University of Glasgow

Pavlou, V. (2022) ¿Un trabajo como ningún otro'? Un comentario sobre la sentencia CJ v Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Social*, 2022(97), pp. 123-129.

This is the Author Accepted Manuscript.

There may be differences between this version and the published version. You are advised to consult the publisher's version if you wish to cite from it.

http://eprints.gla.ac.uk/270491/

Deposited on: 06 May 2022

Enlighten – Research publications by members of the University of Glasgow
http://eprints.gla.ac.uk

Pavlou, V. ¿Un trabajo como ningún otro'? Un comentario sobre la sentencia *CJ v Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 97 (2022) *Revista de Derecho Social*, 123-29

1. Introducción

El 24 de febrero de 2022 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) dictó una sentencia pionera sobre los derechos de los trabajadores domésticos. En *CJ v Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)* el TJUE considera discriminatoria por razón de sexo la legislación española de seguridad social que excluye a los trabajadores domésticos de la prestación por desempleo del régimen general de la seguridad social.[1] Dicha legislación es, según el TJUE, contraria a la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

Para aquéllos familiarizados con los debates académicos sobre la regulación del trabajo doméstico en España (así como en otras jurisdicciones), la sentencia, que ha provocado gran expectación, no resulta inesperada. Desde el año 2011, cuando se produjo la reforma de la regulación del trabajo doméstico en España, varios autores han criticado la exclusión de los trabajadores de este sector de la prestación por desempleo, preguntándose por la compatibilidad de esta exclusión con el derecho de la Unión.[2] Las reformas de 2011 mejoraron in duda la situación de los trabajadores domésticos, acercando su régimen jurídico al del resto de los trabajadores. Sin embargo, dicha reforma no resolvía su exclusión de la prestación por desempleo, lo que perpetuaba una situación de desprotección en caso de desempleo para los miles de trabajadores, sobre todo mujeres, empleadas por hogares privados para proporcionar cuidados y otros importantes servicios.[3]

En este breve comentario, tras describir esquemáticamente los hechos y presentar la cuestión jurídica central que se plantea en la sentencia (apartado 2), paso a describir

[1] TJUE C-389/20 *CJ v Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS),*24 de febrero de 2022, ECLI:EU:C:2022:120.

[2] Véase, por ejemplo, LEÓN, M., "A real job? Regulating Household Work: The Case of Spain" 20(2) *European Journal of Women's Studies*, 2013, 170-88; DESDENTADO DAROCA E., "Las reformas de la regulación del trabajo doméstico por cuenta ajena en España" 7(1) *Revista de Investigaciones Feministas*, 2016, 129-48.

[3] Otros ejemplos son las reglas sobre despido y tiempo de trabajo para los trabajadores internos. Véase el capítulo segundo de PAVLOU, V., *Migrant Domestic Workers in Europe: Law and the Construction of Vulnerability* (Hart Publishing, 2021).

brevemente la propia sentencia del TJUE (apartado 3), para centrarme luego en analizar los argumentos esgrimidos por el gobierno español y la TGSS para defender la exclusión de los trabajadores domésticos de la prestación por desempleo (apartado 4).

La sentencia del TJUE supone una importante presión al legislador español para acabar con dicha exclusión, presión que será aún más intensa una vez que España ratifique el Convenio 189 de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, dado que este instrumento requiere que los estados parte adopten progresivamente medidas que garanticen a los trabajadores domésticos idénticos derechos al del resto de los trabajadores en el ámbito de la seguridad social.[4] Por otra parte, los argumentos que ha manejado el estado español en defensa de la exclusión de los trabajadores domésticos son un ejemplo de los prejuicios que rodean a los trabajos feminizados que se ejecutan en los hogares privados. Tal y como se indica en el apartado final de este comentario, los argumentos del estado insisten en describir el trabajo doméstico como un trabajo especial, "un trabajo como ningún otro" para justificar un menor nivel de derechos y protección. Mientras que el artículo 251(d) LGSS se verá próximamente modificado para cumplir con el derecho de la Unión y las obligaciones internacionales de España una vez ratificado el Convenio 189 de la OIT, estos prejuicios, que han facilitado la existencia de leyes discriminatorias durante décadas, van a necesitar mucho más que una sentencia judicial y un Convenio internacional para desaparecer.

2. Los hechos y la cuestión litigiosa

CJ es una trabajadora doméstica empleada por una persona física. Se encuentra afiliada a la seguridad social, en el régimen especial de trabajadores domésticos, desde 2011. En 2019, CJ solicitó a la TGSS cotizar por desempleo para poder tener derecho a la prestación de desempleo. Dicha solicitud venía acompañada por un documento donde el empleador de la trabajadora se mostraba de acuerdo en pagar las correspondientes contribuciones sociales. Sin embargo, la TGSS rechazó la solicitud de la trabajadora en base al artículo 251(d) de la LGSS, que excluye de la prestación por desempleo a todos aquellos trabajadores afiliados al régimen especial de trabajadores domésticos. Tras verse confirmado dicho rechazo en la respuesta de la TGSS al preceptivo recurso de alzada, CJ demandó a la TGSS en un tribunal de lo contencioso-administrativo de la ciudad de Vigo, argumentando que la exclusión contemplada en el 251(d) LGSS sitúa a los trabajadores

[4] Artículo 13, Convenio 189 OIT sobre trabajadoras y trabajadores domésticos.

empleados del hogar familiar en una situación de desamparo social cuando devienen desempleados. Esta situación se produce, como argumenta CJ, porque el artículo 251(d) LGSS da lugar, no solo a la ausencia de protección social en caso de desempleo, sino también a la imposibilidad de que los trabajadores domésticos puedan acceder a cualquier otra forma de asistencia social, dado que es requisito previo tener derecho a la prestación por desempleo.

El tribunal de lo contencioso-administrativo decidió en este punto detener el proceso y formular una cuestión prejudicial al TJUE acerca de la posible naturaleza discriminatoria del artículo 251(d) LGSS. Lo que el tribunal nacional preguntaba al TJUE era, en particular, si la exclusión de los trabajadores domésticos de la prestación por desempleo en virtud del artículo 251(d) LGSS resulta compatible con el artículo 4(1) de la Directiva 79/7, que prohíbe cualquier forma de discriminación por razón de sexo incluyendo, entre otras, la obligación de pagar contribuciones de seguridad social.[5]

3. La sentencia del TJUE

En su sentencia el TJUE primero clarifica que el artículo 251(d) LGSS no constituye discriminación directa por razón de sexo porque dicha provisión se aplica indistintamente a mujeres y hombres afiliados al régimen especial de la seguridad social para trabajadores domésticos.[6] El análisis del TJUE se centra por tanto en determinar si la norma nacional en cuestión constituye discriminación indirecta por razón de sexo, que se entiende como "una situación en que una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que tal disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".[7]

Para establecer si la disposición nacional en cuestión es discriminatoria, el TJUE aplica su razonamiento clásico en casos de discriminación indirecta: se analiza si la norma, criterio o práctica pone a las personas de un grupo protegido por la norma

[5] He resumido las cuestiones formuladas por el tribunal en su cuestión prejudicial centrándome en el núcleo de la cuestión legal examinada por el TJUE.

[6] En este comentario no se discuten las cuestiones de admisibilidad que se discuten en la primera parte de la sentencia. Es suficiente decir que el TJUE rechaza los argumentos del gobierno español sobre la no admisibilidad de la cuestión prejudicial.

[7] Esta es la definición de discriminación indirecta que recoge el artículo 2(1) b de la Directiva 2006/54, que, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE en C-161/18 *Villar Láiz*, resulta igualmente aplicable en el contexto de la Directiva 79/7.

antidiscriminatoria -en el caso en cuestión, prohibición de discriminar por razón de sexo- en una posición de desventaja y, si se da dicha situación, si existe una justificación objetiva para dicha situación.

Como sucede frecuentemente en los casos de discriminación indirecta, los tribunales recurren, cuando es posible, a la prueba estadística para determinar cuándo una disposición, criterio o práctica tiene un impacto negativo sobre personas de un sexo determinado. En el caso que nos ocupa, el TJUE se apoya en las estadísticas de afiliación a la seguridad social elaboradas por la TGSS. Los datos estadísticos muestran que, mientras en el régimen general de la seguridad social, que incluye entre sus prestaciones la de desempleo, dicha prestación se otorga aproximadamente al mismo número de hombre que de mujeres, la historia es muy diferente en el régimen especial de empleados del hogar. En efecto, en dicho régimen, donde no se contempla la prestación por desempleo para sus afiliados, los trabajadores cubiertos son en su inmensa mayoría mujeres. De manera específica se citan los siguientes porcentajes: a 31 de mayo de 2021, el porcentaje de mujeres afiliadas a la seguridad social en el régimen especial del empleo doméstico era del 95,53%, mientras que el porcentaje de hombres apenas alcanzaba el 4,47%. Resulta evidente, afirma el TJUE, que un número mucho mayor de mujeres que de hombres se ve afectado por la exclusión establecida en el artículo 251(d) LGSS, lo que indica que dicha disposición es, *prima facie,* discriminatoria, dado que tiene un impacto negativo sobre las mujeres trabajadoras.

El siguiente paso en el análisis para determinar si se trata efectivamente de un caso de discriminación indirecta consiste en analizar si existe una justificación objetiva, no relacionada con la discriminación por razón de sexo, que pueda justificar el trato desigual. El artículo 251(d) LGSS podría estar justificado si persigue un objetivo legítimo de política social y resulta proporcionado, adecuado y necesario para alcanzar dicho objetivo. Incluso cuando el examen sobre la adecuación y la necesidad deben llevarse a cabo por el tribunal nacional, el TJUE proporciona unas directrices sobre el mismo. Así, conforme a la jurisprudencia del TJUE, para que una disposición pueda considerarse adecuada, debe aplicarse de una manera sistemática y coherente.[8] Corresponde al Estado miembro en cuestión explicar la finalidad perseguida por la disposición nacional en

[8] Sentencia de 20 de octubre de 2011, *Brachner*, C-123/10 y Sentencia de 21 de enero de 2021, *INSS*, C-843/19.

cuestión y demostrar que los medios para alcanzar dicha finalidad se aplican de manera sistemática y coherente.

El gobierno español y la TGSS argumentaron que el artículo 251(d) LGSS persigue tres objetivos legítimos de política social: el mantenimiento de altos niveles de empleo en el sector del trabajo doméstico manteniendo bajos los costes en que incurren las personas físicas cuando contratan a trabajadores domésticos, la lucha contra el trabajo informal y la necesidad de luchar contra las afiliaciones fraudulentas a la seguridad social. El TJEU afirma en su sentencia que, si bien dichos objetivos son legítimos, los medios para alcanzar los mismos no parecen aplicarse de una manera sistemática y coherente. Así, conforme a la ley española, la exclusión de un grupo de trabajadores de la prestación por desempleo se produce sólo en relación con los trabajadores domésticos, a pesar del hecho de que otros trabajadores con características similares, como los jardineros o los conductores particulares, tienen en principio derecho a cotizar por la prestación de desempleo y acceder a la misma en caso de verse desempleados. Al mismo tiempo, afirma el TJUE, a pesar de la preocupación del gobierno en relación con un posible incremento del fraude en las afiliaciones en el sector del trabajo doméstico, los trabajadores de dicho sector tienen derecho a todas las demás prestaciones de la seguridad social, lo que pone en entredicho la coherencia de la medida.

En relación con la necesidad de la disposición, el TJUE destaca que la exclusión de los trabajadores domésticos de la prestación por desempleo impide el acceso de los mismos a otras formas de protección social. Esto se produce porque para acceder a dichas formas de protección social, tales como las prestaciones asistenciales para desempleados, es requisito necesario haber agotado previamente la prestación por desempleo. Así, la exclusión contemplada en el artículo 251 (d) tiene como resultado, tal y como señala el TJUE, impedir el acceso de los trabajadores domésticos a toda una serie de prestaciones de seguridad social, lo que coloca a dichos trabajadores en una situación de desprotección que va más allá de la mera carencia de prestación en caso de desempleo.

En atención a los anteriores argumentos, el TJUE cuestiona que la exclusión de la prestación por desempleo sea por lo tanto una medida necesaria para conseguir los objetivos sociales que supuestamente persigue el artículo 251(d) LGSS. Así, el TJUE concluye que el artículo 4(1) de la Directiva 79/7 es contrario a una disposición nacional que excluye a los trabajadores domésticos empleados por una persona física afiliados a la seguridad social de la prestación por desempleo, dado que dicha exclusión coloca a las

trabajadoras que son mujeres en una posición de desventaja con respecto a los trabajadores varones que no se encuentra objetivamente justificada.

4. ¿Es el empleo doméstico "un trabajo como ningún otro?"

Más allá de las implicaciones concretas que la sentencia pueda tener en relación con los derechos de seguridad social de los trabajadores domésticos en España, son de interés los argumentos que maneja el estado español para justificar la exclusión de los trabajadores domésticos de la protección por desempleo. En su argumentación, el gobierno español y la TGSS se apoyan en la clásica descripción del trabajo en el hogar como una actividad especial, 'un trabajo como ningún otro'.[9]

El artículo 251(d), tal y como argumentan el gobierno español y la TGSS, tendría como objetivo, en primer lugar, el mantenimiento de altas tasas de empleo en el sector del trabajo doméstico. El razonamiento sería el siguiente: si los empleadores se ven obligados a pagar contribuciones más altas para financiar las prestaciones por desempleo, los costes de contratación de los trabajadores domésticos se verán incrementados, lo que desincentivará la contratación por parte de los empleadores, pudiendo incluso provocar la terminación de los contratos actualmente existentes. Paradójicamente, para asegurarse un trabajo, se espera que los trabajadores domésticos renuncien a importantes protecciones sociales. Para reforzar su argumento, el gobierno español y la TGSS insisten en que los altos niveles de empleo en el sector tienen como consecuencia que la falta de protección social en caso de desempleo afecte sólo a un número limitado de trabajadores. Esta argumentación obvia el hecho de que el alto nivel de empleo de los trabajadores domésticos responde a una necesidad social de cuidados que es clave para muchos individuos y familias. Para aquéllos que contratan a los trabajadores domésticos la cuestión no es si contratar o no los servicios de dichos trabajadores- porque en la mayoría de las ocasiones se trata de una necesidad esencial- si no si los podrán pagar o no. Aquí el estado, al mismo tiempo que escabulle su responsabilidad en crear y mantener una infraestructura para proporcionar los cuidados necesarios a aquéllos que los necesitan al mismo tiempo que asegura un trabajo decente y con altos niveles de protección para los trabajadores del sector, apuesta por una política en la que se deja la provisión de los servicios de cuidados a la lógica de mercado, que no es capaz de proveer tales servicios

[9] Para el debate académico sobre esta conceptualización del trabajo doméstico véase, por ejemplo, MUNDLAK, G., SHAMIR, H. "Bringing Together of Drifting Apart? Targeting Domestic Work as 'Work Like No Other'" 23 *Canadian Journal of Women and the Law*, 289.

a todos aquéllos que los necesitan al mismo tiempo que asegura unas condiciones de trabajo decentes para los trabajadores del sector. La necesidad de asegurar que el trabajo doméstico sea asequible para un amplio espectro de la población es la razón por la que se trata de un sector poco remunerado, y no tanto porque se trata de un sector para trabajadores poco cualificados, tal y como argumenta el gobierno español. La aplicación de la lógica de mercado al trabajo doméstico supone que los derechos y protecciones de los trabajadores se perciban como rigideces que no deben imponerse o deben incluso desparecer en caso de que existan. Si aceptamos este argumento en relación con la protección social de los trabajadores domésticos, ¿qué parte del derecho del trabajo resistiría la aplicación de un razonamiento similar?

En segundo lugar, el artículo 251(d) es, de acuerdo al gobierno español, una herramienta para luchar contra el trabajo informal y el fraude en las afiliaciones a la seguridad social. En relación con el trabajo informal, el argumento que se plantea es que un incremento en las contribuciones sociales supone, tanto para los empleadores como para los trabajadores, un incentivo para el trabajo informal, lo que al final conduce a una menor protección para los trabajadores. Si bien es cierto que la informalidad es un problema real para este colectivo de trabajadores, lo cierto es que lo es también en cualquier otro sector donde la representación colectiva sea inexistente o limitada y exista una inaplicación generalizada de las normas laborales. La manera de combatir este fenómeno no puede ser mediante la reducción de derechos y protecciones de los trabajadores. La dicotomía protección versus informalidad es una falacia que conduce, una vez más, a cuestionar el entero edificio de la legislación social y laboral.

En tercer lugar, en relación con el fraude en las afiliaciones, debe reconocerse que el hecho que el empleador no es un empresario profesional, sino un cabeza de familia, y las actividades se desarrollan en el ámbito familiar, plantea importantes obstáculos tanto para verificar la realidad de la relación laboral como para la actuación de la inspección de trabajo, dado el carácter inviolable del domicilio familiar. Sin negar esta realidad, lo cierto es que nos encontramos de nuevo frente al problema de control y aplicación de la norma laboral que existe en muchos otros sectores económicos y pequeñas empresas. El hecho de que solamente los trabajadores domésticos se encuentran excluidos de la protección por desempleo demuestra que existe un prejuicio en relación con le trabajo que se desarrolla en el hogar familiar por mujeres, lo que se refleja igualmente en que el trabajo

doméstico se encuentra sometido a reglas especiales en relación con el despido (desistimiento) que benefician al empleador.

Finalmente, *CJ vs Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS)* es un caso importante cuyas implicaciones van más allá de modificar una disposición que afecta a la regulación de la seguridad social en España. La sentencia es un ejemplo de la relevancia y el potencial del derecho de la Unión para cuestionar legislaciones nacionales que establecen niveles rebajados de derechos para colectivos de trabajadores cuyo trabajo es socialmente necesario y, sin embargo, frecuentemente mal pagado y precario. El derecho de la Unión puede utilizarse para cuestionar, por ejemplo, discriminación relacionada con el embarazo[10] o regulaciones de tiempo de trabajo que suponen en la práctica la permanente disponibilidad para el empleador de los trabajadores domésticos. Dicha utilización parece ahora tener un cierto potencial transformador, tanto en España como en otras jurisdicciones.[11] El potencial transformador del derecho de la Unión en relación con las condiciones sociales de los trabajadores domésticos no se encuentra restringido al caso concreto tratado en la sentencia analizada. La utilización del derecho laboral y antidiscriminatorio de la Unión Europea para conseguir reformas en las regulaciones y prácticas nacionales podría ser una estrategia interesante para los sindicatos y otros actores sociales en la defensa de los derechos de los trabajadores domésticos. Es a través de campañas organizadas para la defensa de los derechos de los trabajadores domésticos como se pueden lograr cambios, no sólo en disposiciones legales discriminatorias, sino también en los prejuicios que han servido de fundamento a tales disposiciones a través de los años.

[10] PAVLOU, V. "Whose equality? Paid domestic work and EU gender equality law" *European Equality Law Review*, 2020, 36-46.
[11] PAVLOU V. "El potencial del derecho laboral de la UE para luchar contra la vulnerabilidad de los trabajadores domésticos. Implicaciones para el ordenamiento jurídico español" *Revista de Derecho Social*, 76, 2016, 83-106; SCHEIWE K. "Domestic Workers, EU Working Time Law and Implementation Deficits in National Law – Change in Sight?" (EUI Working Papers, 2021).