

17/22

28 Febrero 2022

Alcance de la SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA de 24 de febrero 2022 (Asunto C-389/20), sobre la discriminación por razón de sexo de la exclusión en la legislación española, de la COTIZACIÓN Y PRESTACIÓN POR DESEMPLEO del sistema especial para EMPLEADOS Y EMPLEADAS DE HOGAR:

- **Doctrina del TJUE**
- **Efectos sobre las situaciones particulares.**
- **Acciones ejercitables.**
- **Condicionantes para la reforma legal.**

Documento elaborado por el Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

Sumario:

Presentación.....	3
1. El supuesto de hecho: la pretensión ante la TGSS de cotizar a la contingencia de desempleo.	3
I. La Doctrina fijada por la sentencia.....	4
1. La cuestión controvertida: No sólo el deber de cotizar, sino la legitimidad de la exclusión de la protección por desempleo de las personas del sistema especial de Empleados de Hogar.....	4
2. La norma europea determinante: La prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, establecida en la Directiva 79/7, y el concepto de discriminación indirecta recogido en la Directiva 2006/54.	5
3. Los criterios para apreciar la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, en la exclusión del sistema de Empleados de Hogar del acceso a la cotización y prestación por desempleo.....	6
A. Determinar la existencia de una desventaja particular o perjuicio derivado de la norma nacional.....	7
B. La justificación de la diferencia de trato: Las razones suficientes, y el juicio de adecuación y de necesidad.	8
II. El fallo del TJUE.	11
1. La sentencia resuelve no sólo la cuestión relativa al deber de cotizar, sino la exclusión del derecho a la protección por desempleo del sistema especial de Empleados de Hogar.....	12
2. La sentencia constata que nuestra legislación incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo, al excluir de la protección por desempleo al colectivo, casi exclusivamente femenino, del sistema especial de Empleados de Hogar.	12
III. Las implicaciones de la sentencia:	13
1. La incidencia de la STJUE sobre los procesos en que se reclamen las prestaciones por desempleo: La necesidad de que las resoluciones judiciales se ajusten al criterio interpretativo del TJUE.	13
2. La predeterminación de la inconstitucionalidad del art. 251 LGSS, por lesión de la prohibición de discriminación por razón de sexo.	15
3. La viabilidad de las acciones de reclamación de la prestación por desempleo, ante la eficacia directa de la Sentencia, en relación con la Administración de Seguridad Social, que no puede invocar la falta de transposición de la Directiva para negarle efecto directo.....	15
4. Las acciones de responsabilidad del Estado legislador, por el incumplimiento del Derecho de la Unión.	16
5. La necesaria adaptación de la LGSS para reconocer la cobertura de la prestación por desempleo en el sistema especial de Empleados de Hogar.	18

Presentación.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de febrero 2022, recaída en el asunto C-389/20, (CJ frente a la TGSS), ha venido a declarar, en su fallo, lo siguiente:

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.

El objeto de este trabajo es exponer el alcance de esta sentencia y sus implicaciones prácticas en la protección social de las personas incluidas en el sistema especial del Empleados de Hogar.

Para ello será necesario clarificar si la sentencia, en efecto, declara la existencia de una discriminación por razón de sexo, o si establece criterios que aún permiten cuestionar la existencia de dicha discriminación.

Ello exige conocer el concreto contenido de esta sentencia, así como el fundamento de la misma, lo que es la base para determinar su incidencia tanto en la configuración institucional del sistema de Seguridad Social, como en sus efectos sobre las personas concretas afectadas, hoy por hoy, por esta discriminación, en tanto se lleve a cabo la necesaria reforma legal para corregirla.

1. El supuesto de hecho: la pretensión ante la TGSS de cotizar a la contingencia de desempleo.

El caso concreto proviene de un supuesto en el que una trabajadora que presta servicios como empleada de hogar, y dada de alta en el sistema especial de Seguridad Social de empleados de hogar, presentó solicitud de cotización a la contingencia por desempleo, a la TGSS, en noviembre 2019. A la solicitud se adjuntaba el consentimiento de su empleadora para contribuir a dicha cotización.

La TGSS denegó la solicitud por considerar que no era compatible con la legislación de Seguridad Social vigente. De conformidad con el art. 251. d) de la LGSS la acción protectora del sistema especial de Seguridad Social de empleados de hogar no comprende el desempleo. Y se reiteró la negativa en la resolución del recurso de alzada.

Contra esa desestimación, la trabajadora interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Vigo. No se precisa que se trata de un proceso de tutela de derechos fundamentales. En la demanda se alegaba que el art. 251 d) LGSS supone una discriminación indirecta por razón de sexo en materia de Seguridad Social por cuanto la práctica totalidad del colectivo de personas empleadas del hogar a las que se les excluye de la protección por desempleo, son de sexo femenino. También se alegaba que además del perjuicio directo de la imposibilidad de acceder a las prestaciones contributivas y no contributivas por desempleo, indirectamente también priva del acceso a otros subsidios y ayudas sociales que establecen como requisito agotar las prestaciones por desempleo.

Como se ve, era una demanda que formulaba una pretensión aparentemente contra legem, pero que sólo podía tener viabilidad en caso de inaplicación de la legislación nacional sobre Seguridad Social por contravenir ya sea el Derecho de la UE que prohíbe la discriminación por razón de sexo en materia de acceso régimen de cotización en materia de Seguridad Social, o la propia Constitución, que igualmente prohíbe la discriminación por razón de sexo.

El Juzgado plantea cuestión prejudicial al TJUE sobre posible incumplimiento del art. 4.1 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. Igualmente plantea la vulneración 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.

En este caso, el órgano judicial utiliza la vía más específica para resolver la cuestión prejudicial, como es la que ofrece el Derecho de la UE, lo que puede ser lógico pues dispone de una previsión específica sobre la prohibición de discriminación en materia de Seguridad Social. Esto determina que no estemos ante una sentencia de inconstitucionalidad, sino interpretativa del Derecho de la Unión, pero que tiene indudables efectos en nuestro marco legal, aunque requieren consideraciones específicas para concretar su alcance.

I. La Doctrina fijada por la sentencia.

- 1. La cuestión controvertida: No sólo el deber de cotizar, sino la legitimidad de la exclusión de la protección por desempleo de las personas del sistema especial de Empleados de Hogar.**

El TJUE admite la cuestión prejudicial por una serie de consideraciones que son relevantes para comprender el alcance del pronunciamiento:

- Considera que el Derecho de la Unión guarda relación con el objeto del litigio que se refiere en realidad al reconocimiento de las prestaciones por desempleo, en cuando la cotización es un requisito que tiene por objeto adquirir el derecho a esas prestaciones.
- La razón alegada por la propia Administración para excluir la cotización es la exclusión de la trabajadora del derecho a la prestación establecida en el art. 251.d) LGSS.

Sobre esta base, trata de determinar si la legislación española, que excluye de la protección frente a la contingencia de desempleo al colectivo de empleados y empleadas de hogar, supone una discriminación por razón de sexo. Dice el párrafo 35 de la Sentencia:

35 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.

Esta valoración la va a realizar el Tribunal a la luz de la prohibición de discriminación que establece la directiva

2. La norma europea determinante: La prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, establecida en la Directiva 79/7, y el concepto de discriminación indirecta recogido en la Directiva 2006/54.

Frente a la invocación de dos Directivas europeas, la Sentencia del TJUE hace un análisis sistemático del ámbito de aplicación de cada una de ellas, y llega a la conclusión que la protección por desempleo que ofrecen los sistemas de Seguridad Social están bajo la prohibición de discriminación que regula la Directiva 79/7 que es la aplicable al caso. No considera que se aplique la Directiva 2006/54, que no se aplica a los regímenes legales de seguridad social que trata la Directiva 79/7, sino a los no comprendidos para completar las prestaciones o a sustituirlas.

Ello no querrá decir que la Directiva 2006/54 sea irrelevante, pues al ser una Directiva mucho más reciente, sí que ha incorporado el estándar para determinar que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, como vamos a ver.

3. Los criterios para apreciar la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo, en la exclusión del sistema de Empleados de Hogar del acceso a la cotización y prestación por desempleo.

La Sentencia ofrece toda una metodología para apreciar la existencia de discriminación indirecta por razón de sexo, de acuerdo con el contexto de la Directiva 79/7, así como de la citada Directiva 2006/54. El TJUE declara que el caso se ha de resolver aplicando, igualmente, el criterio interpretativo que ofrece el art. 2.1.b) de la Directiva 2006/54 que define la discriminación indirecta como *“... la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”*.

Sistemáticamente la declaración de la discriminación indirecta por razón de sexo requiere determinar:

- Si existe una situación de desventaja particular con respecto a personas de otro sexo.
- Si esa situación está o no justificada en una finalidad legítima. El Tribunal va a considerar como finalidad legítima lo que son objetivos generales de la Unión.
- Si la medida es adecuada, coherente y sistemática para alcanzar los objetivos.
- Si la medida no va más allá de lo necesario para conseguir tales objetivos.

Ya anticipamos que el criterio del TJUE será el considerar que estamos ante una situación de desventaja particular para el colectivo de mujeres, si se verifican los datos invocados por el propio órgano judicial y la TGSS en el proceso sobre la afectación de la exclusión de la protección por desempleo de forma desproporcionada sobre las mujeres. Aunque considera que los argumentos invocados por el Gobierno de España para justificar esa diferencia de trato se corresponden con objetivos en principio legítimos, lo cierto es que considera que la media de exclusión de la protección por desempleo no es adecuada para cumplir tales objetivos, y va más allá de lo necesario para conseguirlos.

Dado que este juicio requiere la ponderación de toda una serie de factores, tanto normativos, interpretativos y de la realidad social, el TJUE no se limita a una mera exposición de los criterios que han de ser valorados por el órgano judicial nacional, sino

que, además realiza la labor de aplicarlas al caso concreto, de acuerdo con las alegaciones que han realizado las partes en el proceso, como el Gobierno de España, la TGSS, la Comisión Europea, y la parte que ejerció la acción individual.

Estamos por tanto, ante un pronunciamiento, que no se limita a declarar las circunstancias de las que depende, que exista o no discriminación, sino que las aplica al caso concreto, y rechaza todos los argumentos ofrecidos para considerar que no estamos ante una práctica prohibida por el Derecho de la Unión.

A. Determinar la existencia de una desventaja particular o perjuicio derivado de la norma nacional.

Entre las formas para acreditar la existencia de una desventaja particular, puede acudir a criterios estadísticos, “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 de otro sexo”. 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” por no ser fortuitos, coyunturales o insuficientemente significativos.

- Cuando se disponen de datos estadísticos, debe tomarse en consideración “al conjunto de trabajadores sujetos a la normativa nacional en que tiene su origen la diferencia de trato”.

En el caso, procede tomar en consideración a la totalidad de los trabajadores sujetos al Régimen General de la Seguridad Social, por cuanto en dicho régimen se integra el Sistema Especial de Empleados de Hogar y la normativa nacional establece que dichos empleados y empleadas *“tienen derecho a las prestaciones de seguridad social en los términos y condiciones establecidos en ese Régimen General”*, de modo que *“todos los trabajadores por cuenta ajena incluidos en dicho Régimen General están, en principio, cubiertos por la protección contra el desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia”* (art. 264.1).

- Posteriormente debe determinarse la proporción de trabajadores de sexo masculino y la proporción de trabajadoras de sexo femenino de dicho conjunto.

El porcentaje de mujeres en el RGSS es del 48,96%, mientras que el porcentaje de hombres es del 51,04%.

- Debe identificarse separadamente, el porcentaje de trabajadores masculinos, así como el porcentaje de trabajadoras femeninas a las que afecta la desventaja particular o perjuicio proyectado por la norma nacional.

El porcentaje de mujeres incluidas en el Sistema Especial de Empleados de Hogar y por tanto excluidas de la prestación de desempleo es del 95,53% -366.991 mujeres- frente al 4,47% de hombres -17.171 hombres- .

No consta en el caso que en el RGSS se excluyan otros colectivos del derecho a la protección por contingencia de desempleo, ni su afección entre los dos colectivos comparables.

- Finalmente debe compararse el porcentaje de personas de cada sexo afectadas en desventaja con el porcentaje que representa su colectivo dentro del conjunto de las personas trabajadoras sujetas a la normativa nacional.

Se desprende que para el colectivo masculino del RGSS que supone el 51,04% del conjunto, está excluido de la protección por desempleo el 0,21% del colectivo; mientras que cuando se trata del colectivo femenino que supone el 48,96 % del conjunto; está excluido el 4,47 del colectivo. Por lo que cabe concluir que la proporción de trabajadoras por cuenta ajena del RGSS afectadas por la diferencia de trato es significativamente mayor que la de trabajadores por cuenta ajena.

Esa comparación la realiza el TJUE con los datos aportados por el Gobierno de España y la TGSS, pero deja al órgano judicial efectuar la verificación de los datos. En caso de que los datos estadísticos sean fiables, representativos y significativos, cabe concluir que el art. 251d) de la LGSS sitúa a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y de ello se deduce que la disposición entraña una discriminación indirecta por razón de sexo contraria a la Directiva 79/7, a menos que esté justificada.

B. La justificación de la diferencia de trato: Las razones suficientes, y el juicio de adecuación y de necesidad.

1. La necesidad de que la medida persiga una finalidad legítima ajena a la discriminación.

El TJUE no permite que para justificar la diferencia de trato se puedan invocar cualquier tipo de consideración de política económica o social. En principio, sólo examina como tales los objetivos que persigue la UE.

Recuerda la sentencia que corresponde al Estado *“en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria, demostrar que esa norma”* reúne los requisitos de justificación. Las razones invocadas para la exclusión de la protección por desempleo al colectivo de empleados y empleadas de hogar, es, paradójicamente, la mejora del empleo

y su protección social, la lucha contra el fraude a la seguridad social, según las alegaciones ofrecidas por el Gobierno Español y la TGSS.

- En el caso, el Gobierno español y la TGSS afirman que la disposición nacional tiene “...por objeto mantener las tasas de empleo y luchar contra el trabajo ilegal y el fraude social en aras a de la protección social de los trabajadores” y el fomento de la contratación; por cuanto habida cuenta de la escasa cualificación laboral del colectivo, la existencia de un empresario no profesional que no obtiene beneficio económico con su trabajo, y el desarrollo de la actividad en el domicilio que dificulta el control de las prestaciones e inspecciones, supondría que un encarecimiento de los costes de la relación laboral derivada del incremento de las cotizaciones, se tradujera en reducción de las contrataciones, extinción de contratos, aumento del trabajo ilegal y fraude a la Seguridad Social.

Señala el TJUE que los objetivos invocados en el proceso son legítimos, pues son objetivos generales de la UE el *“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”*.

Pero ello no quiere decir que la medida sea legítima, sino que las razones que formalmente se invocan para justificar la diferencia de trato peyorativa podrían ser suficientes siempre que superen el juicio de idoneidad y de necesidad, lo que no supera en este caso la legislación española.

2) El juicio de adecuación de la medida: La medida no es adecuada para conseguir los supuestos objetivos.

Se exige que la disposición nacional sea adecuada a los factores objetivos, en el caso, los objetivos de política social, lo que sucede cuando *“responde verdaderamente a la inquietud de lograrlo y si se aplica de forma coherente y sistemática”* .

Frente a la alegación de que extender la protección por desempleo al colectivo de empleados y empleadas de hogar supone un incremento de costes que puede reducir su contratación, y que se pueden generar prácticas fraudulentas, el TJUE considera que eso mismo puede ocurrir en todos los regímenes de seguridad social. Dice el párrafo 61:

- *...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.*

Por ello esta razón es, por sí misma, insuficiente. Según el Tribunal, “*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*”.

Las circunstancias concretas invocadas por el Gobierno y la TGSS son, en esencia, las siguientes:

- Que el trabajo se realiza en el domicilio de los particulares.
- Que los empleadores son no profesionales.
- Que el colectivo tiene bajas tasas de empleo, cualificación y remuneración.

El TJUE no encuentra una razón suficiente para que estos motivos supongan la exclusión de la protección por desempleo, ya que otras actividades que se realizan en el hogar en el Régimen General, sí que tienen cobertura de la protección por desempleo, “*...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*”.

La conclusión es que la media no es adecuada para conseguir tales objetivos:

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 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.

A ese argumento añade la Sentencia (párrafo 65) que las otras prestaciones del RGSS a las que sí tienen derecho los empleados y empleadas de hogar “*...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...*”

Por ello, el TJUE declara que según los argumentos ofrecidos por el Gobierno y la TGSS, no se supera el juicio de idoneidad de la exclusión de la prestación por desempleo.

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.

3) El juicio de necesidad de la medida: la medida restringe derechos más allá de los objetivos supuestamente perseguidos.

Se exige que la disposición nacional sea necesaria para alcanzar sus objetivos de política social, en el sentido de que sea proporcionada de modo que “no va más allá de lo necesario para lograrlo”.

En el caso, el órgano judicial debe comprobar si las consecuencias de la exclusión de la prestación se circunscriben al estricto ámbito de la protección por desempleo, o trascienden a otro ámbito de protección social.

En el caso, el TJUE considera que “...la exclusión de la protección contra el desempleo implica la imposibilidad de 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”, lo que se traduce en una situación de desamparo social, por lo que parece que la disposición nacional “no sea necesaria para alcanzar los objetivos mencionados”.

II. El fallo del TJUE.

A la vista de lo expuesto el TJUE declara que la Directiva 79/7/CEE, art. 4.1, “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.”

1. La sentencia resuelve no sólo la cuestión relativa al deber de cotizar, sino la exclusión del derecho a la protección por desempleo del sistema especial de Empleados de Hogar.

Como se aclara en los razonamientos de la sentencia y en su fallo, lo que está resolviendo la Sentencia no es una materia exclusivamente vinculada al deber de cotizar, con mayor o menor extensión, que es lo que propiamente corresponde al Orden Contencioso-Administrativo, sino que el alcance práctico de esta doctrina, a la hora de valorar si hay o no discriminación, exige valorar si es legítima, o no, la exclusión de las personas del sistema de empleados de Hogar, del acceso a la prestación por desempleo. La obligación de cotizar es la consecuencia de esa exclusión, y lo que se valora es si la exclusión es o no conforme con el Derecho de la Unión.

De esa forma, el criterio interpretativo del Tribunal no se limita a los asuntos en los que se plantee la existencia del deber de cotizar, sino que afecta, de lleno, a los asuntos en los que la cuestión controvertida sea el derecho al acceso a las prestaciones por desempleo, que es lo que se somete a enjuiciamiento en la sentencia.

2. La sentencia constata que nuestra legislación incurre en una discriminación indirecta por razón de sexo, al excluir de la protección por desempleo al colectivo, casi exclusivamente femenino, del sistema especial de Empleados de Hogar.

La sentencia reconoce que la exclusión de la protección por la contingencia por desempleo en el Sistema especial de empleados de hogar implica una desventaja particular de las trabajadoras con respecto de los trabajadores, y no queda justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, que sean adecuados y necesarios.

Las consideraciones en las que se basa el TJUE no permite aventurar que los datos estadísticos no sean fiables, ni que respondan a fenómenos puramente fortuitos o coyunturales o que no sean significativos (párrafo 43). Obsérvese que son datos aportados por el propio Gobierno y la TGSS, con lo que es inverosímil tratar a los mismos como inconsistentes o no reales. Por ello, este apartado no permite ser cuestionado en nuestro ámbito interno.

Tampoco la falta de adecuación y necesidad de la exclusión de la protección por desempleo puede justificarse en consideraciones distintas de las invocadas por el propio Gobierno. Ya han sido ponderados por el TJUE las razones vinculadas a la existencia del trabajo en el hogar familiar que dificulta el control de la Inspección de Trabajo, o los efectos sobre el empleo ante el encarecimiento de la cotización. Tampoco la necesidad

de impulsar el empleo con la rebaja de costes o una supuesta propensión al fraude en este colectivo pueden ser factores legítimos que se puedan ponderar, ya que han sido expresamente excluidos por el TJUE en la sentencia que comentamos.

Desde esta perspectiva, aunque la ponderación de las razones al caso es una labor que corresponde al órgano judicial nacional, lo cierto es que el TJUE ha asumido la tarea de orientar esa interpretación resolviendo todos los condicionantes sobre los que se supedita la existencia de una discriminación indirecta contraria a la Directiva 79/7/CEE.

De ello se deduce que la existencia de discriminación indirecta en la regulación de nuestra legislación es una constatación que se impone a los órganos judiciales, a la vista de las consideraciones que recoge la sentencia de 24 de febrero 2022.

Por ello nos parece que esta cuestión queda completamente fuera del debate jurídico, y no es planteable, de forma mínimamente racional, ni la existencia de otras razones a las que han sido analizadas por la STJUE, ni que se pueda tener un punto de vista diferente en relación con la consistencia de los datos, y la falta de adecuación y necesidad de la exclusión de la protección por desempleo respecto del personal del sistema de empleadas de hogar.

III. Las implicaciones de la sentencia:

Una vez que el pronunciamiento adoptado por el TJUE constata la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo en la regulación que ofrece nuestra legislación al excluir del acceso a la protección por desempleo al colectivo, casi exclusivamente femenino, del sistema especial de empleados y empleadas de hogar, cabe señalar las consecuencias que se derivan de esa declaración.

No podemos agotar todas las consideraciones legales que cada uno de las consecuencias del pronunciamiento, pero lo que interesa es ofrecer un panorama de la situación generada tras el fallo, las vías por las que puede canalizarse una previsible litigiosidad, y sobre todo, destacar la urgencia de una solución legislativa que dote de seguridad jurídica, elimine la discriminación que hoy por hoy, sigue recogiendo nuestra legislación, y evite o minore la previsible litigiosidad.

- 1. La incidencia de la STJUE sobre los procesos en que se reclamen las prestaciones por desempleo: La necesidad de que las resoluciones judiciales se ajusten al criterio interpretativo del TJUE.**

De conformidad con doctrina reiterada del TC, a partir de la publicación del criterio del TJUE, los órganos judiciales nacionales no pueden aplicar el art. 251 LGSS sin tener en cuenta las consideraciones establecidas por el TJUE, y en concreto, sin que ello suponga una violación del derecho a la tutela judicial efectiva, al haber sido declarada su contradicción con el derecho de la UE.

Precisamente, en relación con la Directiva 79/7/CEE, la STC 152/2021, de 13 de septiembre, declaró qué:

“A pesar de que tales pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea interpretando la normativa comunitaria permitían apreciar la discriminación denunciada por el recurrente y eran conocidos por la Sala sentenciadora al formar parte del objeto del debate, no fueron tomados en consideración. Y ese desconocimiento y preterición de una norma del Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por aquel Tribunal de Justicia, supuso la infracción del “principio de primacía del Derecho de la Unión”, incurriendo la Sala en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso que vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) de la parte recurrente en amparo (por todas, SSTC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 6; 31/2019, FJ 9, y 101/2021, de 10 de mayo, FJ 4)”.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por no haber tomado en cuenta el órgano judicial la interpretación del Derecho de la Unión según la ha formulado el TJUE la reitera la STC 6/2022, de 24 de enero, FJ 2

“La STC 31/2019 recuerda que una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso vulnera el derecho fundamental del demandante de amparo a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Con cita de doctrina precedente, advierte que el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 31/2019, FJ 4)”.

Lo contrario supondría la infracción “...del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, “al prescindir el juzgado de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante”, incurriendo, por ello, “en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso” (STC 31/2019, FJ 9).

2. La predeterminación de la inconstitucionalidad del art. 251 LGSS, por lesión de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

La sentencia predetermina, necesariamente, el enjuiciamiento de inconstitucionalidad del art. 251 LGSS, y obligaría a declarar su contradicción con el art. 14 CE. Aunque el TC tiene un margen de apreciación del art. 14 CE, es evidente que no puede obviar la constatación de una discriminación indirecta por razón de sexo, en la exclusión del acceso a las prestaciones por desempleo. Para ello tendría que aportar otros datos estadísticos y una ponderación del juicio de idoneidad y necesidad que condujera a la justificación de la exclusión, lo que, como hemos visto carece de toda viabilidad.

De hecho, en las acciones de reclamación de las prestaciones, el órgano judicial puede formular cuestión de inconstitucionalidad, a fin de que se pronuncie el TC. Pero no le corresponde al TC declarar la conformidad o no de la norma al Derecho de la Unión, y tampoco es necesario su pronunciamiento al respecto para que los órganos judiciales asuman el criterio del TJUE.

En el juicio de constitucionalidad, sí se puede ponderar su incidencia sobre las situaciones jurídicas consolidadas antes del pronunciamiento, pero con la importante matización de que al ser declarado contrario al Derecho de la Unión por un pronunciamiento del TJUE, esa limitación de los efectos se tendría que hacer compatible con la primacía del Derecho de la Unión, por lo que no puede comprender, sin más, la inaplicación del art. 251 LGSS a las situaciones generadas con posterioridad al pronunciamiento del TC.

3. La viabilidad de las acciones de reclamación de la prestación por desempleo, ante la eficacia directa de la Sentencia, en relación con la Administración de Seguridad Social, que no puede invocar la falta de transposición de la Directiva para negarle efecto directo.

Además, dado que esta no es una controversia entre particulares, sino frente a una Administración Pública, como son las Entidades Gestoras y la TGSS, la Administración no puede invocar la falta de transposición de la Directiva a la hora de resolver las reclamaciones sobre acceso a prestaciones por desempleo y deber de cotizar.

Por el contrario, la falta de transposición sí la pueden invocar los particulares para no asumir el deber de cotizar, hasta el momento en que la legislación expresamente se ajuste

a la Directiva, y se elimine la norma legal que excluyen del deber de cotizar a la contingencia de desempleo.

En relación con la misma Directiva 79/7/CEE, el TS ha declarado que se han de conceder los efectos de la prestación que se ha omitido indebidamente con efectos retroactivos plenos, y no sólo desde la fecha de la STJUE.

En concreto según publica el CGPJ, en su deliberación del día 16 de febrero 2022, el Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo señala que el complemento por maternidad en las pensiones debe ser reconocido con efectos retroactivos a los hombres en la misma situación que las mujeres.

Con ello se aparta del criterio defendido por la Seguridad Social española, que entendía que el derecho al complemento de los hombres que cumplieran esos requisitos debía reconocerse únicamente con efectos a partir de la publicación de la sentencia del TJUE.

Como resume la nota de prensa, el Pleno de la Sala Cuarta ha establecido que los hombres que reúnan las exigencias establecidas tienen derecho a que el complemento de pensión por aportación demográfica se les reconozca con efectos retroactivos. Y ello es así porque la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de una norma de Derecho de la Unión se limita a aclarar y precisar el significado y alcance de dicha norma, tal como debía haber sido aplicada desde su entrada en vigor, sin que la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18) haya establecido limitación temporal alguna en su pronunciamiento.

El pronunciamiento aún no se conoce, pero ya se ha anunciado su alcance por el valor referencial de esta doctrina.

4. Las acciones de responsabilidad del Estado legislador, por el incumplimiento del Derecho de la Unión.

Al margen de las acciones de acceso a la cobertura de la prestación, la legislación nacional contempla las acciones de responsabilidad del Estado Legislador, cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea.

Se trata de una regulación recogida en el art. 32.3 Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Se requieren los requisitos del apartado 5, que son, básicamente:

- Que el particular haya formulado acción frente a la actuación administrativa que le ocasiona algún perjuicio.

- Que en el proceso haya invocado la infracción del Derecho de la Unión Europea.
- Que se haya dictado sentencia firme desestimatoria, en cualquier instancia.
- Que se trate de una norma del Derecho de la UE que otorgue derechos a los particulares, que esté caracterizado el incumplimiento, y que exista relación de causalidad entre el daño sufrido y dicho incumplimiento.
- El derecho a reclamar prescribirá al año de la publicación en el «Diario Oficial de la Unión Europea», cuando la sentencia declare el carácter contrario al Derecho de la Unión Europea (art. 67.1 Ley 39/2015).
- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad corresponde al Consejo de Ministros (art. 92 Ley 36/2015, en relación con el art. 32.3 Ley 40/2015).

Se trata de unos requisitos legalmente establecidos que pueden condicionar el ejercicio de acciones de responsabilidad. La Comisión Europea ha seguido un procedimiento de infracción que ha generado una demanda ante el TJUE, Asunto C-278/20 Comisión Europea contra Reino de España, en la que insta que al exigir la necesidad de haber formulado demanda desestimada por sentencia firme, y que se hubiera invocado la lesión del Derecho de la Unión, se viola el principio de efectividad que debe asegurar la aplicación del Derecho europeo.

El criterio ya expresado por el Abogado General en ese procedimiento, en conclusiones presentadas el 9 de diciembre 2021, considera que tales requisitos procesales no son conformes con el propio Derecho de la Unión. En concreto solicita ante el TJUE que “*Declare que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del principio de efectividad como límite a la autonomía procesal de que gozan los Estados miembros cuando establecen las condiciones que rigen su responsabilidad por daños causados a los particulares por infringir el Derecho de la Unión, al adoptar y mantener en vigor los artículos 32, apartados 3 a 6, y 34, apartado 1, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y el artículo 67, apartado 1, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*”

Ello pone en evidencia que sin ajustarse a los criterios tan drásticamente establecidos en nuestra legislación en el año 2015 para la viabilidad de las acciones de responsabilidad patrimonial, se pueden llevar a cabo dichas acciones de reparación de daños y perjuicios.

La norma exige haber solicitado las prestaciones por desempleo, formulando demanda que sea desestimada, y se ve lo desorbitado de la exigencia por cuanto requiere que el ciudadano hay formulado una pretensión contra legem. La base de la indemnización sería el importe de las prestaciones por desempleo que se han dejado de obtener por aplicación de esta discriminación.

No obstante, después del pronunciamiento del TJUE, lo que cabe plantear es la viabilidad de la pretensión de reconocimiento de las prestaciones, sobre la base de la primacía del Derecho de la Unión.

La TGSS no tendría acción para reclamar las cuotas dejadas de abonar hasta que se lleve a cabo la correspondiente regulación positiva y se imponga el deber de cotizar.

5. La necesaria adaptación de la LGSS para reconocer la cobertura de la prestación por desempleo en el sistema especial de Empleados de Hogar.

Hemos visto que resulta necesaria y urgente una reforma de la LGSS que corrija la situación de discriminación por razón de sexo que hoy presenta en relación con la exclusión de la prestación por desempleo en el sistema especial de Empleados de Hogar.

Esta reforma no sólo permite ajustarnos al Derecho de la Unión, sino que dota de seguridad jurídica a las personas afectadas, y ofrece una vía para financiar el coste de las cotizaciones sociales inherentes al reconocimiento de la prestación.

Como recuerda la Sentencia (párrafo 52), 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)”.

Es por ello que si la norma introduce alguna diferencia en el ámbito de la cobertura de la prestación por desempleo respecto de los demás colectivos del Régimen General, y esa peculiaridad es restrictiva o limitativa del acceso a las prestaciones, deberá de ofrecer una justificación expresa que supere, a su vez, el juicio de idoneidad y necesidad, dado que es evidente que será una medida que repercutirá de forma preponderante sobre el colectivo de mujeres.

Las modulaciones legítimas pueden venir por las dificultades de control de la situación, y la necesidad de regular el hecho determinante de la situación legal de desempleo así como la documentación acreditativa necesaria.

Pero como decimos, difícilmente pueden superar esos condicionantes del Derecho de la Unión, cuando la futura norma excluya la prestación en supuestos con son incardinables en la pérdida involuntaria del empleo y por tanto, sí configuren una situación legal de desempleo para los demás colectivos del Régimen General. Tampoco lo superarían si se reconoce la prestación en cuantía inferior a la que es propia del Régimen General.

En el ámbito de la fijación de una cotización específica, aquí el margen de apreciación es más amplio, sobre todo a la hora de articular períodos transitorios de aplicación, o la adaptación de bonificaciones o reducciones por consideraciones de política de empleo.

De hecho, sólo tendrá eficacia el sistema de cotización que se adopte una vez que se dicte dicha regulación, lo que no impide los efectos en las prestaciones.
