que los elementos aportados por el Gobierno español y la TGSS no ponen de manifiesto que los medios elegidos por el Estado miembro de que se trata sean adecuados para alcanzar los objetivos legítimos de política social perseguidos, extremo que, no obstante, corresponde apreciar al órgano jurisdiccional remitente.

68 Por otra parte, es preciso señalar asimismo, en tercer lugar, que, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional remitente concluyese, no obstante, que la disposición nacional controvertida en el litigio principal responde a objetivos legítimos de política social y que es adecuada para alcanzar dichos objetivos, debería comprobar además si dicha disposición no va más allá de lo necesario para lograrlos.

69 En este contexto, de la resolución de remisión y de las observaciones orales de CJ se desprende que la exclusión de la protección contra el desempleo implica la imposibilidad de que los empleados de hogar accedan a otras prestaciones de seguridad social a las que podrían tener derecho y cuya concesión está supeditada a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, como las prestaciones por incapacidad permanente o las ayudas sociales para desempleados.

70 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, según se alega, 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.

71 Habida cuenta del conjunto de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7 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.

Costas

72 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

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.”

Es cierto que en este caso la cuestión prejudicial la planteaba un órgano del orden contencioso-administrativo que debía resolver una demanda en la que se impugnaba la negativa de la TGSS a que una empleada de hogar pudiera cotizar a la contingencia de desempleo (pese a que ésta y su empleadora lo solicitaron). No obstante el fondo del debate es el mismo, es decir, si esa exclusión de una determinada protección social (en ese caso el desempleo y en el presente la cobertura en caso de insolvencia) está o no justificada. La sentencia parte de la previa constatación de que ciertamente ese trato diferencial puede suponer una discriminación indirecta por razón de sexo puesto que el colectivo afectado es preponderantemente femenino en este régimen especial. Ello es indiscutible en el presente caso no solo por los datos remitidos por el Ministerio de Empleo (trasladados en al hecho probado cuarto) sino por las propias manifestaciones de la norma que regula esta relación laboral de carácter especial; en efecto, el R.S. 1620/2011 de 14 de noviembre, en su exposición de motivos, refiere:

“En este contexto cobra especial relevancia el hecho de la fuerte feminización del empleo doméstico. Los datos disponibles muestran una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%, y el 6% restante, a hombres.”

Partiendo pues de este dato objetivo, la sentencia se plantea si existe o no alguna razón o motivo que justifique este trato diferencial que, cabe recordar, lo que hace es excluir de una determinada protección social a ese colectivo singular y llega a la conclusión de que no.

Al respecto, para poder enmarcar bien esa eventual razón de exclusión, hay que recordar que otras relaciones laborales especiales sí gozan de esta protección al FGS o al desempleo (por ejemplo, la de deportistas profesionales o la de mediadores de comercio) y que la otra relación laboral especial excluida de tales protecciones es la de los administradores y miembros de los órganos de administración de sociedades mercantiles. Pues bien, ni el R.D. 1620/2011 de 14 de noviembre que regula la relación especial de empleados/as de hogar, ni el R.D. 505/1985 de 14 de marzo, expresan algún motivo o razón de esta exclusión; el hecho de que en estos casos el empleador es un cabeza de familia y no es asimilable al empleador de la relación laboral ordinaria es un argumento que, a mi entender (y también al parecer de la Sala del TJUE), a parte de ser absolutamente genérico, no da satisfacción a esa necesidad de explicar por qué concretamente esta protección no la tiene ese colectivo. Cabe señalar que la Disposición Adicional 39ª de la Ley 27/2011 de 1 de agosto de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social integró dentro del sistema del Régimen General de la Seguridad Social al extinto Régimen Especial de Empleados/as del Hogar, de manera que no se explica porque, después de esta integración, continúan existiendo esas dos singulares exclusiones de protección social para este colectivo (el del desempleo y el del FGS).

Por lo tanto, aunque es cierto que no está prevista esta cobertura para este colectivo, la realidad es que su exclusión no está justificada. Y como quiera que este trato exclusorio implica afectar de forma preponderante al colectivo femenino de trabajadoras (porque son las que integran de forma numéricamente abrumadora ese colectivo), tal previsión u opción legislativa implica una discriminación indirecta y por ende una vulneración del art. 5 de la Directiva 2006/54/CE 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. Y como tal, el órgano judicial (al margen de deseables actuaciones legislativas) debe corregirla; y la forma de hacerlo es reconociéndole a la actora la prestación solicitada, cuyo importe el FGS no cuestiona.

Y tal solución no puede venir impedida por el hecho de que no se haya cotizado a la protección por el FGS ya que, aún siendo cierto, tal falta de cotización se debe a esa opción legislativa excluyente de esa protección que incurre en las infracciones normativas denunciadas y que, como tal, no puede generar ese efecto denegatorio de la prestación. Al respecto cabe recordar que esa falta de cotización no es razón por ejemplo, para denegar prestaciones por ejemplo, a trabajadores/as extranjeros/as sin autorización para trabajar en España que generan, por ejemplo, un proceso de incapacidad temporal.

Cuarto.

Contra la presente sentencia cabe recurso de suplicación conforme al artículo 191 de la L.R.J.S. por cuanto la reclamación es superior a los 3.000,00-euros.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimo la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por doña XXXXXX frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y en sus méritos condeno al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL a abonar a la actora la cantidad de 6.003,29-euros en concepto de prestación por indemnización.

Modo de impugnación: recurso de SUPPLICACION, ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, que debe ser anunciado en esta Oficina judicial en el plazo de CINCO días hábiles, contados desde el siguiente a su notificación (artículo 194 LRJS).

En el momento del anuncio, es necesario acreditar el haber efectuado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, la constitución de un depósito por importe de 300 euros; y, si la sentencia impugnada ha condenado al pago de una cantidad, también se debe acreditar haber consignado dicha cantidad en la referida Cuenta, en el momento del anuncio. Esta consignación en metálico puede sustituirse por el aseguramiento mediante aval bancario solidario y pagadero a primer requerimiento emitido por una entidad de crédito. Y todo ello, sin perjuicio de las tasas legalmente aplicables (artículos 229 y 230 LRJS).

Están exentos de consignar el depósito y la cantidad referida aquél que ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, así como las personas físicas y jurídicas y demás organismos indicados en el art. 229.4 LRJS.

Así por esta sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

La Magistrada

Puede consultar el estado de su expediente en el área privada de sejudicial.gencat.cat

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales y que el tratamiento que pueda hacerse de los mismos, queda sometido a la legalidad vigente.

Los datos personales que las partes conozcan a través del proceso deberán ser tratados por éstas de conformidad con la normativa general de protección de datos. Esta obligación incumbe a los profesionales que representan y asisten a las partes, así como a cualquier otro que intervenga en el procedimiento.

El uso ilegítimo de los mismos, podrá dar lugar a las responsabilidades establecidas legalmente.

En relación con el tratamiento de datos con fines jurisdiccionales, los derechos de información, acceso, rectificación, supresión, oposición y limitación se tramitarán conforme a las normas que resulten de aplicación en el proceso en que los datos fueron recabados. Estos derechos deberán ejercitarse ante el órgano judicial u oficina judicial en el que se tramita el procedimiento, y las peticiones deberán resolverse por quien tenga la competencia atribuida en la normativa orgánica y procesal.

Todo ello conforme a lo previsto en el Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, en la Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales y en el Capítulo I Bis, del Título III del Libro III de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.