

La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico.

Antonio V. Sempere Navarro

Director de la Revista de Jurisprudencia Laboral. Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Universidad (s.e.)

Resumen: *Dada la aplastante mayoría que representa la población femenina en el colectivo de personas al servicio del hogar familiar, es indicio de discriminación que se excluya a ese colectivo de la protección por desempleo. La STJUE comentada proclama la incompatibilidad entre las previsiones de la Ley General de la Seguridad Social y el Derecho de la Unión Europea, porque no considera justificado el diferente trato.*

Palabras clave: *Empleo doméstico. Protección por desempleo. Discriminación indirecta por razón de género. Prueba estadística.*

Abstract: *Given the overwhelming majority that the female population represents in the group of people at the service of the family home, it is an indication of discrimination that this group is excluded from unemployment protection. The commented STJUE proclaims the incompatibility between the provisions of the General Law of Social Security and the Law of the European Union, because it does not consider the different treatment justified.*

Keywords: *Domestic employment. Unemployment protection. Indirect discrimination based on gender. Statistical test.*

I. Introducción

Pese al tiempo transcurrido, sigue por completo vigente y actual el mandato constitucional de que los poderes públicos han de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la protección frente las situaciones de necesidad, “especialmente en caso de desempleo”.

Ello, no obstante, nuestro sistema de Seguridad Social viene marginando de esa protección a determinados colectivos; razones históricas, económicas o de prevención del fraude así lo vienen aconsejando. El establecimiento de un sistema específico de protección “por el cese” para las personas afiliadas a la Seguridad Social y en alta en el Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar^[1] comportó un importante cambio de rumbo.

Esta ampliación, sin embargo, no ha llegado a quienes vienen comprendido en el Sistema Especial para Empleados de Hogar; además de ciertas peculiaridades en materia de subsidio por incapacidad temporal o de responsabilidad prestacional, “la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la

correspondiente al desempleo”^[2]. En concordancia con ello, la cotización por desempleo ha venido siendo inexistente respecto de tal colectivo^[3].

La sentencia ahora noticiada irrumpe en ese escenario de manera decidida y de la mano de argumentos que no arrancan de recientes innovaciones normativas o de novedosas corrientes doctrinales. Se trata, ni más ni menos, de proyectar la construcción de la discriminación indirecta por razón de género en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social.

Hace mucho tiempo que existe una fuerte corriente favorable a la ratificación del Convenio 189 de la OIT^[4], cuyo artículo 14 tiene mucho que ver con la consecución de un trato no menos favorable que el generalmente aplicado a la población asalariada^[5]. La STJUE de 24 febrero 2022 ha venido a desatascar la situación de cierta parálisis que se apreciaba y a dinamizar el procedimiento de ratificación.

No hay inconveniente en finalizar esta introducción enumerando unos pocos interrogantes que flotan en el mundillo laboralista. ¿Es posible reconocer el derecho a las prestaciones por desempleo, aunque no se haya cotizado? ¿Cabe pensar en responsabilidad del Estado legislador, por su pasividad e incumplimiento de las exigencias del Derecho de la UE? ¿No sería conveniente aprobar una norma con rango de Ley y procedimiento de urgencia, para finalizar con la anómala situación? ¿Es posible reclamar cotizaciones con efecto retroactivo? ¿No cabe la cotización mientras se carezca de previsión específica? ¿Hasta dónde puede llegar en este terreno la “interpretación conforme” de nuestras normas? ¿Por qué esperar a la ratificación de una norma, que no parece directamente aplicable en la materia, para resolver el tema? ¿Podría pensarse en tener como cotizados los periodos de ocupación efectiva de los seis últimos años anteriores a la STJUE anotada? ¿Es posible admitir que tengan derecho-deber de cotizar quienes así lo reclamen judicialmente y no el resto de sujetos afectados?

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Número de resolución judicial y fecha: Sentencia de 24 de febrero de 2022.

Tipo y número de recurso: Cuestión prejudicial planteada por Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 2 de Vigo (Pontevedra), mediante auto de 29 de julio de 2020, C-389/20.

ECLI: EU:C:2022:120.

Fuente: Curia.

Abogado General: Sr. Spzunar.

Integrantes de la Sala: Sra. A. Prechal (Presidenta); Sres. J. Passer y F. Biltgen; Sra. L. S. Rossi (Ponente); Sr. N. Wahl.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión suscitada es de índole estrictamente interpretativa. Se trata de aquilatar el alcance de algunos preceptos sobre dos importantes Directivas en materia de igualdad por razón de género. Pese a todo, conviene recomponer los hechos y antecedentes que la propicia, a fin de ponderar su trascendencia práctica:

A) Desde enero de 2011 la trabajadora presta sus servicios como empleada de hogar por cuenta de una persona física, estando encuadrada en el Sistema Especial para Empleados de Hogar.

B) En noviembre de 2019 la demandante solicita a la TGSS cotizar por la contingencia de desempleo, acompañando escrito de conformidad de su empleadora.

C) La TGSS deniega la solicitud por así exigirlo el artículo 251.d) LGSS.

D) Agotada la vía administrativa, la accionante interpone recurso contencioso-administrativo, alegando que la norma aplicada por la Tesorería supone una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de seguridad social para con los empleados de hogar de sexo femenino, que constituyen la práctica totalidad de este colectivo de trabajadores.

Aunque son dos los interrogantes formulados por el tribunal remitente, en realidad la cuestión suscitada puede reconducirse a una sola: determinar si el Derecho de la UE se opone a la decisión administrativa combatida.

IV. Posición de las partes y del Tribunal de origen

Como se desprende de lo expuesto, surge el problema porque las partes de la relación laboral (especial) de empleo doméstico desean cotizar y la Administración de la Seguridad Social no lo autoriza, al estar sujeta a las previsiones legales.

1. Reclamación de la trabajadora (y su empleadora).

Aunque los empleados de hogar estén protegidos contra una situación de incapacidad temporal, cuando esta perdura, terminan por perder su empleo bien por acuerdo mutuo, bien como consecuencia del desistimiento del empleador, quedando desprotegidos contra el desempleo, a diferencia de los demás trabajadores por cuenta ajena.

Sostiene que, dado que la situación de los empleados de hogar que han perdido su empleo no está asimilada a la de los trabajadores en situación de alta en la seguridad social, la exclusión de la protección contra el desempleo implica asimismo la imposibilidad para dichos empleados de acceder a cualquier otra prestación o subsidio supeditados a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo.

De ese modo, el artículo 251, letra d), de la LGSS coloca a dichos trabajadores en una situación de desamparo social que se traduce no solo, directamente, en la imposibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, sino también, indirectamente, en la de acceder a las demás ayudas sociales.

2. Criterio de la TGSS

La TGSS insiste en la razón de su negativa: es la propia Ley la que impide la cotización interesada. Además, entiende que el alcance de la acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar debe dissociarse de la de la financiación.

La TGSS alega la inadmisibilidad tanto de la petición de decisión prejudicial como de las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, en términos similares al Gobierno.

3. Posición del Tribunal Nacional.

El Tribunal nacional destaca que el colectivo de trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar está integrado casi exclusivamente por personas de sexo femenino. Al negar a las trabajadoras pertenecientes a ese colectivo la posibilidad de acceder a las prestaciones por desempleo, impidiéndoles la cotización para la cobertura de esa contingencia, la citada disposición nacional constituye una discriminación indirecta por razón de sexo en el acceso a las

prestaciones de seguridad social. A falta de motivación explícita alguna al respecto, dicha discriminación no está justificada y, por lo tanto, podría estar prohibida por las Directivas 79/7 y 2006/54.

A la vista de tales premisas se pregunta si las Directivas citadas se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS, de modo que estaríamos ante una discriminación proscrita pues las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada son mujeres.

4. Posición del Gobierno español

Advierte que, en realidad, el litigio no versa sobre cotización, sino sobre prestaciones por desempleo, lo que comporta su carácter artificioso. Además, se trata de materia propia del orden social de la jurisdicción.

5. Posición del Abogado General.

Entiende que la situación es comparable con la de otras personas que trabajan por cuenta ajena, en especial con las demás que están integradas en el RGSS. Concluye que los elementos aportados por el Gobierno español y la TGSS no ponen de manifiesto que los medios elegidos sean adecuados para alcanzar los objetivos legítimos de política social perseguidos.

V. Normativa aplicable al caso

1. Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978.

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 se aplica a los regímenes legales que aseguren una protección contra el riesgo de desempleo (art. 3.1.a).

Conforme a su artículo 4.1 *“El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos”*.

2. Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

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, se aplica a *“los regímenes profesionales de seguridad social”* (art. 1.c)^[6].

Su artículo 5º veda cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en particular en lo relativo a la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones.

3. Ley General de La Seguridad Social

El art. 251 LGSS prescribe que *“Los trabajadores incluidos en el Sistema Especial para Empleados de Hogar tendrán derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los términos y condiciones establecidos en este Régimen General de la Seguridad Social”* con las *“peculiaridades”* que enumera, advirtiendo el apartado d) que *“La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo”*.

Por su lado, el art. 264 LGSS dispone que estarán comprendidos en la protección por desempleo, *“siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia”*, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

4. Real Decreto 625/1985 de 2 de abril.

El artículo 19 del RD 625/1985, de 2 de abril, de desarrollo reglamentario en materia de desempleo dispone que “*estarán obligados a cotizar por desempleo todas las Empresas y trabajadores incluidos en el Régimen General y los Regímenes especiales de la Seguridad Social que protegen dicha contingencia*”.

VI. Doctrina básica.

La sentencia comentada, pese a resolver una cuestión de evidente trascendencia práctica, que afecta a un número potencialmente importante de personas, y que finaliza acogiendo el criterio opuesto al sostenido por la Administración, es tan básica como sólida en su argumentación. Ello es así porque en su mayor parte recuerda lo que constituye ya una doctrina muy consolidada y porque considera que la solución ahora acuñada es mero precipitado de ella.

1. Admisibilidad de la cuestión

Saliendo al paso de las observaciones de Gobierno español y TGSS se recuerda la presunción de pertinencia de la cuestión prejudicial y el derivado deber de examinarla cuando se refiera a la interpretación del derecho de la UE^[7].

A la vista de la pretensión (cotizar por la contingencia de desempleo), de la causa denegatoria (tenor del artículo 251 LGSS) y del problema suscitado (discriminación indirecta por razón de género) se sostiene:

- No estamos ante discusión hipotética
- La interpretación solicitada del Derecho de la Unión guarda relación con el objeto del litigio principal.
- Resulta necesaria para que el órgano jurisdiccional remitente.
- La eventual incompetencia del Juzgado de lo Contencioso no trasciende al plano de la cuestión prejudicial^[8].
- La eventual inaplicabilidad de la Directiva 79/7 afecta al fondo del asunto y no puede admitirse como causa de inadmisión.
- Que debe estudiarse si la LGSS se opone al derecho de la UE cuando excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de Seguridad Social concedidas a los empleados de hogar.

2. Las prestaciones por desempleo en el régimen legal de Seguridad Social

A efectos de selección del Derecho UE aplicable posee gran interés el aclarar que las prestaciones por desempleo contempladas en la LGSS forman parte de un “régimen legal de protección” contra uno de los riesgos enumerados la Directiva 79/7. Consecuencia de ello es que la Directiva 2006/54 no sea aplicable en el caso.

De este modo, las cuestiones prejudiciales planteadas abocan a examinar si una disposición nacional como el artículo 251.d) 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. También es relevante resaltar que las personas incluidas en el Régimen General (RGSS) están, en principio, cubiertas por la protección contra el desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia.

3. Tipo de eventual discriminación existente.

Las normas de la LGSS que descartan la cotización por desempleo (lo que impide lucrar las prestaciones, aunque surja la necesidad propia de tal circunstancia) prescinden por completo del género de las personas afiliadas al Sistema Especial para Empleados de Hogar. Por eso no cabe pensar en la existencia de una discriminación

directamente basada en el sexo, ya que se aplica indistintamente a los trabajadores y a las trabajadoras.

La clave, claro está, radica en la eventual discriminación indirecta. Es decir, cuando existe 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.

4. Valoración de la prueba estadística

Aunque dejando a salvo la competencia del Juzgado para valorarla, lo cierto es que la STJUE se apoya en los datos estadísticos presentados por la propia TGSS en el trámite de conclusiones orales:

- Personas integradas en el RGSS: 15.872.720; 7.770.798 mujeres (el 48,96 %) y 8.101.899 hombres (el 51,04 %).
- Personas incluidas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar: 384.175; 366.991 mujeres (el 95,53 %) y 17.171 hombres (el 4,47%).

De tales datos (siempre que se consideren fiables, representativos y significativos) luce que la proporción de las trabajadoras por cuenta ajena sujetas al RGSS afectadas por la diferencia de trato resultante de la disposición controvertida es significativamente mayor que la de los trabajadores por cuenta ajena.

De manera expeditiva la sentencia descarta la imposibilidad de comparar la situación de los empleados de hogar con la de los demás trabajadores por cuenta ajena afiliados al RGSS (“carece de pertinencia a este respecto”). El debate, por tanto desemboca en la valoración de los argumentos que sustentan la exclusión de cotizaciones y prestaciones por desempleo^[9].

5. Razones explicativas del diferente trato

El TJUE ha contrarrestado las argumentaciones vertidas por el Gobierno y la TGSS para defender la existencia de factores objetivos que pudieran servir como justificación del diferente trato^[10].

A) Los fines generales de Política Social.

El mantenimiento de la tasa de empleo, el fomento de la contratación, 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 (artículo 3.3 TUE, artículo 9 TFUE). Por lo tanto, no vale invocarlos para justificar la existencia de una eventual discriminación indirecta si no se examina el caso concreto^[11].

B) El aumento de costes

Argumenta que la propia protección de Seguridad Social conlleva un aumento de los costes asociados 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.

C) Singularidad sectorial.

La STJUE descarta que el colectivo afectado por la norma esté tan diferenciado del protegido como para justificar el trato distinto. A ese efecto toma muy en cuenta que otras personas que trabajan a domicilio (jardineros y conductores particulares) o en sectores con problemática análoga (tareas agrícolas o de limpieza) están protegidas 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.

D) Riesgo de fraude.

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 LGSS con respecto a esas otras prestaciones.

E) Perjuicios indirectos.

También toma en cuenta la sentencia 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.

VII. Parte dispositiva

Tras haber refundido las dos dudas suscitadas en una única cuestión, el Tribunal de Luxemburgo responde de manera frontal: el Derecho de la Unión Europea (en especial la Directiva 79/7/CEE) se opone a una disposición nacional (la LGSS) “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”.

VIII. Pasajes decisivos

El apartado 64 de la sentencia, ya en su recta final, compendia la valoración que asume el TJUE tras tener a la vista los argumentos justificativos del Gobierno y de la TGSS:

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 disfrutan 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.

IX. Comentario

1. Reconducción del debate: de la financiación a la protección

En varios pasajes, la sentencia abandona el problema de la cotización para centrarse en el de la protección. No se habla de las aportaciones financieras, sino de la acción protectora en materia de desempleo. De ese modo se contempla la cuestión desde el prisma más específico de la no discriminación. Ello, pese a que el litigio surge, precisamente, para cotizar de cara a la obtención de futuras prestaciones, que no para reclamar las mismas.

El referido enfoque^[12] en absoluto es metodológico o formal, puesto que del mismo deriva la importante consecuencia sobre selección del derecho aplicable. La sentencia llega a decir que “*las prestaciones por desempleo objeto del litigio principal están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 79/7 y, por tanto, que esta es aplicable a dicho litigio*”.

2. Deslizamiento del enfoque: del derecho a cotizar al derecho a prestaciones

Un segundo tema en el que aparece reconducido el debate tiene que ver con la finalidad de las cotizaciones. Sin que estén claras las consecuencias de ello, lo cierto es que a lo largo de su exposición, al sentencia habla constantemente de que se trata de cotizar para obtener las prestaciones, como si existiera automatismo en el surgimiento de la segundas tras producirse las primeras.

Huelga recordar que la financiación del sistema de Seguridad Social español no está basada en la capitalización sino en el reparto, de modo que no son las propias cotizaciones el modo de financiar las eventuales prestaciones. De igual modo, el devengo de la protección contributiva por desempleo presupone no solo la previa cotización sino también el surgimiento de una situación legal de desempleo y el cumplimiento de determinados requisitos coetáneos y posteriores.

3. Relevancia general de la prueba estadística.

Como se ha expuesto (cf. VI.4), en el caso alcanza valor decisivo el recurso a la prueba estadística. Conviene retener tres notas o caracteres de este conocido expediente hermenéutico:

Identificación.- La discriminación indirecta puede estimarse, entre otras formas, probando que una norma afecta negativamente a una proporción significativamente más alta de personas de un sexo que de personas del otro sexo^[13].

Funcionalidad.- Si el órgano judicial dispone de datos estadísticos debe tomar en consideración al conjunto de personas sujetas a la norma que origina la diferencia de trato y comparar las proporciones de personas afectadas^[14].

Depuración de datos.- Corresponde al órgano jurisdiccional 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^[15].

4. Detección de discriminaciones indirectas.

Aunque se habla de “prueba estadística”, en realidad tales datos vienen a jugar el papel de indicios. Unos datos estadísticos tendencialmente acreditativos de la discriminación indirecta por razón de sexo activan la posibilidad de probar que obedecen a 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^[16].

5. Argumentaciones genéricas.

Sorprende que la STJUE considere “*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*” (apartado 60) y acto seguido pase a examinar otras eventuales justificaciones, sin más.

La sorpresa deriva de que, con independencia de que se té de acuerdo con la situación resultante, la norma cuestionada había sido defendida argumentando:

- Las elevadas tasas de empleo, escaso nivel de cualificación, precariedad retributiva y economía sumergida.
- El empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia que no obtiene un beneficio por el trabajo por cuenta ajena.

- La 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.
- El incremento de las cargas y de los costes salariales resultantes del aumento de las cotizaciones para cubrir la contingencia de desempleo podría frenar la contratación e incentivar el empleo irregular.

6. La comparación como regla de oro.

Realmente, la clave de la sentencia está en que considera existente un trato injustificado si se compara a quienes prestan servicios en el hogar familiar con una relación de empleo doméstico y a quienes lo hacen al amparo de otro tipo de vinculaciones, o en sectores afines. Como las personas afectadas quedan encuadradas en el mismo esquema protector (RGSS), como en el colectivo de empleo del hogar familiar la presencia femenina es abumadoramente mayoritaria, y como no aparece una justificación convincente, el resultado de todo ello es que la discriminación indirecta (acreditada estadísticamente la referida realidad) queda sin soporte y colisiona con las múltiples normas que la vedan.

7. La soberanía del Juzgado

De manera un tanto contradictoria con el tenor de sus valoraciones sobre los argumentos esgrimidos por Gobierno y TGSS para defender la validez de la LGSS, la STJUE aparenta trasladar al Juzgado la decisión final sobre su suficiencia. Pero no deja de advertirle que si concluyese que la LGSS responde a objetivos legítimos de política social y que es adecuada para alcanzarlos, debería comprobar además si dicha disposición no va más allá de lo necesario para lograrlos.

X. Apunte final

Tras ver respondidas sus cuestiones, el Juzgado de lo Contencioso ha acabado estimando “esencialmente” la demanda^[17]: 1º) Anula y revoca la resolución de la TGSS; 2º) Declara el derecho de la demandante a cotizar como empleada de hogar, por la contingencia de desempleo “en los términos legales que se establezcan”. 3º) Declara que ello “supone remover sin demora los obstáculos que impidan o dificulten ese derecho, en los términos establecidos en el artículo 9.2 CE”.

La sentencia del Juzgado, ella misma, merece una detallada contemplación que ahora no es posible. Por más que reposa en una detallada argumentación jurisprudencial y normativa, al final surge la duda sobre el modo en que podrá llevarse a cabo la “*ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario*”, dado que al tiempo reclama una previa intervención legislativa. ¿Está abriendo las puertas a la responsabilidad del Estado legislador, por su pasividad? ¿Hasta dónde llega la obligación de la TGSS tras la sentencia? ¿Respecto de quiénes? Tanto interrogante asegura que pronto habrá una intervención normativa, aunque eso no disipa las dudas sobre efectos temporales de la colisión normativa.

Referencias:

1. ^ *El actual art. 327.1 LGSS precisa que comprende “las prestaciones y medidas establecidas en esta ley ante la situación de cese total en la actividad que originó el alta en el régimen especial, no obstante poder y querer ejercer una actividad económica o profesional a título lucrativo”.*
2. ^ *Así lo dispone el art. 251.d) LGSS.*

3. [^] *En este sentido, por ejemplo, artículo 15 de la Orden PCM/244/2022, de 30 de marzo, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2022.*
4. [^] *El Consejo de Ministros de 5 abril 2022 acordó remitir a las Cortes Generales la solicitud para proceder a su ratificación.*
5. [^] *Conforme a su apartado 1 “Todo Miembro, teniendo debidamente en cuenta las características específicas del trabajo doméstico y actuando en conformidad con la legislación nacional, deberá adoptar medidas apropiadas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos disfruten de condiciones no menos favorables que las condiciones aplicables a los trabajadores en general con respecto a la protección de la seguridad social, inclusive en lo relativo a la maternidad”. A su vez, el apartado 2 prescribe que “Las medidas a que se hace referencia en el párrafo anterior podrán aplicarse progresivamente, en consulta con las organizaciones más representativas de los empleadores y de los trabajadores, así como con organizaciones representativas de los trabajadores domésticos y con organizaciones representativas de los empleadores de los trabajadores domésticos, cuando tales organizaciones existan”.*
6. [^] *Su artículo 2.f) los define como “los regímenes no regulados por la Directiva [79/7], cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa”.*
7. [^] *El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado.*
8. [^] *El TJUE debe atenerse a la resolución de remisión dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, mientras no haya sido anulada en el marco de un recurso previsto, en su caso, por el Derecho nacional.*
9. [^] *Los Estados 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).*
10. [^] *Corresponde obstatante al Estado (como autor de la norma presuntamente discriminatoria) demostrar que esa norma reúne los requisitos que la justifican (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).*
11. [^] *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).*
12. [^] *Parágrafo 35, entre otros: “Así pues, dado que, como se ha señalado en el apartado 26 de la presente sentencia, el litigio principal trata sobre el reconocimiento a los empleados de hogar de la protección contra el*

desempleo de la que están excluidos en virtud del artículo 251, letra d), de la LGSS, este litigio versa, en esencia, sobre el alcance del ámbito de aplicación personal de las prestaciones por desempleo concedidas por el régimen legal de seguridad social español". Sin embargo, el apartado 26 de la sentencia afirma que "el litigio principal versa sobre la denegación pro parte de la TGSS, de una solicitud de cotización por la contingencia de desempleo con objeto de adquirir el derecho a las correspondientes prestaciones de desempleo".

13. ^ 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).
14. ^ 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.
15. ^ 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.
16. ^ SSTJUE 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.
17. ^ Sentencia 68/2022 de 17 marzo. ECLI:ES:JCA:2022:16