


La legislación española que excluye *constitutivamente* de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea (Conclusiones del Abogado General del TJUE en el asunto C-389/20)

The Spanish legislation that constitutively excludes domestic workers from unemployment benefits is discriminatory and contrary to the social law of the European Union (Conclusions of the General Counsel of the CJEU in case C-389/20)

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Director de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum
 <https://orcid.org/0000-0002-0230-6615>

GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Secretario General de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Subdirector de la Revista Derecho de la Seguridad Social Laborum
 <https://orcid.org/0000-0001-5054-8822>

Cita sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. "La legislación española que excluye *constitutivamente* de las prestaciones por desempleo a los empleados de hogar, resulta discriminatoria y contraria al derecho social de la Unión Europea". *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. 29 (2021): 13-23.

«El riesgo de desempleo constituye una de las más graves amenazas para la vida del trabajador»

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 62/1961¹

«El desempleo o falta de trabajo es, pues, otro riesgo de miseria, un verdadero riesgo social»

EFRÉN BORRAJO DACRUZ²

«Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo [...]»

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

¹ De la Exposición de motivos de la Ley 62/1961, de 22 de julio, por la que se implanta el Seguro Nacional de Desempleo.

² BORRAJO DACRUZ, E.: *Política Social*, Madrid, Doncel, 1959, pág.59; BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios jurídicos de previsión social*, Madrid, Aguilar, 1963, págs. 127 y sigs., y 209 y sigs.

1. RECORDANDO

El Consejo de Ministros del Gobierno de España, en sesión de 11 de noviembre de 2011, aprobó un Real Decreto regulador de la relación laboral de los empleados de hogar, que se publicaría como RD1620/2011, de 14 noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar³.

El nuevo marco jurídico regulador de esta relación laboral especial se presentaba con el objetivo declarado de mejorar las condiciones de trabajo; dignificar el trabajo de este colectivo de trabajadores y propiciar su reconocimiento social. Probablemente nuestro legislador estuvo influenciado por el Convenio n.º 189 de OIT (C189-2011) sobre trabajo decente para las trabajadoras del servicio doméstico⁴. Se reconoce que esta relación laboral presenta particularidades que no se dan en otras, y que por ello se justifica su regulación específica y diferenciada. Se señalan como tales⁵: a) El ámbito donde se presta la actividad, el hogar familiar, vinculado a la intimidad personal y familiar y por ajeno y extraño a las relaciones laborales habituales; y b) El vínculo personal y confianza que se suele producir entre el titular del hogar familiar y los trabajadores del hogar.

Por lo anterior el nuevo régimen jurídico de la relación laboral especial del servicio doméstico buscará un equilibrio entre estas diferencias respecto a una relación laboral habitual o común, manteniendo las singularidades que tengan una justificación objetiva y razonable y eliminar o modificar aquellas otras que ya no lo tenga, con el fin de lograr una equiparación con la relación laboral común.

Por otro lado, se recuerda la fuerte feminización del empleo doméstico, recordando -a tales fecha- que los datos disponibles mostraban que el 94% de los trabajadores al servicio del hogar familia era mujeres. una distribución que incluye mayoritariamente a mujeres en porcentajes próximos al 94%.

Las novedades más importantes, con respecto a su anterior marco jurídico, básicamente fueron las siguientes:

- El acceso al empleo en el hogar familiar se realizará mediante contratación directa o a través de los servicios públicos de empleo o de las agencias de colocación debidamente autorizadas.
- El contrato se formalizará por escrito, frente a la regulación actual que permitía expresamente el contrato verbal.

³ BOE núm. 277, de 17 de noviembre, con entrada en vigor el 18 de noviembre y efectos desde 1 de enero de 2012. Con posterioridad será modificado su art. 9 “Tiempo de trabajo” por la DF. 5 del RD-ley 16/2013, de 20 de diciembre, que añadió un apartado 3bis al mismo, por la que se excluía a los trabajadores contratado a tiempo parcial de las obligaciones de registro de jornada establecidas en el art. 12.5. h) del Estatuto de los Trabajadores. Por otro lado, el RD 1620/2011 derogó el RD 1424/1985, de 1 de agosto, que regulaba hasta entonces dicha relación laboral especial.

Un análisis de la reforma puede verse en DESDENTADO DAROCA, E.: “Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena”, *Investigaciones feministas* 129, Vol. 7 núm. 1 (2016), págs. 129-148; GÓMEZ GARCÍA, F.X.: “Empleados de hogar y su protección desde la Seguridad Social: Una situación aún deficitaria”, *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 11 (2) (2021), 824-841.

⁴ Convenio que entró en vigor en 2013 y que España pese a tener el 28% de todo el empleo doméstico de la UE no ha ratificado todavía. Véase la crítica de la UGT ante esta falta de ratificación en <https://www.ugt.es/el-gobierno-debe-ratificar-ya-el-convenio-189-de-la-oit-sobre-trabajadoras-del-hogar> [consultado en 16 de octubre de 2021]. En similares términos puede verse la moción del grupo parlamentario socialista en el Senado en <https://www.psoe.es/senado/notas-de-prensa/el-psoe-insta-a-la-ratificacion-de-espana-del-convenio-189-de-la-oit-para-equiparar-los-derechos-de-los-profesionales-del-hogar-al-del-resto-de-trabajadores> [consultado en 16 de octubre de 2021]

⁵ Exposición de motivos del RD 1620/2011, 14 noviembre.

- Mayor estabilidad en el empleo y menos precariedad laboral.
- Se garantiza, como mínimo, el pago en metálico del SMI en cómputo anual, por debajo de cuya cuantía no será posible realizar descuento alguno por salario en especie por manutención o alojamiento. En caso de retribución en especie ésta no podrá superar el 30 por 100 de las percepciones salariales.
- El trabajador tendrá derecho a dos pagas extraordinarias al año.
- Ampliación de la duración del descanso entre jornadas.
- Nueva regulación del tiempo de presencia en el que el trabajador está a disposición de su empleador, pero sin prestar trabajo efectivo.
- Se mantiene como causa de extinción del contrato el desistimiento del empleador, pero se deberá comunicar de forma expresa. En los nuevos contratos, se amplía de siete a doce días de salario por año de servicio la indemnización a que tiene derecho la persona trabajadora en este caso.
- Se prevén mecanismos de asistencia y colaboración por parte de la Administración para ayudar a los empleadores al cumplimiento de las obligaciones.

Coetáneo con este nuevo marco jurídico de la relación laboral, también se modificó en 2011 el régimen de protección social. En este sentido, la DA. Trigésima novena de Ley 27/2011, 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social, procedió a integrar el Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General, como un sistema especial más⁶. Aspecto que se recogía en el Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones (ASE) suscrito por Gobierno, sindicatos y empresarios, y que habilitaba al Gobierno a modificar, en consonancia con esta integración, la regulación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar⁷.

La adecuación de la protección social de este colectivo se llevaría a cabo por RD-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social, que modificaría: a) La propia DA. 39 números 2.º y 3.º de Ley 27/2011, de 1 de agosto en relación con las bases de cotización; b) El RD 84/1996, de 26 de enero, reglamento general de inscripción de empresas, afiliación, alta y variaciones de datos de los trabajadores⁸; c) El RD 2064/1995, de 22 de diciembre, reglamento

⁶ La Disposición adicional cuadragésima de la Ley 2/2011, modificó -con efectos 1-1-2012 para su adaptación a la integración la LGSS/1994, concretamente: apartado 2 del art. 10; apartado 1 del art. 26; el apartado 2 de la DA. séptima; apartado 4 DA. octava; y apartado 3 DA. undécima bis.

Sobre la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General, véase:

SENDÍN BLÁZQUEZ, A., *et alri*: *El Régimen Especial de la Seguridad Social de Empleados de Hogar: cuestiones sobre su integración en el Régimen General de la misma*, investigación financiada a tenor de la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo. Accesible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/f0d5fd7f-66d7-4477-a459-f39dce7f598d/17_F06.pdf?MOD=AJPERES [consultado en 17 de octubre de 2021].

GARCÍA NINET, J. I., *et alri*: *Propuesta para un cambio de régimen jurídico de los empleados de hogar*, investigación financiada a tenor de la Orden TAS/1587/2006, de 17 de mayo. Accesible en https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/2d14482d-32e8-4e56-88ef-b055ce4a84f8/21_F06.pdf?MOD=AJPERES, [consultado en 17 octubre de 2012].

⁷ Acuerdo suscrito en 2 de febrero de 2011, en cuya parte II “Acuerdo para la reforma y fortalecimiento del sistema público de pensiones”, punto 11.º se recogía la integración del Régimen Especial Agrario y del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General de la Seguridad Social. El ASE fue suscrito por Gobierno, CEOOE, CEPYME, UGT y CC.OO.

⁸ Modificó: 1) El art. 10.1 añadiendo un nuevo ordinal 7, suprimiendo el apartado 3 y reordenando la numeración de los apartados 4 y 5; 2) El art. 16.1 suprimiendo los ordinales 2.º y 5.º; 3) Añadiendo con efectos 1-4-2013 un nuevo apartado 2 del art. 43 y modificó la redacción vigente del apartado 2 que pasa a ser el 3; 4) Suprime el art. 40.

general sobre cotización y liquidación de derechos de la Seguridad Social⁹; d) El RD 1415/2004, de 11 de junio, reglamento general de recaudación de la Seguridad Social¹⁰; e) La Disposición Adicional Segunda modifica el régimen de beneficios en la cotización de este sistema especial, excluyendo del os mismo a los servicios de duración inferior a 60 horas mensuales; f) La Disposición Transitoria única, modificará el régimen de asunción de obligaciones de los trabajadores ya incluidos en el sistema especial.

Estas reformas fueron en su momento objeto de crítica social y así, por ejemplo: se denunciaba que empleadores y familias habían sido ignoradas en el indicado proceso negociador¹¹; el nuevo régimen jurídico por su mayor complejidad requerirá a los cabezas de familia una diligencia cualificada más propia de un profesional que de un particular; un mayor costo (se pasaba de dos medias pagas extras a dos enteras, una mayor indemnización en casos de extinción, etc.); el régimen de reparto de las vacaciones en las que una parte las fija el propio trabajador y otro el cabeza de familia y sus posibles conflictos, etc.

Quizás, lo más cuestionado y debatido del nuevo régimen jurídico sería:

- La desaparición del trabajo marginal que con anterioridad a la reforma quedaba al margen del sistema. Recuérdese que el art. 49.1.2.º del RD 84/1996, de 26 de mayo, reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social disponía lo siguiente¹²: “*A efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considerarán servicios prestados a tiempo parcial los que se presten durante un tiempo inferior a ochenta horas de trabajo efectivo durante el mes, siempre que superen el mínimo que establezca al respecto el Ministro de Trabajo y Seguridad Social*”. En la práctica suponía que se consideraban trabajos a tiempo parcial los de menos de 80 horas y al margen de la seguridad social los inferiores a 72 horas al mes distribuidas al menos en 12 jornadas¹³.

⁹ Con efectos 1 de abril de 2013, se modifican: 1) Art. 11. Apartado 1; 2) Se añade un nuevo art. 34 bis; y 3) Se suprime su sección quinta del capítulo II.

¹⁰ Concretamente: 1) Art. 59.2 letra b); 2) Art. 85 apartado 1 letra b); 3) Se añade una nueva DA. octava.

¹¹ El art. 14 del Convenio OIT n.º 189 señala:

“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.

2. 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”

¹² El art. 49 sería suprimido por el art. 2.5 del RD-ley 29/2012, de 28 de diciembre

¹³ El tiempo mínimo de prestación de servicios para quedar encuadro dentro del Régimen Especial de Empleados de Hogar fue fijado inicialmente por Resolución del Ministerio de Trabajo de 9 de septiembre de 1971, entendiendo que las notas de profesionalidad y habitualidad concurrían en 72 horas al mes efectuada durante doce días de cada mes. Criterio de profesionalidad y habitualidad que sería confirmado en diversas sentencias del anterior Tribunal Central de Trabajo y por la Resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social de 5 denoviembre de 1985 y por la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social en 1991.

Los efectos que la desaparición de esta exclusión por falta de habitualidad y profesionalidad podía producir en las obligaciones del empleador, se intentaron relativizar en materia de liquidación de cuotas, introduciendo en el RD 2064/1995, de 22 de diciembre, Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, por el art. 3.2 del RD-ley 29/2012, de 28 de diciembre, un nuevo art. 34 bis que se su número 2 venía a disponer que en relación con la obligatoriedad de ingresar las cotizaciones cuando el trabajo doméstico sea inferior a 60 horas mensuales, se podrá acordar que sea el empleador el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de ingresar las cuotas a dicho sistema, debiendo ingresar la aportación propia y la correspondiente al

(...)

- Impacto económico para las familias empleadoras de la incorporación al Régimen General de la Seguridad Social. Impacto reconocido por el propio Gobierno que intentó minimizarlo con una aplicación paulatina de la reforma durante un período transitorio de seis años. Así entre 2012 y 2018 se planteó una base de cotización tarifada en 15 tramos según salario percibido y que partir de 2019 se cotizaría por salarios reales y las bases de cotización por contingencias comunes y profesionales se determinarán conforme a lo establecido en el artículo 109 LGSS/1994 sin que la cotización pueda ser inferior a la base mínima que se estableciera legalmente, si bien esta previsión sería posteriormente modificada en sucesivas ocasiones, la última por la Disposición Final tercera. Dos del RD-ley 35/2020, de 22 de diciembre¹⁴.

Pues bien, en relación con la acción protectora hay que señalar que, en principio, los empleados de hogar tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social en los mismos términos y condiciones establecidos con carácter general en el

empleador o empleadores con los que mantenga tal acuerdo, tanto por contingencias comunes como por contingencias profesionales. Si bien en estos casos, el empleador debe entregar al trabajador, además del recibo de salarios, la aportación y cuota que le corresponda. La responsabilidad por el incumplimiento de la obligación de cotizar en estos supuestos corresponde al propio empleado, pero el empleador responde subsidiariamente, salvo que acredite la entrega de sus aportaciones y cuotas. Los efectos de esta modificación los serán a partir de 1-4-2013.

¹⁴ En relación con ello véase:

A) Los intentos de limitar el alcance de las subidas se han venido estableciendo beneficios en la cotización para los empleadores desde 2012 y que en 2021 consistente en una reducción del 20 por 100, en la aportación empresarial a la cotización a la Seguridad Social por contingencias comunes en el Sistema Especial de Empleados de Hogar, serán beneficiarios de dicha reducción los empleadores que hayan contratado, bajo cualquier modalidad contractual, y dado de alta en el Régimen General a un empleado de hogar a partir del 1 de enero de 2012, siempre y cuando el empleado no hubiera figurado de alta a tiempo completo en el citado Sistema Especial para el mismo empleador, dentro del período comprendido entre el 2 de agosto y el 31 de diciembre de 2011. Dicha reducción de cuotas se ampliará con una bonificación hasta llegar al 45 por 100 para familias numerosas, en los términos previstos en los artículos 2 y 9 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, siempre que los dos ascendientes o el ascendiente, en caso de familia monoparental, tal como se define en el apartado 3 del citado artículo 2, ejerzan una actividad profesional por cuenta ajena o propia fuera del hogar o estén incapacitados para trabajar. Si la familia numerosa ostenta la categoría de especial, para la aplicación de este beneficio no será necesario que los dos progenitores desarrollen cualquier actividad retribuida fuera del hogar. En todo caso, la bonificación sólo será aplicable por la contratación de un único cuidador por cada unidad familiar que tenga reconocida oficialmente la condición de familia numerosa.

B) el Plan de regulación de salarios y cotizaciones en el sector del empleo del hogar de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para 2021. En dicho plan se señala lo siguiente:

-Para proceder a la regularización de salario y cotizaciones de los trabajadores y trabajadoras del hogar, el titular del hogar familiar habrá de comunicar a la Tesorería General de la Seguridad social el salario real actual desde el 1 de enero de 2021, que en caso alguno podrá ser inferior al SMI vigente. Para ello deberá tenerse en cuenta la siguiente información relevante: a) En jornada completa el salario real mensual deberá expresarlo en 12 pagas (es decir, incluyendo la parte proporcional de las dos pagas extraordinarias); b) Podrá comunicar esta información a la TGSS a través de cualquiera de los siguientes medios: 1) Servicio de Variaciones/Correcciones de datos de trabajadores en el Sistema Especial para Empleados de Hogar de la Sede Electrónica de la Seguridad Social (www.sede.seg-social.gob.es), si dispone de certificado digital, Clave o ha comunicado su teléfono a la Seguridad Social para utilizar la opción de Vía SMS; 2) Autorizado al Sistema RED (Graduados Sociales, Gestorías y Profesionales Autorizados), si ya dispone del mismo; 3) Envío del formulario al que puede acceder a través del siguiente QR. En este caso, deberá adjuntar copia de su DNI o documento identificativo, así como del modelo TA.2/S-0138, que podrá encontrar en: <http://www.segsocial.es/vps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/10817/31190/2194> El titular del hogar familiar es el responsable de comunicar a la TGSS cada variación del salario de la persona trabajadora, incluso cuando esa variación se deba al incremento anual que pueda experimentar el SMI, por disposición normativa, por lo que deberá tener en cuenta las futuras actualizaciones anuales del SMI, incluyendo la que pueda producirse durante 2021.

Régimen General, si bien presentan algunas particularidades, siendo las más significativas las siguientes¹⁵:

- En relación con el cómputo de los denominados días cuotas estos son posibles a partir de 1-1-1986 ya que es a partir de este momento cuando se cotizó por ellas.
- En relación con las contingencias profesionales no será de aplicación las previsiones del art. 167 LGSS.
- En el caso de trabajadores a tiempo parcial ,desde el año 2012 hasta el año 2022, a efectos de determinar el coeficiente de parcialidad a que se refiere la regla a) del artículo 247, aplicable a este Sistema Especial para Empleados de Hogar, las horas efectivamente trabajadas en el mismo se determinarán en función de las bases de cotización a que se refieren los números 1.º y 2.º del apartado 1.a) de esta disposición, divididas por el importe fijado para la base mínima horaria del Régimen General por la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada uno de dichos ejercicios¹⁶.
- Con respecto al subsidio de incapacidad temporal derivado de enfermedad común o accidente no laboral, la singularidad está en que se abonará a partir del noveno día de la baja en el trabajo, estando a cargo del empleador el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al octavo de la citada baja, ambos inclusive¹⁷. El pago del subsidio causado por los trabajadores incluidos en este sistema especial se efectuará directamente por la entidad a la que corresponda su gestión, no procediendo el pago delegado del mismo. En el caso de que el contrato se extinga antes del alta médica, a diferencia del supuesto general y dado que no hay cobertura de prestación por desempleo, el subsidio seguirá percibiéndose en la misma cuantía¹⁸.
- En relación con la incapacidad permanente y jubilación la singularidad mayor está en la imposibilidad de integración de lagunas que hasta finales de 2022 no será factible, si no hay otra prórroga de esa posibilidad¹⁹. La jubilación también presenta otras singularidades en la modalidad de anticipada por causas de cese involuntario por la imposibilidad de aplicar todas las situaciones contempladas en el art. 207 LGSS.

Y finalmente llegamos a la exclusión de la protección por desempleo que es la cuestión planteada por el TJUE.

¹⁵ En detalle véase TRILLO GARCÍA, A.R.: “Retos futuros en la protección integral desde el sistema de Seguridad Social a las trabajadoras del hogar”, *Revista jurídica de los Derechos Sociales Lex Social*, vol. 9, núm. 2 (2019), págs. 30 y sigs.; SANZ SÁEZ, C.: *La protección social de las empleadas de hogar*, Albacete, Bomarzo, 2017.

¹⁶ Disposición Final Tercera. 2 del RD-ley 35/2020, de 22 de diciembre.

¹⁷ Véase art. 251 LGSS y Disposición Final Tercera. 3 RD-ley 35/2020, de 22 diciembre.

¹⁸ Sobre la posibilidad de percibo simultáneo de subsidio de incapacidad temporal y salario en especie véase el art. 10.3 del RD 1620/2011, de 14 noviembre, que dispone: “*En el supuesto de suspensión del contrato de trabajo doméstico por incapacidad temporal del empleado de hogar, debida a enfermedad o accidente, si aquel fuera interno, tendrá derecho a permanecer alojado en el domicilio un mínimo de treinta días, salvo que, por prescripción facultativa, se recomiende su hospitalización*”.

¹⁹ La Disposición Final Tercera. Dos.4 del RD-ley 35/2020, de 22 de diciembre, dispone: “Desde el año 2012 hasta el año 2022, para el cálculo de la base reguladora de las pensiones de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes y de jubilación causadas en dicho período por los empleados de hogar respecto de los periodos cotizados en este sistema especial solo se tendrán en cuenta los periodos realmente cotizados, no resultando de aplicación lo previsto en los artículos 197.4 y 209.1.b).

2. LA SITUACIÓN DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LOS EMPLEADOS DE HOGAR

a) Marco jurídico actual

La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social determinó la integración del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar en el Régimen General, mediante el establecimiento de un sistema especial, y equiparó en términos generales la protección otorgada si bien excluyó expresamente la contingencia de desempleo, de modo que aquellas personas trabajadoras del Sistema Especial para Empleados de Hogar que acreditasen cotizaciones sólo en el mismo no tendrían derecho a la prestación por desempleo, ya que en dicho Sistema no se cotiza por dicha contingencia. La más importante es la exclusión de la protección de desempleo.

No obstante, la Disposición adicional segunda. 2.ª) del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, de evaluación de impacto, régimen de extinción del contrato y protección por desempleo, dispuso lo siguiente:

“2. En el mes siguiente a la entrada en vigor de este real decreto, el Ministerio de Trabajo e Inmigración procederá a la constitución de un grupo de expertos, integrado por un máximo de seis personas propuestas por el propio Ministerio y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, para que realice un informe con anterioridad al 31 de diciembre de 2012 sobre las siguientes cuestiones:

1.ª ...

2.ª La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.

3. El Gobierno, teniendo presente la evaluación a que se refiere el apartado 1 y el informe del grupo de expertos a que se refiere el apartado 2, adoptará con anterioridad al 31 de diciembre de 2013 y previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, las decisiones que correspondan sobre las cuestiones señaladas en el apartado anterior.”

A fecha de hoy poco o nada se conoce sobre dicho mandato y su cumplimiento, lo que sí sabemos es la exclusión de la cotización y consiguiente desprotección frente a la pérdida involuntaria de un empleo.

La exclusión se debe, sin duda, a razones económicas (no por parte del mayor costo en la cotización a cargo del empresario) y al temor al fraude, que resulta especialmente difícil de controlar en el ámbito del hogar familiar.

Es reprochable que en el estado de desarrollo actual de garantía de los derechos de Seguridad Social esté todavía pendiente de resolver el problema suscitado por la “exclusión legal *constitutiva*” de los Empleados de Hogar de la protección por desempleo. A pesar de su incorporación al Régimen General de la Seguridad Social como “sistema especial” (Disposición Adicional trigésimo novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto; inclusión vinculada a la aprobación del Convenio OIT, núm. 189, de 2011), esta exclusión sobrepasa la idea de “peculiaridades” y entra en el núcleo esencial de la protección de Seguridad Social. En efecto, expresamente, la Disposición Adicional cuadragésimo novena de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, excluye a los Empleados de Hogar de la acción protectora del Sistema especial para Empleados de Hogar la protección por desempleo, indicando después que “sin perjuicio de las iniciativas que puedan establecerse con respecto a esta cuestión en el marco de la renovación de la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar”.

Ahora bien, la Disposición Adicional 2ª, apartados 2 y 3, del RD 1620/2011, de 14 de noviembre, parece abrir la vía normativa para establecer un sistema de protección por desempleo para el colectivo de los Empleados de Hogar, dejando la decisión política del Derecho constitucional al Gobierno atendiendo al Informe de evaluación del grupo de expertos y previa consulta y negociación con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas (El apartado 2.ª de dicha Disposición adicional 2ª dispone que el Grupo de Expertos nombrado por el Ministerio deberá realizar un informe sobre la: “La viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera.”). Decisión sometida a un plazo (31 de diciembre de 2013), que finalmente fue incumplido (apartado 3º de la referida Disp. Adicional 2ª). Suele esgrimirse para su justificación el riesgo de fraude o de uso irregular, las deficiencias del posible sistema de control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y tras ello, no se puede ocultar una cierta infravaloración profesional de este trabajo “doméstico” o del colectivo de personas que lo realiza. En el fondo, se trata de un problema de voluntad de decisión de política del Derecho y de alcanzar un acuerdo consensuado que ciertamente establezca este derecho constitucional como impone deducir para todo trabajador el art. 41 CE (en relación con el grupo normativo integrado por los artículos 93-96, y su necesaria interpretación conforme al canon hermenéutico de apertura constitucional al Derecho Internacional de los Derechos Humanos impuesta por el art. 10.2 de nuestra Norma Fundamental) y a través de una regulación normativa garantista que, desde luego, tenga en cuenta las peculiaridades menores y los mecanismos adecuados de control público pertinentes²⁰. Aunque la normativa internacional permite realizar determinadas exclusiones -condicionadas a una motivación razonable y no arbitraria ni discriminatoria-, y a pesar de que el Tribunal Constitucional ha aceptado -hace tiempo- la constitucionalidad del pretendido carácter no discriminatorio de las mismas (STC 190/1999), hay que entender que esta falta de cobertura no se acomoda al tenor ni a la *ratio iuris* del art. 41 CE, y, además, plantea situaciones injustas y desigualdades poco razonables y próximas al “Efecto Mateo” (verbi gracia, resulta anómalo que se proteja a los altos directivos -protección que debe garantizarse sin duda también ex art. 41 CE- y no se haga lo propio respecto de las empleadas de hogar, colectivo de personas trabajadoras especialmente vulnerable, cuya protección por desempleo se ha de considerar garantizada inequívocamente por dicha disposición constitucional).

b) La excepción: el desempleo extraordinario motivado por el COVID-19

La crisis sanitaria provocada por el coronavirus COVID-19 y su impacto en la economía y en la sociedad llevó consigo a que el Gobierno vía Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 ha establecido medidas orientadas a proteger el empleo y a ayudar a las personas más vulnerables, entre las que se encuentra el colectivo de las empleadas de hogar.

El subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integradas en el Sistema Especial para Empleados de Hogar²¹, protege la falta de actividad, la reducción de las horas trabajadas o la extinción del contrato como consecuencia del COVID-19. La cuantía del subsidio dependerá de la retribución percibida con anterioridad, así como de la reducción de actividad que se sufra, exigiéndose una prueba acreditativa de dicha reducción al empleador. Este subsidio es

²⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques*, Ponencia general en ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL: *La protección por desempleo en España*, XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social celebrado en Madrid, octubre de 2015, RODRÍGUEZ INIESTA, G., ORTIZ CASTILLO, F., SÁNCHEZ RODAS, C. y LÓPEZ INSUA, B.M. (COORDS.), Murcia, Laborum, 2015, págs. 125-238, en particular págs. 215-216.

²¹ Exposición de motivos del RD-Ley.

compatible con el mantenimiento de otras actividades y la cuantía máxima a recibir será el importe mensual del SMI. El subsidio extraordinario se presenta. un instrumento adecuado para paliar esa situación de desprotección, al que se ha dotado de una regulación específica e independiente de la contenida en el título III de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, para las prestaciones por desempleo, circunstancia que se justifica por tratarse de una medida que, al margen de tener como destinatarias a personas que pertenecen a un colectivo no incluido en dicha Ley, presenta unos requisitos de acceso y unas características en cuanto a la duración, cuantía, incompatibilidades, etc., muy distintas a las establecidas para las prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, lo que impide que su gestión pueda realizarse del modo previsto para aquellas.

c) El Abogado General del TJUE y la exclusión de prestaciones por desempleo de los empleados de hogar.

La situación que se ha planteado ante el TJUE²² es una cuestión prejudicial planteada el 14 de agosto de 2020 por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 2 de Vigo en relación con una petición de una trabajadora, empleada de hogar, que trabaja para un empleador, persona física, en alta desde enero de 2011. En noviembre de 2019, la trabajadora presentó ante la TGSS una solicitud de cotización a la protección por desempleo, estando de acuerdo con ello el empleador. La TGSS rechazó la petición en atención a la exclusión expresa de la cotización por esta contingencia. La trabajadora recurrió en vía contencioso-administrativa, alegando -básicamente- que la disposición nacional deja a los empleados de hogar en una situación de desamparo social cuando se pone fin a su relación laboral por causas que no les son imputables. A su entender, en efecto, esta situación se traduce en la imposibilidad de acceder tanto a la prestación por desempleo como a cualquier otra ayuda social que exija el agotamiento del derecho a esa prestación.

Por su parte el juez español al plantear la cuestión advierte que la categoría de trabajadores de que se trata constituye un colectivo compuesto casi exclusivamente por personas de sexo femenino, razón por la cual pide al Tribunal de Justicia que interprete la Directiva relativa al principio de igualdad en materia de seguridad social, para determinar si, en este caso, existe una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida por dicha Directiva.

La cuestión prejudicial quedó planteada en los siguientes términos:

“1) El artículo 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 (1), sobre igualdad de trato que impide toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en la obligación de contribuir a las cotizaciones sociales, y el art. 5 b) 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 (2), que recoge idéntica prohibición de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, en cuanto al ámbito de aplicación de los regímenes sociales y las condiciones de acceso a los mismos, así como en la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones; ¿deben ser interpretados en el sentido de que se oponen a una norma nacional como el art. 251 d) LGSS [Ley General de la Seguridad Social] [según el cual] «d) La acción protectora del Sistema Especial para Empleados de Hogar no comprenderá la correspondiente al desempleo.»?

2) Para el caso de que se diera una respuesta positiva al interrogante anterior ¿debe considerarse que el referido precepto legal supone un ejemplo de discriminación proscrita, de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.1, apartados e) y/o k) de la Directiva

²² Asunto C-389/20.

2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, en la medida en que las destinatarias casi exclusivas de la norma cuestionada, art. 251 d) LGSS, son mujeres?”

En fecha 30 de septiembre de 2021, el Abogado General presentó sus conclusiones en las que viene a señalar que²³:

- Los Estados miembros deben respetar el principio de no discriminación por razón de sexo en materia de seguridad social.
- En contra de lo que alega el Gobierno español, el Abogado General considera que la exclusión prevista por la legislación nacional establece una desventaja particular para los empleados de hogar. Señala que, conforme a la legislación nacional, todos los trabajadores por cuenta ajena²⁴ incluidos en el régimen general de la seguridad social tienen en principio derecho a las prestaciones por desempleo y que, dentro de este grupo, la proporción de hombres y mujeres es más o menos similar. En cambio, esa proporción difiere considerablemente dentro del grupo de los trabajadores a los que se aplica el sistema especial de que se trata, pues las mujeres representan más del 95 % de los trabajadores incluidos en dicho sistema²⁵
- Por lo tanto, la cláusula de exclusión controvertida afecta negativamente a una proporción significativamente mayor de empleados de hogar de sexo femenino que de sexo masculino²⁶.
- Por consiguiente, si el juez español llegara a la conclusión de que esa cláusula sitúa a los empleados de hogar de sexo femenino, en particular, en una posición menos ventajosa, debería considerar que es contraria a la Directiva, salvo que esté justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo.
- Examinada si esta desigualdad de trato en detrimento de los empleados de hogar de sexo femenino puede estar justificada por factores objetivos y ajenos a toda discriminación por razón de sexo, el Abogado General entiende que no. Las razones que da el servicio común demandado (la TGSS) y el Gobierno español relativa a las características específicas de la categoría de empleados de hogar y el estatuto de sus empleadores, así como por objetivos de protección de los trabajadores, de protección del nivel de ocupación en este sector y de lucha contra el trabajo sumergido y el fraude, no convencen ni justifican al Abogado General. A juicio del mismo los motivos basados en las características de los empleados de hogar (trabajadores poco cualificados que cobran el salario mínimo) o de sus empleadores (cabezas de familia) parecen estar basados más bien en estereotipos de género y, por lo tanto, son difícilmente ajenos a una discriminación por razón de sexo.
- Por otro lado, el Abogado General rechaza asimismo la alegación de que una eventual protección de los empleados de hogar frente al desempleo podría incitarlos al fraude. Y señala que, si esto fuera así, entonces ocurriría lo mismo en el caso de todos los trabajadores del mercado laboral poco cualificados y que

²³ Véase comunicado de prensa n.º 168/21, del TJUE.

²⁴ La opinión no es correcta sujetos que están dentro del régimen general y que están excluidos de la protección desempleo:

²⁵ Un análisis de la situación de la protección por desempleo desde la perspectiva de género puede verse en BENITO BENÍTEZ, A.: “Protección social del servicio doméstico desde una perspectiva de género”, *LexSocial. Revista de los Derechos Sociales*, vol. 9, núm. 2 (2019), págs. 441-481.

²⁶ A septiembre de 2021, según datos oficiales hay en alta en este sistema especial un total de 377.559, personas de los cuales 360.677 son mujeres y 16.565 hombres (14 no hay datos), el 95,52% son mujeres.

perciban el salario mínimo en otros sectores, quienes, en consecuencia, deberían quedar también excluidos de la prestación por desempleo.

- Además, se subraya que la exclusión de que se trata conduce a reforzar la concepción social tradicional de los roles, permitiendo, además, no solo explotar la posición, estructuralmente más débil, de las personas que integran este sector, sino también infravalorar su trabajo, que debería, por el contrario, ser reconocido y valorado por la sociedad.
- En definitiva, se concluye que la cláusula de exclusión de que se trata no resulta adecuada para garantizar los objetivos de lucha contra el trabajo sumergido y el fraude y de protección del empleo, en la medida en que no parece responder verdaderamente al empeño de alcanzar estos objetivos ni aplicarse de manera coherente y sistemática. Considera igualmente que esta cláusula, al prohibir en términos absolutos a todos los empleados de hogar acceder a la prestación por desempleo, va más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos.
- En consecuencia, el Abogado General propone al Tribunal de Justicia que responda al juez español que la Directiva se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones reconocidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, cuando consta que estos empleados son casi exclusivamente mujeres.

Obviamente las conclusiones del Abogado General no vinculan al TJUE, puesto que la misión del Abogado General es proponer una solución jurídica.

3. UNA REFLEXIÓN FINAL

La exclusión, afecte mayoritariamente a mujeres o no (y esto es ya en sí relevante porque entraña discriminación negativa sin un motivo que sea atendible por justificado), es criticable y las razones de la TGSS y del Gobierno son muy pobres desde el punto de vista del derecho constitucional a la protección por desempleo (reténgase el bloque o grupo normativo constitucional formado por los artículos 41, 93 a 96, y el canon hermenéutico de interpretación ex art. 10.2 de apertura al estándar de garantía multinivel de los derechos fundamentales en sentido amplio recogido en el Título I de la Constitución, cuya rúbrica es nítida: “De los derechos y deberes fundamentales”)²⁷. Adviértase que no solamente se veta a este colectivo de la prestación contributiva, también de la asistencial y de la Renta Activa de Inserción. Con anterioridad a la reforma del régimen jurídico laboral en 2011 y de seguridad social en 2012, el hipotético temor a fraude podría estar justificado en atención a las peculiaridades en los actos de encuadramiento y en las obligaciones de cotización y recaudación, singularmente en los trabajadores a tiempo parcial, pero hoy en día ya no es así (ya no hay exclusiones por falta de habitualidad y ha desaparecido la simple declaración sin responsabilidad de la declaración de actividad del trabajador por parte del cabeza de familia) y por lo demás es un problema de gestión o de esfuerzo a solucionar por el ente gestor o colaborador y la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero no es bastante para justificar una desprotección por esta contingencia. En cuanto a efectos negativos de cara a la carga económica para el empleador es cierto que en retribuciones altas pueda tener una cierta relevancia, pero insistimos no para dejar sin cobertura a estos trabajadores.

²⁷ MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho a la Seguridad Social (Artículo 41 de la Constitución)”, en MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (DIRS.): *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Granada, Comares, 2002, págs. 1425-1524.